



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

DANIELA CARVALHO PORTUGAL

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL:

AS PERSPECTIVAS DA LEGALIDADE, EFICIÊNCIA E POLÍTICA CRIMINAL

Salvador
2010

DANIELA CARVALHO PORTUGAL

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL:
AS PERSPECTIVAS DA LEGALIDADE, EFICIÊNCIA E POLÍTICA CRIMINAL**

Dissertação apresentado ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia.

Salvador
2010

PORTUGAL, Daniela

As Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional: as perspectivas da legalidade, eficiência e política criminal / Daniela Carvalho Portugal. – Salvador: D. C. Portugal, 2010.

202 f.

Orientador: Professor Saulo José Casali Bahia.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, 2010.

1. Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional sob a Perspectiva da Legalidade. 2. Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional sob a Perspectiva Da Eficiência 3. Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional sob a Perspectiva da Política Criminal. I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. BAHIA, Saulo José Casali. III. Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional.

CDU: 347.7 : 343.2/42

CDD: 341.341.5

TERMO DE APROVAÇÃO

Daniela Carvalho Portugal

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL; AS PERSPECTIVAS DA LEGALIDADE, EFICIÊNCIA E POLÍTICA CRIMINAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em
Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca:

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia
Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1º Examinador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Professor da Universidade Federal de Pernambuco e da Faculdade Damas da
Instrução Cristã
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

2º Examinador: Profª. Drª. Maria Auxiliadora Minahim
Professora da Universidade Federal da Bahia
Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pela Universidade
Federal do Paraná

Salvador

2010

**A meu Avô, Luiz (In Memoriam),
A minha mãe, Dayse,
A minha irmã, Fernanda.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Saulo José Casali Bahia, exímio orientador, dedicado e extremamente compreensível.

Agradeço ao professor Fernando Santana, por ter me despertado o amor pelo Direito Penal, logo no início da graduação em Direito.

Agradeço a professora Maria Auxiliadora Minahim pelas grandes lições e por todo o apoio.

Agradeço a todos os professores do Programa de Pós Graduação, pelo aprendizado que me foi proporcionado.

Agradeço aos funcionários do Programa de Pós Graduação, pelo cuidado para com todos os alunos.

Agradeço a minha família, pelo carinho e apoio.

Agradeço aos meus alunos pelo estímulo para continuar esta jornada.

Agradeço a Fernanda e Bruno, pela ajuda indispensável na conclusão de mais uma etapa acadêmica.

Agradeço a meus sócios e irmãos Joaquim e Marcos, pelo irrestrito apoio.

Agradeço aos meus alunos pelo estímulo para continuar esta jornada.

Agradeço aos meus amigos e companheiros Thais Bandeira, João Glicério, Rodolfo Pamplona, Selma Santana, Renata, Ananda, Clara, Catarina, Manoela, Layanna, Jovino e Luiza.

Um professor sempre afeta a eternidade. Ele nunca saberá onde sua influência termina.

Henry Brooks Adams, historiador americano.

PORTUGAL, Daniela Carvalho. *As parcerias público-privadas no sistema prisional: as perspectivas da legalidade, eficiência e política criminal*. 202 f. 2010. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

RESUMO

O presente estudo trata das parcerias público-privadas no sistema prisional, enfrentando, inicialmente, a legalidade da medida, questionando se é possível a transferência para o setor privado da execução de atos materiais de manifestação de poder de polícia; questiona, ainda, se há que se falar, na presente hipótese, de uma transferência de parcela da jurisdição estatal por meio de transferência da execução penal a particulares. Questiona, em seguida, a eficiência da medida, observando os custos envolvidos e a qualidade do serviço prestado, avaliando a vantagens, em termos econômicos, de adoção deste novo modelo de gestão prisional. Por fim, o presente trabalho avalia, de modo crítico, se, em termos de política criminal, a proposta ainda se sustenta, avaliando os impactos que esta pode vir a apresentar no controle, de modo geral, da criminalidade, bem como as modificações de tratamento punitivo que pode vir a provocar. Depreende-se, portanto, tratar-se de debate que enfrenta os diversos aspectos controversos que fundamentam a adoção ou o abandono da medida, pondo em debate a privatização das prisões sob uma perspectiva jurídica, econômica e política, para que, ao final, avalie-se se devem prevalecer as parcerias público-privadas para a construção e administração de complexos penitenciários.

Palavras-chave: Privatização. Prisão. Legalidade. Eficiência. Política Criminal.

PORTUGAL, Daniela Carvalho. *The public-private partnerships in the prison system: the prospects of legality, efficiency, and criminal politic*. 202p. 2010. Dissertation (master's degree). School of Law at the Federal University of Bahia, Salvador, 2010.

ABSTRACT

The present study deals with the public-private partnerships in the prison system, facing, initially, the legality of the measure, questioning whether it is possible to transfer to the private sector the execution of material manifestation of police power acts; questions even if there is to say, in this case, a transfer of part of the state jurisdiction through the transfer of criminal enforcement to private sector. Questions then the efficiency of the measure, noting the costs involved and the quality of service, evaluating the benefits, in economic terms, of the adoption of this new model of prison management. Finally, this study evaluates, critically, whether in terms of criminal politic, the proposal still stands, evaluating the impacts that may come forward at the control, in general, of criminality, and the modification of punitive treatment that could provoke. It's possible to concludes, therefore, that this is a debate that confronts the many controversial aspects that underlie the adoption or abandonment of the measure, putting the debate on privatization of prisons under a legal, economic and political perspective, that in the end, evaluates if it must prevail the public-private partnerships for construction and administration of penitentiary complexes.

Keywords: Privatization. Prison. Legality. Efficiency. Criminal Politic.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal de 1988
CP – Código Penal
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
PPP – Parcerias Público-Privadas
LEP – Lei de Execução Penal
PCC – Primeiro Comando da Capital
CV – Comando Vermelho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL SOB A PERSPECTIVA DA LEGALIDADE	18
2.1. O ESTADO MODERNO E A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	18
2.2. DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	26
2.3. DO SERVIÇO PÚBLICO	29
2.3.1. Sobre os limites à delegação de serviços públicos a atores não-estatais	30
2.3.2. Sobre as formas de intervenção de atores não-estatais na prestação de serviços públicos	32
2.3.2.1. <i>Gestão direta governamental</i>	33
2.3.2.2. <i>Terceirização</i>	34
2.3.2.3. <i>Concessão</i>	36
2.3.2.4. <i>Parcerias Público-Privadas (PPPs)</i>	40
- <i>Da concessão patrocinada</i>	43
- <i>Da concessão administrativa</i>	44
2.3.2.5. <i>Privatização</i>	46
2.4. SOBRE A LEGALIDADE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL	47
3. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL SOBRE A PERSPECTIVA DA EFICIÊNCIA	64
3.1. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	70
3.2. FRANÇA	78
3.3. OUTROS ESTADOS SOBERANOS	83
3.3.1. Inglaterra	83
3.3.2. Austrália	86
3.4. A REALIDADE BRASILEIRA	86
3.5. A EFICIÊNCIA E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL	98

4. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL SOB A PERPECTIVA DA POLÍTICA CRIMINAL	108
4.1. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS: CRIMINOLOGIA, DOGMÁTICA PENAL E POLÍTICA CRIMINAL.....	119
4.1.1. Criminologia	110
4.1.2. Dogmática Penal.....	116
4.1.3. Política Criminal	119
4.1.4. Ciência penal conjunta	123
4.2. A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E OS SISTEMAS PRISIONAIS.....	125
4.2.1. Os antecedentes históricos da pena	129
4.2.2. Os sistemas prisionais	131
4.3. EFEITO POLÍTICO-CRIMINAL DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL	137
4.3.1. PPPs no sistema prisional e a proteção dos direitos fundamentais do apenado.....	138
4.3.2. PPPs no Sistema Prisional e o Constitucionalismo Simbólico.....	148
4.3.3. PPPs no sistema prisional e a utilização da mão de obra carcerária	160
4.3.4. PPPs no sistema prisional e o movimento de <i>Lei e Ordem</i>.....	171
4.3.5. PPPs no sistema prisional e seus impactos político-criminais: argumentos contrários e favoráveis à adoção do novo modelo.....	179
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	191
REFERÊNCIAS.....	193

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo a promoção de um debate interdisciplinar acerca das parcerias público-privadas (PPPs) no âmbito do sistema prisional, analisando o instituto sob as perspectivas da legalidade, eficiência e da política criminal, para que se possa verificar se a medida proposta é ou não a saída mais adequada para a atual falência do sistema carcerário brasileiro.

O segundo capítulo tem por foco o exame da legalidade das PPPs no sistema prisional. Avalia, inicialmente, as modalidades de prestação de serviço público, diferenciando a prestação estatal direta da provisão indireta de serviços. Neste sentido, propõe-se, ainda, a individualizar diferentes formas de intervenção de entes privados na prestação de serviços públicos, tais como a terceirização; concessão; gestão delegada; parcerias público-privadas e, por fim, a privatização.

O estudo de cada uma destas formas de atuação é de extrema importância para que se compreenda com precisão o atual cenário brasileiro de administração carcerária, em que já podem ser observadas, como se verá, diferentes formas de distanciamento estatal. Não confundir-las, portanto, é imprescindível para que se verifique se as parcerias público-privadas no sistema prisional revelam ou não algum vício quanto à legalidade da medida proposta, exame este que terá por objeto as hipóteses de indelegabilidade do serviço público.

Ainda no primeiro capítulo, verificar-se-á se o modelo em exame figura ou não ofensa às previsões de indelegabilidade de poder de polícia e de função jurisdicional, contidas no art. 4º, inciso III, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública.

O terceiro capítulo, por sua vez, tem por foco o estudo da eficiência do serviço prestado por meio da interferência de atores não-estatais na administração prisional. Malgrado ainda não haja amostras concretas de complexos penitenciários gerenciados no modelo de parceria público-privada – uma vez que os primeiros

contratos já foram celebrados, já existindo PPPs em andamento em Pernambuco e Minas Gerais, mas o serviço ainda se encontra em fase de implementação – já é possível fazer um estudo comparativo entre o desempenho entre o modelo de terceirização, já experimentado em diversos estados brasileiros, e a gestão direta governamental.

O referido estudo comparativo observará, por seu turno, índices reveladores de custos e de qualidade do serviço prestado, avaliando onde é possível encontrar a mais vantajosa relação custo-benefício no que diz respeito à administração prisional. Neste momento, recorre-se, sobretudo, aos dados coletados, mediante pesquisa de campo, pelo professor Sandro Cabral¹, o qual, em sua tese de doutoramento, promoveu o primeiro estudo empírico comparativo entre modelos estatais e terceirizados nos estados Paraná e Bahia. Foram avaliados diversos indicadores de desempenho, tais como número de mortes; fugas; atendimentos médicos; assistência jurídica e índices de superlotação, comparando-se estruturas prisionais de características semelhantes, como forma de garantia da confiabilidade dos dados apresentados.²

Ultrapassados os estudos acerca da legalidade e efetividade das parcerias público-privadas no sistema prisional, busca-se, no quarto capítulo, avaliar se, em termos de política criminal, trata-se de medida que merece ser adotada pelo Estado brasileiro. De forma breve, diferenciar-se-á a política criminal da dogmática penal, para que, em seguida, demonstre-se de que forma estas ciências se inter-relacionam e influenciam-se mutuamente. O objetivo final, portanto, é a avaliação dos impactos que se pode esperar deste crescente espaço que se está a dar a atores não-estatais na administração prisional, e se estas mudanças estão ou não em harmonia com um modelo punitivo limitado pelos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade;

¹ Professor Adjunto da Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia (UFBA); coordenador dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Administração da UFBA; pós-doutor em políticas públicas. Disponível em <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4735945A0>> Acesso em: 14 dez. 2010.

² Neste capítulo, faz-se uso da técnica de compilação apresentada por Humberto Eco, em que não se tem por objetivo a comprovação de uma nova tese, mas antes o exame crítico de trabalhos já apresentados sobre a matéria, oferecendo-se estudo de caráter informativo. ECO, Humberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. 13. ed. Trad. Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Milão: Presença, 1997, p. 24.

bem como com o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Avaliar-se-á, deste modo, se as PPPs no âmbito prisional podem ocasionar o incremento de um estado policialesco; a redução de benefícios no cumprimento da pena privativa de liberdade ou desenvolvimento de uma política pública de encarceramento, e se esta projeção se ajusta às finalidades propugnadas pelo próprio Estado brasileiro para a Execução Penal. Registre-se, de pronto, o quão necessário é o lanço proposto, uma vez que, esperar a completa substituição da gestão governamental direta pelo modelo de parceria para, somente então, iniciar-se o estudo das eventuais conseqüências políticas de tal mudança pode significar um retrocesso irreparável na política penal de segurança pública.

Para que o estudo proposto não se distancie da proposta de promoção de um debate acadêmico acerca da matéria, evitando-se a elaboração de manifesto panfletário em defesa ou ataque do modelo em exame, o quarto capítulo tem por referencial teórico estudos de política criminal sobre impactos de novas políticas públicas de segurança, avaliando de que forma repercutem, inclusive, na dogmática penal, mediante a alteração da própria estrutura legislativa do sistema punitivo em questão.

Na seqüência, o quinto capítulo revela as conclusões a que se pôde chegar acerca das parcerias público-privadas no sistema prisional, ponderando-se as vantagens e desvantagens da adoção de tal modelo. Por tal razão, o estudo traz uma análise tridimensional da matéria, como se denota do próprio título, avaliando-se se tal modelo apresenta algum vício de legalidade; se é efetivo no incremento da qualidade e na redução de custos do cumprimento da pena privativa de liberdade; e, por fim, se os impactos político-criminais deste novo modelo estão em harmonia com os objetivos fundamentais da execução penal.

Insta destacar que todo o estudo do tema proposto será desenvolvido mediante um diálogo interdisciplinar, ultrapassando, assim, o mero enfoque jurídico. Neste sentido, rechaça-se, de pronto, qualquer espécie de hierarquização entre as disciplinas correlatas, tais como Criminologia, Política Criminal, Direito

Constitucional, Direito Penal e Execução Penal, reconhecendo-se não mais haver espaço para o estabelecimento de uma relação de *auxiliaridade*³ entre as referidas matérias⁴.

Destaca-se, portanto, que o modelo de pesquisa adotado propõe superar o corrente e grave equívoco do jurista moderno, que insiste em combater questões políticas com argumentos estritamente jurídicos, analisando a questão da privatização das prisões sem perder de vista a função que o Direito exerce na sociedade, perseguindo, então, alternativas à atual crise do sistema penitenciário que, de outro lado, não afastem o Estado do cumprimento do seu dever de principal garantidor dos direitos fundamentais do cidadão.

Desta forma, busca-se uma aproximação entre o Direito Penal e a realidade social, entre o dogma da *dignidade* e a *pessoa* humana, ponderando as diferentes perspectivas de análise que tocam o tema proposto, sem, entretanto, deixar de considerar as peculiaridades atinentes ao “específico campo normativo a que pertence o mundo jurídico”⁵.

³ Usa-se aqui o tradicional termo, “*auxiliaridade*”, de forma a evidenciar o caráter pejorativo que carrega consigo, consubstanciado na implícita noção entre “principal-acessório” que acaba por ser definida ao tratar da relação entre o Direito e demais campos do conhecimento.

⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23.

⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 167.

2. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL SOB A PERSPECTIVA DA LEGALIDADE

Cumpra avaliar, inicialmente, se as parcerias público-privadas no sistema prisional apresentam algum vício formal no que diz respeito às modalidades de intervenção de atores não-estatais na prestação de serviços públicos. Neste sentido, é de extrema importância avaliar de que forma, e em que contexto social, o Estado passou a substituir atividades antes ligadas à Administração Direta por formas indiretas de atuação, como forma de avaliar, de modo crítico, argumentos favoráveis e contrários a este novo panorama de desempenho do Estado.

Avaliar os motivos declarados e não declarados que emergem do discurso acerca da falência do Estado prestacional, é imprescindível para que se compreenda de que forma esta ebulição de idéias está revelada nos textos normativos que cuidam do distanciamento estatal no desenvolvimento de atividades antes afetas, exclusivamente, à Administração Direta. Significa, portanto, que a compreensão deste contexto é necessária para que se compreenda não só os *motivos* da regulamentação de diferentes formas de atuação, tais como concessões, terceirizações e privatizações, como também os *limites* que devem ser impostos a vivência deste novo modelo, o que será objeto de estudo das seguintes linhas.

2.1. O ESTADO MODERNO E A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Ensina Marilena Chauí que o contexto social pós Segunda Guerra Mundial é marcado por dois grandes acontecimentos, quais sejam, a guerra fria e o surgimento do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*)⁶. Com a guerra fria, o mundo sofreu uma “divisão geopolítica, econômica e militar entre dois grandes blocos: o bloco capitalista, sob a direção dos Estados Unidos, e o bloco comunista, sob a direção da União Soviética e da China”⁷.

⁶ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p. 555.

⁷ Id. *Ibid.* Loc. cit.

O Estado do Bem-Estar Social, por sua vez, “foi implantado nos países capitalistas avançados do hemisfério norte como defesa do capitalismo contra o perigo do retorno do nazi-fascismo e da revolução comunista”⁸, como forma de minimizar as desigualdades e injustiças geradas com o capitalismo.

No então contexto social, cabia ao Estado a prestação, de forma direta, dos mais diversos serviços públicos, concentrando em si as mais diversas atividades reputadas necessárias ao incremento dos índices de qualidade de vida, uma vez que já se sabia a chamada “*mão invisível*”, preconizada por Adam Smith⁹, não ser capaz de auto-regular a economia. As distorções, já sentidas por toda sociedade capitalista, já eram alvo de disputas políticas pela implementação de diferentes modos de produção econômica, contrastando-se os modelos capitalista, socialista e comunista.

Desta forma, segundo destaca Maria Sylvia Di Pietro, com o modelo do *Welfare State*, percebeu-se não ser suficiente a proposta de igualdade formal consagrada após a Revolução Francesa, passando o Estado a intervir, diretamente, na ordem econômica e social, preocupando-se com o bem comum e o interesse público, o que provocou uma ampliação desmesurada de suas atribuições¹⁰.

Assim, em meados do século XIX, com o fracasso do liberalismo clássico¹¹, decorrente das severas reações sociais à política não-intervencionista então pregada, o ente público passou a avocar um número cada vez maior de atribuições, assumindo a nobre missão de busca da igualdade substancial entre os homens,

⁸ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p. 555.

⁹ Cf. SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre a sua natureza e suas causas*, com a introdução de Edwin Cannan. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9-12.

¹¹ Até então, sob a égide do Estado Liberal, privilegiava-se a proteção das liberdades individuais, limitando-se a esfera de poder estatal, conforme ensina Raquel Melo Urbano de Carvalho: “certo é que se pretendia um Estado pequeno, cuja presença deveria ser dispensada, tanto quando possível. Havia prevalência do privado sobre o público, situação em que o Direito Público surgia como o conjunto mínimo de leis gerais editadas para assegurar as liberdades e demais direitos individuais”. *Id. Ibid.*, p. 772.

consolidando-se, após a Segunda Guerra Mundial, o chamado Estado do Bem-Estar ou Estado-Providência¹².

Esta nova política mundial repercutiu, também, nos países de Terceiro Mundo, como o Brasil, gerando uma nova concepção política e social, em que as desigualdades sociais eram ainda mais gritantes:

Sob os efeitos da guerra fria e do Estado do Bem-Estar Social, o bloco capitalista procurou impedir, nos países economicamente subdesenvolvidos ou do Terceiro Mundo (América Latina, África, Oriente Médio), rebeliões populares que desembocassem em revoluções socialistas. O perigo existe por dois motivos principais: ou porque os países do Terceiro Mundo são colônias dos países capitalistas, ou porque neles a desigualdade econômico-social, a miséria e as injustiças são de tal monta que, nas colônias, guerras de libertação nacional e, nos demais países, rebeliões populares podem acontecer a qualquer momento e transformar-se em revoluções.¹³ O caso de Cuba, em 1958, evidenciou essa possibilidade.

Nesse contexto, também o Terceiro Mundo passou por um grande avanço tecnológico e conheceu um Estado interventor, preocupado com a melhoria dos índices de qualidade de vida, regulador da economia e da indústria, comprometido com a missão de minimização das desigualdades e com a prestação dos serviços essenciais à população.

Como recorda Eric Hobsbawm, o Estado do Bem-Estar Social aproximou, de certo modo, o capitalismo constitucional ocidental, os sistemas comunistas e os Estados Terceiro Mundo, já que “após 1945 eram quase todos Estados que, deliberada e ativamente, rejeitaram a supremacia do mercado e acreditaram na administração e planejamento da economia pelo Estado”¹⁴.

Entretanto, com a queda da União Soviética e, com isso, o fim da ameaça socialista, desmantelou-se, também, o Estado do *Welfare State*, passando os Estados de Terceiro Mundo a sofrer uma nova mudança:

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2-12.

¹³ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p. 555-556.

¹⁴ HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo : Companhia das Letras, 1995, p. 776.

Essa mudança, conhecida com o nome de neoliberalismo, implicou o abandono da política do Estado do Bem-Estar Social (políticas de garantia dos direitos sociais) e o retorno à idéia liberal de autocontrole da economia pelo mercado capitalista, afastando, portanto, a interferência do Estado no planejamento econômico.¹⁵

Este retorno às idéias liberais, processo conhecido como neoliberalismo transforma, também, a política econômica e social dos países de Terceiro Mundo e o Estado que, até então, centralizava consigo a prestação de serviços à população, passa a ceder espaço, nos mais diversos setores, à iniciativa privada. Ensina Marilena Chauí que “o abandono das políticas sociais chama-se *privatização*, e o do planejamento econômico, *resregulação*. Ambas significam: o capital é racional e pode, por si mesmo, resolver os problemas econômicos e sociais.”¹⁶

Não foi esse, porém, o discurso que marcou a redução da esfera de atuação direta estatal na prestação de serviços públicos. Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho, com o agigantamento do papel do Estado, não demorou muito para o referido modelo entrar em colapso, uma vez que, com o fenômeno da globalização econômica, tornavam-se cada vez mais complexas as demandas sociais reclamadas ao Estado¹⁷, provocando, assim, um crescente processo de ineficiência estatal na prestação dos serviços públicos¹⁸.

Neste contexto, consoante assevera Raquel Melo Urbano de Carvalho, “surgiu a necessidade de uma Administração Pública que funcionasse melhor e custasse menos, observasse suas reais possibilidades orçamentárias e se tornasse eficaz prestadora de serviços públicos de qualidade”¹⁹.

¹⁵ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p. 561-562.

¹⁶ Id. *Ibid.*, p. 562.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 308-312.

¹⁸ Reflete-se, neste sentido, se o mencionado colapso é, de fato, fruto de uma impossibilidade logística por parte do Estado de, efetivamente, cumprir com o crescente número de obrigações que se lhe impunham com a complexidade das relações sociais pós-modernas ou se este mesmo complexo figura mais um declarado motivo político de abstenção, acompanhado de um desinteresse público de manutenção do Estado Social e de um interesse político na obtenção de vantagens econômicas mediante a cessão do espaço, no tocante à prestação dos serviços públicos, à iniciativa privada. Remanesce o questionamento sobre se o Estado do Bem-Estar deixou de existir por ter se tornado um projeto inviável política e economicamente, ou porque o seu fundamento de existência deixou de existir em razão da queda da União Soviética.

¹⁹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 778.

Passa o Estado, portando, a se adaptar às novas necessidades sociais que emergiam da chamada *sociedade do consumo*, esta caracterizadora do novo modelo estrutural do neoliberalismo capitalista, avançando para uma proposta de reengenharia da Administração Pública, pautada em medidas descentralizadoras e desestatizantes, cedendo espaço para a atuação do particular na prestação dos serviços públicos:

Seguindo o raciocínio qualificado como neoliberal, deve a Administração ter seu tamanho reduzido em favor do setor privado nacional e estrangeiro, que desempenhará a grande maioria das funções do Estado intervencionista, mesmo porque a população tornou-se cética em relação à capacidade pública de atuar como transformador social.²⁰

Neste sentido, o Estado Providência, notadamente atuante nos mais diversos setores sociais, passa a ser substituído pelo denominado Estado Regulador, caracterizado pela drástica redução das atribuições antes afetas, exclusivamente, à prestação pública, em que caberia à Administração a função de controle, conforme destaca Luciano Chaves de Farias:

No atual estágio de escassez de recursos financeiros e diante de uma sociedade cada vez mais desejosa da ação positiva do Estado, surgem mecanismos como as privatizações, a quebra de monopólios na prestação de serviços públicos e as *parcerias com instituições privadas*. Ao Estado, fica a função de regular os mercados e controlar os serviços e as atividades, coibindo os abusos”.²¹ (grifos originais)

Deste modo, o Estado cede espaço para a atuação do ente privado e chama para si a função não de prestação direta de serviços públicos, mas de fiscalização pelo serviço prestado pelo ente privado, mudança esta que, segundo explica Sergio Jung, reflete o fenômeno da “nova administração pública – NAP”:

Esse conjunto de idéias administrativas, rotulado por muitos autores como nova administração pública (NAP), ou *new public management* (NPM), vem provocando mudanças em organizações do setor público em muitos países ao redor do mundo. No que tange as mudanças intra-organizacionais, a principal tônica da NAP tem sido o restabelecimento da primazia de

²⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 780.

