

**Centro Universitário do Distrito Federal – UDF
Coordenação do Curso de Direito**

Renata dos Santos Vieira

PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Brasília - DF

2011

Renata dos Santos Vieira

PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito
Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra

Brasília - DF

2011

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

Vieira, Renata dos Santos.

Privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro/ Renata dos Santos
Vieira. – Brasília, 2011.
73 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de
Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Valdinei
Cordeiro Coimbra

1. Da pena de prisão. 2. A execução penal no Brasil. 3. Modelos
norte-americano, francês e inglês. 4. Privatização dos presídios no
Brasil I. Título

CDU – 343.82

Renata dos Santos Vieira

PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Coordenação de Direito do
Centro Universitário do Distrito Federal -
UDF, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito
Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra

Brasília, _____ de _____ de 2011

Banca Examinadora

Valdinei Cordeiro Coimbra

Titulação

Instituição a qual é filiado

Fernanda Maria Alves Gomes

Titulação

Instituição a qual é filiado

Eneida Orbage de Britto Taquary

Titulação

Instituição a qual é filiado

Nota: _____

Dedico à minha mãe, Sonely, pelo apoio na realização deste trabalho e ao meu amado, Martinho Júnior, por todo o carinho e companheirismo.

AGRADECIMENTO

Agradeço em primeiro lugar a Deus, por iluminar e guiar meu caminho em cada etapa da minha vida; aos meus familiares e amigos pelo constante apoio; agradeço ao Doutor Maurício Kuenhe, diretor do Departamento Penitenciário do Estado do Paraná, pelos esclarecimentos a respeito do tema e à sua equipe, pela presteza no atendimento; agradeço ao meu orientador Valdinei Coimbra, pelo apoio e dedicação.

“A prisão é uma maneira muito cara de tornar as pessoas piores”.

(Douglas Hurd ex-ministro da Inglaterra)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir a privatização dos presídios no Brasil, tema polêmico que divide opiniões. Menciona a evolução histórica da pena de prisão, os regimes penitenciários, tipos e regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade. É feita abordagem sobre a execução penal no país, breves considerações sobre a história da Lei de Execução Penal e algumas características próprias da Lei e do sistema de execução penal brasileiro. Aponta os modelos de prisão privada nos Estados Unidos, na França e na Inglaterra. Mostra algumas discussões que são levantadas acerca da constitucionalidade da privatização do sistema carcerário, tendo em vista ser a execução da pena atribuição do Estado. No Brasil existem algumas prisões privatizadas que demonstram alto desempenho na atividade que exercem, outras retornaram à gestão pública. O que se busca é demonstrar através das diferentes opiniões, levando-se em conta a prática utilizada em privatização carcerária, a efetividade da privatização do sistema carcerário. É perceptível que as opiniões são divididas, há os que apontam a privatização ou sistema de co-gestão como a solução para a crise no sistema carcerário, assim como os que entendem ser essa técnica inviável. O método utilizado foi a pesquisa doutrinária, chegando-se à conclusão de que o sistema de co-gestão não afronta a ordem constitucional vigente e pode ser utilizado como forma de aprimorar as atividades meio prestadas durante a execução da pena, sem que se afronte a competência privativa do Estado para a execução penal.

Palavras-chave: *Privatização. Presídios. Prisões Privatizadas. Efetividade. Constitucionalidade. Sistema carcerário.*

ABSTRACT

This work aims to discuss the prisons' privatization in Brazil, polemical subject that divides opinion. It mentions the historical evolution of imprisonment, prison regimes, types and enforcement regimes of personal liberty. This research approaches the criminal enforcement in Brazil, with brief comments on the history of the Criminal Execution Law and some particular characteristics of Brazilian criminal execution law and system. It points some private prison models in the United States, France and England. It is also shown some discussions that are raised about the constitutionality of the prison system privatization once the enforcement of the prison sentence comes to the State responsibility. In Brazil there are some privatized prisons that demonstrate improved performance in the activities they work, and there are others that returned to public management. Through this study it was tried to demonstrate with different opinions, considering the practice used in the prisons' privatization, the effectiveness of the prison system privatization. It seems clear that opinions about this subject are divided, there are those who point to the privatization or co-management system as the solution to the crisis in the prison system, as well as those who understand this technique is not feasible. The method used in this study was the doctrine research, through which it was concluded that the co-management system does not affront the current constitutional order and that it can be used as means of improving the activities provided during the sentence execution, without affronting the exclusive State competence for criminal execution.

Key words: *Privatization. Prisons. Privatized prisons. Effectiveness. Constitutionality. Prison system.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo
Arts. - Artigos
CF – Constituição Federal
CNPC – Conselho Nacional da Política Criminal
CP - Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
LCP – Lei de Contravenções Penais
LEP – Lei de Execução Penal
PL – Projeto de Lei

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DA PENA DE PRISÃO	13
1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	13
1.1.1 Teorias e finalidades da pena	14
1.1.2 Princípios de direito que são aplicados na pena	18
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO	21
1.2.1 Sistemas penitenciários	24
1.2.1.1 Sistema Pensilvânico ou Celular	24
1.2.1.2 Sistema Auburniano	26
1.2.1.3 Sistemas Progressivos	29
1.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS	32
1.3.1 Espécies de penas privativas de liberdade e seus regimes prisionais	33
1.3.1.1 Reclusão	34
1.3.1.2 Detenção	34
1.3.1.3 Prisão Simples	35
1.3.1.4 Regime fechado	35
1.3.1.5 Regime semiaberto	36
1.3.1.6 Regime aberto	37
2 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL	38
2.1 BREVE HISTÓRICO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	39
2.2 DIREITO PENITENCIÁRIO OU DE EXECUÇÃO PENAL?	40
3 MODELOS NORTE-AMERICANOS, FRANCÊS E INGLÊS	44
3.1 O MODELO NORTE-AMERICANO	45
3.2 O MODELO FRANCÊS	47
3.3 MODELO INGLÊS	48
4 A PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL	50
4.1 PRIVATIZAÇÃO, TERCEIRIZAÇÃO E PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS	50
4.2 CONSTITUCIONALIDADE DA PRIVATIZAÇÃO	54
4.3 PRISÕES BRASILEIRAS PRIVATIZADAS	58
4.4 PRIVATIZAR RESOLVE?	60
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro tem enfrentado diversas crises no tocante à superpopulação carcerária, demora em se julgar presos provisórios, penas cumpridas em excesso, deficiência nas atividades meio de execução da pena relacionadas a alimentação precária fornecida aos reclusos, celas insalubres, falta de atividades de lazer, precário ou quase nenhum atendimento médico, odontológico, psicológico dentre outros.

Tendo em vista a debilidade do atual sistema carcerário, a presente pesquisa tem por objetivo tratar acerca dos modelos de privatização do sistema prisional, dentre os quais a terceirização e o sistema de co-gestão ou gestão compartilhada, como forma de amenizar e apresentar soluções à crise.

A fundamentação teórica utilizada foi por meio da pesquisa bibliográfica, sendo feito um comparativo entre as diversas opiniões acerca da viabilidade da privatização prisional. Exemplos práticos foram demonstrados tendo por referencia as prisões brasileiras que adotam o regime de gestão compartilhada.

O primeiro capítulo traz um panorama geral sobre a pena de prisão, as finalidades e os princípios de direito que são aplicados na pena, a evolução histórica da pena de prisão, os sistemas prisionais, as espécies de penas privativas de liberdade e seus regimes prisionais.

Posteriormente, são traçadas linhas gerais acerca da execução penal no Brasil. O terceiro capítulo aborda os modelos de privatização prisional dos Estados Unidos, França e Inglaterra, expondo em linhas gerais as características de cada um.

Por conseguinte, é tratado sobre a privatização carcerária no Brasil, as distinções entre os institutos “privatização”, “terceirização” e “parcerias público-privadas”. A viabilidade constitucional do instituto também é discutida, chegando-se, através do método dedutivo à conclusão.

1 DA PENA DE PRISÃO

O presente capítulo tratará acerca da pena prisão, pormenorizando algumas de suas características. Abordará também considerações gerais acerca das outras penas existentes na doutrina, legislação penal e Constituição Federal, as quais não serão objeto de estudo deste trabalho científico.

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O sistema penal brasileiro utiliza, como forma de reprimir o agente infrator da lei penal e coibir novas práticas delituosas, as penas, que no entendimento de Rogério Greco “é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal.”¹

Além da sanção penal prevista para o crime, a sua prática traz outras consequências de natureza extra penais, como bem leciona o doutrinador Luiz Régis Prado:

Consequências jurídicas do delito são reações jurídicas aplicáveis à prática de um injusto punível. O moderno Direito Penal acolhe, como consequências jurídico-penais do delito, as penas e as medidas de segurança; como consequências extra-penais – alheias, portanto à culpabilidade ou à periculosidade do agente – tem-se os efeitos da condenação, a responsabilidade civil (material ou moral) derivada da prática delitiva e a reparação do dano pelo agente.²

Destarte, diz ainda Prado, que a mais importante consequência jurídica do delito é a pena, que pode ter seu conceito sintetizado como sendo:

[...] espécie de sanção penal consistente na **privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.**³ (Grifo no original).

¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 13 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011. p. 469.

² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, arts. 1º a 120. v. 1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 512.

³ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 514.

Dessa forma, se tem a pena como instrumento utilizado pelo Estado para garantir a ordem da sociedade por meio da punição decorrente da prática de crime.

1.1.1 Teorias e finalidades da pena

Como bem afirma Mirabete, “Investigando-se o direito de punir do Estado (também *dever* de punir), que nasce com a prática do crime, surgiram três correntes doutrinárias a respeito da natureza e dos fins da pena”,⁴ as absolutas, relativas e mistas.

O estudo das teorias da pena está intimamente ligado com suas finalidades, diz Masson.⁵ A **teoria absoluta**, de finalidade retributiva, de acordo com o mesmo autor, menciona que a pena é tida como a retribuição estatal ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de uma contravenção penal ou crime. “[...] têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime (*punitur quia peccatum est*),” diz Mirabete.⁶ Masson, ao citar Roberto Lyra, diz que a atuação da pena é como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a única função de castigá-lo, que ocasiona a justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica.

Os estudos de Georg Wilhelm Friedrich Hegel e de Emmanuel Kant proporcionaram destaque à teoria absoluta e a finalidade retributiva da pena, que exemplificava⁷, conforme Masson citando Emmanuel Kant:

O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerada como cúmplice de tal violação da Justiça.

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 230.

⁵ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 517.

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 230.

⁷ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 517.

Na **teoria relativa** (utilitária ou utilitarista) à pena era dado um fim exclusivamente prático, em especial o da prevenção.⁸ Nas palavras de Prado:

Encontram o fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos (*punitur ut ne peccetur*) – concepções utilitárias da pena. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da Justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*poena relata ad effectum*). Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social.⁹

O objetivo da pena para essa teoria é a prevenção, isto é, evitar a prática de novas infrações penais (*punitur ne peccetur*). A imposição de castigo ao condenado é irrelevante.¹⁰ Masson, citando Hans-Heinrich Jescheck menciona que esta teoria adota uma posição absolutamente contrária à teoria absoluta. A pena não adota a finalidade de realizar a justiça sobre a terra, serve apenas para a proteção da sociedade e não se esgota em si mesma, despontando como meio cuja finalidade é evitar futuras ações puníveis.¹¹

Afirma Masson que o caráter preventivo da pena atende a dois aspectos, o geral e o especial. A prevenção geral destina-se ao controle da violência, ao passo que busca diminuí-la e evitá-la, e pode ser negativa ou positiva.

Masson ao citar Jorge de Figueiredo Dias explica que a prevenção geral negativa tem o propósito de gerar no espírito dos potenciais criminosos um estímulo contrário, forte o suficiente para afastá-los da prática de crimes. Foi idealizada por J. P. Anselm Feuerbach, com arrimo em sua teoria da coação psicológica. Visa demonstrar que o crime não compensa, pois a quem o cometer será inevitavelmente imposta uma pena.¹²

De acordo com Prado, a teoria da prevenção geral positiva:

[...] considera que a pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa, justifica-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa (“estabilização da

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 230. (grifo nosso)

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. v.1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010. p. 514.

¹⁰ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 517.

¹¹ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 518.

¹² MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 518.

consciência do direito”). Conseqüentemente, a pena encontra sua legitimação no incremento e reforço geral da consciência jurídica da norma.¹³

Em outras palavras, diz Masson ao citar Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, que a pena consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade e a eficiência do Direito Penal¹⁴.

Explicita Prado, mencionando C. Roxin, que:

Em linhas gerais, três são os efeitos principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o Direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica.¹⁵

A prevenção especial, também é dotada de caráter positivo e negativo. A prevenção especial positiva, mencionada por Masson citando Winfried Hassemer, está relacionada com a ressocialização do condenado. Visa que no futuro o infrator da lei possa, com o integral cumprimento da pena, ou se presentes os requisitos legais, com a obtenção do livramento condicional, retornar ao convívio social, preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito. “A pena é legítima somente quando é capaz de ressocialização do criminoso.”¹⁶

A prevenção especial negativa diz que “o importante é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal. Busca, portanto **evitar a reincidência**, completa o mesmo autor”.¹⁷

Assevera ainda que a **teoria mista** (também denominada de **unificadora, eclética, intermediária, conciliatória ou unitária**), de finalidade retributiva e preventiva, consagra que a pena deve, ao mesmo tempo, punir o condenado pelo

¹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. v.1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 515. (grifo nosso).

¹⁴ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 519.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. v.1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 515.

¹⁶ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 519. (grifo nosso).

¹⁷ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 519. (grifo nosso e grifo no original).

mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade.¹⁸ Juarez Cirino, ao citar Foucault, define que:

As teorias unificadas da pena criminal conjugam as teorias isoladas com o objetivo de superar as deficiências particulares de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal.¹⁹

Define, ainda, Cirino mencionando Hassemer:

Então, a pena representaria (a) *retribuição* do injusto realizado, mediante *compensação* ou *expição* da culpabilidade, (b) prevenção especial *positiva* mediante *correção do autor* pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial *negativa* como segurança social pela *neutralização* do autor e, finalmente, (c) prevenção geral *negativa* através da *intimidação* de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral *positiva* como *manutenção/reforço da confiança* na ordem jurídica etc.²⁰

De forma resumida, as teorias e finalidades anteriores se fundem, de forma que a pena assume um tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial.²¹

Como bem assevera Mirabete “a retribuição e a prevenção são faces da mesma moeda”. Cita Everardo da Cunha Luna que diz que “a retribuição, sem a prevenção, é vingança; a prevenção sem a retribuição é desonra.”²²

O Código Penal, em seu artigo 59 *caput*, em razão de sua redação, demonstra que a lei penal brasileira adotou a teoria mista ou unificadora da pena, devido ao fato de que sua parte final conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime. Dessa forma, as teorias absoluta e relativa se unificam, e se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção.²³

¹⁸ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 519. (grifo nosso).

¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4 ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 428.

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4 ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.p. 428-429.

²¹ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 520.

²² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 231.

²³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 13 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 474-475.

1.1.2 Princípios de direito que são aplicados na pena

São aplicáveis às penas alguns princípios de direito, dentre eles o princípio da legalidade, da anterioridade, da igualdade, personalidade, inderrogabilidade, humanização, proporcionalidade, individualização, suficiência e da relativa indeterminação.