²¹ FARIAS, Luciano Chaves de. *O controle extrajudicial das parcerias público-privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

princípios gerenciais (baseados em conceitos modernos de administração do setor privado) sobre o modelo burocrático tradicional.²²

Deste modo, a forma de prestação de serviços por parte do Estado passa a sofrer profundas mudanças, ampliando-se o espaço de atuação do setor privado, passando, conforme destaca Luciano Chaves de Farias, a ser o controle uma função vital do Estado, por configurar-se na “garantia da eficácia dos sistemas, uma vez que oferece os meios para que as metas planejadas sejam efetivamente alcançadas”²³.

Neste contexto de minimização da ingerência estatal na prestação dos serviços públicos, cumpre diferenciar, entretanto, os processos de centralização e descentralização nas esferas política e administrativa, conforme esclarece Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Especificamente quanto à centralização e descentralização política, pode-se dizer que no Estado Unitário não há descentralização política, uma vez que o poder de legislar está restrito a um único núcleo, à pessoa central. No Estado Federado, ao contrário, a Constituição, ao repartir os poderes entre os entes que lhe integram, estabelece clara descentralização da competência legislativa.²⁴

O referido fenômeno, na esfera política, não se confunde, por sua vez, com a centralização e a descentralização administrativa. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, atividade administrativa descentralizada é aquela exercida “por pessoa ou pessoas distintas do Estado”, ao passo que, na centralização, “a atividade é exercida pelo próprio Estado, ou seja, pelo conjunto orgânico que lhe compõe”²⁵.

Assentada a devida distinção, importante ressaltar que o processo de descentralização administrativa pode ocorrer de diversas formas, interessando, para o presente estudo, as modalidades de colaboração ou delegação e de descentralização por serviços ou outorga.

²² JUND, Sergio. *Administração, orçamento e contabilidade pública*. 2. ed. São Paulo: Campus/Elsevier, 2006, p. 6.

²³ FARIAS, Luciano Chaves de. *O controle extrajudicial das parcerias público-privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.84 .

²⁴ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 618.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 137.

Na descentralização por colaboração, o ente federativo mantém a titularidade do serviço público, mas transfere a sua execução, por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, a uma pessoa jurídica de direito privado previamente existente no mercado.²⁶

Na hipótese de descentralização por serviços ou outorga, entretanto, o ente federativo transfere não só execução, como também a titularidade de determinada competência administrativa a uma pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, criada pela União, Estado, Distrito Federal ou pelo Município especialmente para tal finalidade.²⁷

Entretanto, a didática distinção acima proposta ainda encontra graves problemas quando transposta para a complexa realidade da prestação dos serviços públicos. Isto porque a *transferência da titularidade* não corresponde a uma situação bem delimitada no âmbito fático, sobretudo quando analisada de forma estanque, dissociada da natureza substancial do objeto da delegação.

Entretanto, afóra o debate acerca do tênue critério distintivo entre os institutos da outorga e da delegação, é assente, como se verificou, que ambos traduzem formas de descentralização, revelando, portanto, os reflexos da crise do *welfare state* e o advento do Estado neoliberal, em que a busca de redução dos gastos públicos é elevada ao extremo, passando-se a defender a “privatização de antigas entidades públicas (desestatização)”.²⁸

No que tange, especificamente, ao contexto nacional, a crise mundial do Estado do Bem-Estar acabou por motivar, durante o governo de Fernando Collor, a elaboração do Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031 em abril de 1990, esta posteriormente revogada pela Lei nº 9.491 de setembro de 1997, a

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.

²⁷ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 625.

²⁸ Id. Ibid., p. 781.

qual, “embora alterando os procedimentos previstos na lei anterior, *manteve as linhas básicas do Programa*”.²⁹

Os mencionados diplomas foram criados sob o fundamento de que, desse modo, Administração Pública poderia concentrar “seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais” (art. 1º, inciso V, da Lei nº 9.491/97). Porém, acusou-se o Programa de enunciar, em verdade, um verdadeiro Programa de Privatização, aludindo-se ao uso do termo “privatização” utilizado, de modo expressa, na lei revogada, e omitido pela lei revogadora, o que é contestado por José dos Santos Carvalho Filho:

A Lei nº 9.491/97, porém, passou a denominar de *desestatização* o que a lei anterior chamava de *privatização*, de modo que o termo, além de se tornar compatível com o próprio nome do programa, indicou claramente que o objetivo pretendido era apenas *o de afastar o Estado da posição de executor de certas atividades e serviços*.³⁰ (grifos originais)

Não se trata, porém, de matéria pacífica, ainda se afirmando, em contraposição ao mencionado argumento, que a referida *correção* não passou do mero plano formal. Questiona-se se a utilização da expressão “desestatização”, sob o pretexto de que “privado” não passaria a ser o serviço, mas tão somente o seu executor, serve mais como instrumento de manipulação discursiva ou se, de fato, promove uma diferenciação substancial dos institutos, o que será objeto de debate em momento oportuno.

O caloroso debate acerca das distinções propostas entre os termos “desestatizar” e “privatizar”, acirra-se, sobretudo, quando do estudo das propostas de parcerias público-privadas, questionando-se se estas representam um mero distanciamento estatal supervisionado ou, em verdade, representam a transferência de uma função estatal para o ente privado.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 312.

³⁰ Id. Ibid., p. 314.

2.2. DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos administrativos foram conceituados no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, com sendo “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”. O referido diploma, por sua vez, regulamenta a previsão inscrita no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal³¹, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Neste sentido, simplifica Marçal Justen Filho, definindo o contrato administrativo como o “acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”³². Esclarece o referido autor, entretanto, que a criação de direitos e obrigações mencionada deve ser compreendida no sentido de concretização de uma autorização legislativa, isto é, apenas afeta a hipóteses previamente autorizadas, ainda que implicitamente, pela ordem jurídica³³.

Depreende-se, então, que tal modalidade contratual não pode se sobrepor à norma legal, apenas sendo possível vincular as partes dentro dos limites do poder jurídico atribuído pelo direito³⁴, inadmissível, portanto, a transposição da teoria contratual de Direito Privado ao regime administrativo, fator este que restringe, notadamente, a liberdade de atuação do ente público, sobretudo no que concerne à “escolha” do objeto da respectiva relação jurídica.

³¹ Assim verbera a aludida norma constitucional: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 284.

³³ Id. Ibid. loc. cit.

³⁴ Id. Ibid., p. 185.

Os “contratos administrativos”, seguindo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵, correspondem a gênero que compreende tanto os contratos de Direito Privado da Administração, a exemplo da compra e venda de um imóvel, quanto os chamados contratos administrativos propriamente ditos, tais como a concessão de serviço público e o contrato de obra pública, sendo os primeiros regidos pelo Direito Privado e os segundos, pelo Direito Administrativo.

Não há, portanto, um regime jurídico único a ser aplicável a todo e qualquer contrato administrativo, de forma que se aproximará do regime público quanto maior for a vinculação entre o objeto contratual e o interesse público, do que se depreende a aplicação do Direito Administrativo aos contratos de delegação de atribuições administrativa³⁶.

A mencionada distinção é importante para que se verifique que regime jurídico é aplicável ao ente privado responsável pela administração prisional em um eventual modelo de PPP, cumprindo ressaltar que, uma vez que se trata de função essencialmente pública, a existência de um ator privado na gestão carcerária não implica, de modo algum, na atração do regime jurídico de direito privado para pautar suas ações. Aplica-se, pois, o regime jurídico de Direito Público e, inclusive, todos os atores diretamente envolvidos no exercício direto do serviço de gestão são considerados “funcionário público” para fins penais, conforme preceitua o art. 327 do Código Penal, ao trazer um conceito mais amplo do que o propriamente aplicado ao Direito Administrativo.³⁷

Para fins penais, portanto, na definição de critérios para a conceituação do “funcionário público” dada pela norma não incriminadora de caráter explicativo

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 578.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 286.

³⁷ “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. § 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.” Código Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a alteração dada pelas leis nº 6.799, de 1980 e nº 9.983, de 2000.

contida no texto legal do art. 327 do Código Penal brasileiro, importa menos a forma de ingresso do que a função exercida, de modo que “funcionário público” é aquele que exerce uma função pública, sob as mais diversas formas passíveis de verificação na prestação de serviços públicos.

Portanto, admitir a incidência de um regime jurídico de direito privado às parcerias público-privadas significaria ferir, por vias oblíquas, os princípios constitucionais do Direito Administrativo brasileiro, em nítido exemplo de arbítrio e violência estatal, uma vez que a eleição do regime jurídico aplicável decorre de previsão legal, ainda que logicamente implícita, não se confundindo, portanto, com *faculdade* posta à disposição do particular para quem fora delegada a atribuição administrativa. Neste passo, dispõe Marçal Justen Filho:

Reconhecer ao contrato administrativo natureza contratual não significa identificá-lo com os contratos privados. Há uma diferença fundamental: o contrato administrativo traduz o exercício da função administrativa, o que significa sua vinculação à satisfação dos direitos fundamentais.³⁸

Assim, em que pese a dualidade que emana dos contratos administrativos, figurando, de um lado, por parte da Administração, a indispensabilidade de proteção do interesse público substanciado no contrato e, de outro, a pretensão de lucro motivadora da participação do particular no vínculo³⁹, não é dado ao Estado se afastar da razão que ampara a possibilidade de contratação da pessoa de direito privado para a prestação de serviço público, isto é, da busca da efetivação dos direitos de caráter prestacional.

Destarte, não se pode perder de vista o referido fundamento, máxime no que toca aos contratos de delegação de competência administrativa, ou seja, de concessão de serviço público, hipótese em que o objeto contratual “é a atribuição de título jurídico para que um terceiro desempenhe funções tipicamente estatais, desencadeando relações jurídicas de direito público perante os administrados”⁴⁰.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 286-287.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 586-587.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 290.

A supracitada modalidade contratual encontra-se regida, preponderantemente, pelas Leis nº 8.987, de 1995, e 11.079, de 2004, cuja devida compreensão reclama, preliminarmente, um breve estudo acerca dos serviços públicos para que, somente então, seja possível o exame das especificidades atinentes à concessão de serviço público, estas indispensáveis ao debate do tema proposto.

2.3. DO SERVIÇO PÚBLICO

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹, serviço público corresponde a “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres”.

Neste sentido, complementa o supracitado autor⁴² que tais serviços poderão ser prestados pelo próprio Estado, ou por quem lhe faça as vezes, em ambas as hipóteses sob a incidência, conforme já dito, do regime jurídico de Direito Público, instituído em razão do interesse envolvido na referida atividade, notadamente público.

Conceituação semelhante é proposta por Justen Filho⁴³, segundo o qual serviço público compreenderia todas as atividades administrativas que visem à “satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob o regime de direito público”.

Desta forma, por conta desta inexorável relação entre o serviço público e a tutela, por parte do Poder Público, dos direitos fundamentais, impõem-se limites à delegabilidade de tais atividades, não cabendo ao Estado a livre escolha do objeto contratual.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 634.

⁴² Id. *Ibid.* Loc. cit.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 487.

2.3.1. Sobre os limites à delegação de serviços públicos a atores não-estatais

Dentre outras categorias, os serviços públicos podem ser classificados enquanto delegáveis e indelegáveis. Para Carvalho Filho⁴⁴, são indelegáveis os serviços que somente podem ser prestados pelo Estado de forma direta, isto é, por seus próprios órgãos ou agentes, como é o caso, por exemplo, da fiscalização, da segurança interna e das atividades assistenciais.

De outro lado, destaca o supracitado autor serem delegáveis aqueles serviços que “por sua natureza *ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico*, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores”⁴⁵, trazendo, a título exemplificativo, as hipóteses de transporte coletivo, energia elétrica e sistema de telefonia.

Cumprido, neste instante, tecer importante esclarecimento no que toca à distinção dada. A indelegabilidade não corresponde, tão somente, a um fator de ordem política. É, sobretudo, uma exigência de ordem lógica e sistemática, uma vez que se insere em um ordenamento jurídico com diretrizes que lhe são peculiares, das quais não se pode afastar o ente público quando da delegação de funções.

Assim, quando o referido autor define que um serviço é indelegável *quando assim dispõe o ordenamento*, não se pode perder de vista que tal hipótese não se confunde com a mera permissão legal. A Lei, como cediço, corresponde a apenas mais uma das fontes de direito existentes, não tendo força normativa suficiente para afastar as hipóteses de indelegabilidade extraídas do sistema jurídico como um todo, mesmo no que se refere àquelas implicitamente previstas.

Com isso, um serviço indelegável por natureza jamais poderá passar a ser delegável por força de lei, ocasião em que se trataria, em verdade, do mais puro ato de

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 295.

⁴⁵ Id. Ibid. Loc. cit.

violência estatal, pois o exercício do poder só se justifica quando em prol do interesse público, nunca para a (impossível) legitimação do arbítrio do Estado.

A observação posta assume considerável relevo no que se refere ao objeto de discussão proposto, sobretudo em razão da inexistência de determinação legal vedando, expressamente, a concessão do serviço de controle carcerário ao particular, motivo pelo qual se debate se tal função é, pela própria natureza, indelegável, não merecendo resguardo no mundo jurídico qualquer medida infraconstitucional direcionada a suprimir tal restrição, ou se pode ser objeto de delegação a particulares.

A (in)delegabilidade do serviço de administração da execução penal ainda será objeto de exame no penúltimo capítulo, entretanto, cumpre, neste momento, tratar da polêmica discussão em torno da fixação prévia de um conteúdo intangível de delegação no rol de serviços públicos. Neste sentido, sem avançar demais para uma verticalização do estudo sobre o debate acerca da existência ou não de um núcleo básico dado de modo apriorístico, é importante que se traga à lume a advertência feita por Luís Virgílio Afonso da Silva, que ensina não haver norma constitucional que não dependa de algum tipo de regulamentação e que não seja suscetível de algum tipo de restrição.⁴⁶

A hipótese sustentada tem por fundamento a idéia de que toda norma pode ser, mesmo na concepção tradicional, regulamentada; entretanto é praticamente impossível perfazer uma distinção precisa entre *regulamentar* e *restringir*, de modo que regulamentar direitos fundamentais implica, sempre, restringi-los; e restringir direitos fundamentais tem sempre como objetivo final a regulamentação do seu exercício.⁴⁷

Seguindo este entendimento, não seria possível fixar, de modo prévio, quais hipóteses de serviço entrariam em um suposto rol fechado de indelegabilidade, pois a identificação de quais serviços seriam indelegáveis pela própria natureza

⁴⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2005, passim.

⁴⁷ Id. Ibid., passim.

dependeria da forma como se encontram regulamentados pelo respectivo ordenamento, e da forma como concretizam um determinado direito fundamental.

No que tange, especificamente, à delegação da administração carcerária, esta será objeto de estudo em dois outros momentos ao longo do presente estudo. Primeiro, no capítulo seguinte, tratar-se-á de qual das formas de administração carcerária cumpre melhor o papel de efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo aprisionado, se é a gestão governamental direta ou o modelo de PPPs. Em seguida, no quarto capítulo, tratar-se-á quais impactos políticos criminais existentes em cada um destes modelos, para que se verifique se a delegação de tal função é compatível com os interesses fundamentais declarados na Magna Carta.

Frise-se, apenas, não ser possível definir, de modo acrítico, um núcleo prévio intangível e imutável de hipóteses de indelegabilidade material, uma vez que esta noção iria de encontro à própria natureza do Direito, ciência notadamente humana, para a qual não cabem aspirações metodológicas estáticas, revestidas de conceitos e fundamentações engessados, incapazes de refletir a realidade histórica em que se inserem.

2.3.2. Sobre as formas de intervenção de atores não-estatais na prestação de serviços públicos

Conforme esclarece Sandro Cabral, observa-se uma série de possibilidades de provisão de serviços públicos, que variam de acordo com o grau de envolvimento do operador privado; neste sentido, entre a gestão direta governamental e a privatização, há um diversificado leque de possibilidades de intervenção, dentre as quais se destacam a terceirização, as concessões e a as parcerias público-privadas.⁴⁸

⁴⁸ CABRAL, Sandro. *Além das Grades: uma análise comparada das modalidades de gestão no sistema prisional*. Tese de doutoramento depositada junto à Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia. Orientador: Prof. Dr. Marcus Alban Suarez. Bahia: Núcleo de Pós-Graduação em Administração, 2006, p. 33-34.

Dito isso, cumpre diferenciar as espécies básicas citadas para a exata compreensão do objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, as parcerias público-privadas desenvolvidas no âmbito do sistema prisional, o que será examinado ainda neste capítulo. A referida análise é importante, ainda, para que se verifique o atual estágio de distanciamento estatal no panorama brasileiro; de que modo atores não-estatais têm participado da administração do sistema prisional, o que será feito no capítulo seguinte.

2.3.2.1. *Gestão direta governamental*

Como já visto, o Estado, na prestação de serviços de utilidade pública, pode fazê-lo de forma direta, ocasião em que a atividade é 100% desempenhada pelo próprio ente estatal. Esta forma de atuação remete, sobretudo, ao chamado Estado Prestacional ou *Welfare State*, que veio para corrigir as distorções geradas pela crise do liberalismo, como forma de garantia, não apenas formal, mas substancial, dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Neste contexto, não caberia mais designar aos governos uma política de mera abstenção, exigindo-se do Estado postura ativa na concretização de seus preceitos fundamentais. É neste espectro em que se observa a gestão direta governamental dos serviços públicos, onde a Administração Direta é o meio utilizado para a atuação estatal, de modo a equilibrar os avanços do mercado e a necessidade de certa estabilidade social, “suprindo a sociedade de benefícios sociais que significam segurança aos indivíduos para manterem um mínimo de base material e níveis de padrão de vida, que possam enfrentar os efeitos deletérios de uma estrutura de produção capitalista desenvolvida e excludente”⁴⁹.

Neste contexto, em razão da grande ingerência estatal, marcada pela constante intervenção do Estado na regulação da economia, a atuação do setor privado no suprimento de serviços de utilidade pública deixou de ser atrativa, “neste caso, a

⁴⁹ GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil. *Scielo: Scientific Electronic Library Online*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n2/v40n2a03.pdf>> Acesso em 16 dez 2010.

provisão de tais serviços se restringe à ação governamental direta, à subcontratação de outros governos com capacidade excedente ou a entidades sem fins lucrativos⁵⁰.

Entretanto, como já dito, este modelo de gestão direta governamental, na tentativa de conseguir se estender aos mais diversos campos de atuação na provisão de serviços, acaba provocando um agigantamento e conseqüente colapso do *welfare state*. Assim, vivencia-se um processo de descentralização administrativa, marcado por diferentes formas de atuação de operadores privados.

2.3.2.2. Terceirização

No modelo de terceirização, não há uma *ampla* participação de atores privados no desenvolvimento de atividades antes concentradas na Administração Direta. Seja por ausência de vontade política, seja por previsão legal, o Estado retém em seu poder o controle das atividades e a propriedade dos ativos públicos, mas permite uma entrada parcial de atores privados para o desempenho imediato de certas modalidades de gestão⁵¹. Sobre a origem do termo, esclarece Sandro Cabral:

Genericamente, cunhou-se o termo terceirização para definir os fenômenos associados à transferência para atores externos de funções anteriormente realizadas no interior da organização. O termo terceirização tem sua origem expressa de língua inglesa *outsourcing* (suprir-se via fontes externas), genericamente representando a decisão da organização no sentido de utilizar transações de mercado em vez da utilização de transações internas, para atingir os seus propósitos específicos.⁵²

Quanto à tradução dada à expressão inglesa, porém, Paulo de Moraes⁵³ critica a transferência, para o Direito, sem maiores ajustes científicos, do neologismo cunhado, ressaltando tratar-se de palavra oriunda da ciência da Administração e

⁵⁰ CABRAL, Sandro. *Além das Grades: uma análise comparada das modalidades de gestão no sistema prisional*. Tese de doutoramento depositada junto à Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia. Orientador: Prof. Dr. Marcus Alban Suarez. Bahia: Núcleo de Pós-Graduação em Administração, 2006, p. 35.

⁵¹ Id. *Ibid.*, p. 43.

⁵² Id. *Ibid.*, loc cit.

⁵³ MORAES, Paulo Douglas Almeida de. *Contratação indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social*. Campo Grande: UNAES, 2003, p. 59.

transposta para o mundo de significados jurídicos, causando certa confusão na sua compreensão, uma vez que “terceiro”, no âmbito do Direito Processual, remete àquele estranho à relação jurídica, o que não se verifica nas hipóteses de terceirização, já que é o próprio “terceiro” quem executa a atividade acessório, não figurando sujeito alienígena da relação.

Em que pese a imprecisão terminológica, o fenômeno conhecido por “terceirização” avançou para diversos setores na prestação de serviços de utilidade pública, uma vez que a transferência de certas atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria, acabou por representar, conforme ensina Ciro Pereira da Silva⁵⁴, uma redução significativa de custos e ganho em produtividade.

Neste sentido, consoante leciona Frank Stephen Davis, por meio de contratos de *curto prazo*, delega-se a gestão de certas atividades a terceiros, concentrando-se o Estado no desenvolvimento de suas atividades-fim, reputadas essenciais, transferindo para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) as atividades-meio⁵⁵.

Com o modelo de terceirização, o Estado pôde experimentar significativa vantagem econômica, mediante a transformação de custos fixos em variáveis, permitindo investimentos em outros setores; permitiu-se focar sua atenção em atividades de interesse essencial; passou a haver maior flexibilidade no monitoramento e contratação de funcionários; e, ainda, verificou melhorias no padrão de eficiência operacional⁵⁶.

Após as vantagens observadas no modelo de terceirização, o Estado passou a lançar mão de outras modalidades contratuais, permitindo uma ingerência cada vez maior de atores privados na prestação de serviços, e a estender esta forma de administração a um rol cada vez mais amplo de atividades, inclusive aquelas

⁵⁴ SILVA, Ciro Pereira da. *Terceirização responsável: a modernidade e modismo*. São Paulo: LTR, p. 30.

⁵⁵ DAVIS, Frank Stephen. *Terceirização e multifuncionalidade*. 2. ed. São Paulo: STS, 1992, p. 19.

⁵⁶ CABRAL, Sandro. *Além das Grades: uma análise comparada das modalidades de gestão no sistema prisional*. Tese de doutoramento depositada junto à Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia. Orientador: Prof. Dr. Marcus Alban Suarez. Bahia: Núcleo de Pós-Graduação em Administração, 2006, p. 44.

tradicionalmente ligadas à prestação direta governamental, como é o caso da administração de presídios, ora objeto do estudo proposto.

2.3.2.3. Concessão

Como já dito, a concretização das diretrizes fundamentais dispostas na Magna Carta depende da realização de determinados serviços em prol da coletividade. Estes serviços públicos “são prestados predominantemente pela Administração Pública, seja em sua forma direta, por seus órgãos e entidades, seja delegando tais serviços a outras pessoas jurídicas”⁵⁷.

São vários os motivos elencados pelo poder público como justificativas para esse modelo de descentralização na prestação dos serviços públicos, a exemplo dos problemas enfrentados na eficiência da prestação ou mesmo da necessidade de maior agilidade na instituição de determinados serviços. O foco do discurso, portanto, está todo fundamentado no melhor desempenho que se passaria ter com a mudança de paradigma. Seguindo os ensinamentos de Marçal Justen Filho, tem-se que a “concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas. Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado”⁵⁸.

Complementa o referido conceito a definição dada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual a concessão “é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público”⁵⁹.

⁵⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 509.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 664.

Ressalta o supracitado autor⁶⁰, ainda, que tal relação contratual é pautada na garantia do equilíbrio econômico-financeiro e que o uso da expressão “em nome próprio” é indispensável para realçar a diferença existente entre a concessão de serviço público e o simples contrato de prestação de serviços para o Estado⁶¹.

No que tange, especificamente, ao ordenamento pátrio, a concessão de serviços públicos tem previsão expressa no art. 175 da Magna Carta, segundo o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Sobre a aludida previsão, leciona Hely Lopes Meirelles:

Pela Constituição de 1988 cabe à entidade concedente editar a lei regulamentar de suas concessões, o que não impede sobrevenha norma federal-nacional com preceitos gerais para todas as concessões (CF, art. 22, XXVII), o que ocorreu com a Lei 8.987, de 13.2.95, que estabeleceu as normas gerais sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos [...]. Os Estados e Municípios, contudo, devem aprovar suas próprias leis sobre concessões e permissões para atender ao disposto no art. 175 da CF, respeitando os preceitos que constituem *normas gerais*, contidos na Lei 8.987/95. Se preferirem, podem adotar a lei federal em todos os seus termos, mas não de fazê-lo mediante lei.”⁶²

Neste sentido, a Lei federal nº 9.074, de 1995, reafirma a necessidade de regulamentação contida na previsão constitucional, vedando “à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão ou permissão, sem lei que os autorize e fixe os respectivos termos”⁶³.

Em atendimento a tal exigência, no âmbito do Estado da Bahia, foram promulgadas as Leis nº 9.290, de 2004 e 9.433, de 2005, que versam sobre as parcerias público-privadas e os contratos administrativos em geral, respectivamente. A lei estadual que cuida das PPPs chega a prever, expressamente, ao exemplificar as atividades

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 664.

⁶¹ Isto porque, “enquanto na concessão instaura-se uma relação jurídica por força da qual o concessionário é investido em titulação para prestar serviços *ao público*, nos simples contratos de prestação de serviços o contratado se vincula a prestar dados serviços *ao Estado apenas*” (grifos originais). Id. Ibid, p. 664-665.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 385.

⁶³ Id. Ibid., p. 386.

que podem ser objeto de tal modalidade de concessão, aquelas relacionadas ao sistema prisional⁶⁴.

Importa destacar, todavia, que, malgrado se verifique, no texto constitucional, a menção, em diversas passagens, ao instituto da concessão, a Lei Maior não trouxe um conceito específico para tal figura jurídica, que poderá se materializar de diferentes modos, como é o caso das concessões de serviço público *comum, patrocinada e administrativa*⁶⁵.

Segundo Marçal Justen Filho, a concessão comum de serviço público corresponde a um “contrato plurilateral⁶⁶ de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários”⁶⁷, destacando, ainda, a incidência do controle estatal e a extração de remuneração do empreendimento:

O intuito lucrativo é objeto indireto do concessionário. O objeto direito e imediato de todas as partes é a prestação de serviços públicos satisfatórios. Nenhuma diferença se põe entre Estado, sociedade civil e concessionário: todos se dispõem a colaborar e a concentrar esforços e recursos para o desempenho satisfatório das atividades que configuram o serviço público.”⁶⁸ (grifou-se)

O referido entendimento, entretanto, deve ser visto com reservas. De fato, tem-se um único *objeto* ligando todas as partes contratuais, qual seja, a prestação do serviço público. Entretanto, esta identidade de objetos não pode conduzir a um

⁶⁴ Eis a redação do mencionado dispositivo: “Art. 5º - Podem ser objeto de *parcerias público-privadas* : [...]§ 2º - As atividades descritas nos incisos do caput deste artigo, preferencialmente, estarão voltadas para as seguintes áreas: I - educação, saúde e assistência social; II - transportes públicos, notadamente rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, hidrovias, terminais de transportes intermodais e centros logísticos; III - saneamento; IV - segurança, defesa, justiça e *sistema prisional*, quanto ao exercício das atribuições passíveis de delegação; V - ciência, pesquisa e tecnologia, inclusive tecnologia da informação; VI - agronegócio, especialmente na agricultura irrigada e na agroindustrialização; VII - outras áreas públicas de interesse social ou econômico” (Bahia, Lei estadual nº 9.290, de 2004).

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 510.

⁶⁶ Ressalta o mencionado autor, no entanto, que a concepção segundo a qual tal modalidade contratual seria plurilateral, envolvendo, assim, Estado (poder concedente), sociedade e o particular (concessionário), corresponde a posicionamento isolado na doutrina, uma vez que, majoritariamente, defende-se que a relação é travada tão somente entre o poder concedente e concessionário, bilateral portanto. Id. Ibid. loc. cit.

⁶⁷ Id. Ibid. loc. cit.

⁶⁸ Id. Ibid., p. 511.

discurso tendente a sustentar uma fantasiosa convergência de *objetivos* contratuais. Cabe, aqui, atentar-se para a flagrante diferença existente entre *objeto* e *objetivo*.

Marcos Juruena Villela Souto elucida, de forma precisa, a diferença entre *objetos* e *objetivos* nos contratos pactuados entre o Poder Público e entes privados:

Cabe sustentar que ainda existe a distinção entre serviço público e atividade econômica, porque é no conceito de serviço público que se tem a possibilidade de dar atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, e promover, pela via do serviço público, o atendimento desse dever de inclusão social. De outro lado, o parceiro privado busca, no contrato de PPP, não o atendimento do serviço público – o interesse público para ele é uma obrigação, uma meta a atingir – mas a rentabilidade.⁶⁹

Desta forma, muito embora figure enquanto *objeto* contratual indireto do contrato de concessão, o intuito lucrativo constitui *objetivo* precípua do concessionário. Daí se extrai a dificuldade de compatibilização entre a busca do menor preço, por parte do Poder Público; do maior ganho, pelo particular; e do melhor serviço, pela sociedade, cabendo ao Estado prezar pela manutenção do equilíbrio entre tão diversos interesses contratuais.

Na hipótese da concessão de serviço público, por conseguinte, quando se fala em *objetivo* contratual, não há possibilidade de convergência, mas tão somente de *equilíbrio* de interesses, correspondendo à noção de *consenso* enquanto um direito de conflito e compromisso proposta por Peter Häberle⁷⁰. Para o constitucionalista alemão, a teoria constitucional deve estar dirigida à busca de um consenso na solução das tensões sociais, o que não deve ser entendido “como uma concepção simplesmente harmonizadora. Consenso resulta de conflitos e compromissos entre

⁶⁹SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em debate*. Painel no Seminário Nacional de Direito Administrativo, realizado em São Paulo – dezembro de 2005, em comemoração ao 20º aniversário da Editora NDJ. Título do Painel: PPP – Parceria Público-Privada: uma inovação para a Administração Pública – Amortização dos Investimentos – Cessão de Créditos e Outorgas de Direitos – Pagamentos Preferenciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 274.

⁷⁰HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 51.

participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso”⁷¹

O alcance do equilíbrio de interesses, entretanto, resta tão distante quanto maior for a disparidade entre os elementos contratuais envolvidos. No caso em apreço, a vulnerabilidade não está consubstanciada naquilo que a doutrina majoritária classifica enquanto partes contratuais, isto é, Estado e particular, mas nos usuários diretos da atividade da contratada.

É de se questionar, portanto, se, no caso das parcerias propostas ao sistema prisional, é possível vislumbram algum equilíbrio entre interesses público e privado, tendo em vista o dever estatal de cuidado para com os apenados, repita-se, usuários diretos do serviço ou, mais, na concepção de Justen Filho, também sujeitos da relação contratual⁷².

Para além da concessão comum de serviço público, como já observado, existem, ainda, outras duas modalidades de concessão, a administrativa e a patrocinada, ambas postas como espécies de parcerias público-privadas, e reguladas pela Lei nº 11.079, de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, assunto que será tratado em tópico específico.

2.3.2.4. Parcerias Público-Privadas (PPPs)

A parceria público-privada, conforme se extrai da leitura do art. 2º da Lei nº 11.079/04, corresponde ao “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. Por tal razão, José dos Santos Carvalho Filho

⁷¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 51.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 510.

enquadra tal modalidade de contratação como concessões especiais de serviço público⁷³.

O autor fundamenta a mencionada caracterização não só na definição trazida no referido dispositivo legal, como também na referência expressa trazida na própria lei das PPPs à Lei nº 8.987/95, que cuida das concessões comuns, admitindo-a subsidiariamente. Neste sentido, interessa trazer à baila a ácida crítica feita por Bandeira de Mello a estas novas modalidades de concessão, que permitem ingerência ainda maior d operador privado:

Trata-se de instituto controvertido, forjado na Inglaterra, ao tempo da Sra. Thatcher, e acolhido entusiasticamente pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Nacional no cardápio de recomendações aos subdesenvolvidos. A “parceria público privada”, que foi jucundamente auspiciada pelo partido governista - outrora comprometido com os interesses da classe trabalhadora, e hoje ponta de lança das aspirações dos banqueiros -, constitui-se na *crème de la crème* do neoliberalismo, pelo seu apaixonado desvelo na proteção do grande capital e das empresas financeiras. Nem mesmo o Governo anterior, em despeito de sua álaacre submissão aos ditames do FMI, ousou patrociná-la, talvez por uma questão de decoro.⁷⁴

Assim, em que pese a fiel crença de alguns doutrinadores no sentido de que as PPPs concretizariam a tão sonhada solução mágica para a decadência na prestação de serviços públicos no país, ou seja, uma “nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infra-estrutura pública”⁷⁵, é importante que se alerte não se tratar de instituto de aceitação doutrinária pacífica.

Cumprir afastar, porém, qualquer pretensão de crítica generalizada do instituto, guiada ao convencimento de que as PPPs servem, como ressaltou o referido autor, à proteção do grande capital e das empresas financeiras. Para dar à matéria a atenção acadêmica merecida, intenta-se, mediante o presente estudo, avaliar, de modo concreto, se é ou não vantajoso lançar mão de tal modelo para modificar o sistema de administração da execução penal tradicionalmente posto.

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 396.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 727.

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 398.

A avaliação das vantagens da utilização do modelo em debate deve ter por base, inicialmente, o exame do conflito de interesses na relação contratual, o qual deve considerar as diferenças entre os interesses públicos e privados consubstanciados no contrato. Neste sentido, adverte Daniel Sarmiento que “as fronteiras entre o público e o privado são extremamente móveis e instáveis, e que a prioridade atribuída a cada um dos elementos do par oscila ao sabor das mutações políticas e cosmovisivas.”⁷⁶

Isto porque, complementa o mencionado autor, não raro o abstrato conceito de *interesse público* é manipulado e modificado para que, ao final, concretize-se aquilo que poderia ser chamado de *interesse de poucos*, uma vez que o processo de elaboração de normas tem como ponto de partida uma inafastável relação de poder e controle:

Embora o fenômeno da inflação legislativa persista, o monopólio estatal na produção de normas torna-se uma miragem, na medida em que os atores econômicos passam a reger suas atividades por uma *lex mercatoria*, criada difusamente pelo próprio mercado, em detrimento do Direito produzido pelas fontes tradicionais dos Estados.⁷⁷

Exatamente por este constante conflito entre interesses públicos e privados, manifestos, sobretudo, no caso das PPPs, o processo de escolha do parceiro privado não é livre, devendo obedecer a determinados critérios, conforme destaca Diógenes Gasparini:

O parceiro privado não é qualquer um, escolhido ao nuto da Administração Pública. Ao contrário, sua seleção, salvo situação especial, dependerá da realização de um prévio procedimento licitatório, cuja modalidade única admitida pela Lei federal das PPPs é a *concorrência*, conforme determinado pelo seu art. 10 que abre o capítulo da licitação.⁷⁸

Por tal razão, passar-se-á ao estudo das modalidades de parcerias hodiernamente admitidas, bem como os limites impostos pela própria lei regulamentadora aos contratos de concessão pactuados entre o Poder Público e o parceiro privado, como

⁷⁶ SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 30.

⁷⁷ Id. Ibid., p. 43.

⁷⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 422.

forma de preservação dos interesses fundamentais do Estado na prestação dos serviços públicos essenciais à sociedade.

- *Da concessão patrocinada*

Segundo Maria Sylvia Di Pietro, a concessão patrocinada seria aquela em que “se conjugam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado); conforme artigo 3º, § 1º, da Lei nº 11.079”, aplicando-se a Lei nº 8.987 subsidiariamente.⁷⁹

De acordo com o art. 10, § 3º, da citada Lei nº 11.079, “a contraprestação pecuniária a ser desembolsado (*sic*) pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado ou mais do que isto, se houver autorização legislativa”.⁸⁰

Não se trata, entretanto, de novidade trazida pela mencionada lei, uma vez que, mesmo antes da data de sua promulgação, já se admitia tal hipótese, consoante recorda Marçal Justen Filho, *ipsis litteris*:

Sempre se afigurou evidente e inquestionável que, quando o serviço público objeto da delegação envolvesse elevados riscos ou apresentasse margem reduzida de lucratividade, o Poder Público poderia contribuir para a remuneração do particular. Essa é a concepção vigente em todos os países de tradição similar à nossa, tendo sido confirmada na jurisprudência comunitária, francesa e na orientação geral da União Européia. As dúvidas sobre essa alternativa, no entanto, acabaram conduzindo à explícita consagração da concessão *patrocinada*, por meio da Lei n. 11.079/2004. Esse diploma não *criou* uma hipótese que até então fosse vedada. Restringiu-se a disciplinar de modo específico e determinado essa modalidade de concessão [...].⁸¹

Entretanto, a diferença entre as concessões patrocinada e comum não reside tão somente na remuneração complexa da modalidade prevista na Lei nº 11.079 (parte proveniente das tarifas e parte dos cofres públicos), pois o referido diploma trouxe,

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 729.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 513.

ainda, diversas outras inovações, a exemplo da previsão de procedimento licitatório peculiar, não previstas para as concessões comuns.⁸²

Assim, de acordo com o art. 2º, § 4º, incisos I e II, da Lei nº 11.079/04, veda-se a celebração de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos. Ademais, o prazo do referido contrato não poderá exceder o limite temporal de 35 anos, consoante dispõe o art. 5º, inciso I, da mencionada lei.

No que tange ao objeto contratual, diante do art. 2º, § 2º e § 4º, inciso III, as PPPs só poderão ter como objeto direto a prestação de um serviço público, ainda que esta envolva atividades outras, tais como a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

De forma geral, pode-se afirmar que a essência das PPPs consiste em reduzir os custos e riscos do particular, a exemplo da forma de execução dos pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal por meio do regime de precatórios (art. 100, Constituição da República), cujo desestímulo à iniciativa privada se tentou amenizar com a admissão, na nova lei, da utilização do instituto da arbitragem para a composição de litígios, como forma de garantia da celeridade processual.⁸³

Além disso, no tocante às mencionadas novidades no âmbito das licitações, possibilitou-se, quando assim previsto no edital, a inversão das fases de habilitação e de propostas, admitindo-se “um leilão a viva voz, depois da abertura das propostas escritas”.⁸⁴

- Da concessão administrativa

A concessão administrativa corresponde àquela em que “a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado, na

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 554.

⁸³ Id. *Ibid.*, p. 558.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 399.

forma do artigo 6º da Lei nº 11.079”, aplicando-se, tal qual ocorre na concessão patrocinada, a Lei nº 8.987 subsidiariamente.⁸⁵

Neste caso, o “particular assume deveres complexos, relacionados com a prestação de serviços direta ou indiretamente em favor da administração pública, mediante remuneração total ou parcialmente proveniente dos cofres públicos”.⁸⁶

Neste caso, consoante assevera Marçal Justen Filho, a concessionária atua em prol do Poder Público, inexistindo, portanto, delegação do serviço público, assim, “ao contrário das outras modalidades de concessão (comum e patrocinada), o particular não assumirá o dever de desempenhar as atividades em nome próprio”.⁸⁷

Percebe-se, portanto, o quão nebulosa é a caracterização da concessão administrativa, sobretudo nos casos em que a Administração é apenas usuária indireta do serviço:

Relembre-se que o que diferencia a concessão de serviço público de outros contratos de prestação de serviço é o fato de o contratado se remunerar *mediante a exploração do serviço*, por ele mesmo efetuada, normalmente pela cobrança de “tarifas” diretamente dos usuários - conquanto esta não seja necessariamente sua única forma de remuneração [...]. Eis porque, a fim de tentar caracterizar dita modalidade como concessão, a lei não teve alternativa senão a de qualificar a Administração Pública como usuária dos serviços prestados, como aquela que paga as *tarifas*.⁸⁸ (grifou-se)

Segundo Hely Lopes Meirelles, a concessão administrativa corresponderia a um contrato de prestação de serviços para a Administração, permitindo “a inserção do setor privado em serviços até agora pouco atrativos, como a construção e administração de presídios, hospitais, escolas, e outros setores”.⁸⁹

Apesar da exemplificação proposta pelo mencionado autor, no que toca, especificamente, ao sistema prisional, a classificação da respectiva PPP não traduz

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 64.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 555.

⁸⁷ Id. *Ibid.*, p. 556.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 730.

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 398.

simples hipótese de subsunção a uma das classificações propostas. Isto porque, muito embora seja o Poder Público usuário indireto do serviço prestado, além de não haver cobrança *direta* de tarifa aos apenados – o que, a princípio, caracterizaria tal concessão enquanto administrativa –, há que se observar que o usuário direto do serviço, isto é, o apenado, também participa, ainda que indiretamente, da remuneração do ente privado, por meio do trabalho desenvolvido nas dependências do cárcere, assunto este que será abordado no quarto capítulo.

Adiante-se apenas que, afora o pagamento estatal, a tarifa não constitui a única forma possível de remuneração da concessionária na modalidade patrocinada. Assim, é importante que se reflita se a utilização da mão de obra carcerária pelas empresas que se instalam nas dependências das unidades prisionais para a utilização da força de trabalho dos internos constitui ou não uma forma de contraprestação do usuário direto do serviço.

2.3.2.5. Privatização

Conforme ensina Sandro Cabral, a privatização consiste na “transferência de ativos e serviços, até então sob a responsabilidade do Estado, para empresas de capital privado. Transferem-se também as demais responsabilidades inerentes à atividade, tais como: decisões de investimento, gestão administrativa e operacional e dos riscos.”⁹⁰

José Coelho Matos Filho e Carlos Wagner de A. Oliveira enaltecem as qualidades do modelo de privatização, ressaltando que a transferência da titularidade de ativos e serviços públicos para o setor privado representa uma importante fonte de recursos não-inflacionários para financiamento das dívidas públicas:

Além de complementar as receitas correntes com o resultado das vendas, o processo de privatização reduz as necessidades de financiamento do

⁹⁰ CABRAL, Sandro. *Além das Grades: uma análise comparada das modalidades de gestão no sistema prisional*. Tese de doutoramento depositada junto à Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia. Orientador: Prof. Dr. Marcus Alban Suarez. Bahia: Núcleo de Pós-Graduação em Administração, 2006, p. 38.

setor público (NFSP) em duas vertentes. Na primeira, diminui a necessidade de emissão de papéis (títulos ou moeda) para financiar gastos correntes. Na segunda, reduz a dívida em virtude da troca de títulos públicos por ações das empresas privatizadas.⁹¹

Para Maria Sylvia Di Pietro, entretanto, a privatização corresponderia a um processo em aberto, capaz de assumir diferentes formas, todas elas convergentes na redução do tamanho do Estado e no fortalecimento da iniciativa privada. Por tal razão, assevera que todas as formas de redução estatal, em que se inclui, portanto, não só a delegação do serviço em si, como também de sua titularidade, correspondem, em verdade, a formas de privatização.⁹²

Tal preocupação assume contornos ainda mais relevantes em matéria de cumprimento de pena, afinal, ainda para aqueles que crêem não ser a transferência da *realização* da atividade uma forma de privatização, sendo esta caracterizada tão somente quando da transmissão de sua titularidade, o deslocamento para o particular da execução da *execução penal* – fazendo-se, aqui, absolutamente necessário o pleonismo – é assunto merecedor de uma atenção especial.

Deste modo, verificar se a administração da execução penal pode ou não ser objeto de transferência, seja de atos materiais, seja de titularidade, é questão que perpassa, necessariamente, o exame das hipóteses de indelegabilidade expressamente contidas na Lei nº 11.079, de 2004, que cuida das PPPs, avaliando se estas se subsumem ou não à hipótese de parceria ora avaliada.

2.4. SOBRE A LEGALIDADE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL

A Lei nº 11.079/04, em seu art. 4º, inciso III, elencou algumas atividades que não podiam ser objeto de delegação, é o caso das funções de regulação; jurisdicional; do exercício do poder de polícia; dentre outras atividades consideradas exclusivas do Estado. Especificamente no que tange às hipóteses elencadas, entende-se aqui ser

⁹¹ FILHO, José Coelho Matos; OLIVEIRA, Carlos Wagner de A. *O Processo de Privatização das Empresas Brasileiras*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 1996, p.9.

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 7-8.

o melhor entendimento tratar-se de excesso de zelo a vedação contida no aludido dispositivo, uma vez que as situações elencadas corresponderiam, substancialmente, a hipóteses de indelegabilidade lógica.

Neste sentido, a dispensabilidade da previsão decorre, justamente, da efetividade da concepção sistemática de direito preconizada por Canaris, que residiria em “evitar que a ordem do Direito fique dispersa em uma multiplicidade de valores singulares”⁹³. Deste modo, em pensando em um modelo de Estado Democrático de Direito, não há como se cogitar a hipótese de delegação das funções jurisdicional, de regulação ou do poder de polícia, indispensável a figura estatal como centro de convergência dos valores éticos e fundamentais proclamados na Lei Maior.

As citadas hipóteses de indelegabilidade decorrem, portanto, de imposição de natureza lógico-jurídica, uma vez que não se confundem com *serviço público*, não podendo, portanto, ser objeto de negociação contratual, consoante ensina Bandeira de Mello:

É claro que não precisaria mencioná-lo, seja porque ninguém da área jurídica imaginaria que atividades exclusivas do Estado pudessem ser trespassadas a particulares, seja, liminarmente, porque ditas atividades, em nosso Direito, não são tecnicamente *serviço público*, estando, pois, por definição, fora do âmbito das PPPs.⁹⁴

Entretanto, posto se tratar de hipótese lógico-jurídica de indelegabilidade, não é excesso de zelo, ou mesmo previsão pleonástica, a previsão legal inscrita no art. 4º, inciso III, da Lei nº 11.079/04. Isto porque não há como se pensar no direito – para além das construções teóricas e doutrinárias – sem se atentar para os perigos práticos da forma como este é posto em funcionamento real.

Aliás, a ciência jurídica se individualiza exatamente por não ser puramente dogmática. Não há como pensá-la senão enquanto parte de um contexto social e político e, ainda, mutável no tempo e no espaço. Neste sentido, valendo-se, mais uma vez, dos ensinamentos de Canaris, tem-se que pensar em um sistema aberto

⁹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 21.

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 729.

não significa, necessariamente, ter de afirmar a sua incompletude ou “provisoriedade do conhecimento científico”⁹⁵.

O melhor sentido para a noção de abertura sistemática, para o referido autor, seria a “modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica”⁹⁶, uma vez que o direito é uma ciência cultural, que não pode, portanto, ser interpretado apartado da realidade social na qual está inserido.

Neste sentido, conhecendo a realidade política brasileira, hodiernamente marcada pelo avanço, a passos largos, do setor privado nos mais diversos campos de atuação antes afetos, unicamente, à atuação estatal, não se trata de exagero dispor sobre a impossibilidade de delegação das funções de regulação, jurisdicional e do exercício do poder de polícia.

Dito isto, há que se examinar se há alguma ofensa à legalidade mediante a celebração de parcerias público-privadas no sistema prisional. Para tanto, pelo menos dois fatores devem ser observados, a saber: a) se este modelo representa, em verdade, uma ofensa à vedação da delegação de poder de polícia; b) se as PPPs no âmbito prisional figuram delegação de função jurisdicional. Assim, cumpre tratar, inicialmente, da indelegabilidade do poder de polícia.

Manoel Ilson Cordeiro Rocha conceitua o “poder de polícia” como uma decorrência do poder de império combinada com os princípios da legalidade estrita e da responsabilidade política do regime republicano, qualificando-se “pelo papel de instrumento realizador destes princípios do Estado e ao mesmo tempo instrumento limitado por estes princípios”⁹⁷.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o *poder de polícia* tem como fundamento a inafastabilidade do confronto entre interesses públicos e privados, em que “há a

⁹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, p.107.

⁹⁶ Id. Ibid. loc. cit.

⁹⁷ ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. A Titularidade do Poder de Polícia: a evolução do estado democrático e de direito com a transferência do poder de polícia ao cidadão. In: *Revista Uniara*, nº.20, São Paulo, 2007, p. 31.

necessidade de impor, às vezes, restrições aos direitos dos indivíduos”⁹⁸. Complementa o mencionado autor que, “quando o Poder Público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, atua no exercício do poder de polícia”⁹⁹. Trata-se, portanto, da máxima expressão de autoridade administrativa estatal.

Em idêntico sentido leciona Odete Medauar, segundo a qual “em sua essência, poder de polícia é atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades. É uma das atividades em que mais se expressa sua face autoridade, sua face imperativa”.¹⁰⁰

Importa, ainda, distinguir os conceitos de *poder de polícia* e *serviço público*, como forma de reafirmar a indelegabilidade daquele. O *serviço público*, consoante leciona Bandeira de Mello, tem caráter prestacional, ampliando o rol de comodidades da coletividade, ao passo que o poder de polícia está consubstanciado na necessidade de proteção do interesse de todos, visando “a *restringir, limitar, condicionar*, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social”.¹⁰¹

Deste modo, malgrado seja a administração carcerária um serviço público cuja utilidade se estende, ainda que indiretamente, a toda coletividade, trata-se de atividade cuja execução material demanda, inegavelmente, o exercício de poder de polícia. Daí decorre a polêmica acerca da (i)legalidade das PPPs no sistema prisional, uma vez que são acusadas de operarem a transferência de poder de polícia ao gestor privado, acusação esta que merece ser tratada com extrema cautela.