Princípio da legalidade, que no entendimento de Masson é definido como princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, emana do brocardo *nulla poena sine lege*, ou seja, somente a lei pode cominar a pena. Foi previsto na Constituição Federal (CF), em seu artigo 5º, XXXIX, como cláusula pétrea, e também encontra respaldo no Código Penal (CP), artigo 1º.²⁴ Amadeu de Almeida acrescenta que “no bojo desse princípio estão outros dois grandes princípios fundamentais ao Direito Penal: o da anterioridade e o da reserva legal.” Nesse contexto, para que a pena possa vir a ser aplicada a alguém em virtude de ter cometido uma ação delituosa, é fundamental que a ação ou omissão estejam tipificadas, ou seja, o crime só é crime porque ele já existe em sua forma legal. A pena também já existe, porque, da mesma forma, está cominada no tipo legal.²⁵ Sinteticamente, Mirabete assim afirma: “consiste na existência prévia de lei para a imposição da pena (*nulla poena sine lege*), previsto no artigo 1º Código Penal.²⁶

O Princípio da anterioridade diz que a lei que determina a pena deve ser anterior ao fato que se pretende punir. Dessa forma não é suficiente o brocardo *nulla poena sine lege*. Exige-se um reforço, é necessário que a lei seja anterior ao fato praticado: *nulla poena sine praevia lege* (CF, art. 5º, XXXIX, e CP, art. 1º).²⁷

Sobre o princípio da igualdade, assevera Weinmann que, “a igualdade é um princípio regulador do direito. Isso porque obriga o legislador a respeitar os limites da desigualdade social, com leis que buscam dar um tratamento igual aos desiguais.” É consagrado na Constituição Federal, título II, artigo 5º, *caput*, que

²⁴ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 514.

²⁵ WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de Direito Penal**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 347.

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 232.

²⁷ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 514.

dispõe a igualdade de todos perante a lei. Vê-se, então, que as pessoas em suas manifestações materiais são diferentes, mas enquanto sujeitos de direito, encontram na lei um tratamento que não prevê essa desigualdade, pois a lei é para todos.²⁸

Princípio da personalidade, intransmissibilidade, intranscendência ou responsabilidade pessoal, diz respeito à impossibilidade de estender a terceiros a imposição da pena.²⁹ Em nenhuma hipótese a pena pode passar da pessoa do condenado (CF, art. 5º, XLV 1ª parte), é proibido alcançar familiares do acusado ou pessoas alheias à infração penal. No entanto, é possível que a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens, tidos como efeitos da condenação, sejam, nos termos da lei, ampliados aos sucessores e contra eles executados até o limite do valor do patrimônio transferido, conforme CF, art. 5º, XLV, 2ª parte. “Não poderá ser cobrada dos sucessores do condenado a pena de multa”.³⁰

O Princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade menciona que, desde que presentes os pressupostos da pena, ela deve ser aplicada e fielmente cumprida. Diz Mirabete: [...] “praticado o delito, a imposição deve ser certa e a pena cumprida.”³¹ No entanto esse princípio encontra exceções em alguns institutos, tais como *sursis*, livramento condicional, perdão judicial, anistia, prescrição e etc.³²

Princípio da humanização, consagrado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIX, diz que a integridade física e moral do condenado deve ser preservada quando da aplicação da pena. Não pode uma pessoa detida, presa ou custodiada pelo Estado sofrer tratamento cruel, desumano ou degradante. Está expressa no texto constitucional, no artigo 5º, inciso XLVII, a proibição das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. A pena de

²⁸ WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de Direito Penal**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.. p. 346-347.

²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v.1. p. 232.

³⁰ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 514-515.

³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v.1. p. 232.

³² BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 455-456.

morte é excepcionada, pois pode ser decretada em caso de guerra externa declarada nos termos do art. 84, XIX da CF.³³

Para o princípio da proporcionalidade é necessário que haja proporção entre o crime e a pena. “Cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado”.³⁴

O princípio da individualização, conforme Masson ao citar Nucci, tem a função de escolher a justa e adequada sanção penal, em relação ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réu. Tem a finalidade de fugir da padronização da pena, mecanizada, que torne desnecessária a figura do juiz como ser pensante e coloque em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, por meio de um modelo unificado, pobre e injusto.³⁵ No entendimento de Monteiro de Barros, a pena deve ser graduada de acordo com a relevância do bem jurídico tutelado, levando-se em conta, também, a pessoa do delinqüente. Cita a CF que, em seu art. 5º, inciso XLVI, menciona que a lei regulará a individualização da pena. Diz ainda o mesmo autor citando Néelson Hungria que “individualizar a pena nada mais é do que ‘retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso.’”³⁶

Sobre o princípio da suficiência, assevera Barros citando Ariel Dotti que “a pena deve ser necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime”. O art. 59 do CP mostra os critérios que compõem esse princípio. O Juiz deverá estipular a pena do condenado em um quantitativo e da forma suficiente para reprovar e prevenir a ocorrência do crime.³⁷

Princípio da relativa indeterminação da pena, estipulado pelas margens penais, ao se fixar a pena mínima e a máxima, delega-se ao magistrado a

³³ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 456.

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral**, arts. 1º a 120. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v.1. p. 232.

³⁵ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático: parte geral**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 515-516.

³⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 455.

³⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 456.

discricionariedade subjetiva razoável para se determinar o *quantum* da pena. Não é correto falar em dosimetria por expressar uma fixação pautada por critérios matemáticos rígidos, não condizente com o direito pátrio, diz Monteiro de Barros.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO

É sabido que o poder punitivo se utiliza de certas limitações de liberdade de locomoção, como por exemplo, a limitação de fim de semana, a proibição de freqüentar determinados lugares dentre outras. No entanto, é certo que a mais grave dessas restrições se dá pela pena privativa de liberdade, afirma Cláudio Brandão.³⁸

Bitencourt afirma que “quem quer que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo”, isso porque a origem da pena é muito remota e difícil de situá-la em suas origens. As contradições são difíceis de serem evitadas. É difícil que haja uma inequívoca pretensão narrativa de ordem cronológica. Assim, é necessário que se separe da cronologia que pode levar a equívocos e considerar o homem delinqüente, procurando elucidar as distintas formas em que seus atos foram puníveis, demonstrando mais ou menos os períodos da História da Humanidade.³⁹

A noção de penalidade na prisão não existiu, assim como na Antiguidade, durante a toda a Idade Média. Não havia a idéia de se fazer alguém pagar por algo através da prisão. Na Antiguidade, a prisão era apenas forma de custodiar o condenado até sua execução, e esta custódia era feita por um representante da comunidade (xerife) que poderia lucrar ao expor o condenado como um “premio”, ficando também com os encargos desta custódia.⁴⁰

Menciona Bitencourt:

³⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 321.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1 p. 505.

⁴⁰ BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do estado brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização? **Revista de estudos criminais**, ano VII , nº 27, p. 205. Notadez atualização e conhecimento jurídico: Out/Dez 2007.

[...] durante a Antiguidade a privação de liberdade era desvinculada da idéia de sanção.

A expiação daquele que violou as normas de convivência – expressada pela aplicação das mais atrozes penalidades, como morte, mutilação, tortura e trabalhos forçados – é um sentimento comum que se une à Antiguidade mais remota.⁴¹

Dessa forma, na antiguidade, a privação da liberdade era considerada, de regra, apenas como pré-requisito do suplício físico ou da morte, menciona Cláudio Brandão. Durante vários séculos, a prisão serviu de depósito – contenção e custódia – da pessoa física do réu, que esperava, geralmente em condições subumanas, a celebração de sua execução.

Mas, na Idade Média, surge a prisão do Estado e a prisão eclesiástica. Na prisão do Estado somente eram recolhidos os adversários políticos dos governantes e quem tivesse cometido delitos de traição contra o poder real ou senhorial. A prisão eclesiástica era destinada aos clérigos rebeldes em resposta às idéias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação. Os infratores eram recolhidos em um ala dos mosteiros para que, através da penitencia e da oração, se arrependessem do mal que fizeram e tivessem a correção. É visto que prisão canônica era mais humana do que secular, que se caracterizava por mutilações e suplícios.⁴²

Nestes termos, “na baixa Idade Média, com o Direito Canônico, surgiu a origem remota da privação da liberdade como pena, restringindo-se a liberdade de locomoção”.⁴³ Não se pode negar que o direito Canônico contribuiu de forma decisiva para o surgimento da prisão moderna, principalmente no que tange às primeiras idéias sobre a reforma do delinqüente. Nota-se que do vocábulo “penitencia”, estritamente vinculado com o Direito Canônico, se originaram as palavras penitenciária e penitenciário, ligadas ao conceito teológico moral de até o século XVIII, que considerava o crime como um pecado contra as leis humanas, menciona Bitencourt.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 506.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 508-509.

⁴³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 321.

Dentre as penas canônicas têm-se a internação em mosteiros e a reclusão na cela, dentre outras, que deram origem às modernas penas privativas de liberdade, diz Cláudio Brandão citando Rodolfo Pesaagno e Humberto Bernardi, e juntamente com elas existiam as penitenciárias públicas que constituíam atos de arrependimento e humilhação.⁴⁴ No entanto, somente a partir do século XVIII a pena de privação de liberdade foi introduzida como forma autônoma de punição, generalizando-se durante o século XIX, através dos sistemas penitenciários, menciona Cláudio.

Na Idade Moderna, nos séculos XVI e XVII houve empobrecimento radical das classes populares na Europa e as penas, que em regra eram mortes por enforcamento, mutilações e suplícios, tornaram-se um problema, tendo em vista que não estariam surtindo um efeito de legitimação da autoridade do príncipe, haja vista não ser vantajoso do ponto de vista econômico que uma quarta parte da população tivesse tal destino. Foi esse momento “que Foucault determinou como ‘o momento em que se percebeu, segundo a economia do poder, mais eficaz e mais rentável vigiar que punir’”. Dessa forma, sob o risco de se dizimar parte da população mantidas à sumária condenação à pena de morte, idéias começaram a surgir sobre outros tipos de penas que pudessem substituir a morte, mas, juntamente, começaram a surgir problemas no que tange à responsabilidade e ao local onde estes condenados seriam guardados, assevera Suleima.⁴⁵

São criadas então casas de correção para os apenados por delitos menores, que tinham a finalidade de reformar os delinqüentes por meio do trabalho e da disciplina férrea e assim desestimular a outros da vadiagem e da ociosidade. Para os que cometiam delitos graves permaneciam as penas corporais. As instituições de correção foram implantadas em países como França, Inglaterra e Amsterdã e, embora destinadas a uma pequena delinqüência, já marcavam o surgimento da pena privativa de liberdade moderna, conforme Bitencourt.⁴⁶

⁴⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 321.

⁴⁵ BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do estado brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização? **Revista de estudos criminais**, ano VII, nº 27, p. 205. Notadez atualização e conhecimento jurídico: Out/Dez 2007.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 510-511.

1.2.1 Sistemas penitenciários

Anteriormente, as penas possuíam natureza aflitiva, isto é, o corpo do acusado pagava pelo mal que ele havia praticado, afirma Greco. Sofria tortura, açoitado, era crucificado, esquartejado, esfolado vivo e inúmeros outros tipos de sevícias lhe recaía sobre seu corpo físico. A pena de prisão, isto é, a privação da liberdade como pena principal foi um avanço triste na história das penas.⁴⁷

Afirma Bitencourt que nos Estados Unidos surgiram os primeiros sistemas penitenciários, “embora não se possa afirmar, como faz Norval Morris, ‘que a prisão constitui um invento norte-americano.’⁴⁸ Diz o mesmo autor:

Esses sistemas penitenciários tiveram, além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, [...], um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam, nos Bridwells ingleses, e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça. Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia.

Durante a evolução dos sistemas penitenciários, os que mais se destacaram foram o pensilvânico ou celular, o auburniano e o progressivo, conforme será descrito.

1.2.1.1 Sistema Pensilvânico ou Celular

Também denominado de sistema de Filadélfia. Sobre sua origem histórica, menciona Bitencourt ao citar Luís Garrido Guzman que em 1776 foi construída a primeira prisão norte-americana pelos *quacres* em *Walnut*. O objetivo desse sistema era a reforma das prisões e seu início mais preciso começa sob a influência das sociedades integradas por *quacres* e os cidadãos da Filadélfia mais dignos de respeito. Diz o mesmo autor citando Marco Del Pont que Benjamin Franklin e William Bradford estavam entre as pessoas que mais influenciaram, e que Benjamim propagou as idéias de Howard, principalmente no que diz respeito ao

⁴⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011. p. 477.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 131.

isolamento do preso, uma das características principais do sistema celular pensilvanico.⁴⁹

A esse respeito diz Rogério Greco ao citar Manoel Pedro Pimentel:

[...] esse regime iniciou-se em 1790, no *Walnut Street Jail*, uma velha prisão situada na rua Walnut, na qual reinava, até então, a mais completa aglomeração de criminosos. Posteriormente, esse regime passou para a *Eastern Penitentiary*, construída pelo renomado arquiteto Edward Haviland, e que significou um notável progresso pela sua arquitetura e pela maneira como foi executado o regime penitenciário em seu interior.⁵⁰

Esse sistema era bastante severo e impunha aos prisioneiros o isolamento nas celas, a abstinência total de álcool e a leitura da bíblia a fim de estimular o arrependimento. Sobre isso discorre Bitencourt mencionando Dario Melossi, Massimo Pavarine e Norval Morris:

Foi precisamente a associação antes referida que, com sua contínua e incisiva opinião pública, fez com que as autoridades iniciassem, em 1790, a organização de uma instituição na qual “isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas deveriam criar os meios para salvar tantas criaturas infelizes”. Ordenou-se, através de uma lei, a construção de um edifício celular no jardim da prisão (preventiva) de *Walnut Street* (construída em 1776), com o fim de aplicar o *solitary confinement* aos condenados. Não se aplicou, contudo, o sistema celular completo; impôs-se o isolamento em celas individuais somente aos mais perigosos, os outros foram mantidos em celas comuns; a estes, por sua vez, era permitido trabalhar conjuntamente durante o dia. Aplicou-se a rigorosa lei do silêncio. As idéias aplicadas pelos *quacres* no sistema filadélfico não se originam somente em suas convicções teológicas e morais, mas também foram influenciadas pelas idéias de Howard e de Beccaria.⁵¹

Bitencourt afirma ainda que o sistema filadélfico, em suas idéias fundamentais, possui ligação com as experiências promovidas na Europa a partir do século XVI, ao passo que acompanha as linhas fundamentais que os estabelecimentos holandeses e ingleses adotaram. Aderiu, também, algumas idéias de Beccaria, Howard e Bentham, além de conceitos religiosos aplicados pelo Direito Canônico.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 131-132.

⁵⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011. p. 478.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 132.