Há que se diferenciar, neste sentido, os sentidos amplo e restrito que o *poder de polícia* pode assumir:

⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 69.

⁹⁹ Id. Ibid. loc. cit.

¹⁰⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 355.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 647.

Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbido da criação *ius novum*, e isso porque apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos, elasticendo ou reduzindo o seu conteúdo. É princípio constitucional o de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia, como vimos, verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade.¹⁰² (grifos originais)

Insta, ainda, diferenciar polícia-função e polícia-corporação. A primeira está ligada à noção de atividade administrativa, enquanto a segunda se relaciona com a idéia de órgão administrativo integrante do sistema de segurança pública. Deste modo, “a polícia-corporação executa freqüentemente funções de polícia administrativa, mas a polícia-função, ou seja, a atividade oriunda do poder de polícia, é exercida por outros órgãos administrativos além da corporação policial”¹⁰³.

Também não se pode confundir o poder de polícia com o poder discricionário do Estado, que é o poder “atribuído a autoridades administrativas com o objetivo de apurar e punir faltas funcionais, ou seja, condutas contrárias à realização normal das atividades do órgão e irregularidades de diversos tipos”¹⁰⁴. O mencionado poder disciplinar, como adverte Odete Medauar, também não se confunde com o poder penal do Estado, que “é exercido pelo Poder Judiciário, regido pelo processo penal; visa à repressão de condutas qualificadas, na legislação penal, como crimes e contravenções”¹⁰⁵

O ato de polícia, isto é, a manifestação do poder de polícia estatal, para ser reputado válido, deve, seguindo o ensinamento de Álvaro Lazzarini, observar alguns requisitos:

[...] para ser válido, o ato de polícia deve partir de órgão competente, tendo em vista a realização do bem comum, observando a forma que lhe for peculiar e que poderá ser a escrita, verbal ou simbólica, tudo diante de uma

¹⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70.

¹⁰³ Id. Ibid. loc. cit.

¹⁰⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 129.

¹⁰⁵ Id. Ibid. loc. cit.

situação de fato e de direito que diga respeito à atividade policiada, devendo, finalmente, ser lícito o seu objeto. [...] Destaque especial merece o requisito da competência para a prática do ato de polícia. *Disse-se que o poder de polícia é indelegável. Ele é exclusivo da Administração Pública, como Poder Público.*¹⁰⁶ (grifou-se)

Trata-se de atividade indelegável porque, conforme adverte Marçal Justen Filho, a atividade do poder de polícia tem a função de restringir o exercício da autonomia privada, assumindo “natureza essencialmente preventiva e repressiva. O Estado não desenvolve uma atividade consistente em satisfazer necessidades individuais”.¹⁰⁷

De idêntica forma entende Raquel Melo Urbano de Carvalho, para quem também seria atividade de poder de polícia a aplicação de penalidades e, em determinados contextos, o exercício de coação indireta em face de terceiros para preservar interesses sociais.¹⁰⁸ Deste modo, em acepção ampla, o instituto abrangeria os “atos legislativos dos entes da federação que limitam atividades particulares prejudiciais ao bem comum, nos termos da distribuição constitucional de competência para legislar”.¹⁰⁹ Acrescenta, assim, que, em sentido restrito, o poder de polícia compreenderia:

[...] os atos reguladores dos Chefes do Executivo, os atos regulatórios das demais autoridades administrativas (como portarias, avisos, resoluções, circulares) e os *atos concretos dos agentes públicos que integram o quadro de pessoal da Administração.*¹¹⁰

Tal posicionamento corrobora o quanto já previsto pelo art. 78 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é considerada poder de polícia toda atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público. Desta forma, acrescenta o parágrafo único do citado dispositivo que será reputado ilegal o exercício de tal atividade quando esta manifestar abuso ou desvio de poder, ou então quando não exercida por autoridade competente dentro dos limites da lei.

¹⁰⁶ LAZZARINI, Álvaro. *Do Poder de Polícia*. In: Revista Justitia, São Paulo, v. 133, jan./mar., 1986, p. 49.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 394.

¹⁰⁸ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 327.

¹⁰⁹ Id. Ibid., p. 328-329.

¹¹⁰ Id. Ibid., p. 329.

Marçal Justen Filho, porém, promove uma lúcida distinção entre os diferentes conceitos englobados, conjuntamente, na noção de “poder de polícia administrativa”. Com isso, assevera o mencionado jurista que “a atividade de poder de polícia administrativa desenvolve-se por meio de três categorias de providências jurídicas: a regulamentação, a emissão de decisões particulares e a *coerção fática propriamente dita*”.¹¹¹

Seguindo este entendimento, seriam indelegáveis, apenas, atos de regulamentação e a emissão de decisões particulares, porém a execução direta de atos materiais de coerção poderiam ser transferidos ao operador privado, de modo que as PPPs no âmbito prisional não quarariam qualquer vício de legalidade, permanecendo o Estado com a titularidade do poder de polícia.

Não se trata, porém, de entendimento pacífico. Isto porque, majoritariamente, vincula-se a delegação de atos materiais de coerção tão somente à esfera de restrição do direito da propriedade, e, mesmo assim, limitando-se tal transferência às atividades meramente instrumentais, permanecendo indelegável mesmo a execução de atos ligados à restrição da liberdade humana:

O que se admite, no entanto, é a delegação de atividades materiais, acessórias do poder de polícia, prévias ou de execução posterior à determinação de polícia administrativa, *quando tem por objeto a propriedade*. Não se trata de legitimar a transferência da imposição coercitiva do próprio mister público restritivo, mas somente de certos atos materiais que lhe são instrumentais.¹¹²

De idêntica forma dispõe Bandeira de Mello, que admite a possibilidade de prática, por particular, de “ato material sucessivo a ato jurídico de polícia, isto é, em cumprimento deste”, vinculando tal ato, também, à interferência na “*propriedade* dos administrados; *nunca, porém, quando relativo à liberdade*” destes.¹¹³

Cumprido, entretanto, discordar dos citados juristas. Isto porque, modernamente, não há mais espaço para a crença em direitos fundamentais absolutos, ou mesmo em

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 399.

¹¹² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 344.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 790.

uma suposta disposição hierárquica entre eles. O próprio Supremo Tribunal Federal já consolidou, acertadamente, o mencionado entendimento:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.¹¹⁴

Neste sentido, segundo Konrad Hesse, a restrição de direitos fundamentais jamais se daria de modo arbitrário, uma vez que a limitação deve “ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada”¹¹⁵; necessária, isto é, deve ser comprovada a inexistência de meio menos ameno; e, por fim, deve ainda ser proporcional em sentido estrito, ou seja, “guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental”¹¹⁶.

Robert Alexy, por sua vez, destaca que admitir a existência de princípios absolutos implicaria mudar a própria definição de princípio, pois seria forçoso reconhecer que a sua concretização não conhece limites jurídicos, o que está equivocado, uma vez que, no conflito entre princípios, estes apresentam o mesmo peso, quando considerados abstratamente, mas um deles poderá assumir maior peso no caso concreto¹¹⁷.

Além disso, também não há que se falar, sequer, na existência de um núcleo mínimo intangível para cada direito fundamental, uma vez que todos são passíveis de restrições, as quais deverão ser avaliadas no caso concreto, impondo-se um ônus

¹¹⁴ STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20.

¹¹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

¹¹⁶ Id. Ibid. loc. cit.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 90-106.

argumentativo ao intérprete que o restringe, o que traz ainda maior garantia do que se fosse admitida a existência de limites imanentes. Isto porque, pensar em limites imanentes definindo um núcleo essencial, significaria dizer que toda hipótese de restrição assumiria cunho meramente declaratório, no sentido de afirmar não se tratar de hipótese de ofensa à essência material do preceito¹¹⁸.

Deste modo, mais garantidor é considerar que direitos e princípios são sempre passíveis de restrição, desde que esta se mostre legítima por meio da demonstração dos motivos que levaram à escolha do aplicador da norma (estudo este que perpassa os exames da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito já aludidos acima).

Portanto, não há como se sustentar, doutrinariamente, a idéia de que as PPPs no sistema prisional são ilegais em razão da ofensa à vedação de delegação mesmo de atos materiais de poder de polícia, unicamente sob o fundamento de que tais atos restringem o direito à liberdade, e não ao patrimônio. Significa dizer que, se é admitida a delegação de comandos de coerção fática para a limitação da propriedade, o mesmo entendimento deve ser aplicado à liberdade, dada a inexistência de relação hierárquica entre tais direitos.

Demonstrada a legalidade do modelo em debate no que tange à indelegabilidade do poder de polícia, cumpre tratar, ainda, da indelegabilidade da função jurisdicional, elencada no art. 4º, inciso III, da Lei nº 11.079, também invocada como argumento proibitivo da transferência, ao particular, da administração carcerária.

Para que se verifique se há ofensa à indelegabilidade da função jurisdicional, uma questão preliminar se põe: a definição da *natureza jurídica* da execução penal. Assim, é preciso avaliar, primeiro, se a execução penal tem ou não natureza de exercício de função jurisdicional para, somente então, verificar se o supracitado dispositivo legal pode figurar como fundamento para a impossibilidade de concessão

¹¹⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2005, p. 168 e ss.

da gestão carcerária ao particular, assunto este que será abordado em momento específico.

Sobre o assunto, destaca Daniel Nicory do Prado que o debate acerca da natureza jurídica da execução penal, se jurisdicional ou administrativa, repercute, diretamente, na “aceitação ou rejeição da participação da iniciativa privada na gestão de presídios, já que o exercício da jurisdição é função típica, essencial e indelegável do Estado”¹¹⁹. Demonstra, então, a intensa polêmica que marca o assunto:

Apesar de a doutrina se dividir quanto à natureza da execução penal, considerando-a administrativa (Adhemar Raymundo da Silva), jurisdicional (Frederico Marques, Salo de Carvalho, José Eduardo Goulart, Maria Juliana Moraes de Araújo) ou ‘mista’ (Ada Pellegrini Grinover, Haroldo Caetano da Silva), todos concordam num ponto: há uma tendência no sentido da jurisdicionalização.¹²⁰

Paulo Lúcio Nogueira¹²¹ esclarece o teor das três correntes doutrinárias existentes acerca da natureza jurídica da execução penal, quais sejam, administrativa, jurisdicional e mista ou eclética. Para a primeira, a execução da pena é basicamente administrativa; para a segunda, a atividade jurisdicional abrange não só o poder de conhecer e julgar, como também o de executar a sentença; para a terceira “certas normas da execução pertencem ao direito processual, como a solução de incidentes, enquanto outras que regulam a execução propriamente dita pertencem ao direito administrativo”¹²².

Para os adeptos da teoria administrativa, “a atividade jurisdicional estaria encerrada com a sentença penal condenatória”¹²³, entretanto, trata-se de segmento doutrinário extremamente frágil, uma vez que não há como sustentar o encerramento da função jurisdicional com a sentença condenatória diante da existência de incidentes previstos na própria Lei de Execução Penal, nº 7.210, de 1984, cuja competência para decisão é do juiz da execução, conforme art. 66 da LEP.

¹¹⁹ PRADO, Daniel Nicory do. *Sobre a natureza jurídica da Execução Penal*. Salvador: [ca.2002], p. 01. Disponível em: <www.bu.ufsc.br/SobrenNaturezaJuridica%20ExecucaoPenal.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2008.

¹²⁰ Id. Ibid.

¹²¹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentário à Lei de Execução Penal* (Lei n. 7.210, de 11-7-1984). 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.5.

¹²² Id. Ibid. loc. cit.

¹²³ FÖPPEL, Gamil. *Em defesa da jurisdicionalização do processo de execução penal*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. N. 10, jan-dez 2002. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2002. p. 195.

Por tal razão, Paulo Lúcio Nogueira posiciona-se o mencionado autor pela adoção da terceira corrente, evidenciando que a “concepção mista parece ser a mais correta, não só quanto ao cumprimento da prisão, que recorre em estabelecimento afetos à administração pública, embora haja a participação do Judiciário na decisão dos seus incidentes”¹²⁴.

Em sentido semelhante, manifesta-se Guilherme de Souza Nucci, para quem a execução penal “é, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa”¹²⁵. O referido autor explica que a natureza híbrida da execução penal decorre do fato de o Judiciário proferir os comandos pertinentes à execução da pena, enquanto que o seu cumprimento se dá em estabelecimento prisional administrado pelo Executivo¹²⁶.

Roberto Gomes Lima também assinala um sentido complexo para a execução penal, envolvendo atividades tipicamente jurisdicionais e atividades tipicamente administrativas, a saber:

Jurisdicional com relação aos incidentes – processos executivos –, livramento condicional, sursis, prisão-albergue domiciliar, indulto, progressão de regime aberto, progressão de regime semi-aberto, remissão de pena, etc., em que emerge a efetivação do princípio do contraditório (art.5º, item LV, CF), Administrativa, quando visa à integração social do condenado ou internado, à fiscalização dos presídios e institutos penal, à obtenção de pareceres técnicos (exame criminológico multidisciplinar, parecer da comissão técnica de classificação, relatório social, histórico disciplinar e Parecer do Conselho Penitenciário) e, finalmente, documentos, como folha penal, guia de recolhimento de preso e ficha de término de pena junto ao Desipe.¹²⁷

A concepção híbrida também é afirmada por Mirabete, segundo o qual a execução penal figura atividade desenvolvida nos planos jurisdicional e administrativo, envolvendo, portanto, a atuação de dois poderes: “o Judiciário e o Executivo, por

¹²⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentário à Lei de Execução Penal* (Lei n. 7.210, de 11-7-1984). 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.5.

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.941.

¹²⁶ Id. *Ibid.*, p.941-942.

¹²⁷ LIMA, Roberto Gomes. *Teoria e prática da execução penal: doutrina, formulários, jurisprudência, legislação*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.13-14.

intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e estabelecimentos penais”¹²⁸.

A referida concepção mista também tem como defensora Ada Pellegrini Grinover, que cuida de diferenciar “aplicação da pena” da “efetivação da sanção penal”, como forma de caracterizar, de modo preciso, os traços administrativo e jurisdicional da execução penal:

A aplicação da pena é objeto do direito penitenciário, o qual se liga ontologicamente ao direito administrativo, muito embora suas regras possam encontrar-se nos códigos penal e processual penal. Mas a tutela à efetivação da sanção penal é o objeto do processo de execução, o qual guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual.¹²⁹

Destarte, modernamente, resta suplantada a idéia segundo a qual a execução penal teria caráter *apenas* administrativo. Assim, o debate acerca da natureza jurídica da execução penal hoje reside, basicamente, em duas correntes: a híbrida e a jurisdicional.

O fato de a própria LEP dispor, em seus artigos 1º e 2º, que a execução penal tem por objetivo precípua a efetivação das disposições de sentença ou decisão criminal, aliado à disposição contida no art. 66 da LEP, que define a competência do juiz da execução, serve de fundamento ao segmento doutrinário que entende ser a execução penal manifestação inequívoca de função jurisdicional. Para Gamil Föppel, a leitura dos referidos dispositivos é capaz de revelar “é o verdadeiro caráter da lei”¹³⁰, qual seja, jurisdicional. Neste sentido, segue o posicionamento de Maria Juliana Moraes de Araújo, *in verbis*:

[...] o funcionamento dos estabelecimentos penais e a respectiva administração são frutos da execução. Isto significa dizer, que a execução penal é a *longa manus* da atividade jurisdicional, ou seja, ela acontece nos moldes da sentença que põe fim ao litígio criminal. Levando-se em conta este raciocínio, não se pode dizer que a atividade executiva penal seja meramente uma atividade administrativa, pois está diretamente vinculada à sentença penal condenatória, isto quer dizer que as autoridades dos

¹²⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal – Comentários à Lei nº 7.210/84*. São Paulo: Atlas, 2000, p.33.

¹²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Execução Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987, p.7.

¹³⁰ FÖPPEL, Gamil. *Em defesa da jurisdicionalização do processo de execução penal*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. N. 10, jan-dez 2002. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2002. p. 197.

*estabelecimentos penais devem fazer exatamente o que for determinado na referida decisão e ordens posteriormente determinadas por aquele Juízo.*¹³¹ (grifou-se)

Daniel Ribeiro Lagos também ressalta a adoção, no ordenamento pátrio, de uma execução penal de natureza jurisdicional, explicando que “a autoridade administrativa, embora seja órgão do Poder Executivo a quem é subordinado funcionalmente, no exercício da atividade administrativa prisional, pratica atos de jurisdição, funcionando como *longa manus* do Juízo da Execução da Pena.”¹³²

De forma idêntica, assevera Daniel Nicory do Prado que o exercício da função jurisdicional não se encerra com o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo tal marco apenas indicativo de uma nova etapa, qual seja, a de execução, confiando-se o cumprimento de pena a uma autoridade constituída integrante do Poder Executivo, que irá colaborar com a referida atividade, sem, no entanto, alterar-lhe a natureza jurídica¹³³.

A noção segundo a qual a execução penal seria *longa manus* da atividade jurisdicional vem ganhando força, a ponto de, mesmo em se admitindo a natureza eclética da execução, tem-se destacado a existência de uma “predominância do aspecto jurisdicional em detrimento do administrativo”¹³⁴.

Trata-se do movimento doutrinário de jurisdicionalização da execução penal, definido por Mirabete como a defesa da idéia de que a justiça penal não se encerra na sentença condenatória, mas, ao contrário, concretiza-se por meio desta, de modo que, mesmo diante de atos acessórios de natureza administrativa, não há como negar que o juiz da execução exerce função jurisdicional¹³⁵.

¹³¹ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Coord.). *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 49.

¹³² LAGOS, Daniel Ribeiro. *Controles da Execução Penal*. In: Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON. Ano 1997, nº 02, Porto Velho – Rondônia, p. 130.

¹³³ PRADO, Daniel Nicory do. *Sobre a natureza jurídica da Execução Penal*. Salvador: [ca.2002], p. 05-06. Disponível em: <www.bu.ufsc.br/SobrenNaturezaJuridica%20ExecucaoPenal.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2008.

¹³⁴ LIMA, Roberto Gomes. *Teoria e prática da execução penal: doutrina, formulários, jurisprudência, legislação*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.14.

¹³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *A privatização dos estabelecimentos penais diante da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)*. In: *Justitia*, Ministério Público de São Paulo, vol. 158, 1992, abr./jun., p. 12.

O mencionado movimento tem por objetivo resgatar a importância do juiz da execução na concretização dos ideais fundadores da aplicação da própria pena privativa de liberdade, a exemplo da ressocialização do apenado, e na fiscalização do fiel respeito a sua dignidade quando do cumprimento da pena. Neste sentido, vale colacionar julgado que, malgrado não reflita a jurisprudência pátria acerca da matéria – uma vez que não há entendimento consolidado privilegiando quaisquer das correntes citadas –, já indica a moderna preocupação com a função que cumpre o juiz da execução:

A jurisdicionalização da execução da pena impõe uma nova postura diante do processo de execução penal, postura esta consentânea com os direitos e garantias fundamentais. Busca-se afastar o caráter 'administrativizado' da execução da pena, para se ter em foco um verdadeiro processo de execução, fulcrado nos princípios que regem um processo penal democrático e humanista.¹³⁶

Refletindo a noção de jurisdicionalização da execução penal, o próprio Guilherme de Souza Nucci, adepto da corrente híbrida, reflete a existência de uma predominância da função jurisdicional em relação à administrativa, atestando que “é certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como hospitais de custódia e tratamento”¹³⁷.

Renato Marcão, em idêntico sentido, atesta que a execução penal é função jurisdicional apesar da atividade administrativa que a envolve:

Embora não se possa negar tratar-se de atividade complexa, não é pelo fato de não prescindir de certo rol de atividades administrativas que sua natureza se transmuda; hoje prevalece a atividade jurisdicional, não só na solução dos incidentes de execução.¹³⁸

¹³⁶ Agravo em Execução nº 70015295314, 5ª Câmara Criminal, Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 05 de julho de 2006. In: CARVALHO, Amilton Bueno; ROSA, Henrique Marder da; MACHADO, Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro; SOUTO, Ronya Soares de Brito e. *Garantismo Aplicado à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 942.

¹³⁸ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 02.

Cumprir, neste instante, um indispensável esclarecimento. De fato, a execução penal possui natureza jurisdicional, uma vez que o cumprimento de pena realiza a ordem coercitiva disposta na sentença condenatória, razão pela qual os respectivos incidentes, como é o caso da progressão de regime e do livramento condicional, que são manejados junto ao Juízo de Execução Penal. Scarance Fernandes, com muita lucidez, identifica características próprias da jurisdição na execução penal, tais como imparcialidade e substitutividade:

Enfim, também nessas perspectivas difícil negar que haja jurisdição na execução penal. A atividade aí desenvolvida pelo Juiz, marcada pela imparcialidade, visa tornar realidade a vontade da lei consignada na sentença condenatória, cumprindo-se assim comando que dela emergiu. É substitutiva, na medida em que sobrepõe a vontade da norma à vontade das partes ou interessados. Funcionalmente, o Juiz age, dentro dos limites da sentença condenatória, para serem atingidos os escopos próprios da execução penal, principalmente o escopo de que o cumprimento da pena seja feito num itinerário crescente de individualização em consonância com os progressos de ressocialização apresentados pelo preso.¹³⁹

Entretanto, execução penal não pode ser confundida com a administração carcerária. O fato de haver exercício de função jurisdicional na execução penal, mesmo em se admitindo a sua prevalência em relação à função administrativa, não exclui a existência desta. Por tal razão, destaca o referido autor que a preocupação em enquadrar a execução penal no quanto proposto por uma ou outra corrente é de menor importância do que a necessidade de “tornar efetiva a contribuição advinda de suas construções teóricas para a melhor atuação concreta do direito”¹⁴⁰. Neste sentido, a preocupação maior do jurista deve ser não em criar categorias e conceitos aplicáveis à execução penal, mas verificar de que modo esta cumpre melhor as funções de ressocialização e de garantia dos direitos do apenado.

Destarte, a admissão da existência de exercício de função jurisdicional na execução penal não exclui, de modo algum, a existência, também, de função administrativa. A sentença penal condenatória não decide, por exemplo, acerca da empresa que irá se instalar nas dependências da unidade prisional para utilização da mão de obra carcerária ou sobre a forma como o local de cumprimento de pena poderá prevenir evasões, pois tais atividades têm natureza evidentemente administrativa, que não

¹³⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionado*. In: *Justitia*, Ministério Público de São Paulo, vol. 166, 1994, abr./jun., p. 39.

¹⁴⁰ Id. *Ibid.*, p. 33.

passam a ser jurisdicionais pelo fato de servirem de meio ao cumprimento de pena deflagrado por sentença penal. Desta forma, não se pode admitir que a natureza jurisdicional da sentença condenatória alcance tantas outras atividades de natureza puramente administrativas realizadas no âmbito da administração carcerária.

O que se tem, na gestão prisional, é o exercício de atividade administrativa marcada, em alguns momentos, pelo exercício de função jurisdicional atípica promovida pelo Poder Público, a exemplo das sanções disciplinares aplicadas quando da falta dos internos, previstas nos arts. 44 a 48 da LEP.

Assim, somente nas hipóteses de função jurisdicional atípica concretizada na administração prisional que seria idôneo e suficiente o argumento de indelegabilidade de tal mister ao particular por representar transferência de função jurisdicional, o que não se aplica, entretanto, às demais atividades de caráter estritamente administrativo.

Deste modo, Mirabete advoga pela possibilidade de delegação de atividades de execução material das penas a órgãos oficiais ou mesmo a particulares:

[...] como já foi visto, a iniciativa particular é admitida tanto no trabalho interno como no trabalho externo do condenado à pena privativa de liberdade, no tratamento médico, farmacêutico e odontológico, na execução das penas de interdição temporária de direitos etc. Pode-se, porém, estender a participação de entidades privadas a outras atividades administrativas, de natureza meramente material, que hoje estão a cargo de órgãos oficiais e que, muitas vezes, não são executadas por dificuldades de ordem material ou humana. *Nada impede que lei federal ou estadual, por instrumento hábil (delegação, concessão, permissão ou privatização) encarregue uma pessoa jurídica de direito privado de exercê-las para promover a execução material das penas.*¹⁴¹ (grifou-se)

Portanto, apegar-se tão somente ao argumento da função jurisdicional da execução penal, entendendo que esta abrangeria a administração carcerária, para sustentar a indelegabilidade da gestão prisional, acaba por se tornar fundamento sobejamente frágil, sobretudo no caso dos contratos em que é prevista uma gestão

¹⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *A privatização dos estabelecimentos penais diante da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)*. In: *Justitia*, Ministério Público de São Paulo, vol. 158, 1992, abr./jun., p. 13.

compartilhada, mantendo-se, junto ao diretor privado, o diretor adjunto nomeado pelo governador do Estado para o controle da respectiva unidade prisional.