Ocorre que em poucos anos a experiência desse sistema sofreu graves estragos e se tornou um fracasso. Isso se deu por causa do grande crescimento da população penal que se encontrava recolhida na prisão de *Walnut Street*. A sociedade da Pensilvânia e a da Filadélfia, para se obter alívio das misérias das prisões públicas, ambas inspiradas nos *quacres*, ao enfrentarem os fracassos e retrocessos, requereram uma nova oportunidade a um sistema fundado na separação, disse Bitencourt citando C. Hibbert. Foram aceitas as reivindicações e duas novas prisões foram construídas, onde os prisioneiros foram encarcerados separadamente, a *Western Penitentiary* (penitenciária Ocidental), em Pittsburg no ano de 1818, e a *Eastern Penitentiary* (penitenciária Oriental), que foi concluída em 1829. A prisão ocidental utilizou um regime de isolamento absoluto, no qual não era permitido nem o trabalho nas celas.⁵² No ano de 1829 viu-se que esse regime era impraticável e, nesse mesmo ano, em que se inaugurou a prisão oriental, decidiu-se abrandar o isolamento individual, permitindo algum trabalho na própria cela, continuou Bitencourt citando Von Hentig. No entendimento de Bitencourt a permissão de se executar algum trabalho na cela não torna menor o problema do isolamento, haja vista se tratar de trabalhos tediosos e muitas vezes sem sentido. Entretanto nem sempre pôde ser realizado o trabalho na cela.

Esse sistema foi muito criticado por suas características extremamente rígidas, tendo em vista que a pena era cumprida em isolamento celular, com a obrigação do silêncio e da oração, e porque o isolamento completo do apenado impossibilitava sua readaptação social.⁵³

1.2.1.2 Sistema Auburniano

A necessidade e o desejo de superar as críticas feitas e limitações do regime celular foi uma das razões para o surgimento desse sistema, que ficou conhecido como sistema auburniano em razão de ter sido a penitenciária construída na cidade de Auburn, no Estado de Nova York, em 1818.⁵⁴

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 133.

⁵³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011. p. 478.

⁵⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011. p. 478.

Sua origem histórica, coforme Bitencourt mencionado John Lewis Gillin se deu quando “Em 1796 o governador Jhon Jay, de Nova Iorque, enviou uma comissão para estudar o sistema celular”. Prossegue dizendo que, nesse ano importantes mudanças nas sanções penais ocorreram, tendo em vista que a pena de morte e os castigos corporais foram substituídos pela pena de prisão, conseqüência direta das informações adquiridas pela comissão anteriormente citada. Foi inaugurada, no ano de 1797 a prisão de Newgate que, por muito pequena, não pode utilizar o sistema de confinamento absoluto. Por conseqüência, em 1809, foi proposta, para alcançar o numero crescente de delinqüentes, a criação de outra prisão no interior do Estado.⁵⁵ No entanto só em 1816 foi dada autorização definitiva para a construção da prisão de Auburn, que teve uma parte de seu edifício destinado ao regime de isolamento. No ano de 1821, de acordo com uma ordem, os prisioneiros de Auburn foram divididos em três categorias, salienta o Bitencourt:

1ª) a primeira era composta pelos mais velhos e persistentes delinqüentes, aos quais se destinou um isolamento contínuo; 2ª) na segunda situavam-se os menos incorrigíveis; somente eram destinados às celas de isolamento três dias na semana e tinham permissão para trabalhar; 3ª) a terceira categoria era integrada pelos que davam maiores esperanças de serem corrigidos. A estes somente era imposto o isolamento noturno, permitindo-lhes trabalhar juntos durante o dia, ou sendo destinados às celas individuais um dia na semana.⁵⁶

Segundo o mesmo autor, não havia condições de se trabalhar nas celas, que eram pequenas e escuras. O estrito confinamento solitário dos delinqüentes foi um fracasso porque, de oitenta presos em isolamento total, com apenas duas exceções, os outros todos acabavam mortos, loucos ou alcançavam o perdão. No ano de 1824 uma comissão legislativa investigou o problema e sugeriu a renúncia do sistema de confinamento solitário e, a partir disso, foi difundida a política de permitir o trabalho em comum dos reclusos, no mais absoluto silêncio e, durante a noite, o confinamento solitário.

O sistema auburniano possui, como uma de suas características principais, o silêncio absoluto que era imposto aos presos, razão pela qual ficou

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 133.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 134.

conhecido como *silent system*, diz Greco, que cita Manoel Pedro ao apontar as falhas desse sistema:

O ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam, como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos d'água ou, ainda, modernamente, esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam de *boca de boi*. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos.⁵⁷

Aos detentos era permitido somente falar com os guardas, nunca entre si, com licença prévia e em baixa voz, salienta Bitencourt, que cita Melossi e Pavarini ao dizer que “esse silêncio, ininterrupto, mais que propiciar a meditação e a correção, é um instrumento essencial de poder, permitindo que uns poucos controlem uma multidão.”⁵⁸

Bitencourt ao citar Foucault menciona que este:

[...] não aceita o modelo auburniano como instrumento propiciado da reforma ou a correção do delinqüente, tal como consideram os mais otimistas; ao contrário, considera-o como um meio eficaz para a imposição e manutenção do poder. Nesse sentido afirma que: “este jogo de isolamento, de reunião sem comunicação e da lei garantida por um controle ininterrupto deve readaptar o criminoso como indivíduo social: educa-o para uma atividade útil e resignada, e lhe restitui alguns hábitos de sociabilidade”.

Continua o mesmo autor dizendo que, tradicionalmente se criticou o *silente system* pela imposição de castigos cruéis e excessivos. “Esses castigos refletem a exacerbação do desejo de impor um controle irrestrito, uma obediência irreflexiva.” Ocorre que o castigo era considerado justificável porque se acreditava que propiciava a recuperação do apenado.⁵⁹

⁵⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011. p. 478.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 134.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 135.

1.2.1.3 Sistemas Progressivos

A pena privativa de liberdade se impõe definitivamente no decurso do século XIX, e seu predomínio coincide com o progressivo abandono da pena de morte, diz Bitencourt *apud* Jescheck. Ao citar Calos García Valdés, menciona que “o apogeu da pena privativa de liberdade coincide igualmente com o abandono dos regimes celular e auburniano”, ao passo em que o regime progressivo é adotado.⁶⁰ O mesmo autor, citando Francisco Bueno Arus, continua a explicar que a característica desse regime está em se cumprir a pena em estágios, isto é, o tempo da condenação era dividido em períodos, e em cada um era aumentado os privilégios que o recluso poderia ter de acordo com sua boa conduta e com o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Era possível a reinserção do condenado à sociedade antes do termino de cumprimento da pena. Em suas palavras:

A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.

Esse sistema foi um avanço em relação aos sistemas pensilvanico e auburniano. Mostrou-se menos rigoroso em relação ao tratamento que dispunha aos delinquentes quando do cumprimento da pena e foi utilizado de início pela Inglaterra e posteriormente pela Irlanda.

O **sistema progressivo inglês**, ou *Mark System* (sistema de vales), como foi denominado pelos ingleses, diz Greco, se originou no início do século XIX, onde Alexander Maconochie (capitão da Marinha Real), espantado com a forma desumana com a qual eram tratados os presos que eram degradados para a Austrália, decidiu modificar o sistema penal. Maconochie, que era diretor de um presídio do condado de Norwich, situado na ilha de Norfolk na Austrália, cria um sistema progressivo de penas que deveria ser cumprido em três estágios.⁶¹ Esse

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 137

⁶¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011. p. 479.

sistema era caracterizado por medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao delinqüente, afirma Cezar Roberto.⁶² Diz ainda:

Referida soma era representada por certo número de marcas ou vales, de tal maneira que a quantidade de vales que cada condenado necessitava obter antes de sua liberação deveria ser proporcional à gravidade do delito. Diariamente, segundo a quantidade de trabalho produzido, creditavam-se-lhe uma ou várias marcas, deduzidos os suplementos de alimentação ou de outros fatores que lhe eram feitos. Em caso de má conduta impunha-se-lhe uma multa. Somente o excedente dessas marcas, o remanescente desses “débitos-créditos” seria a pena a ser cumprida.

Os três estágios em que deveria ser cumprido o sistema progressivo, assevera o mesmo autor, era dividido em *isolamento celular diurno e noturno* (primeiro estágio), também denominado período de provas, que tinha por finalidade fazer o delinqüente refletir sobre seu delito. Nele o apenado podia ser impelido a duro e obrigatório trabalho, com regime de escassez de alimentos. O *trabalho em comum sobre a regra do silêncio* (segundo estágio) era marcado pelo fato de os apenados se recolherem em um lugar chamado de *public workhouse*, onde era permitido o trabalho em comum, com a imposição da regra do silêncio absoluto, durante o dia, e segregação noturna. Esse estágio era dividido em classes, onde o delinqüente que possui determinado número de marcas e, após um certo tempo, passa para a classe seguinte, até chegar à primeira classe e obter o *ticket of leave*, que dava passagem ao terceiro estágio; a passagem de uma classe para outra dava ao apenado, gradativamente, privilégios como recompensas materiais, maior confiança e liberdade. A *liberdade condicional* (terceiro estágio), era a etapa em que o apenado possuía uma liberdade limitada, ou seja, com restrições, às quais tinha de obedecer e durava um período certo. Transcorrido esse período sem que a liberdade condicional tivesse sido revogada, o apenado obtinha a liberdade de forma definitiva.

Nas palavras de Bitencourt, era necessário que se preparasse melhor os delinqüentes para a reinserção na sociedade. Com isso, Walter Crofton, diretor das prisões na Irlanda (tido por alguns como verdadeiro criador do sistema progressivo), implantou o **sistema progressivo irlandês** com algumas modificações. O que Crofton fez foi modificar o sistema progressivo inglês de Maconochie, primeiramente

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 138.

introduzido na Austrália e depois na Inglaterra, diz Bitencourt ao citar Elías Neuman.⁶³ Crofton conhecia o sistema progressivo inglês, e ao ser encarregado de inspecionar as prisões irlandesas, no ano de 1854, com o objetivo de melhor preparar o apenado para a vida em liberdade, introduziu mais um estágio a ser cumprido. Estabeleceu as prisões intermediárias, que era um período entre as prisões e a liberdade condicional, como meio de prova da aptidão do condenado à vida em liberdade.

Os estágios do sistema progressivo irlandês se mantiveram iguais ao do sistema progressivo inglês, à exceção de um novo estágio introduzido antes do livramento condicional, terceiro e último estágio do sistema progressivo inglês. O primeiro estágio, *de isolamento celular diurno e noturno* e o segundo estágio, *trabalho em comum sob a regra do silêncio*, mantiveram as mesmas características. O terceiro estágio, introduzido por Crofton, foi o *período intermediário*, que ocorria entre a prisão comum em local fechado e a liberdade condicional. Assevera Bitencourt ao citar Elías Neuman que, o apenado cumpria esse estágio em prisões especiais, onde trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, de preferência com trabalhos agrícolas. A disciplina era mais branda, as prisões não tinham muro nem ferrolhos (mais parecidas com asilo de beneficência) e os apenados muitas vezes viviam em barracas desmontáveis, iguais a trabalhadores livres que se dedicam ao cultivo ou à indústria. A *liberdade condicional*, com as mesmas características do sistema progressivo inglês, se tornou o quarto e último estágio.

Esse sistema foi muito difundido e utilizado por outros países, no entanto nas últimas décadas, principalmente a partir do Congresso de Berlin no ano de 1933, questionou-se sua efetividade e algumas modificações foram feitas. A exemplo, esse regime de execução penal foi abandonado na ordenança alemã de 22 de julho de 1940, na Suécia, principalmente a partir da Lei de Execução Penal, em 21 de dezembro de 1945, mas o conceito de progressividade no tratamento dos apenados foi mantido. Na Dinamarca, a partir de 1947, o regime progressivo foi simplificado e ganhou maior flexibilidade.⁶⁴

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 139.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 140.

Bitencourt citando Amancio Tome Ruiz acrescenta aos sistemas progressivos o **Sistema de Montesinos**, iniciado em 1835 pelo Coronel Manuel Montesinos e Molina, nomeado “governador” do presídio de Valência. Montesinos era detentor de grandes qualidades pessoais adequadas a alcançar uma eficiente e humanitária direção de um centro penal. Em razão de sua capacidade de influir de forma eficaz no espírito dos apenados e sua grande força de vontade, características marcantes de sua personalidade, logrou disciplinar os reclusos pelo exercício de sua autoridade moral, e não pela dureza do castigo. Assim, o rigor dos castigos foi abrandado e se orientou através de princípios de um poder disciplinar racional. Diz ainda o mesmo autor:

Um dos aspectos mais interessantes da obra prática de Montesinos refere-se à importância que deu às relações com os reclusos, fundadas em sentimentos de confiança e estímulo, procurando construir no recluso uma definida autoconsciência. A ação penitenciária de Montesinos planta suas raízes em um genuíno sentimento em relação “ao outro”, demonstrando uma atitude “aberta” que permitisse estimular a reforma moral do recluso. Possuía uma firme “esperança” nas possibilidades de reorientar o próximo, sem converter-se em uma prejudicial ingenuidade, encontrando o perfeito equilíbrio entre o exercício da autoridade e a atitude pedagógica que permitia a correção do recluso.

Ocorre que esse sistema encontra-se em crise em, afirma Bitencourt ao mencionar Francisco Bueno Arus. Isso se dá ao fato, entre outros, de possuir algumas limitações como uma impossibilidade de o apenado alcançar sua readaptação progressiva por meio do gradual afrouxamento do regime, vinculado à demonstração de “boa conduta”, quando em uma fase inicial se tem a aniquilação da pessoa e da personalidade humana; ser a efetividade do sistema progressivo uma ilusão, tendo em vista as poucas esperanças de resultado com um sistema que se inicia com um rigor excessivo sobre todas as atividades do recluso etc.⁶⁵

1.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

De acordo com o bem jurídico lesado, a doutrina dispõe que as penas podem ser classificadas como corporal, pena privativa de liberdade, pena restritiva de liberdade, pena pecuniária e pena privativa ou restritiva de direitos, conforme Monteiro de Barros.⁶⁶

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 140-141.

⁶⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 457.

Explica que pena corporal é aquela que atinge e integridade física do apenado (mutilação, por exemplo). É sabido que a CF veda qualquer tipo de pena corporal, à exceção da pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a, CF). Pena privativa de liberdade é aquela que limita o direito de ir e vir do condenado, mediante prisão. A restritiva de liberdade limita o poder de locomoção do condenado, sem, contudo, enviá-lo à prisão (por exemplo o banimento, que é a expulsão de brasileiro do território nacional, vedado pela CF). Pena pecuniária é aquela que atinge o patrimônio do condenado, como a multa por exemplo. Por fim, a pena privativa ou restritiva de direitos é a que restringe algum direito do condenado ou o suprime, como exemplo a limitação de fim de semana.

Nos termos da Constituição Federal as penas são classificadas em privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos, nos termos do artigo XLVI, incisos “a” a “e”.⁶⁷

Diz o mesmo autor que, conforme o Código Penal em seu art. 32, as penas são de multa, restritiva de direito e privativa de liberdade.

Após essa breve explanação acerca das classificações das penas, serão abordadas algumas considerações sobre a pena privativa de liberdade, objeto de estudo deste trabalho, e na seqüência os regimes prisionais.

1.3.1 Espécies de penas privativas de liberdade e seus regimes prisionais

Barros define pena de prisão como sendo aquela que restringe o direito de ir e vir do condenado, impondo-lhe algum tipo de prisão.⁶⁸ Nucci assim dispõe:

Existem três espécies de penas privativas de liberdade – reclusão, detenção e prisão simples – que, na realidade, poderiam ser unificadas sob a denominação de pena de *prisão*. A pena de prisão simples é a destinada às contravenções penais, significando que não pode ser cumprida em regime fechado, comportando apenas os regimes semiaberto e aberto. Além disso, não se pode inserir um contraventor condenado no mesmo lugar onde se encontrem os criminosos.⁶⁹

⁶⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 458.