Com isso, tem-se que, se há que se opor obstáculos às parcerias público-privadas no sistema prisional, estes não são, notadamente, de ordem legal. Não há, portanto, qualquer vício de ordem formal na permissão da ingerência do operador privado na atividade de administração carcerária, uma vez que não se lhe transfere “poder de polícia”, mas tão somente a responsabilidade pela execução direta de atos materiais de coerção; e que este estará exercendo atividade tipicamente administrativa, ainda que se considere a execução penal atividade de natureza híbrida.

3. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL SOBRE A PERSPECTIVA DA EFICIÊNCIA

Como cedição, o serviço público constitui importante “instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana”¹⁴², realizando, portanto, “fins indisponíveis para a comunidade”¹⁴³. Resta pujante, assim, a vinculação das atividades prestacionais do ente soberano com o interesse público, relação esta que se torna ainda mais estreita com a superação do paradigma do liberalismo econômico pela atual concepção do Estado Democrático de Direito, consoante assevera Maria Sylvia Di Pietro, *in verbis*:

O princípio do interesse público adquire nova roupagem. *No período do Estado liberal, o interesse público a ser protegido era aquele de feição utilitarista, inspirado nas doutrinas contratualistas liberais do século XVIII e reforçadas pelas doutrinas de economistas como Adam Smith e Stuart Mill [...]. Com a nova concepção do Estado de Direito, o interesse público humaniza-se, à medida que passa a preocupar-se não só com valores considerados essenciais à existência digna; quer-se liberdade com dignidade, o que exige a atuação do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar toda a coletividade o bem-estar social. O interesse público, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a idéia de bem comum.*¹⁴⁴

Passa-se a exigir do Estado Democrático de Direito, portanto, uma postura que transcenda a omissão direcionada à mínima interferência na esfera individual, substituindo a tradicional inércia estatal por uma postura ativa, voltada para a concretização do bem estar coletivo.

Neste sentido, cumpre trazer à baila a lição do professor Wilson Alves de Souza¹⁴⁵, que enfrenta o intenso debate doutrinário acerca da existência do Estado Democrático de Direito, em que se questiona se o instituto corresponderia a um único princípio ou se decorreria da união de dois outros, quais sejam, o princípio democrático e o princípio do Estado de direito. Posiciona-se, então, pela existência de um só preceito, ressaltando que a interligação entre os princípios democrático e

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 489.

¹⁴³ Id. *Ibid.* loc. cit.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 14.

¹⁴⁵ SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 58-60.

do Estado de direito é tão profunda que se pode dizer que “não há Estado de Direito fora da democracia”.¹⁴⁶

Assim, a concretização do ideal democrático, sem o qual, como já dito, não há Estado de direito, perpassa, necessariamente, a noção de incessante busca pela diminuição das desigualdades sociais, tarefa esta que, como evidente, não pode ser desenvolvida de forma a perpetuar a seletividade penal¹⁴⁷.

Esta necessidade de ação estatal é destacada por Luís Virgílio Afonso da Silva, que desmitifica a tradicional distinção feita entre duas supostas categorias de direitos fundamentais: liberdades públicas e direitos sociais, em que se afirmava que para a satisfação de tais liberdades bastaria uma omissão do Estado ao passo que, no caso dos direitos sociais, seria exigida uma postura ativa do ente público¹⁴⁸.

Para o mencionado autor, pensar as liberdades públicas como direitos satisfeitos com a mera abstenção do Estado significa partir de um conceito demasiadamente restrito de liberdades públicas, de modo que, partindo de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, as liberdades públicas garantem não só direitos subjetivos aos indivíduos, como também constituem uma dimensão objetiva de valores fundamentais¹⁴⁹.

Com esta nova concepção, passou-se a prever três novas formas de efeitos jurídicos para as liberdades públicas: efeitos horizontais (ou efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares); direitos de proteção e direitos a organização e procedimentos. Com isso, não haveria plena eficácia da norma desde

¹⁴⁶ SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 58.

¹⁴⁷ Sobre a seletividade penal, irretocável é a lição trazida por Zaffaroni: “*Sabemos que la realización de todos los principios garantizadores del derecho penal es, en definitiva, una ilusión, porque la operatividad del sistema penal los viola a todos. Basta pensar en la enorme selectividad del sistema penal que echa por tierra la legalidad y el derecho penal de acto, puesto que es notorio que selecciona en razón de la persona (otros que no dan en el estereotipo o que no son vulnerables, no resultan criminalizados)*. A partir de esta selectividad queda deslegitimada cualquier pretensión de reproche, porque si bien la culpabilidad no es un reproche ético, tiene una base ética, que se hace insostenible a partir de la selección por la vulnerabilidad.” ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Venezuela: Monte Ávila Latinoamericana, 1993, p. 29.

¹⁴⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2005, p. 305.

¹⁴⁹ Id. *Ibid.*, p. 306.

sua promulgação, mas apenas a partir do momento em que a proteção estatal é efetiva e as organizações e procedimentos necessários forem concretamente estabelecidos¹⁵⁰.

Com isso, “sem regulamentação, sem intervenção estatal, nem mesmo a norma que garante um direito individual ou uma liberdade pública tem capacidade de produzir efeitos”¹⁵¹. A única diferença entre as normas de eficácia dita plena e as normas de eficácia dita limitada é que, no primeiro caso, as condições de produção de efeitos, em geral, já existem, ao passo que, no segundo caso, não. Destarte, percebe-se que a eficácia se aproxima, e muito, da noção de efetividade¹⁵².

O autor então sedimenta uma importante conclusão: “se toda norma garantidora de direitos fundamentais necessita, para produzir seus efeitos, de algum tipo de regulamentação, a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada perde seu sentido”¹⁵³.

Ambas as exigências – abstenção e ação – no âmbito das liberdades públicas (e também dos direitos políticos) são dimensões *da mesma norma*. Ou seja, ainda que parte da norma pudesse ser de eficácia plena, a outra parte não o seria. A norma, em seu todo, portanto, acabaria necessitando de algum tipo de ação estatal.¹⁵⁴ (grifos originais)

Percebe-se, portanto, que a ação do Estado figura meio indispensável e inafastável na concretização de todo e qualquer direito fundamental, seja ele expressamente previsto ou lógico e sistematicamente implícito no conjunto de diretrizes fundamentais posto pela Lei Maior, sendo a promoção do serviço público, dentre as diversas formas de atuação estatal, a mais significativa forma de efetivação de diretrizes fundamentais.

Destarte, a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais por meio do bom funcionamento do serviço público deve estar presente mesmo no âmbito do

¹⁵⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2005, p. 312.

¹⁵¹ Id. Ibid., p. 313.

¹⁵² Id. Ibid., p. 315.

¹⁵³ Id. Ibid. loc. cit.

¹⁵⁴ Id. Ibid., p. 315-316.

sistema penitenciário, ou melhor, sobretudo em tal caso, uma vez que o cárcere representa uma das mais expressivas manifestações de estigmatização social.

Destaca Sandro Cabral que, desde a antiguidade, as prisões vêm sendo utilizadas por diversas razões, sejam elas políticas, administrativas ou até familiares, até a pena privativa de liberdade se firmar enquanto autônoma e principal forma de sanção penal, o que perdura até a realidade contemporânea¹⁵⁵.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, o local de cumprimento de pena deixa de ser entendido como reduto destinado ao sofrimento e à expiação, passando a pena a ser associada a três finalidades básicas¹⁵⁶: retribuição proporcional ao mal causado pelo agente; prevenção da ocorrência de futuros delitos; e a ressocialização e reeducação do apenado¹⁵⁷.

A busca pela modernização do sistema carcerário tem por ponto de partida argumentativo o fato de que a “simples observação da realidade tem mostrado que o ambiente carcerário em si, ao invés de reformar o indivíduo, tem contribuído para sua degradação”¹⁵⁸. A prova disso é que, conforme dados divulgados pelo Ministério da Justiça do Brasil, avaliando-se o período compreendido entre 1987 e 2009, a taxa de reincidência dos ex-cumpridores de pena privativa de liberdade varia entre 70% a 85%¹⁵⁹.

É, justamente, neste contexto de uso excessivo da pena de prisão que têm sido buscadas novas soluções a dar para a crise do sistema carcerário. Surgem, então, os discursos em torno da adoção de penas alternativas; da criação de novos ramos do Direito para a retirada de determinados delitos do âmbito de tutela criminal; e, ainda, da importação de experiências alienígenas de participação privada na gestão

¹⁵⁵ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia: Bahia, 2006, p.116.

¹⁵⁶ Não se quer, aqui, ignorar o longo discurso acerca das teorias e funções da pena, entretanto, por fins de delimitação do objeto de estudo, menciona-se, de forma genérica, a retribuição, a prevenção e a ressocialização, majoritariamente aceitas como finalidades da pena privativa de liberdade.

¹⁵⁷ Id. Ibid., p.117.

¹⁵⁸ Id. Ibid., p.119.

¹⁵⁹ BRASIL, Ministério da Justiça. *Penas Alternativas: Evolução*. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRNN.htm>> Acesso em: 31 dez. 2010.

da pena privativa de liberdade, todos eles convergentes na busca de soluções a crise penal na recuperação dos seus aprisionados.

Conforme destaca Sandro Cabral, o Brasil tem seguido uma tendência já experimentada por outros países, vivenciando um aumento progressivo “das populações carcerárias, misto de incrementos nas taxas de criminalidade, do recrudescimento das políticas criminais, do endurecimento das penas e da exagerada opção pelas penas de privação de liberdade como mecanismo de combate ao crime e de proteção da sociedade”¹⁶⁰.

A superlotação carcerária no Brasil é problema sentido não só pela Administração Pública como também pelo próprio Poder Judiciário, em que a inexistência de vaga tem sido fundamento apresentado no pleito pela aplicação de regime menos gravoso ou, ainda, de prisão domiciliar¹⁶¹. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem, inclusive, entendido ser cabível que o condenado aguarde em prisão domiciliar nos “os casos de ausência de vaga em estabelecimento compatível com o regime aberto”¹⁶².

O mencionado entendimento, porém, ainda é aplicado com extrema reserva e resistência, entendendo-se que “não se mostra suficiente a alegação de que a Casa de Albergado apresenta situação inapropriada, com o número de albergados um pouco superior ao da lotação inicialmente prevista, para a concessão do benefício da prisão domiciliar”¹⁶³. Há, portanto, sempre a preferência pela busca de soluções que atinjam a superlotação carcerária em sua causa, uma vez que a aplicação de prisão domiciliar nos casos de grave superlotação, em que pese represente a solução mais respeitosa aos direitos fundamentais do apenado, não tem previsão legal no ordenamento pátrio.

Neste panorama, verifica-se o “assentamento de uma sociedade injusta que se alimenta de sua própria inoperância para a manutenção de um sistema que não

¹⁶⁰ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.122.

¹⁶¹ Cf. STJ, HC 153498 / RS; Relatora Ministra Laurita Vaz; 5ª Turma; DJe 26/04/2010.

¹⁶² STJ, HC 90289 / RS; Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; 5ª Turma, DJe 09/02/2009.

¹⁶³ STJ, HC 90289 / RS; Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; 5ª Turma, DJe 09/02/2009.

funciona”¹⁶⁴, fazendo-se necessária a busca por meios eficientes capazes de combinar um baixo custo de execução com a melhoria da qualidade do serviço prestado, como forma de se criar um modelo mais humano de cumprimento de pena, efetivamente capaz de concretizar as diretrizes dispostas tanto na Magna Carta quanto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7. 210, de 1984).

Neste sentido, passa-se a pensar em abrir espaço, na esfera penal, para a atuação privada, seguindo o exemplo da adoção do modelo em outros setores públicos, consoante ensina Sandro Cabral:

Voltando as atenções para serviços de utilidade pública, o desempenho organizacional, além de levar em conta critérios de eficiência intrafirma, abarca fatores mais abrangentes ligados à geração de externalidades positivas para a coletividade. Desta sorte, para uma concessionária de distribuição de água, por exemplo, além de indicadores de saúde financeira da organização são também relevantes aspectos relacionados à taxa de cobertura da rede e à qualidade do produto fornecido.¹⁶⁵

A idéia de extensão, para a execução penal, de soluções privadas já incrementadas em outros setores de serviços públicos decorre do fato de, desde a década de 80, já existirem diversas experiências privatizantes ao redor do mundo, sob o discurso neoliberal de que as empresas privadas, por serem mais eficientes, estariam mais aptas a viabilizar o bem estar coletivo¹⁶⁶. Entretanto, consoante destaca Sandro Cabral, “em meio ao processo de abertura das economias, assistiu-se a acentuação das desigualdades sociais e como conseqüência o aumento da criminalidade”¹⁶⁷.

Por esta razão, busca-se um modelo de abertura de espaço para a ingerência privada que reúna, a um só tempo, a redução de custos e o aumento da qualidade do serviço prestado, buscando em experiências estrangeiras qual alternativa trouxe os resultados mais eficientes. Neste sentido, Sandro Cabral identifica “dois grandes modelos de participação privada na gestão e operação de prisões: o modelo estadunidense e o modelo francês, cujas diferenças se fundamentam justamente no

¹⁶⁴ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.126.

¹⁶⁵ Id. Ibid., p.128.

¹⁶⁶ Id. Ibid., p.161.

¹⁶⁷ Id. Ibid. loc. cit.

grau de envolvimento direto dos governos no processo de execução dos serviços¹⁶⁸.

As experiências estrangeiras repercutem na realidade brasileira, sendo que hoje tem sido permitida a adoção operação “de estabelecimentos penais com participação de empresas privadas, com a finalidade de atender aos preceitos constitucionais de individualização da pena, reduzir os gastos e encargos públicos e diminuir a superlotação das unidades prisionais nacionais”¹⁶⁹.

Por tal razão, no presente capítulo, intenta-se avaliar a eficiência das parcerias público-privadas no sistema prisional, avaliando a qualidade do serviço prestado, comparando o novo modelo de administração com a prestação direta governamental, como forme de se verificar em qual dos modelos o serviço é prestado com mais destreza.

Serão objeto de estudo, ainda, os resultados obtidos por modelos de aproximação privada em outros Estados soberanos, máxime Estados Unidos e França, para que se promova a análise da realidade brasileira, avaliando-se onde é que se tem a melhor amostra de baixo custo e maior qualidade do serviço prestado.

3.1. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os Estados Unidos da América possuem o maior sistema penitenciário do mundo, em que cada estado membro possui seu próprio sistema correcional, obedecendo as respectivas legislações locais; dispõe, ainda, de um sistema prisional federal para crimes de competência da União e, para presos provisórios e condenados a sentenças menores de um ano, tem-se as cadeias locais (*local jails*)¹⁷⁰.

¹⁶⁸ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.159-160.

¹⁶⁹ Id. Ibid., p.162.

¹⁷⁰ Id. Ibid., p.163.

Explicando a expansão da política de encarceramento norte-americana, Loïc Wacquant destaca que a instalação de penitenciárias se mostrou, a um só tempo, como um poderoso instrumento de desenvolvimento econômico e como uma ferramenta de promoção territorial¹⁷¹. Neste contexto, as zonas rurais em declínio não poupavam esforços para a atração de novas construções prisionais, não mais havendo espaço para os sinais de protesto de “*not in my backyard*”, uma vez que prisões não utilizam produtos químicos, não fazem barulho nem demitem seus funcionários durante as recessões¹⁷². Neste sentido, a possibilidade de postos de trabalho permanentes e de maior receita governamental fazia do sistema prisional uma florescente indústria¹⁷³, mesmo antes do movimento de privatização.

Conforme ensina Laurindo Dias Minhoto, a população carcerária estadunidense “tem se defrontado com os problemas de superpopulação das prisões e dos custos crescentes do encarceramento”¹⁷⁴, uma vez que, “apenas no período entre 1976 e 1986, a população prisional cresceu 115%”¹⁷⁵.

Este crescimento provocou uma enorme crise do sistema penitenciário dos Estados Unidos, de modo que, “em média nacional, os estabelecimentos têm operado à taxa de 130% de sua capacidade de alojamento”¹⁷⁶. Além disso, observou-se um grande crescimento dos custos relacionados à construção e administração de prisões, sobretudo em razão do rápido crescimento populacional¹⁷⁷. Tem-se registro de que o Governo norte-americano desenvolveu o seu maior programa de construção de estabelecimentos prisionais, o qual, segundo o Instituto Nacional de Justiça, pretende, em apenas 10 anos, investir “US\$ 5 bilhões na construção de 100 novos estabelecimentos, proporcionando 104.688 novas vagas ao sistema”¹⁷⁸.

Sobre o referido fenômeno, destaca Laurindo Dias Minhoto:

¹⁷¹ WACQUANT, Loïc. *Las Cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004, p. 99.

¹⁷² Id. *Ibid.* loc. cit.

¹⁷³ Id. *Ibid.* loc. cit.

¹⁷⁴ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad: 2000, p.47-48.

¹⁷⁵ Id. *Ibid.* loc.cit.

¹⁷⁶ Id. *Ibid.*, p. 49.

¹⁷⁷ Id. *Ibid.*, p.52.

¹⁷⁸ Id. *Ibid.*, p.54.

Um efeito imediato do crescimento da população prisional e dos custos de administração do sistema diz respeito à precarização generalizada das condições de encarceramento. Há um consenso na caracterização dos quase 5.000 estabelecimentos penitenciários norte-americanos como instituições improdutivas, violentas, insalubres, e superpovoadas, em que o espectro de rebeliões famosas, como a de Santa Fé, em 1980, parece rondar novamente o sistema. Essa situação abriu o caminho para uma crescente intervenção judicial no sistema penitenciário, outro ingrediente importante da crise.¹⁷⁹

O referido crescimento populacional tem sido atribuído ao aumento das taxas de natalidade após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo entre os anos 1947 e 1962, o que foi sentido pelo sistema carcerário, especialmente a partir da década de 80, quando a população estadunidense passou a apresentar “um aumento substancial do número de indivíduos na faixa etária mais vulnerável ao encarceramento”¹⁸⁰.

Em que pese o aumento expressivo da natalidade, a superpopulação carcerária também tem sido explicada com base no crescimento da demanda pública pela adoção de políticas penais mais rígidas¹⁸¹, desenvolvendo-se uma política criminal de lei e ordem e tolerância zero, provocando o surgimento de um Estado policialesco, o que será tratado, com mais detalhes, no próximo capítulo.

Conforme leciona Luís Flávio Borges D'Urso, em 1996, os Estados Unidos já contavam com 1.250.000 presos, o que traduz a realidade de 504 presos para cada 100.000 habitantes¹⁸². Dentre os referidos presos, 728.000 são estaduais e 522.000 estão em penitenciárias federais ou municipais¹⁸³. A população carcerária quadruplicou desde 1973 e dobrou entre 1980 e 1990, refletindo um custo com o Sistema de Justiça criminal de U\$ 74 bilhões anuais e de U\$ 37.5 bilhões com a operação anual do sistema prisional¹⁸⁴.

Partindo dos referidos dados, cada preso custa, em média, U\$ 30.000 anuais, devendo-se considerar que, “entre 1975 e 1990 houve um aumento de 990% nos

¹⁷⁹ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.53.

¹⁸⁰ Id. Ibid., p.54-55.

¹⁸¹ Id. Ibid., p.55.

¹⁸² D'URSO, Luís Flávio Borges. *A Privatização dos Presídios (terceirização)*. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo. 1996, p. 83-84.

¹⁸³ Id. Ibid., p. 84.

¹⁸⁴ Id. Ibid. loc. cit.

gastos com o Sistema Prisional norte-americano e, no mesmo período, a taxa de criminalidade subiu 60%”¹⁸⁵ e “as perdas monetárias sofridas pelas vítimas de crimes contra a propriedade totalizaram U\$ 19.000 bilhões em 1990”¹⁸⁶.

Neste contexto, Luís Flávio Borges D’Urso atenta para um preocupante panorama: “4.100.000 indivíduos estão presos, em liberdade condicional, sob *probation*, ou aguardando julgamento e apelações, ou seja, 1 em cada 46 adultos estão sob alguma forma de supervisão do Sistema de Justiça Criminal” e, além disso, “entre os que já foram condenados, 65% estão sob *probation*, 24% estão presos e 11% em liberdade condicional”¹⁸⁷.

No que diz respeito à população negra, os dados são ainda mais alarmantes, registrando-se que “23% dos jovens negros entre 20 e 29 anos de idade estão presos ou sob alguma forma de supervisão do Sistema de Justiça Criminal por haverem cometido infrações penais. Ou seja, 1 em cada 4 negros, contra 1 em cada 16 brancos na mesma situação”¹⁸⁸.

Desta forma, especialmente a partir da década de 80, os EUA passaram a buscar formas alternativas de solução da crise no sistema penitenciário, recorrendo, por exemplo, à construção de novos estabelecimentos prisionais mediante financiamento por empréstimo de longo prazo, “tomado no mercado, pelo lançamento de ‘título de obrigação geral’, em que permite ao Estado levantar capital a taxas relativamente competitivas”¹⁸⁹.

Ensina Deborah Kelly Affonso, sobre o nascedouro das firmas de prisão privada nos Estados Unidos da América, que o regime de privatizações atinge, inicialmente, a “a rede de centros de detenção, sob a autoridade do serviço de imigração e

¹⁸⁵ D'URSO, Luís Flávio Borges. *A Privatização dos Presídios (terceirização)*. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo. 1996, p. 84.

¹⁸⁶ Id. Ibid. loc. cit.

¹⁸⁷ Id. Ibid. loc. cit.

¹⁸⁸ Id. Ibid. loc. cit.

¹⁸⁹ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.55.

nacionalização. Iniciado em 1979 o serviço contratou com empresas privadas para deter imigrantes ilegais contra quem pendiam ordens de deportação”¹⁹⁰.

A proposta de privatizações também passa a ser adotada, num contexto de explosão da população penitenciária, aumento dos custos estatais e verificação de péssimas condições de alojamento, como forma de solucionar, inclusive, o impasse entre Executivo e Judiciário norte-americanos provocado pela falência do sistema carcerário¹⁹¹. Isto porque se, de um lado, o Executivo impunha uma política de endurecimento penal, de outro, o Judiciário enfrentava limitações fáticas à aplicação de penas mais duras, dada inexistência de vagas nos antigos estabelecimentos¹⁹².

Em um primeiro momento, a proposta de ingerência do setor privado nas penitenciárias americanas é pautada no seguinte modelo:

O Estado, ao contratar a execução do serviço do setor privado, continuaria responsável por seu financiamento, regulação, avaliação e controle, mas se beneficiaria do acesso a novas tecnologias, redução da gastos com pessoal, da “burocracia” (“red tape”) e dos atrasos recorrentes nos cronogramas, no caso das prisões, fundamentalmente, a construção de novos estabelecimentos.¹⁹³

A partir de então, dado o progressivo crescimento da população carcerária, passa-se a abrir espaço cada vez maior para a atuação privada na administração carcerária norte-americana, passando o Estado a ocupar posição cada vez mais afastada de tal mister.

Deborah Kelly Affonso destaca, porém, que as parcerias privadas em presídios americanos não são realidade tão nova, já tendo note de experiências no país desde 1800, “quando o governo percebeu que não podia dar conta dos custos de sua

¹⁹⁰ AFFONSO, Deborah Kelly. *A Privatização de Presídios: Terceirização dos serviços penitenciários*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2002, p.58.

¹⁹¹ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.64.

¹⁹² Id. Ibid. loc. cit.

¹⁹³ Id. Ibid., p.65.

manutenção. Tal atitude acabou gerando sérios problemas que redundaram na oposição de empresários, trabalhadores e reformadores humanitários¹⁹⁴.

Deste modo, conforme ressalta Dario Melossi, as parcerias entre o Estado e o setor privado norte-americano são estruturadas a partir de uma mistura de atraso e idéias inovadoras na busca por uma resposta possível para o desafio de manter a coesão social na democracia, expressando a retórica do pioneirismo ianque¹⁹⁵.

Entre a mistura do novo com experiências antigas, Deborah Kelly Affonso diferencia as características das experiências de parcerias nos dois citados períodos:

Ao contrário da tendência do século XIX, onde as experiências de parceria normalmente envolviam o trabalho de sentenciados em empresas, nos anos noventa, alguns presídios emergiam como resultado dos contratos do estado em que estavam localizados, sendo a situação mais comum a que a empresa privada constrói o presídio no estado e simultaneamente negocia contratos com o estado, ou outro estado, condado ou unidade federal, para prisioneiros.¹⁹⁶

Avaliando as características básicas das experiências com parcerias durante dos séculos XIX e XX, a referida autora chega à distinção básica entre os dois mencionados períodos, pontuando que “no passado os industriais pagavam ao estado pelo uso de seus prisioneiros, hoje o estado paga ao particular para administrar os prisioneiros”¹⁹⁷.