⁶⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 459.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 6. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 390.

Entre as penas de reclusão e detenção, previstas no artigo 33 do Código Penal – CP - existem algumas diferenças formais, as quais são aconselhadas a extinção, tendo em vista serem mínimas e, na prática, quase sempre irrelevantes, diz o mesmo autor.

1.3.1.1 Reclusão

A pena de reclusão pode ser cumprida inicialmente nos regimes fechado, semiaberto e aberto, assevera Nucci. Tudo dependerá do *quantum* da pena fixada. Se superior a 8 anos, será o fechado, se superior a 4 e não exceda a 8, será o semiaberto, mas se reincidente será fechado. Se inferior ou igual a 4 anos será o aberto, mas se reincidente, também será o fechado (art. 33 §2º do CP), exceto nas hipóteses alcançadas pelo teor do verbete sumular numero 269 do Superior Tribunal de Justiça, que autoriza a fixação do regime semiaberto ao reincidente possuidor de bons antecedentes, quando a pena for inferior ou igual a 4 anos.

Pode acarretar como efeito da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder (denominado pelo Código Civil de poder familiar), tutela ou curatela, nos termos do art. 92, II do CP. Sendo o autor inimputável, acarreta a internação nos casos de medida de segurança conforme o art. 97 do CP.

Este tipo de pena é cumprido em primeiro lugar, como preceitua o art. 69 do CP, e é prevista para os crimes mais graves, conclui Nucci.

1.3.1.2 Detenção

Detenção é a forma de pena de prisão que somente pode ser iniciada em regime semiaberto ou aberto, como preceitua o art. 33 do CP. Quando o crime é cometido por inimputável pode acarretar o regime de tratamento ambulatorial (art. 97 do CP). A detenção é reservada para crimes mais leves, ao passo que a reclusão se destina a crimes mais graves, razão pela qual, no momento da criação do tipo incriminador, o legislador sinaliza à sociedade a gravidade do delito. Sobre isso diz Nucci ao citar Luís Francisco Carvalho Filho:

Na realidade, na ótica do legislador de 1940, foram criadas duas penas privativas de liberdade. Para crimes mais graves, a *reclusão*, de no máximo 30 anos, sujeitava o condenado a isolamento diurno por até três meses e, depois, trabalho em comum dentro da penitenciária ou, fora dela, em obras públicas. A *detenção*, de no máximo três anos, foi concebida para crimes de

menor impacto: os detentos deveriam estar separados dos reclusos e poderiam escolher o próprio trabalho, desde que de caráter educativo. A ordem da separação nunca foi obedecida pelas autoridades brasileiras, e as diferenças práticas entre reclusão e detenção desapareceriam com o tempo [...].⁷⁰

Algumas peculiaridades são observadas quando da fixação do regime inicial de cumprimento das penas de prisão, (regime fechado, semiaberto e aberto), as quais serão analisadas em tópico seguinte.

1.3.1.3 *Prisão Simples*

Nucci diz que é a pena de prisão imputada pelo Decreto-lei nº 3688/41, a denominada Lei de Contravenções Penais (LCP). É cumprida em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, sem rigor penitenciário, que significa abster-se de aplicar as regras do regime fechado. Sobre isso afirma:

Seria esse estabelecimento especial uma espécie de colônia penal de contraventores – ou, no mínimo uma Casa de Albergado de contraventores. Não existindo, os condenados por contravenção podem ser colocados em *seção especial* (significa, na prática, separados dos sentenciados por crimes) de prisões comuns, em regime semi-aberto (colônia penal) ou aberto (Casa de Albergado). [...] constituindo a contravenção penal uma infração de menor potencial ofensivo, sujeita à transação penal, torna-se quase impossível imaginarmos alguém condenado por contravenção penal e inserido em uma colônia penal (regime semi-aberto), por exemplo, pois não mereceu o benefício da referida transação, com aplicação de simples multa ou de restrição de direito. O disposto no art. 6º tende a ser, portanto, praticamente uma *pictória* referencia para o operador do direito.⁷¹

Seus regimes prisionais são o aberto ou o semi-aberto. Conseqüentemente não se admite a fixação do regime fechado e nem a regressão para o citado regime.⁷²

1.3.1.4 *Regime fechado*

No regime fechado, com base nos arts. 87 e 88 da Lei nº 7210/84, Lei de Execução Penal (LEP), a pena é cumprida em penitenciária e o condenado fica

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 6. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 391.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 158.

⁷² CARVALHO, Djalma Eutímio de. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 246.

subordinado a trabalho durante o dia e isolamento durante o repouso noturno em cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório. A unidade celular deverá conter os requisitos básicos de salubridade do ambiente pela ocorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e área mínima de seis metros quadrados.⁷³

Mirabete cita o art. 90 da LEP que menciona que a penitenciária dos homens deve ser construída em local afastado do centro urbano em distância que não restrinja a visitação. A penitenciária das mulheres deve ter seção para gestante e parturiente, berçário, para as condenadas cuidarem de seus filhos até os seis meses de idade, e creche, para amparar a criança desamparada, maior de seis meses e menor de sete anos cuja responsável estiver presa, nos termos dos arts. 83, §2º e 89, *caput* da LEP.

Afirma Nucci que, nesse regime, o trabalho externo do condenado só é admitido em serviços ou obras públicas, em regra, realizados por órgãos da administração direta ou indireta e, eventualmente e desde que sob vigilância, pode ser feito em entidades privadas. O trabalho será remunerado e quando for realizado em entidade privadas, depende da expressa anuência do preso, sendo necessário o cumprimento de, pelo menos um sexto da pena, conforme arts. 36 e 37 da LEP.⁷⁴

1.3.1.5 Regime semiaberto

Nesse regime a pena deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar, pode o condenado ser alojado em compartimento coletivo, e devem ser cumpridos os mesmo requisitos de salubridade fixados às penitenciárias, preceituam os arts. 91 e 92 da LEP. O artigo 92, em seu parágrafo único, dispõe que são requisitos básicos das dependências coletivas a seleção adequada dos presos e o limite de capacidade máxima que atenda aos objetivos de individualização da pena, assevera Mirabete.

Sobre o trabalho externo do preso e saídas temporárias diz Nucci:

⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 241.

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte especial. 6. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 406.

Segundo a lei, o trabalho externo é admissível, em caráter excepcional. As saídas temporárias sem fiscalização direta, somente poderão ser feitas para freqüência a curso supletivo profissionalizante ou de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução (art. 122, II, LEP).

Podem ocorrer, ainda, saídas sem vigilância para visitas à família ou para participação em atividades concorrentes para o retorno ao convívio social. A autorização depende, entretanto, de comportamento adequado do sentenciado, cumprimento mínimo de um sexto da pena (se primário) ou de um quarto (se reincidente) e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (art. 123, LEP). Vide, ainda, a Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça: “Para a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado”.⁷⁵

Mirabete citando Manoel Pedro Pimentel diz que, ao apontar vantagens ao regime semiaberto, afirma que é muito gratificante para os presos o trabalho ao ar livre nesse tipo de regime, que os traz de volta o gosto pela vida e cultiva os benefícios da convivência social.⁷⁶

1.3.1.6 Regime aberto

Esse regime, baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade, permite que o preso cumpra a pena fora do estabelecimento prisional e sem vigilância. Deverá o condenado trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada durante o dia e, durante a noite e nos dias de folga, permanecer recolhido na Casa do Albergado, que deve conter, além dos aposentos para o preso, um lugar próprio para palestras, cursos e instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados, com base no art. 95 da LEP, diz Mirabete. A art. 94 da mesma lei menciona que a Casa do Albergado deve ser um prédio situado em centro urbano sem obstáculos físicos para evitar a fuga.

Diante da inexistência de Casas do Albergado em muitas comarcas, foi firmada a utilização do regime de *prisão albergue domiciliar* (PAD), estabelecida para atender aos condenados maiores de 70 anos, condenados cometidos com doença grave, sentenciadas com filho menor ou deficiente físico ou mental e condenada gestante, nos termos do art. 117 da LEP, afirma Nucci.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 6. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 406-407.

⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 242.

2 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

O cometimento de uma infração penal traz para o Estado a pretensão punitiva, ou seja, o direito de aplicar o Direito ao caso concreto, que se realiza com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.⁷⁷

O Estado desenvolve atividade em prol de executar a pena imposta na sentença, no processo de execução, que é disciplinado pela Lei nº 7210/84, Lei de Execução Penal (LEP) diz Demercian.

Sobre a responsabilidade com a execução da pena, assevera Maurício Kuehne, que constitui responsabilidade de todos e não apenas dos Poderes Executivo e Judiciário. A sociedade possui papel importante para tal, tendo em vista que após o cumprimento da pena, é dentro da sociedade que haverá o retorno do apenado.

O primeiro aspecto a ser consignado deve ser para chamar a atenção dos segmentos sociais no sentido de que a responsabilidade para com a Execução da Pena é de todos. Não se pense, como erroneamente alguns setores procuram proclamar, que os problemas devem ser resolvidos pelo Judiciário ou pelo Poder Executivo. Ledo engano. Todos os poderes e toda a sociedade, por seus diversos segmentos deve ser mobilizada, pois o retorno do homem, após o cumprimento da pena, se dará, exatamente, dentro da sociedade que temporariamente o alijou. A Lei de Execução nos parece extremamente sábia, em que pese as críticas que são feitas. Diluiu a responsabilidade de tal forma que, apenas àqueles que não têm ciência do que esta contém, persistem em criticar.⁷⁸

Enuncia o art. 1º da LEP que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal. Assim, constitui pressuposto da execução a existência de sentença criminal que tenha cominado pena, privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, que pode ser tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.⁷⁹

⁷⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 671.

⁷⁸ KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal Anotada**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 35.

⁷⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 01.

Deve ser objetivo da execução penal a integração social do condenado ou internado, já que teoria de finalidade da pena adotada é a mista ou eclética, em que a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas a humanização. “Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar”, afirma Marcão.

2.1 BREVE HISTÓRICO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Importante destacar que a primeira tentativa de uma codificação sobre as normas de execução penal foi através do projeto de Código Penitenciário da República, no ano de 1933, que foi publicado no Diário do Poder Legislativo, Rio de Janeiro, no ano de 1937, afirma Mirabete. Ao ser promulgado o Código Penal de 1940 o projeto ainda estava em discussão, mas foi abandonado, também por divergir de opinião com o Código.⁸⁰

Diz o mesmo autor que desde tal época a doutrina deu destaque à necessidade de uma Lei de Execução Penal, por não serem o Código Penal e o Código de Processo Penal lugares adequados para se regular a execução das penas e das medidas privativas de liberdade. Ocorre que, o projeto do Deputado Carvalho Neto, do ano de 1951, culminou na aprovação da Lei nº 3275, de 2-10-1957, que trouxe normas gerais de regime penitenciário. No entanto, tal diploma legal não possuía eficácia, pelo motivo de não prever sanções para o descumprimento dos princípios e das regras contidas na lei, o que a fez letra morta no ordenamento jurídico do país.

A partir de então algumas tentativas foram feitas no sentido de se criar uma norma que regulamentasse a Execução Penal, que por motivos vários, não lograram êxito. Enfim, no ano de 1981, uma comissão foi instituída e apresentou o anteprojeto da Lei de Execução Penal, que foi publicado no mesmo ano por meio de uma portaria para receber sugestões, e entregue com estas à comissão revisora, que teve seu trabalho apresentado no ano de 1982 ao Ministro da Justiça. No ano de 1983, o presidente da República João Figueiredo, encaminhou o projeto ao Congresso Nacional. Sem grandes alterações, foi aprovada a Lei de Execução Penal, que recebeu o nº 7210, promulgada em 11-7-1984 e publicada no dia 13

⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984. 11. ed. rev. e atual. 8. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23-24.

seguinte, para entrar em vigor juntamente com a lei de reforma da Parte Geral do Código Penal, o que ocorreu em 13-1-1985, conclui Mirabete.

2.2 DIREITO PENITENCIÁRIO OU DE EXECUÇÃO PENAL?

A respeito do debate doutrinário acerca da nomenclatura exata da execução penal, se Direito Penitenciário ou Direito de Execução Penal, tem-se que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 24, inciso I, a terminologia Direito Penitenciário veio à tona, apesar dessa nomenclatura receber fortes críticas, afirma Adeildo Nunes.⁸¹

Mirabete afirma que, à semelhança dos penalistas franceses, tem-se usado a expressão Direito Penitenciário, embora esta se restrinja à problemática do cárcere. Surgiram outras expressões de caráter mais abrangente, salienta Mirabete ao citar Manoel Pedro, como Direito Penal executivo, proposta por Roberto Lyra, e Direito Executivo Penal, proposta por Ítalo Luder⁸². Nestes termos afirma:

Nessa linha, ao dispor o art. 1º da Lei de Execução Penal que a execução penal tem por objetivo “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, resulta claro que não se trata apenas de um direito voltado à execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade, como também às medidas assistenciais, curativas e de reabilitação do condenado, o que leva à conclusão de ter-se adotado em nosso direito positivo o critério da autonomia de um Direito de Execução Penal em vez do restrito Direito Penitenciário.

Não seria viável, no entanto, dizer que a Lei Execução Penal abrange todas as situações jurídicas advindas das relações estabelecidas pela matéria. Por isso reconhece-se que muitas de suas normas possuem caráter material e, encontram-se tanto na Constituição Federal quanto no Código Penal, regras características da execução penal. Na Constituição Federal, por exemplo, estão preceitos que proíbem a prisão perpétua, a prisão por dívidas, a pena de morte para os crimes comuns, a detenção arbitrária e estão estabelecidos os princípios da personalidade e individualização da pena como garantias do homem perante o Estado, regras características da execução da pena. No Código Penal estão previstas as regras relativas aos estágios de cumprimento da pena e seus

⁸¹ NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 02.

⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984. 11. ed. rev. e atual. 8. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 22-23.

respectivos regimes prisionais, dentre outras regras de execução penal, nos termos da Exposição de Motivos à LEP, item 11.⁸³ Assim, consta da mesma Exposição de Motivos, item 12:

[...] A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro do Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: O Direito da Execução Penal.

Sabe-se que o Estado é o detentor exclusivo do direito de punir (*jus punied*), ou seja, o direito de impor aos seus súditos as sanções descritas nas leis penais. Ocorre que esse direito só se materializa quando alguém descumpra a lei penal, cometendo o fato social por ela proibido, e, ao usá-lo, deve-se obedecer a critérios preestabelecidos na Constituição Federal nas leis processuais. Assim, a pena só pode ser aplicada após estrita observância ao devido processo legal, ou seja, assegurado ao acusado a ampla defesa e o contraditório entre outros, com juiz independente e imparcial, proibidos os Tribunais ou juízes de exceção.⁸⁴

Dessa maneira, a execução penal pode ser entendida como o conjunto de atos judiciais e administrativos através dos quais o Estado executa uma sanção, ora cominada abstratamente pelo legislador, e de forma concreta imposta pelo juiz ao infrator da norma, afirma Mendes Junior.

Constitui-se como atividade de conteúdo misto, haja vista que nela se praticam atividades judiciais pelo Poder Judiciário, como sentenças, despachos, decisões, e atos administrativos, como aqueles praticados pelas autoridades penitenciárias, a exemplo a regulamentação dos dias de visita pelo diretor da penitenciária e a autorização para trabalho externo, continua o mesmo autor.

Sobre esse tema, Mirabete ao citar Renan Severo afirma que, a natureza jurídica da execução penal não se restringe ao terreno do direito administrativo, pois a matéria é regulada sob o enfoque de outros ramos do ordenamento jurídico, em especial o direito penal e o direito processual penal. Existe uma parte da execução da pena que se trata exclusivamente de providências administrativas, que fica sob o

⁸³ Exposição de Motivos nº 213, de 09 de maio de 1983. Disponível em: <http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/LEIS/L7210_84.PDF>. Acesso: 02 out. 2011.

⁸⁴ MENDES JUNIOR, Claudio. **Execução penal e direitos humanos para provas e concursos**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 25.

comando das autoridades penitenciárias, e ao lado disso, são desenvolvidas atividades pelo juiz da execução, que se diz atividade judicial da execução.⁸⁵

Diz o mesmo autor citando Ada Pellegrini Grinover:

Não se nega que a execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo, e não se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e estabelecimentos penais.

É sabido que o objeto da execução penal, nos termos do art. 1º da LEP, possui duas finalidades, sendo a primeira delas efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, determinadas para prevenir e reprimir os delitos. A segunda é de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, assevera Mirabete.⁸⁶

Em se tratando da reinserção social do apenado, tem-se que a individualização da forma de cumprimento da pena assegura ao que cometeu o delito, a devida retribuição e sua reinserção ao convívio social.⁸⁷

Demercian ao citar Anabela Miranda Rodrigues esclarece que:

a reinserção social do recluso não se confunde com um sistema qualquer de imposição de valores, mas “visa a facultar-lhe a necessária preparação – a que não será alheia ao fortalecimento de sua personalidade – para que possa, no futuro, conduzir a sua vida ‘sem que pratique crimes’. Educado ‘em liberdade’, ao recluso competirá, em última análise, a decisão pelo caminho da não-delinquência”.

Durante a execução da pena, o apenado deve ser submetido a várias rotinas a fim de sua recuperação social. Durante esse “tratamento penitenciário”, afirma Demercian ao citar Aníbal Bruno, é que se realiza a verdadeira individualização da pena. Assim dispõe:

Quando se passa à execução da medida penal, o crime ficou para trás. O que o estabelecimento penitenciário recebe é o homem, que o crime contribuiu para definir, mas cuja personalidade complexa excede a manifestação do fato punível. A esse homem real, na sua íntima natureza, como a observação de todos os dias irá revelar, é que deverá ajustar-se o tratamento ressocializador que a execução da pena representa.

⁸⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984. 11. ed. rev. e atual. 8. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.. p. 20.

⁸⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984. 11. ed. rev. e atual. 8. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 28.

⁸⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 672.

Nesses termos, diz ainda Demercian, que é com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que o juiz, após a prisão do apenado em caso de pena privativa de liberdade, determina a expedição de um documento chamado Guia de Recolhimento ao Juízo das Execuções, como preceituam os artigos 105 e 106 da LEP, que deverá conter diversas informações a respeito do condenado, a fim de identificá-lo individualmente.

Após ingresso no estabelecimento penal para cumprimento da pena, além da Guia de Recolhimento, o condenado é submetido a exame em relação a seus antecedentes e personalidade, com o objetivo de orientar a individualização da execução penal, continua o mesmo autor.

Dessa forma, tem-se que o sentido inseparável de reinserção social, de acordo com o estabelecido na LEP, compreende a assistência e a ajuda na obtenção dos possíveis meios de se permitir o retorno do condenado ao convívio social em condições favoráveis para sua reintegração, sendo que isso não se confunde com qualquer sistema de 'tratamento' que procure determinar certo número e hierarquia de valores em oposição com os direitos da personalidade do condenado, menciona Mirabete ao citar René Ariel⁸⁸, que corrobora com o pensamento da citada Anabela Miranda Rodrigues.

Nestes termos é que a LEP estabelece diversas formas assistência, devidas aos presos e internados, como exemplo assistência à saúde, educacional, social, material dentre outras, juntamente com o trabalho, buscando prevenir novos delitos, a reincidência e guiar os presos para o retorno ao convívio social. O trabalho também é mais uma atividade destinada à recuperação e a reinserção do preso à sociedade, preparando-o para um ofício, que lhe dará estabilidade econômica e o afastará do ócio. Dessa forma o trabalho adquire o caráter educativo e produtivo, assevera Demercian.⁸⁹

⁸⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984. 11. ed. rev. e atual. 8. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 28.

⁸⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 673-675.

3 MODELOS NORTE-AMERICANOS, FRANCÊS E INGLÊS

Didaticamente, é possível destacar dois tipos de participação privada na gestão e operação de estabelecimentos penais: o modelo norte-americano e o modelo francês. Eles se diferenciam no tocante ao grau de envolvimento direto do governo nos processos de execução dos serviços.⁹⁰ Grecianny ainda acrescenta o modelo inglês de privatização carcerária.⁹¹

A privatização é gênero, e deve ser analisada sob três aspectos, da qual são espécies: os aspectos do gerenciamento privado de estabelecimentos prisionais; o gerenciamento privado dos serviços penitenciários e o arrendamento das prisões, coloca Grecianny⁹².

Em linhas breves, temos que no gerenciamento privado de estabelecimentos prisionais, a privatização é total. O Estado entrega a completa execução da pena ao particular. O gerenciamento privado de serviços penitenciários é caracterizado pelo sistema de co-gestão ou terceirização, onde o Estado firma um contrato com o particular, por certo tempo, para que este administre um estabelecimento prisional, recebendo, para tanto, o justo pagamento pelos serviços prestados. No arrendamento das prisões a empresa privada constrói o estabelecimento prisional por suas próprias custas e, em seguida, o imóvel é arrendado ao Estado, que deverá executar a pena privativa de liberdade em toda sua plenitude, continua a mesma autora.

⁹⁰ CABRAL, Sandro. **Além das grades**: uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. 2006. Tese (Doutorado em administração) Universidade federal da Bahia: escola de administração, Bahia, 2006. p. 159.

⁹¹ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 110.

⁹² CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 88-90.

Em momento oportuno, os três aspectos da privatização serão melhor elucidados.

3.1 O MODELO NORTE-AMERICANO

Afirma Grecianny que surge nos Estados Unidos, precisamente na década de 80, a idéia de privatização do sistema prisional, difundida para a Europa e chegando ao Brasil no final da década de 90.⁹³

Na década de 80, eram ensaiadas no país, as primeiras iniciativas com prisões privatizadas. Testes nesse sentido foram inicialmente levados a efeito nas denominadas Prisões de Xerifes (*County Jails*), existentes nos Condados (municípios) norte-americanos, com a função de acolher pessoas presas, provisoriamente ou por pequenos períodos, após cometerem pequenas infrações, diz Edmundo Oliveira.⁹⁴ A esse respeito tem-se que:

Os Estados Unidos são uma república onde o poder de prender pertence a três esferas: Governo Federal (*Federal Prision*), Governo Estadual (*State Prision*) e Governo Municipal (*County Jails – Prision of Sheriff*). Níveis de segurança máxima, média e mínima.⁹⁵

A intervenção da iniciativa privada na administração das prisões surgiu, de início, com o fundamento de resolver difícil problema carcerário dos Estados Unidos, de uma forma mais econômica para o Estado, asserta Grecianny.

Sobre o problema carcerário, diz Minhoto, que a superpopulação penitenciária e os crescentes custos do encarceramento foram as principais razões invocadas pelo governo norte-americano para justificar a adoção de uma sistemática política de privatização de presídios a partir dos anos 80. Diante da superlotação, não é surpresa que as condições dos alojamentos dos detentos se degrade rapidamente. Nessa situação, os conflitos entre os detentos, assim como as rebeliões, constituem mais um problema.⁹⁶

⁹³ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 91.

⁹⁴ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 322.

⁹⁵ CONSULEX: Revista jurídica. **Direito comparado: CONSULEX realiza jornada nos estados Unidos na busca de soluções alternativas para a modernização da Justiça e do Sistema Penitenciário brasileiros** - ANO III – Nº30 – Junho/1999, p. 16.

⁹⁶ MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. **Lua nova: Revista de cultura e política**, nº 55-56, 2002, p. 138-139.

A privatização de alguns dos cárceres, a fim de solucionar os problemas já mencionados, se dá pelo gerenciamento privado dos estabelecimentos prisionais. Nesse modelo, a participação da iniciativa privada na execução penal é plena. Afirma Grecianny:

A iniciativa privada é responsável não só pela construção da unidade prisional, mas também pela sua administração e controle, não havendo nenhuma participação do estado, nem mesmo mediante e realização da segurança externa do estabelecimento penitenciário.

A privatização é total, havendo a completa entrega da execução da pena pelo Estado ao particular.⁹⁷

A interferência do particular nesse tipo de gerenciamento prisional é tão grande que, para se ter idéia, em determinadas unidades penitenciárias dos Estados Unidos, o particular é responsável, até mesmo, pela execução da pena de morte, conclui a mesma autora.

O arrendamento de prisões constitui outra forma de interferência da empresa privada nos estabelecimentos carcerários. Nesse tipo não há a privatização propriamente dita, razão porque não se pode falar em execução da pena privativa de liberdade por parte do particular, como ocorre no modelo de gerenciamento privado dos estabelecimentos prisionais.⁹⁸

Asserta João Marcelo que “por esse sistema o governo aluga uma propriedade de um particular que servirá como penitenciária, sendo que todo o resto é providenciado por este mesmo órgão estatal.”⁹⁹

Em outras palavras, a empresa privada constrói o estabelecimento carcerário por suas próprias expensas e, posteriormente, arrenda o imóvel ao Estado, que será o responsável pela execução da pena privativa de liberdade em toda sua plenitude. Dessa forma, a atuação do particular se limita ao projeto, financiamento e construção do presídio, não realizando qualquer atividade afeta à

⁹⁷ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 88.

⁹⁸ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 89.

⁹⁹ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de (Coord.). **Privatização das prisões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 98.

execução da pena. Nesse caso, tratando-se de arrendamento ou *leasing*, após certo período de tempo, geralmente longo, o imóvel passa a ser propriedade do Estado.¹⁰⁰

3.2 O MODELO FRANCÊS

Historicamente, foi no século XIX que se teve a notícia mais remota sobre a privatização carcerária na França. No ano de 1850, a Assembléia Nacional do país aprovou uma lei que autorizava a criação de Colônias Penitenciárias Correccionais Públicas ou Privadas, destinadas a menores e jovens delinqüentes. A lei dizia que as colônias privadas somente poderiam funcionar se o Estado autorizasse. Posteriormente, nos anos de 1912 e 1945, mais duas leis foram aprovadas autorizando o funcionamento de prisões privadas na França.¹⁰¹

No dia 22-6-1987 foi aprovada a Lei nº 87.432 pela Assembléia e pelo Senado, sancionada pelo presidente François Mitterrand, que dispunha sobre a participação da iniciativa privada na construção dos estabelecimentos prisionais e também na execução dos denominados serviços de hotelaria. No ano de 1988 foi aprovado o projeto intitulado *Programme 13.000*, por meio do qual o governo, em parceria com empresas privadas, deveria construir 13.000 celas, distribuídas por 25 penitenciárias, em várias regiões da França.¹⁰²

O modelo Francês de privatização carcerária é diferente do modelo norte-americano. Afirma Edmundo Oliveira:

Enquanto nos Estados Unidos a iniciativa privada pode assumir a responsabilidade completa pela direção, gerenciamento e administração da prisão, inclusive pelo serviço de segurança, na França foi implantado um modelo de dupla responsabilidade, cabendo ao próprio Estado e ao grupo privado o gerenciamento e a administração conjunta do estabelecimento.¹⁰³

Em outras palavras, Grecianny dispõe que a participação da iniciativa privada no gerenciamento prisional é feita através de uma co-gestão, um modelo de dupla responsabilidade, onde o particular e o Estado firmam parceria a fim de

¹⁰⁰ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 90.

¹⁰¹ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 108-109.

¹⁰² OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 326.

¹⁰³ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 326.

gerenciar e administrar o estabelecimento prisional, tudo por meio de contrato, com duração média de dez anos, assegurada a livre concorrência.¹⁰⁴

Nesse modelo de gestão prisional, ao Estado compete indicar o diretor geral do estabelecimento, que pertence ao serviço público, e a responsabilidade pela segurança externa da prisão, fica por meio da polícia do estado. À iniciativa privada cabe a segurança interna, a guarda dos presos, e a organização de todas as tarefas relacionadas aos reclusos, como trabalho, educação, transporte, alimentação, lazer, assistência social, jurídica, espiritual e a saúde física e mental do apenado.¹⁰⁵

Pelo mencionado, vê-se que a França adota o gerenciamento privado dos serviços penitenciários, também denominado como terceirizador, de co-gestão, regime de dupla responsabilidade, compartilhado ou misto, espécie do gênero privatização, conforme já dito anteriormente. Por essa espécie, o Estado celebra um contrato com a empresa privada, por um determinado tempo, para que esta administre um estabelecimento penitenciário, recebendo o justo pagamento pelos serviços prestados. Tais serviços, geralmente, são os denominados serviços de hotelaria, como alimentação, vestuário, lazer, dentre outros, devendo também a empresa contratada prestar aos apenados serviços médico-odontológicos, de assistência social, psicológicos, psiquiátricos e de advocacia, além de ofertar trabalho e educação.¹⁰⁶

3.3 MODELO INGLÊS

Na Inglaterra a idéia de privatização das prisões também surgiu na década de 80, mais precisamente no ano de 1984, e os motivos que levaram às privatizações foram os altos custos de encarceramento e a ineficácia do propósito ressocializador da pena, fala Grecianny.¹⁰⁷

¹⁰⁴ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 109.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 328-329.

¹⁰⁶ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 89.

¹⁰⁷ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 110.

De forma semelhante à ocorrida nos Estados Unidos, o sistema penitenciário inglês estava em crise por causa da superpopulação carcerária e dos altos custos o encarceramento, e, mesmo tendo investido em construção de presídios para tentar solucionar o problema da superlotação, não foi suficiente para resolver ou amenizar o problema britânico. A partir daí a privatização dos presídios foi apresentada como medida para solucionar a crise, continua a mesma autora.

Diz ainda que, de forma diferente do ocorrido no modelo norte-americano, o sistema inglês de privatização carcerária é marcado por uma menor intervenção da iniciativa privada na administração prisional, cabendo-lhe fornecer os serviços de hotelaria, dentre os quais os serviços de limpeza, alimentação vestuário e etc.¹⁰⁸

Grecianny citando Newton Fernandes asserta que foi por meio do instrumento legal denominado *The Criminal Justice Act*, de 1991, que foi formalizada a privatização dos presídios na Inglaterra. Este instrumento estabeleceu as atribuições do Estado e da iniciativa privada em relação à administração prisional e os direitos do preso. Previa ainda que era possível a contratação de empresas privadas para a administração de presídios que abrigassem presos provisórios (*remand prisoners*), ou seja, aqueles que ainda estavam aguardando julgamento. Ocorre que, em 1993, o Parlamento britânico permitiu que fosse possível contratação de empresas privadas para a administração estabelecimentos carcerários que abrigassem presos condenados.

¹⁰⁸ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 110.