Desta forma, modernamente, os Estados Unidos contratam a empresa privada que irá atuar na construção dos presídios e, posteriormente, administrá-lo, sendo o Estado responsável pelo pagamento da estadia do preso, “abstendo-se de qualquer outra atividade do presídio, além de fiscalização efetuada por uma comissão”¹⁹⁸.

No que diz respeito à qualidade do serviço prestado, Deborah Kelly Affonso admite que o índice de reincidência dos presos é menor nas penitenciárias privadas do que

¹⁹⁴ AFFONSO, Deborah Kelly. *A Privatização de Presídios: Terceirização dos serviços penitenciários*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2002, p.58.

¹⁹⁵ MELOSSI, Dario. *El Estado del Control Social: Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*. México: Siglo Veintiuno, 1992, p.137.

¹⁹⁶ AFFONSO, Deborah Kelly. *op. cit.*, p.59.

¹⁹⁷ Id. *Ibid.* loc. cit.

¹⁹⁸ Id. *Ibid.* loc. cit.

nas públicas¹⁹⁹. Quanto aos custos, verifica-se uma redução, porém, a mencionada autora demonstra a sua preocupação sobre o que teria sido, especificamente, objeto de cortes:

Embora estudos demonstrem que os presos nas prisões privadas custam menos do que nas públicas, nunca se explicou muito bem como tal ocorre, até mesmo porque devemos considerar que aquelas buscam lucros, benefícios; deixando a impressão, na maioria dos casos, que se dá em virtude dos baixos salários pagos aos funcionários.²⁰⁰

Além disso, consoante adverte Loïc Wacquant, a expansão do Estado penal repercute, também, na redução de verbas públicas destinadas a outros setores públicos, provocando uma retirada de investimentos em setores de base para que se invista em programas de encarceramento:

En California, hasta hace poco líder nacional en materia de educación y salud públicas y reconvertido desde entonces a la política del "todo cárcel", la cantidad de detenidos consignados únicamente en las prisiones estatales pasó de 17.300 en 1975 a 48.300 en 1985, para superar los 160.000 trece años más tarde.²⁰¹

Avaliando a quantidade de prisões privadas nos Estados Unidos entre os anos de 1983 e 2001, Loïc Wacquant destaca que, em 1983, ainda não havia nenhuma penitenciária privada, porém, logo após o surgimento das primeiras privatizações, em 1988 já havia 4.630 prisões privatizadas²⁰². Em 1993, o número é ainda mais alarmante, passando para 32.555 o número de prisões privadas e, em 1998, para a assombrosa marca de 132.572 prisões privadas. Em 1999, projetou-se, então, que, já no ano de 2001, teria sido alcançado o marco de, aproximadamente, 276.655²⁰³.

Conforme esclarece Sandro Cabral, o modelo estadunidense é marcado por uma grande ingerência privada na execução penal, de modo que “os grupos privados participam de todas as etapas, desde a concepção arquitetônica do edifício,

¹⁹⁹ AFFONSO, Deborah Kelly. *A Privatização de Presídios: Terceirização dos serviços penitenciários*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2002, p.61.

²⁰⁰ Id. Ibid., p.60.

²⁰¹ WACQUANT, Loïc. *Las Cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004, p. 89

²⁰² Id. Ibid., p. 98.

²⁰³ Id. Ibid. loc. cit.

passando pela construção e seu financiamento e pela provisão de todos os serviços necessários ao funcionamento da unidade”²⁰⁴.

Deste modo, transfere-se ao parceiro privado tanto a gestão carcerária propriamente dita, quanto a responsabilidade pelos serviços de “alimentação, aconselhamento jurídico, assistência médica, psicológica, odontológica, psiquiátrica, social, atividades de vigilância e custódia dos internos (normalmente de forma integral), atividades laborais e educacionais, bem como programas de reabilitação e reinserção”²⁰⁵.

Menciona o supracitado autor, ainda, que diversos outros países adotam este modelo intimamente ligado à atuação privada, “via PPP ou privatizações, no qual todas as atividades expressivas são de responsabilidade de um agrupamento não-estatal, se encontram Reino Unido, África do Sul, Austrália, Israel, Nova Zelândia, Canadá e Antilhas Holandesas”²⁰⁶.

Outros Estados soberanos, porém, diferentemente do que ocorre no modelo estadunidense, optam por ceder espaço menor ao ator privado no gerenciamento da atividade prisional. Neste sentido, segundo destaca 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.²⁰⁷

Deste modo, importa, neste instante, avaliar a realidade francesa de parcerias entre atores públicos e privados na administração do sistema prisional, para que se verifique as diferenças entre o modelo estadunidense, de forte ingerência privada, e o francês, de participação privada moderada.

²⁰⁴ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.159-160.

²⁰⁵ Id. Ibid. loc. cit.

Id. Ibid., p.160.

²⁰⁷ OLIVEIRA, Edmundo. *O Futuro Alternativo das Prisões*. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p.326.

3.2. FRANÇA

Conforme ensina João Marcello de Araújo Junior, desde 1850 já se cogitava, na França, a possibilidade de participação do setor privado na construção e administração de estabelecimentos penitenciários²⁰⁸. Neste sentido, a “Lei de 12.8.1850 previa colônias penitenciárias públicas ou privadas – fundadas e dirigidas por particulares com a autorização do Estado – e destinadas a receber menores, dos dois sextos, presos por crimes, delitos contravenções de leis fiscais ou por via de correção”²⁰⁹.

Modernamente, a idéia de participação privada na administração de penitenciárias ganha força, na França, a partir da década de 80. De acordo com Deborah Kelly Afonso, durante do referido período, o país enfrentava grande crise no sistema prisional, apresentando superpopulação carcerária que perfazia quase o dobro de vagas existentes, faltando verba para custear a melhoria do sistema²¹⁰.

Neste contexto, conforme destaca a citada autora, foi enviado projeto de lei ao senado francês para que fosse avaliada a proposta de participação de pessoas jurídicas de direito privado na prestação de determinados serviços penitenciários, sob a fiscalização do poder público²¹¹. Diferentemente do modelo norte-americano, portanto, a participação privada no modelo francês é moderada, figurando não uma privatização, mas uma co-gestão com o poder público, abarcando, em uma primeira fase, a construção de prisões²¹².

Segundo Sandro Cabral, a provisão de serviços prisionais por atores privados somente teve início após a “aprovação da Lei nº 87-432, de 22 de junho de 1987, durante a gestão de Jacques Chirac na chefia do gabinete ministerial francês, aproveitando a temporária maioria parlamentar de direita no país, então comandado

²⁰⁸ JUNIOR, João Marcello de Araújo. *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.70.

²⁰⁹ Id. Ibid. loc. cit.

²¹⁰ AFFONSO, Deborah Kelly. *A Privatização de Presídios: Terceirização dos serviços penitenciários*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo. 2002, p.64.

²¹¹ Id. Ibid. loc. cit.

²¹² Id. Ibid., p.65.

pelo socialista François Mitterrand”²¹³. Sobre o discurso de legitimação do referido modelo, destaca o autor:

As justificativas para a adoção das formas privadas eram basicamente as mesmas apresentadas pelos agentes governamentais estadunidenses: buscar combater a superpopulação carcerária em um momento de restrições orçamentárias e dentro de um contexto em que o Estado estaria impossibilitado de realizar desembolsos adicionais.²¹⁴

Ensina João Marcello de Araújo Junior que, na associação entre o setor público e o privado em sistema de co-gestão, “de uma lado ficará o Estado e de outro uma empresa pública, uma sociedade de economia mista, uma associação ou uma outra pessoa jurídica de direito privado”²¹⁵.

Sandro Cabral explica que “no modelo francês adota-se uma estrutura híbrida de governança. Nesta modalidade calcada na terceirização de serviços, as atividades são divididas entre funcionários públicos e operadores privados”²¹⁶. Desta forma, consoante complementa o citado autor, “as funções de direção e coordenação de segurança permanecem sob responsabilidade estatal, ao passo que as demais atividades podem ser delegadas”²¹⁷.

Sobre o modelo francês de gestão compartilhada, destaca Deborah Kelly Affonso:

Nota-se que esse sistema de co-gestão erige pontos essenciais de atuação do Estado e da empresa privada, definidos em contrato. Ao primeiro cabe a indicação do diretor geral do estabelecimento, seu relacionamento com o juízo da execução penal e a responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão; à segunda cabe a organização do trabalho, da educação, do lazer, da alimentação, do fornecimento de vestimentas, assistência médica, social e jurídica. Esta empresa receberá uma quantia fixa determinada pela relação preso/dia pela prestação do serviço.²¹⁸

²¹³ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.170.

²¹⁴ Id. Ibid. loc. cit.

²¹⁵ JUNIOR, João Marcello de Araújo. *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.71.

²¹⁶ CABRAL, Sandro. *op. cit*, p.160.

²¹⁷ Id. Ibid. loc. cit.

²¹⁸ AFFONSO, Deborah Kelly. *A Privatização de Presídios: Terceirização dos serviços penitenciários*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo. 2002, p.65.

Em semelhante sentido ensina Sandro Cabral, segundo o qual “a participação do ente-privado fica reduzida ao suprimento da parte de hotelaria (alimentação, vestuário, limpeza, etc.) e por atividades ligadas à reinserção do indivíduo, tais como: gestão dos canteiros de trabalho, educação básica e profissionalizante”²¹⁹.

O mencionado autor, porém, adverte que, no modelo de terceirização francês, a exemplo do que também ocorre no Brasil e em algumas unidades na Inglaterra, “o grau de alocação de direitos residuais de controle ao operador privado, varia de acordo com as legislações de cada localidade”²²⁰.

Quanto ao limite de atuação da pessoa jurídica de direito privado, “nada obsta que a ela caiba a concepção e a construção de presídios ou a prestação de alguns serviços (Hotelaria, etc.), ou ainda que ao seu quadro de funcionários pertençam alguns empregados do presídio, que não cumprem postos-chave na administração”²²¹. Significa, portanto, que a ingerência privada é reduzida no modelo francês, concentrando-se todos os atos de controle junto à figura do Estado.

Tanto é reduzida da participação privada no modelo de parcerias francês, que a gestão compartilhada somente é utilizada para o cumprimento de penas curtas e para infrações de menor relevância, de modo que as penitenciárias de máxima segurança, destinadas ao cumprimento de penas longas, permanecem sob a inteira tutela estatal²²².

Conforme consta da redação original do art. 1º do projeto de lei sobre parcerias entre setores público e privado, a este cabia a “execução de todo ou em parte, das prestações do serviço público penitenciário, a saber: concepção, construção, financiamento, organização e responsabilidade pelo funcionamento dos estabelecimentos, bem como a guarda e a detenção das pessoas encarceradas”²²³. Os Terrenos onde seriam edificados os presídios, entretanto, “ou pertenceriam ao

²¹⁹ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.160.

²²⁰ Id. Ibid. loc. cit.

²²¹ JUNIOR, João Marcello de Araújo. *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.71.

²²² Id. Ibid., p.71-72.

²²³ Id. Ibid., p.72.

Estado ou a ele passariam, imediatamente, a pertencer”²²⁴, do que também se extrai a diferença entre o modelo intermediário francês e o privatista norte-americano.

No que diz respeito à contratação do parceiro privado, é importante que se diga que “os estabelecimentos sob contrato estariam submetidos às disposições do Código de Processo Penal francês: assegurando o caráter público, o contratado é submetido aos princípios de continuidade do serviço no setor público”²²⁵.

Sobre a implementação no novo modelo na França, ensina Sandro Cabral que foi elaborado o programa 13000, ocasião em que, entre 1990 e 1992, foram construídos vários novos estabelecimentos prisionais, com a mais moderna estrutura arquitetônica, causando nítido contraste quando comparados a estruturas antigas, ocasião em que, por força da referida lei nº 87-432, de 22 de junho de 1987, “as novas unidades constituíram-se em pontos de inflexão, cambiando as estruturas e os arranjos organizacionais vigentes”²²⁶.

O governo francês, então, “continuou recorrendo ao setor privado para reduzir o déficit e substituir as instalações antigas já degradadas pela ação do tempo, lançando em 1996 o Programa 4.000, para construção de novos estabelecimentos penais”²²⁷. Neste caso, o edital para a operação dos presídios somente seria feito depois, “em conjunto com os outros estabelecimentos do programa que estavam por vencer no ano 2000”²²⁸, os quais foram prorrogados até 2001, quando nova licitação foi feita.

Destaca Sandro Cabral que, recentemente, o governo francês lançou novo programa para a construção escalonada de mais 13200 vagas, como forma de minimizar a superpopulação prisional, recorrendo, novamente, ao setor privado, mas agora “sob uma nova modalidade denominada de *Autorisation Occupation*

²²⁴ JUNIOR, João Marcello de Araújo. *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.72.

²²⁵ Id. Ibid. loc. cit.

²²⁶ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.173.

²²⁷ Id. Ibid., p.174-175.

²²⁸ Id. Ibid. loc. cit.

Administrative Temporel / Location option Achat (AOT/LEA)”²²⁹, sobre a qual explica o autor:

Neste caso, o governo licitará a permissão para um grupo privado fazer a concepção, construção, financiamento, manutenção e limpeza da unidade em um contrato de 30 anos de duração. Durante este período o governo se reserva a qualquer momento a exercer seu direito de opção de compra em regras claramente definidas.²³⁰

Sobre o trabalho carcerário desenvolvido nas penitenciárias administradas sob o sistema de co-gestão, ensina João Marcello de Araújo Junior:

Dentre os elementos favoráveis à implantação do trabalho nas prisões ditas privadas, podemos contatar que: a) as empresas privadas estão mais próximas do mundo do trabalho, possibilitando com isso a possibilidade de encontrar eventuais empresas interessadas em utilizar a mão-de-obra carcerária; b) a criação de 15.000 vagas cuja gestão, através de um estabelecimento público, seria confiada às empresas privadas é suscetível de acarretar melhoramentos no trabalho realizado nas prisões e liberar locais para o mesmo.²³¹ (JUNIOR, João Marcello de Araújo. *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.76)

Valiosa, também, é a contribuição dada por Sandro Cabral:

[...] as operadoras privadas tentam desenvolver mecanismos de incentivo ao trabalho, conforme descrito no relatório do Cour des Comptes (2006). A SIGES/Sodexho, por exemplo, adotou um dispositivo que permite aos presos trabalharem e estudarem ao mesmo tempo, ao passo que a GEPSA/Suez confere uma remuneração extra de 10% àqueles que trabalham e freqüentam as demais atividades de formação oferecidas pela empresa. Em ambos os casos, o objetivo é envolver o detento, de modo que ele participe destas atividades que visam à sua reinserção. Sob a gestão pública, as possibilidades de concessão de incentivos desta natureza são pouco prováveis.²³²

Merece destaque, porém, que, mesmo com o sistema moderado de parcerias, a França tem enfrentado progressiva crise no sistema carcerário, sobretudo em razão do “grande crescimento do número de detentos e a incapacidade do Estado de

²²⁹ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.176.

²³⁰ Id. Ibid. loc. cit.

²³¹ JUNIOR, João Marcello de Araújo. *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.76.

²³² CABRAL, Sandro. *op. cit*, p.180.

implantar, com as dotações orçamentais normais, um programa de construção de estabelecimentos penitenciários que pudesse fazer face à demanda”²³³.

3.3. OUTROS ESTADOS SOBERANOS

3.3.1. Inglaterra

Segundo Luíz Flávio Borges D’Urso o número de presos cresceu 20% entre 1980 e 1990, e é de 53.000 a população prisional do Reino Unido, compreendendo a Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte, o que se resume a 93.3 a cada 100.000 habitantes²³⁴. O autor afirma que “25% dos presos aguarda julgamento e, destes, 55% acabam por receber penas alternativas e 5% são declarados inocentes”²³⁵. O autor ainda acrescenta que “a operação do Sistema de Justiça Criminal custa £ 8.77 bilhões anuais (U\$ 13.155 bilhões)”²³⁶ e a “operação do Sistema Penitenciário custa £ 1.47 bilhão anuais (U\$ 2.205 bilhões)”²³⁷.

Sobre os custos com a construção de estabelecimentos prisionais, o autor acrescenta que “a construção de uma penitenciária de segurança média para 500 presos está orçada em £ 70 milhões (U\$ 105.000.000), sendo o custo de uma cela o equivalente a £ 140.000 (U\$ 210.000)”²³⁸. Além disso, ressalta que “a duração média de uma pena privativa de liberdade aumentou de 10.9 meses em 1983 para 16.9 meses em 1990”²³⁹, destacando, ainda, que “75% dos presos cumprem penas superiores a 18 meses”²⁴⁰. Outro fator que amplia, significativamente, o custo com o sistema carcerário é a taxa de reincidência, que chega a 57% para homes e 40% para mulheres²⁴¹.

²³³ JUNIOR, João Marcello de Araújo. *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.77.

²³⁴ D'URSO, Luíz Flávio Borges. *A Privatização dos Presídios (terceirização)*. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 1996, p.81-82.

²³⁵ Id. *Ibid.*, p.82.

²³⁶ Id. *Ibid.* loc. cit.

²³⁷ Id. *Ibid.* loc. cit.

²³⁸ Id. *Ibid.* loc. cit.

²³⁹ Id. *Ibid.* loc. cit.

²⁴⁰ Id. *Ibid.* loc. cit.

²⁴¹ Id. *Ibid.* loc. cit.

Sobre o número de presos em cumprimento de *probation*, Luís Flávio Borges D'Urso destaca que “o número de indivíduos sob *probation* é de 52.100”²⁴², e o “custo médio anual de um indivíduo sob *probation* é de £ 1.272 (U\$ 1.908)”²⁴³.

Assim, conforme ensina Laurindo Dias Minhoto, a Inglaterra acabou por enfrentar a mesma crise carcerária vivenciada pelos Estados Unidos da América, ressaltando-se, ainda, que o significativo crescimento da população prisional, na última década, é uma realidade comum à maioria dos países da Europa.²⁴⁴ O aumento de custo com a execução penal e a superpopulação carcerária tornavam urgente uma resposta para as deficiências do sistema carcerário inglês.

Neste sentido, “também como nos EUA, a superpopulação tem provocado a precarização das condições de encarceramento e o sistema tem se defrontado com um número crescente de distorções e rebeliões na última década”²⁴⁵, passando-se a buscar soluções para a crise enfrentada pelo sistema penitenciário. Em resposta ao crescimento da população prisional, o Estado britânico buscou, inicialmente, a “expansão da capacidade de acomodação. O Departamento de Prisões anunciou o maior projeto de construção de presídios do país neste século, totalizando 26 novos estabelecimentos correccionais”²⁴⁶.

O mencionado plano de extensão, conforme ressalta Laurindo Dias Minhoto, conquistou o apoio da opinião pública “em paralelo ao reconhecimento explícito da ‘falha’ da prisão quanto à reabilitação dos detentos”²⁴⁷, admitindo-se que a baixa qualidade na administração carcerária interfere, diretamente, no processo de ressocialização e reintegração social dos detentos.

Leciona Deborah Kelly Affonso que a Grã-Bretanha já utilizava os serviços de empresas privadas para a prisão de imigrantes, entretanto, somente “há uma década e meia, as primeiras propostas de empresas privadas operarem presídios,

²⁴² D'URSO, Luís Flávio Borges. *A Privatização dos Presídios* (terceirização). Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 1996, p.82.

²⁴³ Id. Ibid., p.83.

²⁴⁴ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.56-60.

²⁴⁵ Id. Ibid., p.60.

²⁴⁶ Id. Ibid., p.62.

²⁴⁷ Id. Ibid., p.63.

surgiram na Inglaterra em 1984, pelo Instituto Adam Smith e em 1985 por dois acadêmicos: Mcconville e Wiallians²⁴⁸.

Destaca a mencionada autora que a utilização de empresas privadas cresceu em todos os setores dos serviços penitenciários ingleses, o que provocou a “publicação, em 1991, de um Ato pela Corte de Justiça Criminal, que dá poder para o Governo contratar com empresas privadas a administração de centros de detenção provisórios, estendido em julho de 1992 para englobar os de presos já condenados”²⁴⁹.

Neste sentido, em uma fase inicial de implementação do novo modelo prisional, foram contratadas firmas privadas para administrar “cerca de 10% das prisões na Inglaterra e País de Gales. Os contratos firmados dizem respeito à projeção, construção e, talvez, ao próprio financiamento das prisões”²⁵⁰.

É neste contexto de busca pela melhoria na qualidade da execução penal o modelo de ingerência privado na Inglaterra passa a seguir a tendência norte-americana de privatização. Laurindo Dias Minhoto diferencia, entretanto, a estrutura penitenciária inglesa do modelo estadunidense, destacando que a Inglaterra possui uma estrutura penitenciária centralizada, ao passo que, nos Estados Unidos, “há três níveis político-administrativos relativamente independentes de gestão do sistema”²⁵¹.

De outro lado, a semelhança entre os dois referidos Estados e a fundamentação da proposta política de privatização na necessidade de uma “redução economicista da crise do sistema penitenciário”²⁵², não se questionando a falência, *per se*, da pena de prisão, nem se problematizando a prisão como mecanismo de controle social²⁵³.

²⁴⁸ AFFONSO, Deborah Kelly. *A Privatização de Presídios: Terceirização dos serviços penitenciários*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2002, p.62.

²⁴⁹ Id. Ibid., p.63-64.

²⁵⁰ Id. Ibid., p.64.

²⁵¹ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.66.

²⁵² Id. Ibid., p.67.

²⁵³ Id. Ibid. loc. cit.

3.3.2. Austrália

Conforme leciona Deborah Kelly Affonso, a segurança privada na Austrália foi a indústria que mais cresceu depois do turismo, “sendo a construção e administração de presídios privados constituem a maior fonte de renda. Também se registra lá a mais alta taxa de prisioneiros em prisões privadas do mundo”²⁵⁴.

A referida autora explica a nova onda de emergência de prisões privadas a partir da necessidade de o Estado australiano “expandir novos mercados, bem como do desejo do estado em cortar despesas, respondendo a uma crise fiscal”²⁵⁵. Deste modo, a privatização de presídios na Austrália representa solução, a um só tempo, tanto para a crise fiscal do Estado quanto para uma crise econômica de mercado.

Isto porque, como bem destaca Deborah Kelly Affonso, “para o estado é mais lucrativo usar mão-de-obra mal paga e não qualificada e treinada, do que pagar funcionários habilitados e treinados”²⁵⁶, de modo que o trabalho do encarcerado, mais uma vez, torna-se moeda de troca na adoção de uma política de privatização no sistema carcerário, assunto este que será tratado, especificamente, mais adiante.

3.4. A REALIDADE BRASILEIRA

Após experiências em diversos Estados soberanos com o modelo de privatização, parcerias e terceirizações no sistema prisional, começa-se a pensar na importação das referidas propostas como forma de enfrentamento da crise do sistema penitenciário brasileiro. Consoante ressalta Laurindo Dias Minhoto, a

²⁵⁴ AFFONSO, Deborah Kelly. *A Privatização de Presídios: Terceirização dos serviços penitenciários*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2002, p.61.

²⁵⁵ Id. Ibid. loc. cit.

²⁵⁶ Id. Ibid. loc. cit.

superpopulação carcerária no Brasil já supera o dobro do número de vagas oferecidas pelo sistema²⁵⁷.

Neste sentido, Luís Flávio Borges D'Urso atenta para a importância do censo penitenciário nacional, que representa um "trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça – CNPCP/MJ, órgão da execução penal, previsto em lei, que tem por atribuição traçar a política penitenciária do Brasil"²⁵⁸. Neste sentido, o autor retrata o cenário prisional brasileiro:

Existem 129.169 presos no país, o que é uma média de 88 presos por 100 mil habitantes, sendo que 96,31% são homens e 3,69% mulheres. Esse número de presos divide-se em 69.129 condenados, que são aqueles que cumprem pena regularmente em penitenciárias, 12.468 que estão presos provisoriamente, 42.954 que estão cumprindo pena de forma irregular e 4.618 cuja situação não foi identificada.²⁵⁹

Assim, o referido aumento na população carcerária implica uma grande despesa para o Estado, uma vez que o custo mensal de cada preso é de, em média, 3,5 salários mínimos²⁶⁰. Em semelhante sentido manifesta-se Luís Flávio Borges D'Urso, segundo o qual "para a construção (sem equipamento) de um estabelecimento prisional para 500 presos gasta-se cerca de 8 milhões de dólares. O custo de cada vaga é de 16 mil dólares, e o custo médio para a manutenção de um preso é de 3,5 salários mínimos por mês"²⁶¹.

Atribui-se o aumento da população carcerária brasileira ao fato de a prisão representar, para o Brasil, tal qual ocorre com os Estados Unidos e Inglaterra, a principal estratégia de controle social²⁶², especialmente no que tange ao controle da pobreza. Dentre os Estados brasileiros, o que apresenta maior taxa de encarceramento é São Paulo, em que há a espantosa relação de 174,42 presos por 100.000 habitantes.