4 A PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL

A privatização do sistema prisional brasileiro divide opiniões e críticas. Muitos são os questionamentos acerca de sua efetividade em alguns aspectos tais como efetividade de ressocialização do apenado, uma das finalidades da pena, efetividade financeira tendo em vista que há dissensões acerca do custo de um preso em penitenciária gerida pelo Estado e pela iniciativa privada, e se o preso seria apenas objeto de lucro das iniciativas privadas transformando o sistema carcerário em um negócio.

A decadência dos presídios no que diz respeito à superlotação, falta de atendimento à saúde, rebeliões, fugas, a ineficiência da ressocialização, entre outros, são uns dos motivos ensejam a privatização.

4.1 PRIVATIZAÇÃO, TERCEIRIZAÇÃO E PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

Algumas distinções são feitas acerca da privatização e da terceirização.

O instituto utilizado para diminuir a excessiva intervenção do Estado na atividade econômica e na vida social foi denominado desestatização, em que a privatização e a desregulamentação são espécies desse gênero, diz Grecianny. Afirma, citando Amaral Filho, que a desestatização pode ser explicada como um movimento amplo da sociedade contemporânea em direção a mais democracia e mais autonomia para decidir seus próprios destinos, sem a tutela onipresente do Estado.¹⁰⁹

Desregulamentação é a eliminação total ou parcial das regras elaboradas pelo Estado, pertinentes ao mercado e à economia. Privatização, afirma Grecianny mencionando Amaral Filho, é a transferência ao setor privado das empresas de propriedade do Estado e atividades por ele exercidas, obedecendo às mais variadas formas de transferência do capital aos particulares.

¹⁰⁹ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 111.

Afirma José dos Santos Carvalho Filho que, “desestatizar significa retirar o Estado de certo setor de atividades, ao passo que privatizar indica tornar algo privado , converter em privado.”¹¹⁰

Outrossim, continua Grecianny, o termo privatização pertinente com o sistema prisional, pode ser definido como “a total transferência das atividades relativas à execução penal para a iniciativa privada”. Dessa forma, em se tratando da privatização dos presídios, o que haveria seria a transferência ao particular da responsabilidade do Estado em executar a pena privativa de liberdade. O particular estaria responsável por administrar o estabelecimento penitenciário em toda sua amplitude, inclusive com pessoal contratado, desvinculado da Administração pública.

Com a privatização dos presídios o Estado fica afastado da execução da pena e o particular assume a tarefa de realizá-la, que pode ocorrer em maior ou menor intensidade, fazendo parte desta ultima hipótese, a terceirização, assevera a mesma autora.

Sobre a terceirização leciona Alice Monteiro de Barros citando Washington L. da Trindade:

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. Por atividade fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas.¹¹¹

Alice menciona que, teoricamente, o objetivo da terceirização “é diminuir custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço.”

Tem-se que terceirização é a transferência da execução de atividades-meio ao particular, atividades como vigilância, limpeza, manutenção, publicidade, conservação, alimentação, contabilidade, etc.¹¹² Cristiana Fortini faz as seguintes considerações sobre o instituto:

A terceirização surge, no contexto, como instrumento de que pode se valer o Estado para melhoria da gestão do interesse público.

¹¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 333.

¹¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 357.

¹¹² CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 134.

A terceirização costuma ser definida como processo de gestão empresarial que consiste na transferência para terceiros de serviços que, originalmente, seriam executados dentro da própria empresa.

Com a terceirização, libera-se a empresa da realização de atividades, permitindo a concentração de esforços em segmentos considerados mais relevantes. A terceirização ampara-se na idéia de eficiência, permitindo, ainda, em tese, a redução de custos.¹¹³

Sergio pinto Martins menciona que não ocorrerá a terceirização de atividades-fim, tendo em vista que se tal ocorresse a empresa não estaria prestando serviços, mas realizando um arrendamento do próprio negócio.¹¹⁴

Di Pietro ao citar Armando de Souza Prado menciona que, “a terceirização é inseparável da idéia de parceria. Há quem defina o instituto socorrendo-se da idéia de parceria”, como faz Lívio Antônio Giosa, para quem terceirização:¹¹⁵

é um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros – com os quais se estabelece uma relação de parceria – ficando a empresa concentrada em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua.

A mesma autora afirma que as principais vantagens deste instituto seriam a especialização da empresa contratada, a diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários, a possibilidade de a empresa tomadora de serviços se dedicar na consecução das atividades-fim.

Nesse mesmo sentido assevera Grecianny:

A terceirização possui aspectos inegavelmente vantajosos. Além de possibilitar que a empresa tomadora concentre suas forças nas atividades-fim, onde poderá ter melhor desempenho, propicia uma redução dos custos administrativos, inclusive de encargos trabalhistas e previdenciários.

Preocupando-se a empresa tomadora de serviços apenas com a realização de sua atividade-fim, terá condições de aperfeiçoar seu produto, principalmente sob o aspecto da qualidade e, via de consequência, tornará a empresa mais competitiva capaz de conquistar uma maior fatia do mercado, obtendo um aumento em seus lucros.¹¹⁶

¹¹³ FORTINI, Cristina (Org.). **Terceirização na Administração**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 27.

¹¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000. p. 46.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão. Franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 213.

¹¹⁶ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 134.

Com as devidas ressalvas acerca de disposições doutrinárias na seara do Direito Administrativo, alguns autores como Jaime Rodrigues-Arana, José Villar Rojas, Carlos Menem e Roberto Dromi entendem que a privatização deve ser entendida em seu sentido amplo como uma forma de o setor privado incrementar seu papel e, paralelamente, reduzir o intervencionismo do Estado. Uma dessas formas seria a terceirização.¹¹⁷

Nesse sentido, afirma Grecianny que, no âmbito do Direito Administrativo, o poder público pode transferir a execução de determinados serviços públicos a particulares mediante concessão, uma das modalidades de delegação da Administração Pública. Sendo assim, a concessão e a permissão se incluem dentre as formas de terceirização ocorridas no âmbito da Administração Pública, isto é, formas de transferência de algumas atividades do Estado para o particular.¹¹⁸

Conforme Diógenes Gasparini, a concessão pode ter seu conceito definido como:

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e a exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada.¹¹⁹

O mesmo autor afirma que esse mesmo conceito vale para a permissão de serviço público, colocando-se no lugar de “contrato administrativo” “contrato de adesão”.

O contrato de adesão, como todo contrato administrativo, fica sujeito à autorização legal, regulamentação e licitação, diz Grecianny mencionando Hely Lopes Meirelles. Dessa forma, deve-se seguir os preceitos enumerados pela Lei nº 8.666/93 na elaboração de tais contratos, pormenores que não são objeto de estudo desta pesquisa.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão. Franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 06-07.

¹¹⁸ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006. p. 135-136.

¹¹⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 366.

Outro instituto que visa adequar atividades estatais a serem realizadas pelo particular é a parceria público-privada que, ressalvadas as particularidades de Direito Administrativo, pode ser definida como:

[...] o acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento de contrato, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.¹²⁰

O instituto se trata de acordo de natureza contratual, diz José dos Santos, tendo em vista que resulta da manifestação de vontade da Administração e do concessionário privado. “A delegação implica o serviço de implantação e gestão de empreendimentos públicos normalmente de grande vulto”, explica o autor. A depender da natureza do serviço pode ser que haja a necessidade de eventual realização de obras e fornecimentos de bens, mas o projeto básico é o serviço de interesse público a ser prestado.

4.2 CONSTITUCIONALIDADE DA PRIVATIZAÇÃO

Muito se discute acerca da viabilidade jurídica da privatização do sistema penitenciário, privatização esta utilizada em sentido amplo, sendo a terceirização e as parcerias público-privadas umas de suas formas.

Juarez Cirino demonstra a possibilidade de privatização ao mencionar:

A Lei 7210/84 (Lei de Execução Penal) define o trabalho do condenado como *dever social e condição de dignidade humana* (art. 28 e §§, LEP) realizado sob gerência de *fundação* ou *empresa pública* e com o objetivo de *formação profissional do condenado* (art. 34, LEP) – o que parece excluir a privatização do trabalho carcerário, porque se a *gerência* do trabalho carcerário é de exclusividade de *fundação* ou *empresa pública* e está condicionado ao objetivo de *formação profissional do condenado*, então nem *empresários privados* podem *gerenciar* o trabalho carcerário, nem a força de trabalho encarcerada pode ser objeto de *exploração lucrativa* por empresas privadas. Esse regime prevaleceu até dezembro de 2003, quando a Lei 10.792/03 acrescentou o atual §2º do art. 34 da Lei de Execução Penal, que admite convênios do poder público com a *iniciativa privada* para implantação de *oficinas de trabalho* em instituições penais, permitindo a privatização de presídios no Brasil¹²¹.

Tem-se que é obstáculo à privatização o fato de a execução penal ser atividade jurisdicional e indelegável, de exercício exclusivo do Estado. Entretanto,

¹²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 406.

¹²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 513.

assevera João Lopes ao citar D'Urso que com a privatização não se está transferindo a função jurisdicional para o particular, mas somente a responsabilidade pela comida, vestuário, limpeza, hotelaria, ou seja, a função material da execução da pena, de forma que permanece com o Estado o direito de dizer quem será preso, a duração e a forma de execução de sua pena. Assim, da mesma forma como é permitida a delegação, por meio de licitação, para construção de obra pública, as atividades administrativas extrajurisdicionais poderiam ser repassadas para empresas privadas sem prejuízo do *jus puniend* do Estado.¹²²

A esse respeito assevera Fortini:

[...] a responsabilidade pela assistência e integridade física e moral de um condenado em regime de cumprimento de pena cabe ao Estado. Em virtude do que determina o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, combinado com os artigos 40 e 41, o que vier a acontecer com o condenado, em cumprimento de pena, poderá ser imputado ao Estado na forma do art. 37, § 6º, da Carta Constitucional.

O art. 75 da Lei de Execução Penal estabelece os requisitos necessários para "ocupante do cargo de diretor do presídio". O art. 76, por sua vez, refere-se à organização do quadro de pessoal penitenciário. Já o art. 77 trata da escolha de pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância.

Da leitura dos referidos dispositivos, conclui-se que as funções de diretor, chefia de serviços e de assessoramento técnico não são passíveis de terceirização. Da mesma forma, pensamos que não há que se falar em terceirização da função própria do cargo de agente penitenciário.¹²³

Nesses termos, somente através de contratos administrativos de permissão ou concessão de serviços públicos existe a possibilidade de transferência de poderes e prerrogativas próprias da Administração Pública ao particular. Constituem-se como únicas hipóteses em que se admite a transferência de serviço público ao particular, afirma Di Pietro.¹²⁴

Katya de Santis afirma que, a despeito do Estado do Paraná que possui presídios privatizados, questiona-se a possibilidade de concessão de alguns serviços públicos sob a ótica dos contratos administrativos. Merece atenção especial a natureza dos serviços públicos prestados no estabelecimento penal quando da

¹²² LOPES, João. Privatização penitenciária: legalidade e conveniência. **ADV Advocacia dinâmica**: boletim informativo semanal. n. 10, ano 2011. p.146-145.

¹²³ FORTINI, Cristina (Org.). **Terceirização na administração**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 81-82.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão. Franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009 p. 74.

execução da pena. A questão é controvertida. Alguns doutrinadores defendem a possibilidade, no entanto seria necessária a edição de lei específica para orientar a matéria. Outros doutrinadores afirmam ser tal instituto incompatível com as regras de direito administrativo, conforme já mencionado anteriormente.¹²⁵

A esse respeito diz Nucci:

Há de se editar lei específica para reger tal situação. Antes disso, não se pode tolerar que a iniciativa privada assuma direção de um estabelecimento penal, contrate funcionários e administre trabalho do preso, bem como conduza as anotações em seu prontuário. As regras precisam ser bem claras e discutidas com a sociedade e com a comunidade jurídica antes de qualquer implantação arrojada nesse sentido.¹²⁶

Katya diz que, sob o foco do Direito Administrativo e do Trabalho, a Administração Pública poderá firmar contrato de empreitada, independentemente da modalidade de concessão, para a realização de obras públicas, dentre elas a construção e ampliação dos estabelecimentos penais e/ou a prestação de serviços como de assistência médica, psicológica, limpeza e social, o fornecimento de alimentação e vestuário, isso para os defensores da terceirização ou parceria público-privada.

Afirma a mesma autora:

Não se pode modificar a titularidade dos direitos de punir e executar a pena, pois essa é do Estado. O que se deve buscar não é a retirada da administração penitenciária do Estado e sim a conscientização da importância de parceiros aptos para cooperar visando alcançar resultados positivos durante a execução da pena e quando da reinserção do egresso. Logo, a gestão mista se mostra um caminho que atenderá a finalidade da pena. A terceirização dos estabelecimentos penais, desde que delegáveis, mostram-se grandes aliados, mas a gestão operacional deverá ficar com o Poder Público.

Oportuno ressaltar que a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, em 29 de agosto de 2009, aprovou o Projeto de Lei (PL) nº 2825/03, do Deputado Sandro Mabel, na forma de substitutivo do Deputado

¹²⁵ SANTIS, Katya Aparecida Sene de. Privatização versus terceirização: solução ou multiplicação dos problemas no sistema prisional brasileiro. **L&C: Revista de administração pública e política**. Ano XII, n. 144, jun. 2010. p.12.

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 422.

Alexandre Silveira, que altera a Lei nº 7210/04 (Lei de Execução Penal) e trata da gestão mista dos estabelecimentos penais.¹²⁷

O PL, que ainda será analisado por algumas comissões, traz em seu projeto inicial a transferência para empresas privadas de alguns serviços do sistema prisional brasileiro, como os serviços de assistência médica, jurídica, psicológica, segurança, limpeza e social. Tais serviços deveriam ser prestados pela iniciativa privada especializada em administração penitenciária e de custódia de menores que possuísse em seu quadro pessoal treinado para esta finalidade, conforme consta da justificativa do PL.¹²⁸

Afirma o autor do projeto, em sua justificativa, que este permitirá a gestão mista dos estabelecimentos prisionais e de custódia de menores, a fim de melhorar a qualidade da assistência prestada ao reeducando.

Diz o relator do texto substitutivo, Deputado Alexandre Silveira, que é garantido ao Estado controlar o processo. Como diz o próprio Deputado, em sua justificativa de voto, o texto original permitia ao Estado nomear os dirigentes dos estabelecimentos prisionais, que seriam apenas figuras decorativas, e permitia que as atividades de segurança fossem terceirizadas, motivo da eliminação desse dispositivo.

Katya menciona entrevista fornecida ao RHDistrital, onde explica o Deputado que:

[...] o Estado não pode privatizar totalmente o uso da força e do poder de polícia, reservando para o Poder Público apenas nomeação do diretor do presídio, como se fosse uma 'figura decorativa'. Nas unidades federativas em que o sistema penitenciário é razoavelmente organizado e em que a qualidade dos estabelecimentos penais é superior à média nacional, os agentes penitenciários são servidores concursados.

O texto aprovado, conforme o Jornal da Câmara, menciona que as atividades de assistência que poderão ser terceirizadas são somente as de saúde,

¹²⁷ SANTIS, Katya Aparecida Sene de. Privatização versus terceirização: solução ou multiplicação dos problemas no sistema prisional brasileiro. **L&C: Revista de administração pública e política**. Ano XII, n. 144, jun. 2010. p. 09.