²⁵⁷ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.161.

²⁵⁸ D'URSO, Luís Flávio Borges. *A Privatização dos Presídios (terceirização)*. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 1996, p.87.

²⁵⁹ Id. Ibid. loc. cit.

²⁶⁰ MINHOTO. *op. cit*, p. 162.

²⁶¹ D'URSO. *op. cit*, p.88.

²⁶² MINHOTO. *op. cit*, p.163.

Consoante dados divulgados pelo Ministério da Justiça, em que pese a retração no crescimento da população carcerária brasileira vivenciada nos últimos quatro anos (decorrente, sobretudo, da aplicação de medidas e penas alternativas ao encarceramento), o Brasil ainda apresenta um grande déficit de 194.650 vagas²⁶³.

Marcos Rolin alerta para o fato de o Brasil possuir a quarta maior população carcerária do mundo, sendo que “apenas EUA, China e Rússia possuam massa carcerárias maiores, cada um deles com mais de um milhão de presos). Os encarcerados no Brasil estão distribuídos em 512 prisões, mas milhares deles em delegacias de polícia”²⁶⁴.

Neste sentido, tem-se que “entre 1995 e 2005 a população carcerária do Brasil saltou de pouco mais de 148 mil presos para 361.402, o que representou um crescimento de 143,91% em uma década. A taxa anual de crescimento oscilava entre 10 e 12%”²⁶⁵, merecendo destaque, porém, a inexistência, durante este período, de um mecanismo padrão para a consolidação de dados²⁶⁶.

Entretanto, “a partir de 2005, já com padrões de indicadores e informatização do processo de coleta de informações (período pós-InfoPen), a taxa de crescimento anual caiu para cerca de 5 a 7% ao ano”²⁶⁷. Conforme foi divulgado pelo Ministério da Justiça, “entre dezembro de 2005 e dezembro de 2009, a população carcerária aumentou de 361.402 para 473.626, o que representou um crescimento, em quatro anos, de 31,05%”²⁶⁸.

Para além de presos sentenciados cumprindo pena privativa de liberdade, merece destaque o fato de existirem “milhares de condenados cumpriram pena em cadeias

²⁶³ BRASIL, Ministério da Justiça. *Execução penal – sistema prisional*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID364AC56ADE924046B46C6B9CC447B586PTBRNN.htm>> Acesso em 02 jan. 2010.

²⁶⁴ ROLIM, Marcos. O Labirinto, o Minotauro e o Fio de Ariadne: Os Encarcerados e a Cidadania, Além do Mito. In: *Crítica à Execução Penal: Doutrina Jurisprudência e Projetos Legislativos*. CARVALHO, Salo de [org.] Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.319.

²⁶⁵ BRASIL, op. cit. Acesso em 02 jan. 2010.

²⁶⁶ Id. Ibid. Acesso em 02 jan. 2010.

²⁶⁷ Id. Ibid. Acesso em 02 jan. 2010.

²⁶⁸ Id. Ibid. Acesso em 02 jan. 2010.

públicas, destinadas teoricamente à custódia provisória de acusados aguardando julgamento, ou em xadrezes de delegacias de polícia, destinados a custódia por períodos ainda menores²⁶⁹. Para além disso, Luís Flávio Borges D'Urso ainda atenta para a existência de 275.000 mandados de prisão expedidos e não cumpridos por conta da precária situação do sistema operacional brasileiro²⁷⁰.

Laurindo Dias Minhoto pondera que, apesar das altas taxas de crescimento da população carcerária brasileira, “é importante registrar que não se tem verificado no Brasil, na mesma intensidade, o reforço político-institucional de encarceramento atualmente em curso nos EUA e na Grã-Bretanha”²⁷¹.

Neste sentido, o citado autor atribui a culpa pelo atual apelo por prisões privadas no contexto brasileiro ao que chamou de “funcionalidades pouco explícitas a um padrão histórico autoritário de gestão do problema da violência”²⁷². Em outras palavras, questiona se a adoção da nova proposta de administração carcerária tem por fundamento a verdadeira intenção de solução da crise no sistema prisional ou se, muito pelo contrário, apenas repete, agora de forma institucionalizada, o histórico ciclo brasileiro de exploração e controle social.

Com efeito, as prisões brasileiras nunca deixaram de ser, em última análise, “depósitos inumanos das classes marginalizadas”²⁷³. Neste sentido, a pena se apresenta como forma autoritária de gestão da violência, com a finalidade, ainda que não declarada, de manutenção das classes proprietárias que busca equalizar, especialmente, a situação do proletariado urbano industrial emergente²⁷⁴.

Mesmo com o abandono das sanções corporais dos tempos coloniais, o sistema prisional brasileiro herda a violência de naturalmente emana da conflituosa relação entre o direito burguês de propriedade e a mão-de-obra escravista traduzida em uma

²⁶⁹ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.165.

²⁷⁰ D'URSO, Luís Flávio Borges. *A Privatização dos Presídios (terceirização)*. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 1996, p.87-88.

²⁷¹ MINHOTO, op. cit., p.171.

²⁷² Id. Ibid., p.174.

²⁷³ Id. Ibid., p.179.

²⁷⁴ Id. Ibid., p.174.

“modernização incompleta e altamente desigual do país”²⁷⁵, o que se perpetua no cenário carcerário de hoje.

Neste cenário de desigualdade econômica e proteção da propriedade, a segurança privada surge como um sistema extremamente seletivo de proteção ao cidadão, cujos efeitos são analisados por Laurindo Dias Minhoto:

Um dos efeitos perversos da expansão das empresas de segurança privada no país tem sido a constituição de desenvolvimento de um sistema de segurança de duas camadas, no âmbito do qual as elites brasileiras crescentemente se valem dos serviços privados, ficando o grosso da população submetido à truculência e ineficiência características da segurança pública.²⁷⁶

As propostas de prisões privadas no Estado brasileiro nasce, por sua vez, deste modelo dual de segurança, cujo interesse de implementação “não parece residir apenas em sua auto-apresentação como panacéia supostamente eficiente para o enfrentamento da crise do sistema penitenciário brasileiro, nos termos da ortodoxia ideologia neoliberal”²⁷⁷.

Conforme problematiza Laurindo Dias Minhoto, o apelo por prisões privadas, no Brasil, parece ter por fundamento o fato de dar continuidade a “práticas formais e informais explicitamente autoritárias de gestão do problema da violência, do crime e da punição, que parecem demandar soluções privadas como extensão e reprodução de um processo histórico preexistente”²⁷⁸, que reflete uma relação complementar entre “Estado da Violência” e o Estado de Direito²⁷⁹.

Em semelhante sentido atesta Luiz Antônio Bogo Chies, segundo o qual a tendência, no ambiente prisional, “é sempre o domínio do objetivo retributivo em detrimento do socio-adequador (e aqui, mesmo sem se questionar a legitimidade desse objetivo, na perspectiva dos Estados Democráticos de Direito)”²⁸⁰.

²⁷⁵ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.179.

²⁷⁶ Id. Ibid., p.181-182.

²⁷⁷ Id. Ibid., p.192.

²⁷⁸ Id. Ibid., loc. cit.

²⁷⁹ Id. Ibid. loc. cit.

²⁸⁰ CHIES, Luiz Antônio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas de temporização na pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.63.

Por tal razão, outro fator que contribui para a expansão carcerária no Brasil é o crescimento de um fenômeno social denominado “criminalidade organizada”. Rebeliões organizadas, desde o final da década de 70²⁸¹, pelo Comando Vermelho (CV) no Rio de Janeiro; ações da organização criminosa paulistana Primeiro Comando da Capital (PCC) iniciadas desde o início da década de 90 têm repercutido no clamor social por uma política de encarceramento.

Sobre o Primeiro Comando da Capital, explica Luiz Antônio Bogo Chies:

O PCC é uma organização com objetivos e princípios estabelecidos em estatuto (não legalmente formalizado, por óbvio), segundo divulga a imprensa. Nesse estatuto se pode perceber claramente o código rígido e as sanções rigorosas que expressam tanto a necessidade de coesão em face do sistema formal e oficial de poder e coerção, como relações de poder internas dentro do grupo dos apenados, que avançam no conflito e confronto entre os grupos apenados com o sistema burocrático oficial.²⁸²

A criminalidade organizada também é verificada no sul brasileiro, a exemplo do Estado do Rio Grande do Sul a o sistema de “Prefeituras” no interior do Presídio Central de Porto Alegre²⁸³. Conforme consta do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, que avaliou a superlotação dos presídios; custos sociais e econômicos desses estabelecimentos; a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena; a violência dentro das instituições do sistema carcerário; corrupção; crime organizado e suas ramificações nos presídios e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal – LEP, o Presídio Central de Porto Alegre foi considerado o *pior* presídio brasileiro.

Na quarta colocação do *ranking* das piores unidades prisionais brasileiras elaborado pela CPI do sistema carcerário, estão empatados a penitenciária “Lemos de Brito, em Salvador (BA), Vicente Piragibe, no Rio de Janeiro, Presídio Aníbal Bruno, em Recife (PE), e Penitenciária Masculina Dr. José Mário Alves da Silva, o ‘Urso Branco’, de Porto Velho (RO) e Complexo Policial de Barreiras (BA)”²⁸⁴.

²⁸¹ CHIES, Luiz Antônio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas de temporização na pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.67.

²⁸² Id. Ibid., p.68.

²⁸³ Id. Ibid. loc. cit..

²⁸⁴ BRASIL, Câmara dos Deputados. *CPI sistema carcerário*. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>> Acesso em: 02 jan. 2011.

O relatório da referida CPI, publicada em 2009, já atentava para o fato de, sobretudo após ações do PCC, a população brasileira, amedrontada, ter passado a “procurar nas empresas de segurança privada a segurança que o estado não consegue dar”²⁸⁵, ocasião em que o então Secretário de Administração Penitenciária do Estado, Ferreira Pinto, alertou, em depoimento na Assembléia Legislativa de São Paulo, que “que essas empresas de segurança são de policiais da ativa em sociedade com terceiros ou de policiais aposentados”²⁸⁶.

Deste modo, o crescimento, no Brasil, do tempo social em relação à criminalidade organizada, aliado à expansão carcerária que se verificou após ações do CV e do PCC, passou a concentrar, na segurança pública, grande parcela de investimentos públicos, urgindo a busca por novas formas de minimização de despesas neste processo de expansão prisional.

Neste contexto que surgem as primeiras propostas de privatizações, parcerias e terceirizações. Não se trata de proposta em fase de mera cogitação, já havendo, no Brasil, amostras de adoção do modelo de co-gestão com a iniciativa privada, amplamente difundido em todo país, partindo-se, agora, para a fase de implementação das parcerias público-privadas.

Enquanto a co-gestão é modalidade de aproximação privada que envolve pequeno valor e curta duração, transferindo-se ao particular apenas a gestão carcerária, os contratos de PPP são mais lucrativos à iniciativa privada, uma vez que, apesar de transmitirem à empresa a responsabilidade de construção da unidade prisional, prevêm duração não inferior a cinco anos, podendo chegar até 35 anos, além de o valor contratual não poder ser inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), conforme se extrai dos já tratados arts. 5º, inciso I e 1º, § 4º, inciso I, da Lei nº 11.079 de 2004, respectivamente.

²⁸⁵ BRASIL, Câmara dos Deputados. *CPI sistema carcerário*. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>> Acesso em: 02 jan. 2011.

²⁸⁶ Id. Ibid. Acesso em: 02 jan. 2011.

Conforme destaca Sandro Cabral, o primeiro estado brasileiro a adotar o modelo de participação privada foi o Paraná, em 1999²⁸⁷. A *penitenciária industrializada de Guarapava* foi a primeira penitenciária terceirizada do Brasil; construída dentro de um grande complexo industrial, “de fora nem se pensa que se trate de um presídio e sim só de uma indústria. Oferece trabalho para todos os internos, que inteiramente demonstram dedicação ao trabalho e na reinserção social”²⁸⁸. Assim, conforme avaliação da Pastoral Carcerária sobre o referido presídio terceirizado “este clima de organização trabalhista lembra de fato muito mais uma empresa produtiva do que a um presídio”²⁸⁹.

Consta da referida avaliação que a citada penitenciária “tem vaga somente para 245 presos. É um presídio espaçoso apesar de certa falta de espaços para a execução ideal de sua filosofia penitenciária. Os presos são escolhidos um por um levando-se em conta o perfil necessário para serem incluídos”²⁹⁰. Destacou-se, ademais, a seletividade do referido modelo, de modo que, normalmente, só “são aceitos somente os presos de perfil criminológico leve e parece somente sob pressão do sindicato um ou outro preso de perfil mais grave foi acolhido nesta penitenciária”²⁹¹.

Entretanto, conforme destaca Sandro Cabral, a experiência com a terceirização no Estado do Paraná foi interrompida em agosto de 2006; entretanto, apesar do tempo de duração do modelo de terceirização ter sido suficiente para o estudo da proposta, não foi realizado, neste período, nenhum estudo comparativo entre a nova forma de gestão e a tradicional gestão direta governamental²⁹².

A referida interrupção, segundo relata Diogo Shelp, é fruto de uma idiosincrasia, uma vez que a retomada, por parte do Estado do Paraná, de seis presídios de gestão privada teria sido fruto de imotivado ato de vontade do governador: “o

²⁸⁷ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p. 214.

²⁸⁸ BRASIL, Coordenação Nacional da Pastoral Carcerária. *Avaliação pela pastoral carcerária da questão de presídios terceirizados*. Disponível em: <http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/aval_terceirizacao.pdf> Acesso em 02 jan. 2011, p. 2.

²⁸⁹ Id. Ibid. Acesso em 02 jan. 2011, p. 2.

²⁹⁰ Id. Ibid. Acesso em 02 jan. 2011, p. 2.

²⁹¹ Id. Ibid. Acesso em 02 jan. 2011, p. 2-3.

²⁹² CABRAL, op. cit., p. 214.

governador resolveu, simplesmente, que o Paraná não deveria ter nada terceirizado”, diz o secretário de Justiça, Jair Ramos Braga²⁹³. O Estado do Ceará também experimentou uma reversão no processo de terceirização, sendo que a justiça cearense determinou o fim da gestão privada de três presídios sob o fundamento de existência de irregularidades contratuais²⁹⁴.

Segundo Diogo Schelp, a Penitenciária Industrial de Joinville, de Santa Catarina, uma das onze terceirizadas existentes no Brasil até o início do ano de 2009, funcionava da seguinte forma: “a empresa privada recebe do Estado a tarefa de administrar o presídio, o que inclui fazer a segurança interna e prestar serviços básicos aos detentos, como alimentação, vestuário e atendimento médico”²⁹⁵. Ao Estado, por sua vez, caberia “fiscalizar o trabalho da empresa, fazer o policiamento nas muralhas e decidir sobre como lidar com a indisciplina dos detentos”²⁹⁶.

Neste sentido, atestam Sergio Lazzarini e Sandro Cabral que apesar da interrupção em 2006, “a experiência paranaense espraiou-se para outras unidades da federação, entre elas: Santa Catarina, Espírito Santo, Bahia, Ceará e Amazonas; no final de 2008, eram 16 os estabelecimentos penais operados por empresas privadas no país”²⁹⁷.

Na Bahia, a terceirização teve início em janeiro de 2003, “quando da transferência da operação do Conjunto Penal de Valença (CPV) à Yumatã Empreendimentos e Serviços Ltda., após um processo licitatório que tardou quase um ano, em função dos recursos impetrados pelos demais concorrentes”²⁹⁸.

²⁹³ SCHELP, Diogo. Nem parece presídio. *Revista VEJA*. 25 de fevereiro de 2009. São Paulo: Abril, 2009, p. 87.

²⁹⁴ Id. *Ibid.* loc. cit.

²⁹⁵ Id. *Ibid.*, p. 85.

²⁹⁶ Id. *Ibid.* loc. cit.

²⁹⁷ CABRAL, Sandro; Lazzarini, Sergio G. *Impactos da Participação Privada no Sistema Prisional: Evidências*

a partir da Terceirização de Prisões no Paraná. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v14n3/v14n3a02.pdf>> Acesso em 02 jan. 2011.

²⁹⁸ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.198.

Conforme adverte Sandro Cabral, “originalmente, dentre os sócios da empresa se encontravam grupos de empresários ligados ao setor de vigilância privada, alguns deles políticos”²⁹⁹. Em razão das críticas direcionadas à ingerência da segurança privada na administração de presídios, no ano de 2005, o controle da Yumatã “é transferido para um grupo de empresários ligados ao setor de construção civil. Desta sorte, a terceirização na Bahia segue o modelo contratual unbundled de Hart (2003) – dois contratos separados, um para construção e outro para os serviços de operação”³⁰⁰.

Na Bahia, conforme divulgado pela Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos – Superintendência de Assuntos Penais, são, ao todo, cinco as unidades prisionais administradas em regime de gestão compartilhada, situadas em Valença - primeira experiência baiana do novo modelo -, Juazeiro, Serrinha, Itabuna e Lauro de Freitas³⁰¹.

Importa destacar que, no Estado da Bahia, conforme as minutas de contrato fornecidas pela própria Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, transfere-se para a empresa contratada para a gestão compartilhada o problema da superlotação carcerária, ficando esta obrigada a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões que se fizerem no objeto, até o limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato³⁰².

O referido compromisso, por sua vez, não corresponde a mero exercício altruístico da empresa contratada, sendo grande objeto de discussão o lucro indireto objeto pelas gestoras privadas com a utilização da mão de obra carcerária, assunto este que será abordado em momento oportuno.

²⁹⁹ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.198.

³⁰⁰ Id. Ibid. loc. cit.

³⁰¹ BAHIA, Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. Disponível em : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mmQ4AmJem_AJ:www.sjcdh.ba.gov.br/sap/unidades_prisionais.htm+bahia+gest%C3%A3o+compartilhada+pena&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 02 jan. 2011.

³⁰² BRASIL, Bahia. *Edital de licitação*: operacionalização do conjunto penal de Juazeiro. Salvador: Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, Comissão Permanente de Licitação, 2005.

Demais disso, outros estados brasileiros também adotam o sistema de gestão compartilhada com a iniciativa privada, como é o caso do Paraná, Espírito Santo, Ceará³⁰³, Amapá e Santa Catarina³⁰⁴. Neste sentido, conforme destaca Diogo Schelp, os positivos resultados com o modelo de terceirização motivaram os governos de Pernambuco e Minas Gerais a ampliar, ainda mais, a ingerência privada na administração carcerária, passando a permitir as primeiras Parcerias Público-Privadas (PPPs) do sistema prisional³⁰⁵.

Destaque-se que, ao contrário da terceirização, em que a iniciativa privada recebe a prisão a ser administrada, no modelo de PPP, cabe à empresa parceira a construção do próprio presídio, a partir de recursos próprios ou de financiamento, a depender do que conste do respectivo contrato³⁰⁶. Esclarece Diogo Schelp que, em verdade, o custo da obra é ressarcido, aos poucos, à iniciativa privada, diluído nas mensalidades que o Estado pega pelo serviço de gestão do presídio³⁰⁷.

Em Pernambuco, no ano de 2008, encerrou-se o primeiro processo licitatório voltado para a implementação das PPPs no sistema penitenciário. Foi divulgado, em setembro do referido ano, o resultado da Concorrência Pública nº 001/2008, que teve como vencedora a empresa Yumatã Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda.³⁰⁸. Neste sentido, consoante informado pela Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal, a referida proposta prevê a construção de uma penitenciária para 3.126 detentos, que será gerida pela iniciativa privada pelo prazo de 30 anos³⁰⁹. O contrato entre o governo pernambucano e o parceiro privado foi assinado em setembro de 2009 e as obras para a construção do Centro Integrado

³⁰³ GOVERNO DE MINAS GERAIS. *Consulta pública*. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/pppemminas/projetos-ppp/penitenciarias/consulta-publica-1>>. Acesso em 15 out. 2008.

³⁰⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - EXECUÇÃO PENAL. *Pesquisa sobre estabelecimentos prisionais terceirizados*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>>. Acesso em 17 nov. 2008.

³⁰⁵ SCHELP, Diogo. Nem parece presídio. *Revista VEJA*. 25 de fevereiro de 2009. São Paulo: Abril, 2009, p. 85.

³⁰⁶ Id. *Ibid.* loc. cit.

³⁰⁷ Id. *Ibid.*, p. 85-86.

³⁰⁸ GOVERNO DE PERNAMBUCO. *Resultado de julgamento: Concorrência Pública nº 001/2008 – CPL/PPP*. Disponível em: <<http://www.ppp.seplan.pe.gov.br/noticias.php?id=56>>. Acesso em 15 out. 2008.

³⁰⁹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERAL. *Avançam as PPPs para prisões*. Disponível em: <<http://www.adpf.org.br/modules/news/article.php?storyid=38877>>. Acesso em 15 out. 2008.

de Ressocialização de Itaquitinga, que custarão 263 milhões de reais, foram iniciadas em abril de 2010³¹⁰.

Minas Gerais, seguindo o exemplo pernambucano, promoveu uma consulta pública para as empresas interessadas em participar do processo de licitação para a construção de complexo penitenciário com três mil vagas, em que se oportunizou apresentação de sugestões e alterações ao edital³¹¹. Atualmente, a proposta apresentada pelo Consórcio Gestores Prisionais Associados (GPA) para construir e gerir, em sistema de Parceria Público-Privada (PPP), um complexo penal na Região Metropolitana de Belo Horizonte foi aceita pela Comissão Especial de Licitação do Sistema Penitenciário³¹².

Deste modo, aprovada a proposta de gestão penitenciária, o Estado de Minas Gerais construirá, em Ribeirão das Neves, complexo penal com capacidade para três mil presos, cobrando-se do Estado o valor de “R\$ 74,63 pela vaga/dia disponibilizada e ocupada em unidade penal de regime fechado”³¹³.

O vasto “mercado” carcerário brasileiro, entretanto, é explorado, basicamente, por cinco empresas, sendo elas a Companhia Nacional de Administração Presidiária (Conap), Instituto Nacional de Administração Penitenciária (Inap), Montesinos, Reviver e a Yumatã, todas elas oriundas da área de segurança privada³¹⁴.

Percebe-se, portanto, que o modelo de ingerência privada na gestão prisional, apesar do silencioso processo de implementação, já conquista, rapidamente, a adesão de um número cada vez maior de Unidades Federativas, importante reflexo de uma nova política estatal, conforme será tratado em capítulo próprio. Para Cláudio Beato Filho, porém, “todos os esforços de nosso sistema de justiça e de

³¹⁰ SCHELP, Diogo. Nem parece presídio. *Revista VEJA*. 25 de fevereiro de 2009. São Paulo: Abril, 2009, p. 85.

³¹¹ GOVERNO DE MINAS GERAIS. *Consulta pública*. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/pppeminas/projetos-ppp/penitenciarias/consulta-publica-1>>. Acesso em 15 out. 2008.

³¹² MINAS GERAIS. *Estado aprova proposta de gestão de penitenciária*. Disponível em: <<http://ribeiraodasneves.net/index.php?section=1&content=31>> Acesso em 02 jan. 2011.

³¹³ Id. Ibid. Acesso em 02 jan. 2011.

³¹⁴ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERAL. *Avançam as PPPs para prisões*. Disponível em: <<http://www.adpf.org.br/modules/news/article.php?storyid=38877>>. Acesso em 15 out. 2008.

organizações às voltas com segurança pública parecem ser a de proteger justamente aqueles que estão menos expostos à violência”³¹⁵. Com isso, é importante que se analise os resultados da implementação no novo modelo no Brasil, para que se verifique se a proposta é ou não mais eficiente do que a gestão direta governamental.

3.5. A EFICIÊNCIA E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL

Mesmo em tempos atuais, é inegável que a pena privativa de liberdade está fortemente vinculada à idéia de retribuição do mal causado pelo agente do delito, tal como formulado pela tradição iluminista, baseada na noção de indivíduo autônomo e racional, dotado de livre arbítrio, que optou pela conduta criminosa como manifestação de uma liberdade individual³¹⁶.

Entretanto, mesmo seguindo a noção retribucionista, é inegável a necessidade de se vincular a pena à “idéia de justo merecimento, a partir de uma lógica estrita da equivalência entre crime e castigo, figura no centro do discurso penal moderno”³¹⁷. Deste modo, mesmo não se associando a pena a fins sociais maiores de prevenção, o respeito à dignidade do apenado e o cuidado para que não haja abusos ou arbitrariedades é uma preocupação natural de um Estado de Direito.

Mais ainda, a partir do momento em que se propõe a constituição de um Estado *Democrático* de Direito, para além da preocupação de uma aplicação de pena adstrita a limites legais, passa-se a pensar na pena privativa de liberdade como o instrumento para a concretização de uma função social de reintegração e ressocialização.