¹²⁸ BRASIL. **Projeto de lei nº 2.825, de 2003**, da Câmara dos Deputados. Acrescenta os arts. 77-A e 86-A à Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, que institui a "Lei de Execução Penal", e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=149996>>. Acesso em: 28 set. 2011.

material, educacional e social. Entende o Deputado que em relação à assistência jurídica que “não se deve interferir nos critérios judiciais de avaliação dos condenados”, que esta é incompatível com a terceirização por se constituir em atividade própria de advogados constituídos ou dos defensores públicos. Não haverá também a terceirização de assistência médica, psicológica e social que tenham a finalidade de instruir as decisões judiciais.¹²⁹

4.3 PRISÕES BRASILEIRAS PRIVATIZADAS

Suleima Gomes ao citar Minhoto menciona que a privatização dos presídios surge na década de 1980, nos Estados Unidos da América (EUA), e além dele, países como Austrália, França e Inglaterra também passaram a fazer parte deste processo, que se apresenta com técnica inovadora, privilegiada e lucrativa, de controle social.¹³⁰

Afirma que, no Brasil, se inicia em 1992 as discussões acerca da privatização dos presídios, numa proposta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC), órgão subordinado ao Ministério da Justiça. Os objetivos desse sistema são a redução dos gastos públicos, a melhoria nas condições do cumprimento de pena garantindo-se os direitos dos apenados - enunciados no art. 41 da LEP, além de outros documentos internacionais que trazem os Direitos Humanos do preso -, controle da superlotação do sistema penitenciário por meio de um rigoroso sistema de segurança, sempre se respeitando a integridade física e moral do preso.

Ainda era previsto na proposta um modelo de gestão mista, entre o Poder Público e a iniciativa privada, além da criação de um Sistema Penitenciária Federal, em que as prisões de segurança máxima ficariam a cargo da União, com a responsabilidade da pena privativa de liberdade em regime fechado, e os Estados seriam responsáveis pelo cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto e em regime aberto, continua Suleima.

¹²⁹ ALVES Vânia. Segurança autoriza terceirização de serviços em penitenciárias. **Jornal da Câmara**, Brasília. n. 2322. Edição semanal 7 a 13 set. 2009. p 10. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/internet/jornal/jc20090907.pdf>> Acesso em 28 set. de 2011.

¹³⁰ BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do estado brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização? **Revista de estudos criminais**, ano VII , nº 27. Notadez atualização e conhecimento jurídico: Out/Dez 2007.p. 208-210.

Diz a mesma autora que a privatização da primeira prisão no Brasil ocorreu no Paraná, com a construção da Penitenciária Industrial de Guarapuava, no ano de 1999, pela empresa Humanitas – Administração Prisional Privada S/C Ltda. Era uma parceria entre o setor público e o privado, onde a administração do presídio ficava sob a responsabilidade do Governo Estadual e a prestação de serviços, dentre eles a segurança interna, assistência social, médica e psicológica dentre outras, sob responsabilidade da empresa privada.

Katya de Santis, sobre a penitenciária Guarapuava-PR, diz que foi destinado a presos condenados do sexo masculino, em regime fechado, com capacidade para 240 presos. Menciona que, em recente contato com o Diretor desse estabelecimento penal, José Ricardo Lubachevski, este disse que:

A administração da PIG, desde jul/06, foi retomada pelo Estado, face o fim do contrato de gestão terceirizada. No entanto, estamos mantendo o mesmo padrão de qualidade no tratamento penal voltado à efetiva ressocialização. O nosso modelo de presídio industrial (aqui sendo o primeiro do país) vem até hoje funcionando e dando resultados positivos... Temos alta a taxa de ocupação leborterápica e de matriculados em ensino médio e fundamental. Nunca registramos rebeliões ou fugas.¹³¹

Ainda sobre a privatização no Estado do Paraná, destaca Bia Barbosa que, no primeiro semestre de 2006 a administração de todas as unidades prisionais foi retomada pelo Estado. A justificativa foi a de que o custo acabava ficando mais alto para o governo, tendo em vista que a manutenção de um preso custava em média R\$800,00 para o Estado, e no sistema privado poderia chegar a R\$1200,00.¹³²

Cirino destaca que a Penitenciária de Guarapuava, em sua estrutura mantinha a exploração da força de trabalho encarcerada atribuída à empresa privada da área econômica, a segurança interna da prisão atribuída à empresa privada da área de segurança e apenas a direção e fiscalização da segurança

¹³¹ SANTIS, Katya Aparecida Sene de. Privatização versus terceirização: solução ou multiplicação dos problemas no sistema prisional brasileiro. **L&C: Revista de administração pública e política**. Ano XII, n. 144, jun. 2010. p.11.

¹³² BARBOSA, Bia. Crise da segurança pública: privatização de presídios é ilegal e antiética, dizem especialistas. **Revista carta maior**. CAD. Direitos humanos. ed. 22 Ago.2006. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=12040>. Acesso em: 02 out. 2011.

exercida por funcionários públicos estaduais. Afirma que, atualmente, existem 3 prisões privatizadas no Ceará, 2 no Amazonas e 1 na Bahia.¹³³

Nas prisões que eram privatizadas do Estado do Paraná (Casa de Curitiba, Casa de Custódia da Londrina, Presídio Estadual de Piraquara e Presídio Estadual de Foz do Iguaçu), diz Lopes, conforme pesquisa realizada ao Sítio do Ministério da Justiça no dia 14.06 do ano de 2006 (ressaltasse que o ano de 2006 foi o último em que houve privatizações no estado do Paraná, que atualmente não há prisões em sistema de co-gestão neste Estado. Os dados mostram a efetividade do sistema durante a vigência dos contratos), que este é o Estado com o maior número de encarcerados desempenhando alguma atividade laborativa. Nesse Estado 72% dos presos trabalham, e recebem como benefício a redução de um dia da pena a cada três dias trabalhados, e a remuneração pode chegar a 75% do salário mínimo, tudo de acordo com a LEP.¹³⁴

Diz ainda que, o sistema de segurança da Casa de Custódia de Curitiba é exemplar, com painéis eletrônicos de controle automatizado. A Penitenciária de Londrina, por sua vez, também possui sistema eletrônico de segurança sofisticado, investe na reintegração do preso, zela por seu bem estar por meio de profissionalização e educação, assistência jurídica, psicologia, social, médica, odontológica, religiosa, material e assistência aos familiares do recluso.

A Penitenciária de Piraquara, diz o mesmo autor, além de requisitos modernos de vigilância, possui um espaço para cultivo de horta de uma área de 7500m² e canteiros de trabalho. Conta com blocos exclusivos para visitas familiares e íntimas e espaço separado para banho de sol, quadras poliesportivas dentre outros.

4.4 PRIVATIZAR RESOLVE?

Inúmeras são as discussões acerca das vantagens e desvantagens da privatização dos presídios no Brasil. Há quem acredite ser tal medida faceta do

¹³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 543.

¹³⁴ LOPES, João. Privatização penitenciária: legalidade e conveniência. **ADV Advocacia dinâmica**: boletim informativo semanal. n. 10, ano 2011. p. 145.

sistema capitalista, a exemplo de Suleima Gomes, e há quem dê um voto positivo ao instituto, como Capez.

Para demonstrar seu ponto de vista acerca da privatização do sistema penitenciário, Suleima, ao iniciar seu artigo científico, faz referência ao estado capitalista e suas particularidades. Assim diz:

Vivemos um momento único na história, porém, fruto de processos que resultaram numa Modernidade projetada para o instantâneo, e conseqüentemente para o risco, na qual as relações se baseiam na lógica mercantil, nos critérios da rentabilidade e da acumulação extremamente desproporcionais e desiguais que ocasiona uma maior concentração de riqueza. Tendo como seus pilares a flexibilização e a otimização, resultando para os países periféricos um imediato desmonte do Estado e de Direitos Sociais, co-relacionando conquistas e concessões com descaso e mercantilização, um reducionismo que corroe e corrói as bases éticas e políticas democráticas dos Estados Modernos.

Assim, percebo a privatização do sistema prisional não somente a partir do próprio sistema, ou, como argumentam seus defensores, a partir da “crise” do sistema prisional. Neste trabalho a privatização do sistema prisional será compreendida como estratégia política econômica e social que se estabelece na totalidade do sistema capitalista, fruto da política neoliberal, o “outro lado da moeda”, ou seja, relaciona, concomitantemente, os processos de encarceramento em massa das classes consideradas como descartáveis ao sistema capitalista e as projeções de “políticas de insegurança” no ambiente social que, mecanicamente incitam maiores punições. Tornando um círculo, que a percepção capitalista, denotava como capaz de empregar maior lucratividade à organização que detivesse o poder sobre o Sistema Prisional e seu “público-alvo”.¹³⁵

Nesse diapasão, em entrevista realizada por Vilbégina Monteiro à Revista Data Venia, Fernando Capez se mostra favorável à privatização dos presídios quando questionado se a privatização dos presídios levanta a suspeita de estimular a indústria do encarceramento contrapondo à idéia de prevenção à criminalidade, como alguns estudiosos acreditam. Assim respondeu:

É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O estado não tem recursos para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem a necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto a privatização não é questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível, é um fato.¹³⁶

¹³⁵ BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do estado brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização? **Revista de estudos criminais**, ano VII , nº 27. Notadez atualização e conhecimento jurídico: Out/Dez 2007. p. 200.

¹³⁶ MONTEIRO, Vilbégina. Privatização dos presídios não é questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível. **Revista Dataveni@** n. 55, ano VI. Cad. Entrevistas. mar . 2002.

A discussão gira em torno da visível decadência do sistema penitenciário. Prisões superlotadas, constantes rebeliões, motins, número insuficiente de agentes de segurança entre outros.

É nesse sentido que discorre Katya Aparecida ao dizer que o retrato de nosso sistema prisional é motivo de vergonha, que não dá para negar a árdua missão do Poder Executivo em administrar os estabelecimentos prisionais dentro de uma política criminal obsoleta e sem recursos públicos. Da mesma forma acontece com o Poder Judiciário, que encontra dificuldades em fiscalizar as condições e tempo de cumprimento das penas diante do número insuficiente de juízes da execução, que muitas vezes são também os juízes de conhecimento de inúmeros processos.¹³⁷

Diz ainda que, sob a ótica da ressocialização e da reinserção saudável do egresso, os estabelecimentos penais se mostram deficientes e não atendem a essas finalidades. O que ocorre é, muitas vezes, o cumprimento de penas que, apesar de o título penal elencar as suas espécies e seus regimes de cumprimento, se tornam cruéis em decorrência de serem executadas em condições desumanas, contribuindo para a multiplicação da criminalidade. “Enfim, esses estabelecimentos são, na realidade, verdadeiras ‘Indústrias responsáveis pela reprodução dos delitos’”, afirma Katya.

Perfilhando do mesmo raciocínio, a Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Luiza Nagib Eluf, em entrevista realizada por Priscila Costa, ao ser perguntada sobre qual a alternativa para o sistema prisional brasileiro, declarou:

Privatizar. O próprio doutor Nagashi (Furukawa, que foi secretário da Administração Penitenciária de São Paulo por quase sete anos) já me falou que é preciso construir uns 40 presídios a cada dois meses para dar conta de toda a população carcerária, só em São Paulo. Não há como o Estado fazer isso. (...) Já ouvi muitas pessoas contrárias à privatização, mas não

Disponível em: <<http://www.datavenia.net/entrevistas/000012032002.htm>>. Acesso em: 02 out. 2011.

¹³⁷ SANTIS, Katya Aparecida Sene de. Privatização versus terceirização: solução ou multiplicação dos problemas no sistema prisional brasileiro. **L&C: Revista de administração pública e política**. Ano XII, n. 144, jun. 2010. p. 8.

vejo outra saída. Ninguém tinha telefone quando era estatal. Agora, todo mundo tem.¹³⁸

O desejo ao domínio privado na gestão penitenciária se encontra também elencado na jurisprudência. A exemplo, uma decisão denegatória de *habeas corpus* em que se manifesta o juiz relator Luiz Ambra:

Não se inicia a privatização dos presídios – porque os lunáticos acham que soberania é indelegável, a ser assim nem a limpeza das escadarias do Fórum Central poderia vir a ser terceirizada - , única forma de moderar os gastos públicos (cada vagabundo encarcerado custa aos cofres públicos cerca de dois mil reais por mês; num sistema privatizado custaria a metade, e a qualidade do serviço se elevaria aos níveis de decência, de pronto afastada a corrupção existente) e obter resultados palpáveis e corretos, com o fim da política do “faz de conta” (faz de conta de que o réu esta preso, quando no regime aberto; de que há lugar onde colocá-lo, com os rigores do sistema carcerário e não numa Delegacia de Distrito, onde cabem vinte e são colocados duzentos, quais feras enjauladas; que esta recebendo tratamento laborterápico previsto na LEP, suscetível de reabilitá-lo para o futuro, e assim por diante).¹³⁹

Caio de Souza Loureiro, ao mencionar o PL 2825/03, já citado anteriormente, diz que a terceirização pretendida pode se mostrar uma alternativa viável ao problema crônico do sistema prisional brasileiro, de forma notável deficiente em vários aspectos. Diz que em exemplos de outorga ao particular de outros serviços, como por exemplo o de telecomunicações e energia elétrica, têm surtido bons resultados quando se compara com a prestação anterior, a cargo do Estado. O que se tem em vista não é ir contra toda e qualquer atividade desempenhada pelo Estado, nem com isto se quer passar ao particular todos os presídios, mas não se pode negar que o Estado enfrenta sérios problemas de recursos e de gestão, que atingem diretamente a qualidade da assistência prisional e que poderiam ser amenizados com a terceirização.¹⁴⁰

João Lopes também cultiva posicionamento favorável à privatização do sistema penitenciário. Afirma que em qualquer estudo atual sobre Sistema de Justiça Criminal ou sobre Segurança Pública, em expressão mais comum, passe-se

¹³⁸ COSTA, Pricyla. Desconstrução policial: A elite não esta preparada para um polícia honesta.

Revista Consultor Jurídico. São Paulo. maio 2006. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2006-mai-28/elite_nao_preparada_policia_honesta>. Acesso em: 02 out. 2011.

¹³⁹ Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* n. 402.314/6. Capital. Voto n. 9.388. Impetrante: Bela. Persia Jabur. Paciente: R. F. C. Relator: Luiz Ambra. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/habeas_corpus/jurisprudencias/juris_acordaos/Progress%C3%A3o%20-%20Falta%20de%20vagas%20-%20preso%20em%20DP.htm>. Acesso em 03 out. 11.

obrigatoriamente pelo Sistema penitenciário, apontado em qualquer diagnóstico como um dos pontos vulneráveis que deixa frágil ou torna inviável a aplicação do *jus puniendi* estatal.¹⁴¹

Diz o mesmo autor que se tornam inócuos os trabalhos da polícia, Ministério Público e do Poder Judiciário se as pessoas que são processadas e investigadas não podem ser presas por falta de local, ou se esse local não existe ou não oferece as condições mínimas de dignidade necessárias para a ressocialização do apenado. Se a pena é executada da maneira incorreta ou não executada seu caráter preventivo se esvai e resta apenas o caráter retributivo. Dessa forma assevera:

É patente a necessidade de mudança, não se podendo mais fechar os olhos à dantesca realidade carcerária que chega às raias da ilegalidade e da inconstitucionalidade, posto que a Magna Carta, em seu artigo 1º, inciso III, garante a Dignidade da Pessoa Humana e, se não o fizesse, a Moral o faria. A Lei de Execução Penal estabelece todos os contornos de um Sistema Penal eficiente em linhas teóricas que a Administração Pública não tem conseguido transferir para o plano material. A humanização tem que fazer parte da aplicação da pena para que, punido o delito, o desejo de reincidir venha a ser exaurido como o tratamento ressocializador do sentenciado. Na realidade a atual punição do delinqüente tem servido unicamente para fazer nele crescer sentimento de revolta, de frustração, de embrutecimento, de potencialização de sua capacidade delitiva, garantido de forma inexorável no seu retorno à sociedade, a reincidência múltipla e cruel, desconfigurando, completamente, a função preventiva da pena.¹⁴²

João Lopes continua a dizer que, infelizmente, ainda se vê um modelo carcerário arcaico, com presídios superlotados, falta de investimento na educação do detento, de sua profissionalização, carência de funcionários especializados, de assistência ao egresso, a presença da corrupção, de rebeliões, a falta de separação dos internos por grau de periculosidade, instalações precárias, fugas recorrentes, e, com freqüência, a própria Polícia na administração dos estabelecimentos prisionais, numa inversão lógica de quem prende e investiga não deve acautelar.

O mesmo autor define o atual sistema penitenciário como defasado e falido. Acrescenta aos já citados problemas desse sistema, a falta de higiene, de

¹⁴⁰ LOUREIRO, Caio de Souza. Terceirização de unidades prisionais: solução para o problema carcerário? **Consulex**: Revista jurídica. Ano XIV. n. 14 – 15. fev. 2010. p. 21.

¹⁴¹ LOPES, João. Privatização penitenciária: legalidade e conveniência. **ADV Advocacia dinâmica**: boletim informativo semanal. n. 10, ano 2011. p.147-146.

¹⁴² LOPES, João. Privatização penitenciária: legalidade e conveniência. **ADV Advocacia dinâmica**: boletim informativo semanal. n. 10, ano 2011. p.147-146.

leitos, alimentação precária, falta de serviço médico, a incidência de abusos sexuais, consumo de drogas, condições favoráveis a toda sorte de violência, inexistência de perspectiva de reintegração e de política ampla e inteligente para o setor, em uma privação dos meios primários constitucionalmente garantidos à Dignidade da Pessoa Humana. Assim, afirma que “esse trágico contexto é que sugere a privatização do sistema penitenciário”.

Sobre a questão prática da privatização diz Lopes:

Se no ambiente capitalista a Iniciativa Privada administra bem seu dinheiro, por força contratual, viria a gerenciar o seu e o interesse estatal na mesma empreitada. O preso não ficaria em perversa ociosidade, mas ocuparia o seu tempo livre em trabalho que lhe seria educativo e rentável financeiramente.

Conclui sua visão favorável à privatização do sistema penitenciário, (utilizada em seu sentido amplo), ao afirmar que a realidade carcerária brasileira é, no mínimo, preocupante, ante a superlotação dos presídios e falta de estrutura básica e tratamento digno para o interno. Dessa forma os presídios perdem sua função de ressocializar e assume a triste postura de se constituírem em “faculdade do crime”, que produzem sentimentos de revolta, desilusão e desespero de quem, ao se ver fisicamente livre, mas que continuará aprisionada pelos grilhões da violência, da exclusão social, intelectual e do apego ao triste passado de exclusivas perdas. Assevera que, diante deste cenário, torna-se forçoso advogar em favor da Terceirização dos Serviços Carcerários como uma forma de enfretamento da visível crise do sistema.¹⁴³

Neste diapasão, em posição oposta à privatização do sistema carcerário, Débora Pastana citando Evandro Éboli em entrevista para o Jornal O Globo, escreve em nota:

Contrariando essa tese de que nos presídios privados as condições de vida seriam melhores, em 2003 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA cobrou do Brasil proteção policial para três militantes dos direitos humanos do Paraná, que vinham denunciando torturas nos presídios privados do Estado. Os militantes ameaçados eram: o advogado Jorge Custódio Ferreira, coordenador do Movimento Nacional dos Direitos Humanos no Paraná; sua mulher, a assistente social Rosângela Aparecida Ferreira; a agente penitenciária Alessandra Celestino Rodrigues. O coordenador do Movimento Nacional de Direitos Humanos, Omar Klinch, que fez a denúncia à OAE, disse que o governo brasileiro foi informado

¹⁴³ LOPES, João. Privatização penitenciária: legalidade e conveniência. **ADV Advocacia dinâmica:** boletim informativo semanal. n. 10, ano 2011. p. 145.

várias vezes das ameaças, mas que até o momento não havia tomado qualquer atitude.¹⁴⁴

Pastana, em crítica aos juristas favoráveis à privatização carcerária, diz que eles se esquecem que a gestão empresarial dos presídios lucra com a criminalidade, não operando, portanto, para a sua diminuição.¹⁴⁵

Assevera a mesma autora ao citar Christie que a indústria terá sempre interesses favoráveis ao excesso da oferta, tanto da capacidade carcerária quanto da força policial, o que cria um estímulo extraordinário para a expansão do sistema. A única certeza desse modelo de gestão é que o controle do crime torna-se um enorme negócio privado a produzir lucros extraordinários.

Diz ainda, mencionando Karl Marx, que o crime traz especificidades produtivas para a sociedade capitalista. A repressão ao crime emprega uma parcela considerável de mão de obra e retira do mercado de trabalho o excesso de população desempregada e dessa forma diminui a concorrência entre os trabalhadores.

Afirma que nessa estrutura socioeconômica, cada vez mais notável no Brasil, pode-se perceber que o aprisionamento tem utilidade apenas para retirar da sociedade quem não é desejável, para qual não existe emprego, para criar empregos e estimular uma crescente e perversa política econômica.

Katya de Santis, ao mencionar entrevista concedida para o *Jornal Tribuna do Planalto*, diz que para o Magistrado Adegmar José Ferreira, “a privatização dos presídios será a oficialização da escravidão, pois a maioria dos presos é de pobres e negros.” Afirma que o Magistrado acredita que essa medida poderá não representar a redução dos custos públicos, como muitos defendem.¹⁴⁶

¹⁴⁴ PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 17. n. 77. mar.- abr. 2009. p. 326.

¹⁴⁵ PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 17. n. 77. mar.- abr. 2009. p.327.

¹⁴⁶ SANTIS, Katya Aparecida Sene de. Privatização versus terceirização: solução ou multiplicação dos problemas no sistema prisional brasileiro. **L&C: Revista de administração pública e política**. Ano XII, n. 144, jun. 2010. p. 10.

Continua a dizer que, para o Dr. Rômulo de Andrade Moreira, Promotor de Justiça do Estado da Bahia, a privatização seria inviável tendo em vista ser a execução penal indelegável:

É de exclusividade do Estado manter a ordem pública mediante o uso da força, quando necessário, pois, salvo em casos excepcionais como a prisão em flagrante ou o desforço imediato, não é permitido ao particular coagir outrem com uso da força; de regra, tal *múnus* cabe à Administração Pública.

Difícil é se admitir que seja delegada à iniciativa privada a possibilidade de ter sobre o homem o poder de sua guarda. Até do ponto de vista do Direito Administrativo isto não é possível.

Contrária às privatizações do sistema carcerário também está o doutrinador Luiz Flavio Gomes, que entende ser uma das facetas da “indústria das prisões” mais rentáveis, onde a elite político-econômica norte americana descobriu uma função econômica para os pobres, ao mencionar que:

Considerando-se que o sistema penal funciona seletivamente (teoria do *labeling approach*), consegue-se facilmente alimentar os cárceres com a massa dos excluídos. De acordo com a lógica norte-americana, que é reconhecidamente anti-humana em vários momentos, em lugar de ficarem (os miseráveis) jogados pelas calçadas e ruas, devem se tornar economicamente úteis. Com isso também se alcança o efeito colateral de se suavizar a feiúra das cidades, cujo ambiente arquitetônico-urbanístico está repleto de esfarrapados e maltrapilhos. Atenua-se o mal estar que eles ‘causam’ e transmite-se a sensação de ‘limpeza’ e de ‘segurança’. Na sociedade do medo, quanto menos esfarrapados nas ruas melhor. Melhora a sensação de segurança.¹⁴⁷

A grande discussão acerca da privatização das prisões se concentra no sentido de que os presos ainda estariam em condições desumanas, haja vista serem objeto de lucro, como mão de obra barata. Assim o interesse da iniciativa privada seria o aumento e não a redução dessa população.

¹⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. Indústria das prisões. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1318, 9 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9478>>. Acesso em: 3 out. 2011.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa tratou sobre a privatização do sistema penitenciário brasileiro, trazendo, em um primeiro momento, características sobre pena, sistemas penitenciários, execução penal no Brasil e, por fim, discussões a respeito da privatização

Inicialmente foi visto que o Código Penal adota a teoria mista de finalidade retributiva e preventiva da pena. Assim a pena adota um tríplice aspecto: a retribuição, que consagra que se pune o agente porque cometeu o crime; a prevenção geral, que se destina ao controle da violência e busca evitá-la e diminuí-la, podendo ser negativa ou positiva; e a prevenção especial, que também pode ser positiva (relacionada à ressocialização do condenado) e negativa (busca evitar a reincidência). Foi visto também alguns princípios de direito que são aplicados na pena, como por exemplo o princípio da legalidade, anterioridade, personalidade e etc.

Sobre a evolução histórica da pena, tem-se que não há como precisar o momento exato de seu surgimento. Necessário se fez se desvincular de uma ordem cronológica precisa de seu surgimento e considerar o homem delinqüente e seus atos puníveis relacionados mais ou menos nos períodos da História da Humanidade, abordando, por conseguinte, os sistemas penitenciários pensilvânico, auburniano e progressivo.

Uma breve explanação sobre a classificação das penas foi feita, sendo pormenorizadas as características da pena privativa de liberdade, que compôs o objeto de estudo desta pesquisa. Em seguida foi abordada a execução penal no Brasil, traços introdutórios sobre o surgimento da Lei de Execução Penal e algumas considerações peculiares sobre o instituto.

O terceiro capítulo mostra a forma como é feita a privatização das prisões no Estados Unidos, na França e na Inglaterra. Viu-se que no sistema norte-americano, em alguns casos, a empresa privada assume a gestão completa da execução penal, sendo que em alguns estados é responsável até mesmo pela execução da pena de morte. Já na França e na Inglaterra predomina o sistema de gestão mista ou compartilhada, tal qual em algumas penitenciárias brasileiras, onde

apenas atividades meio são terceirizadas, permanecendo com o Estado a competência da execução penal.

Por fim, algumas distinções acerca dos institutos da privatização, terceirização e parcerias público-privadas foram traçadas a fim de que melhor fosse elucidada a problemática acerca da constitucionalidade da privatização prisional. Foram citadas algumas penitenciárias brasileiras que adotam o sistema de co-gestão prisional, e foram mostrados os argumentos contrários e a favor da adoção do instituto no Brasil.

O objetivo da pesquisa foi alcançado na medida em que foi mostrada a efetividade do sistema de co-gestão na administração prisional brasileira. Como todo assunto este não foge à regra de divergir opiniões, cada qual com argumentos relevantes e pontos positivos e negativos. No entanto melhor assiste razão àqueles doutrinadores que se mostram favoráveis à adoção do sistema de gestão compartilhada a fim de melhorar a precariedade do sistema prisional no que tange ao fornecimento de atividades meio de melhor qualidade, tendo em vista que nesse sistema de gestão compartilhada o *jus puniend* permanece de competência exclusiva do Estado, não há a transferência às empresas privadas de atividades típicas estatais, garantindo assim a constitucionalidade do instituto.

A esse respeito, se tem que o Estado é o único legitimado a fazer uso da força física contra o indivíduo, na posição de depositário dos interesses e liberdades individuais e coletivas, com o dever de buscar o bem comum. Dessa forma, a execução da pena privativa de liberdade, na qual se inclui a segurança dos detentos, deve ser feita por agentes penitenciários, integrantes do serviço público, e não por integrantes da empresa privada.

O que se busca é, com a melhoria de instalações físicas das penitenciárias e a prestação dos serviços de hotelaria de melhor qualidade, contribuir com as finalidades retributiva, preventiva e, principalmente, ressocializadora da pena.

REFERÊNCIAS

ALVES Vânia. Segurança autoriza terceirização de serviços em penitenciárias. **Jornal da Câmara**, Brasília. n. 2322. Edição semanal 7 a 13 set. 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/jornal/jc20090907.pdf>>

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de (Coord.). **Privatização das prisões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BARBOSA, Bia. Crise da segurança pública: privatização de presídios é ilegal e antiética, dizem especialistas. **Revista carta maior**. CAD. Direitos humanos. ed. **22 Ago.2006**. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=12040>.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Projeto de lei nº 2.825, de 2003**, da Câmara dos Deputados. Acrescenta os arts. 77-A e 86-A à Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, que institui a “Lei de Execução Penal”, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=149996>>.

BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do estado brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização? **Revista de estudos criminais**, ano VII, nº 27. Notadez atualização e conhecimento jurídico: Out/Dez 2007.

CABRAL, Sandro. **Além das grades**: uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. 2006. Tese (Doutorado em administração) Universidade federal da Bahia: escola de administração, Bahia, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CONSULEX: Revista jurídica. **Direito comparado: CONSULEX realiza jornada nos estados Unidos na busca de soluções alternativas para a modernização da Justiça e do Sistema Penitenciário brasileiros** - ANO III – Nº30 – Junho/1999.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

COSTA, Pricyla. Desconstrução policial: A elite não esta preparada para um polícia honesta. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo. maio 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mai-28/elite_ao_preparada_policia_honesta>.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, Franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Exposição de Motivos nº 213, de 09 de maio de 1983. Disponível em: <http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/LEIS/L7210_84.PDF>. Acesso em 02 out. 2011

FORTINI, Cristina (Org.). **Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Indústria das prisões. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1318, 9 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9478>>.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 13 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal Anotada** . 8. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LOPES, João. Privatização penitenciária: legalidade e conveniência. **ADV Advocacia dinâmica: boletim informativo semanal**. n. 10, ano 2011.

LOUREIRO, Caio de Souza. Terceirização de unidades prisionais: solução para o problema carcerário? **Consulex: Revista jurídica**. Ano XIV. n. 14 – 15. fev. 2010.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MENDES JUNIOR, Claudio. **Execução penal e direitos humanos para provas e concursos**. Curitiba: Juruá, 2010.

MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. **Lua nova**: Revista de cultura e política, nº 55-56, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984. 11. ed. rev. e atual. 8. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

MONTEIRO, Vilbégina. Privatização dos presídios não é questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível. **Revista Dataveni@** n. 55, ano VI. Cad. Entrevistas. mar. 2002. Disponível em:
<<http://www.datavenia.net/entrevistas/000012032002.htm>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 6. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 17. n. 77. mar.- abr. 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. v.1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTIS, Katya Aparecida Sene de. Privatização versus terceirização: solução ou multiplicação dos problemas no sistema prisional brasileiro. **L&C: Revista de administração pública e política**. Ano XII, n. 144, jun. 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito Penal**: parte geral. 4 ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* n. 402.314/6. Capital. Voto n. 9.388. Impetrante: Bela. Persia Jabur. Paciente: R. F. C. Relator: Luiz Ambra. Disponível em:
<http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/habeas_corpus/jurisprudencias/juris_acordaos/Progress%C3%A3o%20-%20Falta%20de%20vagas%20-%20preso%20em%20DP.htm>

WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de Direito Penal**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.