³¹⁵ FILHO, Cláudio Beato. Antes do Primeiro Crime. *Ciência Hoje – Sociologia*. v. 34. nº 204, maio de 2004, p.15.

³¹⁶ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.110.

³¹⁷ Id. *Ibid.*, p.112.

Entretanto, sobretudo em se observando as péssimas condições de cumprimento de pena no sistema carcerário brasileiro, há quem pense ser pretensão meramente ilusória, ou mesmo falaciosa, a utilização da pena para a concretização de uma função social. Admoesta Laurindo Dias Minhoto que o “princípio da equivalência, base de justificação da penalidade moderna, e os corolários da reciprocidade, igualdade e liberdade que lhes subjazem, constitui uma espécie de fundo falso da sociabilidade capitalista”, ocasião em que a pena funciona, em realidade, como instrumento de manutenção das relações econômicas³¹⁸.

É nesse contexto que surge a preocupação com a busca de meios eficazes de cumprimento de pena, para que esta não passe a servir como pretexto para o desrespeito a direitos fundamentais do condenado. Observando o sistema prisional brasileiro, o aludido autor sustenta que “o funcionamento concreto das prisões põe a nu seu caráter de classe enquanto modalidade punitiva voltada à gestão da criminalidade dos estratos mais baixos da população”³¹⁹.

Neste sentido, faz-se necessária uma breve explicação acerca do conceito de *eficiência*. Segundo Sérgio Jund, o Estado passou a buscar, nas últimas décadas, a inserção de novas doutrinas na Administração em geral, passando a atentar para Sistemas de Planejamento; Orçamentos por Programas; Mudança Organizacional Planejada; Administração Orientada para Resultados; Movimentos Pró-Indicadores de Eficiência dentre outros modelos de qualidade, que configuram a chamada “Nova Administração Pública”³²⁰.

Segundo o citado autor, “esse conjunto de ideias administrativas, rotulado por muitos autores como *nova administração pública (NAP)*, ou *new public management (NPM)*, vem provocando mudanças em organizações do setor público em muitos países ao redor do mundo”. O principal objetivo da nova administração pública é imprimir, na administração, uma modificação do sistema burocrático administrativo, adotando uma concepção gerencial da administração³²¹.

³¹⁸ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.114.

³¹⁹ Id. Ibid., p116.

³²⁰ JUND, Sergio. *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*. São Paulo: Campos, 2006, p.6.

³²¹ Id. Ibid. loc. cit.

Sobre o referido fenômeno, ensina Sérgio Jund:

As últimas décadas do milênio passado testemunharam profundas transformações em burocracias do setor público de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Medidas para melhorar a eficiência de organizações públicas, tais como privatizações, criação de agências semi-autônomas, introdução de medidas de *performance*, administração gerencial baseada no *business style* do setor privado, ênfase na qualidade e em serviços públicos orientados para o cidadão, para citar apenas alguns exemplos, aparentam ter se tornado a ordem do dia em muitos países ao redor do mundo (Dunleavy, 1994). Esse conjunto de idéias, mais tarde conhecido como a *nova administração pública* (NAP), tornou-se uma das mais impressionantes tendências internacionais em Administração Pública (Hood, 1991).³²²

Com a adoção desta administração gerencial, a preocupação com a eficiência na prestação dos serviços passa a ocupar o centro de atenções do Estado, passando-se a buscar novas estratégias de gestão “tendentes a reduzir o tamanho da máquina administrativa e, com isso, aumentar a sua eficiência nas atividades em que se considere imprescindível a atuação do Estado”³²³.

Pode-se definir *eficiência* como a melhor utilização possível dos escassos recursos disponíveis em face dos ilimitados desejos a serem satisfeitos, de modo que utilizar um recurso com eficiência é garantir que tenha a “melhor utilização possível dada a tecnologia disponível para a produção dos bens que a sociedade demanda”³²⁴.

Conforme leciona Karen Marie Mokate, a eficiência pode ser entendida como o grau de cumprimento de objetivos de uma iniciativa sob o menor custo possível³²⁵. Acrescenta, neste sentido, que o não cumprimento dos objetivos significa o desperdício destes, uma vez que a iniciativa restou ineficiente ou menos eficiente, motivo pelo qual relaciona os conceitos de eficiência e eficácia³²⁶:

³²² JUND, Sergio. *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*. São Paulo: Campos, 2006, p.6.

³²³ Id. Ibid. p.38.

³²⁴ BANCO DO BRASIL. *Economia e Finanças*. Brasília: Texto produzido pela Fundação Getúlio Vargas, com adaptações da Universidade Corporativa Banco do Brasil, 2008, p.9.

³²⁵ MOKATE, Karen Marie. *Eficacia, eficiencia, equidad y sostenibilidad: ¿Qué queremos decir?*. Estados Unidos de América: Departamento de Integración y Programas Regionales Instituto Interamericano para el Desarrollo Social, 2001, p. V.

³²⁶ Id. Ibid. loc. cit.

Concretamente, propone que algo es eficaz si logra o hace lo que debía hacer. Aplicando estas definiciones a las políticas y programas sociales, la eficacia de una política o programa podría entenderse como el grado en que se alcanzan los objetivos propuestos. Un programa es eficaz, si logra los objetivos para los que se diseñó. Una organización eficaz cumple cabalmente la misión que le da razón de ser. Por lo tanto, para lograr total claridad sobre la eficacia, hace falta precisar lo que constituye un “objetivo”.³²⁷

Assim, para que haja eficiência, é necessário, também, que a medida proposta seja eficaz, isto é, idônea para o alcance dos objetivos que motivaram a própria adoção da medida, sob pena de representar, como se viu, desperdício de recursos por parte da Administração Pública.

Fabiano Mresk acrescenta que, em um regime capitalista, não é o governo que dita o desenvolvimento de uma determinada indústria, mas, precisamente, o oposto, de forma que o sistema de produção acaba moldando as ações governamentais. Por esta razão, as PPPs no sistema prisional serão, neste capítulo, objeto de análise quanto à eficiência do modelo e, no capítulo seguinte, quanto aos possíveis impactos esperados em razão de tal mudança³²⁸.

Seguindo a mencionada perspectiva, critica-se a prisão por esta representar um “aparato disciplinar voltado na gestão das ilegalidades dos estratos mais baixos da população desvenda o caráter de classe da justiça penal moderna”³²⁹ e, ainda, por derivar dos “requerimentos disciplinares mais abrangentes do mundo fabril capitalista em gestação”³³⁰.

Neste sentido, oportuna é a crítica feita por Laurindo Dias Minhoto

[...] a contradição central que atravessa a constituição da penitenciária moderna: de uma lado, ela é formulada juridicamente como pena privativa de liberdade, (...) de outro e em flagrante contradição com essa forma de aparecer socialmente especificada, ela é poder disciplinar que se inscreve na arquitetura, nas práticas, no cotidiano e no funcionamento concreto das prisões modernas, que se constituem sob o signo da fábrica, e destinam-se

³²⁷ MOKATE, Karen Marie. *Eficacia, eficiencia, equidad y sostenibilidad: ¿Qué queremos decir?*. Estados Unidos de América: Departamento de Integración y Programas Regionales Instituto Interamericano para el Desarrollo Social, 2001, p. V.

³²⁸ MRESK, Fabiano[Org.]. *Introdução à Economia*. Disponível em: <<http://www.e-book-gratuito.blogspot.com>> Acesso em 15 dez. 2010, p.27.

³²⁹ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.118.

³³⁰ Id. Ibid., p.118-119.

sobretudo ao controle das classes baixas e à produção, no cárcere, da disciplina do trabalho livre (o que a forma esconde).³³¹

Deste modo, em se avaliando as propostas de parcerias entre sujeitos públicos e privados na administração de presídios, é importante que se leve em conta se o novo modelo é ou não meio efetivo na concretização dos direitos fundamentais do apenado.

Sandro Cabral compara, inicialmente, as experiências norte-americana, francesa e brasileira, como forma de avaliar em que modelo alienígena se inspira o projeto pátrio de ingerência privada na gestão prisional. Nesse sentido, destaca que a principal característica da experiência privada nos Estados Unidos é a *redução de custos*. No que se refere à qualidade, por outro lado, não há estudos muito detalhados:

[...] a experiência privada nos Estados Unidos, em comparação à provisão pública tradicional, ao que parece, tem como característica a redução de custos. No que se refere à dimensão qualidade, os estudos realizados não são de todo conclusivos, porém há pistas sobre o trade-off entre custos e qualidade nas prisões privadas dos Estados Unidos. De toda sorte, estudos mais detalhados, com dados recentes e que comparem unidades públicas e privadas similares são necessários para que conclusões mais assertivas sobre o tema possam ser estabelecidas.³³²

Como se viu, a experiência norte-americana é marcada por fraca ingerência estatal, de modo que o ator privado concentra em seu poder de gestão desde atividades secundárias, tais como alimentação e vestuário dos presos, até atividades de poder central, como a própria construção e segurança do estabelecimento prisional.

Estudos comparativos realizados em 46 estados norte-americanos revelaram a superioridade das empresas privadas na redução de custos, entretanto a mencionada redução de custos é obtida à custa de redução nos padrões de qualidade, de modo que as economias obtidas, a curto prazo, pelo ator privado,

³³¹ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.119.

³³² CABRAL, Sandro. *“Além das Grades”*: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.169-170.

implicam, a longo prazo, um prejuízo para o poder público, especialmente dada a incapacidade de os operadores privados diminuírem os índices de reincidência³³³.

Na França, como se viu, a ingerência privada não é tão ampla, tendo sido criado um “modelo de gestão intermediário com a permissão de participação de atores privados, em verdade fortemente controlado pelos órgãos estatais e, em última instância pela sociedade, designado como gestão mista (*gestion mixte*) ou gestão delegada (*gestion déléguée*)”³³⁴. No referido modelo, consoante destaca Sandro Cabral, a participação dos operadores privados é relativamente pequena³³⁵. No modelo francês, muito embora a qualidade do serviço prestado seja superior ao modelo estadunidense, não se verifica uma redução tão significativa do custo do serviço, dada a permanência da forte ingerência estatal.

Deste modo, o referido autor conclui que, “diferentemente dos Estados Unidos, no caso francês a participação privada na provisão de serviços prisionais leva a aumento nas duas dimensões: custo e qualidade”³³⁶.

O Brasil, por sua vez, ocuparia uma posição intermediária entre o modelo privatista estadunidense e a co-gestão francesa. Sandro Cabral desenvolveu o primeiro estudo comparativo de indicadores de desempenho de prisões brasileiras terceirizadas e em gestão direta governamental, como forma de avaliar a eficiência da administração privada a partir de três indicadores: a) administrativos e financeiros; b) segurança e ordem; e, c) serviços de bem estar³³⁷.

No que diz respeito a indicadores administrativos e financeiros, o referido autor, ao comparar, durante os anos de 2003 e 2004, o Conjunto Penal de Valença (terceirizado) e o Conjunto Penal de Teixeira de Freitas (gestão direta), concluiu que prisões terceirizadas apresentam número inferior de funcionários em comparação às administradas pelo Estado; menor incidência de ausências de funcionários; menor

³³³ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.167-168.

³³⁴ Id. *Ibid.*, p.172.

³³⁵ Id. *Ibid.* loc. cit.

³³⁶ Id. *Ibid.*, p.181.

³³⁷ Id. *Ibid.*, p. 202.

número de processos administrativos; maior número de funcionários demitidos ou afastados; maior quantidade de horas de treinamento para seus agentes; menor despesa com água e energia elétrica e maior custo anual de manutenção³³⁸.

Quanto aos indicadores de segurança e ordem, observou que o modelo terceirizado apresenta menor número de fugas (no caso do Conjunto Penal de Valença não houve sequer uma fuga ou mesmo tentativa de fuga entre durante os anos de 2003 e 2004); menor número de agressões contra internos, funcionários e visitantes; menor quantidade de armas brancas apreendidas; maior quantidade de drogas apreendidas; além de apresentarem estrutura tecnológica superior, em que se pode citar, no caso concreto examinado, somente foi encontrada estrutura de vigilância e monitoramento eletrônico na terceirizada, não existindo tal aparato no Conjunto Penal de Teixeira de Freitas³³⁹.

Avaliando os indicadores de serviços de bem estar oferecidos aos internos, Sandro Cabral pontua que as terceirizadas apresentam menor número de apenados atingidos por doenças infecto-contagiosas; equivalente número de atendimentos odontológicos; número de atendimentos médicos consideravelmente superior; maior assistência jurídica; maior assistência psicológica; menor número de matriculados em cursos profissionalizantes; equivalente qualidade de alimentação e higiene; menor número de organizações religiosas; equivalente número de presos trabalhando; observando, porém, que, no caso concreto examinado, somente o Conjunto Penal de Teixeira de Freitas possuía estrutura adequada para visita íntima³⁴⁰.

Desta forma, concluiu o referido autor que o modelo terceirizado de gestão apresenta “melhores indicadores administrativos e financeiros (menores despesas operacionais, maior produtividade, etc.); segurança e ordem (menor número de

³³⁸ CABRAL, Sandro. *“Além das Grades”*: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.206.

³³⁹ Id. Ibid., p.211.

³⁴⁰ Id. Ibid., p.213.

fugas e agressões); e serviços oferecidos aos internos (maior número de consultas médicas e jurídicas)”³⁴¹.

Entretanto, há quem ateste ser o modelo de ingerência privada no Brasil é mais dispendioso para o Estado, *custando mais do que se o próprio ente público prestasse o serviço*, conforme atestado pelo promotor de Execuções Penais do Ministério Público do Estado de Pernambuco Marcellus Ugiette, segundo o qual, atualmente, um preso custa R\$ 1.480 mensais ao Estado, ao passo que, com a PPP, este valor passa a ser de R\$ 2.400³⁴².

Em semelhante sentido, tem-se o relatório final da Pastoral Carcerária:

Os custos de administração penitenciária nestes presídios terceirizados são maiores do que nos presídios estatizados. No Estado do Paraná, por exemplo, gasta-se por preso nos presídios estatizados cerca de R\$.700,00 (setecentos reais) ao passo que nos terceirizados R\$ 1.200,00 (um mil duzentos reais), atualmente. Já os cargos de confiança de diretoria alega-se que ganham muito melhor do que nos presídios estatizados.³⁴³

Sandro Cabral, entretanto, afirma que o custo médio por interno, na Penitenciária Industrial de Guarapuava, Paraná, é de R\$ 1.266,00³⁴⁴, evidentemente menor do que o custo médio das prisões públicas do Paraná, que, conforme dados divulgados pelo próprio DEPEN-PR, é da ordem de R\$ 1.387,00³⁴⁵.

Cumpra, então, comparar a eficiência nos modelos do Brasil, da França e dos Estados Unidos. Segundo Sandro Cabral, avaliando os três citados modelos, é possível notar a existência de resultados bastante divergentes³⁴⁶. Assim, observando, empiricamente, a realidade brasileira, o autor concluiu que “as estruturas privadas de governança apresentam menores custos e maior qualidade,

³⁴¹ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.213.

³⁴² MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO. *Presídio com gestão compartilhada*. Disponível em: <http://www.mp.pe.gov.br/index.pl/clipagem1903_presidio>. Acesso em 15 out. 2008.

³⁴³ BRASIL, Coordenação Nacional da Pastoral Carcerária. *Avaliação pela pastoral carcerária da questão de presídios terceirizados*. Disponível em: <http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/aval_terceirizacao.pdf> Acesso em 02 jan. 2011, p. 1.

³⁴⁴ CABRAL, op. cit., p.234.

³⁴⁵ Id. Ibid., p.235.

³⁴⁶ Id. Ibid., p.257.

sobretudo no que se refere aos indicadores de segurança e ordem e de serviços oferecidos aos internos”³⁴⁷.

No caso da França, cujo formato de participação privada inspirou o desenvolvimento do modelo brasileiro, o autor observou que “participação privada em comparação à provisão pública daquele país proporciona maiores custos e uma maior qualidade”³⁴⁸. Nos Estados Unidos, sua vez, “percebe-se que as prisões privadas estadunidenses tendem a apresentar menores custos e menores níveis de qualidade”³⁴⁹.

Assim, o modelo de terceirização atualmente em funcionamento em diversos presídios brasileiros ocupa uma espécie de posição “ideal” quando se observa a sua eficiência, já que, quando comparado aos modelos dos Estados Unidos e da França, é o único que consegue aliar diminuição de custo e aumento de qualidade. Entretanto, importa atentar para o fato de que, ao dar um passo à frente na adoção do modelo de parcerias público-privadas, o Brasil deixa seu “ponto de equilíbrio” nesta relação entre “custo e benefício” para se aproximar da realidade norte-americana, uma vez que o ator privado passa a ter ingerência ainda maior na gestão carcerária, do que se espera, seguindo os resultados da experiência estadunidense, uma redução ainda maior nos custos, acompanhada, porém, de uma redução na qualidade do serviço prestado.

Neste sentido, a Coordenação Nacional da Pastoral Carcerária divulgou a ocorrência de uma rebelião no presídio terceirizado de Puraquequara, em Manaus, em que se protestou contra o racionamento de água e comida e foi suspensa a visita íntima³⁵⁰. Em defesa, o Secretário de Justiça do Amazonas, Lélcio Lauria, alegou que os presos provocaram o motim porque, após a terceirização, “perderam os privilégios com as saídas noturnas e a venda de drogas”³⁵¹.

³⁴⁷ CABRAL, Sandro. “*Além das Grades*”: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2006, p.257.

³⁴⁸ Id. Ibid. loc. cit.

³⁴⁹ Id. Ibid. loc. cit.

³⁵⁰ BRASIL, Coordenação Nacional da Pastoral Carcerária. *Avaliação pela pastoral carcerária da questão de presídios terceirizados*. Disponível em: <http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/aval_terceirizacao.pdf> Acesso em 02 jan. 2011, p. 6.

³⁵¹ Id. Ibid. Acesso em 02 jan. 2011, p. 7.

Percebe-se, portanto, que a ingerência privada na administração de presídios é capaz de trazer resultados positivos em se avaliando a efetividade da medida, porém, há que se registrar que somente existem em funcionamento, até então, no Brasil, modelos terceirizados, de modo que as PPPs, malgrado já tenham processo licitatório concluído em alguns estados brasileiros, ainda não estão, propriamente, em atividade. Deste modo, o positivo binômio “redução de custo – aumento de qualidade” como critério de efetividade no modelo brasileiro não pode ser transposto para a realidade das parcerias, sobretudo porque estas se aproximam da experiência norte-americana, marcada pela redução de custos e, também, de qualidade – redução esta que tem repercutido, inclusive, na incapacidade de os presídios privados diminuírem os índices de reincidência criminal.

Deste modo, a matéria deve ser tratada com muita cautela, não podendo ser raciocinada a atuação privada na gestão carcerária com o raciocínio equivocado raciocínio de que *quanto maior for o espaço de atuação privada, maior será a redução de custo e aumento de qualidade*, pois, conforme foi demonstrado, esta relação de proporção não é verdadeira, ou, pelo menos, jamais foi vista em nenhuma experiência estrangeira de parceria.

Registre-se, ademais, que, em entrevista com o professor Sandro Cabral³⁵² sobre os dados de desempenho utilizados em sua tese de doutoramento, este relata que, atualmente, tem sido verificada uma redução dos indicativos de qualidade nos presídios terceirizados, sobretudo em razão do descumprimento, por parte do Estado, de suas obrigações contratuais, especialmente no que toca à lotação carcerária dos presídios terceirizados, freqüentemente desrespeitada. Não há, ainda, porém, trabalho científico publicado a esse respeito.

³⁵² CABRAL, Sandro. Entrevistado por PORTUGAL, Daniela. Salvador, Brasil. 13 de dezembro de 2010.

4. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL SOB A PERSPECTIVA DA POLÍTICA CRIMINAL

Ultrapassado o debate acerca da legalidade das parcerias público-privadas no sistema prisional, bem como sobre os efeitos positivos que os processos de terceirização têm produzido nos aspectos qualitativos do cumprimento da pena privativa de liberdade, cumpre agora tratar da matéria sob o ponto de vista da política criminal.

Significa dizer que o objetivo agora não é uma análise puramente dogmática do objeto de estudo, isto é, não serão analisados elementos jurídico-legais das PPPs no sistema prisional, o que já foi feito no segundo capítulo. Um exame meramente normativo não seria suficiente para o estudo do novo modelo, afinal, como cediço, o fato de não haver vícios formais na adoção do modelo de execução em exame, não é o bastante para que se infira ser este uma proposta merecedora de acolhimento.

Isto porque, como se verá mais adiante, o Direito é ciência afeta ao campo das ciências humanas, sendo impossível dissociá-lo do contexto histórico no qual está inserido. Assim, mesmo modificações de ordem puramente administrativa na gestão carcerária têm força suficiente para que se altere, ainda que não sejam devidamente percebidas enquanto causa, todo um modelo jurídico de cumprimento da pena privativa de liberdade.

O Direito reflete as mudanças de ordem social e política, de maneira que, quando se analisa diferentes formas de cumprimento de pena, é preciso levar em conta a interação da dogmática penal com outros ramos do saber. Por tal razão, cumpre, inicialmente, tecer algumas distinções necessárias entre criminologia, dogmática e política criminal, para que se avalie de que forma se espera que as PPPs no sistema repercutam na concretização dos direitos fundamentais do apenado e, ainda, na próprio tratamento jurídico da execução penal.

4.1. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS: CRIMINOLOGIA, DOGMÁTICA PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

É corrente a confusão que se faz em torno dos conceitos de *criminologia*, *dogmática* e *política criminal*. São termos que, não raro, são empregados dentro de um mesmo contexto, mas não com a propriedade técnica necessária. É comum, por exemplo, a confusão entre direito penal e dogmática penal, como se o estudo do crime, do criminoso ou mesmo da pena se encerrasse na análise da norma penal.

Conforme ensinam Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini, o direito penal é um dos setores que integram o ordenamento público, assumindo a função protetora da ordem social e de seus bens jurídicos mais relevantes, figurando o elemento de controle social mais drástico e violento, motivo pelo qual também dispõe limites ao exercício deste mesmo poder³⁵³. Neste sentido, os citados autores apresentam um conceito dinâmico-social e um conceito estático-formal de direito penal.

De acordo com o conceito estático e formal, o Direito penal é o “conjunto de normas (normas jurídico-públicas) que definem certas condutas como infração, associando-lhes penas ou medidas de segurança, assim como outras conseqüências jurídicas (indenização civil, por exemplo)³⁵⁴. O conceito dinâmico e social, por outro lado, assumiria caráter mais amplo:

Conceito dinâmico e social: pode-se definir o Direito penal, do ponto de vista dinâmico e social, como um dos instrumentos do controle *formal* por meio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo (leia-se: mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras conseqüências afins) as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência, visando a assegurar, dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo. Esse controle social é dinâmico porque está vinculado a cada momento cultural da sociedade. Acompanha as alterações sociais (ou, pelo menos, deveria acompanhá-las.³⁵⁵

³⁵³ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coleção ciências criminais; v.1., coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, 2009, p. 45-47.

³⁵⁴ Id. Ibid., p. 24.

³⁵⁵ Id. Ibid. loc. cit.

A seleção das normas jurídicas que irão compor este sistema, a eleição das formas de punição e, ainda, das condutas desviadas que serão passíveis de punição é uma análise que merece devida atenção. É necessário, portanto, tecer algumas distinções conceituais entre criminologia, dogmática e política criminal antes de apresentar uma análise de ordem político-criminal sobre as parcerias no sistema prisional.

4.1.1. Criminologia

Como bem ensina Zaffaroni, é muito difícil tecer um conceito preciso sobre a *criminologia*, uma vez que não há consenso entre doutrinadores americanos, europeus, ou latino-americanos sobre sua existência, autonomia ou natureza científica, elementos que nunca deixaram de ser questionados³⁵⁶. Em que pese, porém, o debate doutrinário acerca da matéria, Zaffaroni menciona o conceito tradicional de *criminologia* como o ramo do conhecimento que estuda a conduta humana perigosa³⁵⁷.

O conceito clássico de criminologia, segundo lecionam Jock Young e Paul Taylor, teve origem no período iluminista, na Europa do século XVIII. A escola clássica de criminologia tinha como postulado fundamental que os direitos do homem deveriam ser protegidos contra a corrupção e excessos das instituições, em que “as penas eram arbitrárias e bárbaras, as garantias do devido processo não existiam ou não se aplicavam, e o próprio delito, apesar de sua difusão, estava mal definido. Neste contexto, Cesare Beccaria foi o primeiro a formular os princípios da criminologia clássica”³⁵⁸.

Os referidos princípios foram formulados com base nas teorias de contrato social elaboradas por Hobbes, Montesquieu e Rousseau, tendo por base a idéia de que todos os homens são naturalmente egoístas, podendo cometer delitos; há um consenso social acerca da necessidade de proteção da propriedade e do bem estar

³⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: Aproximación desde un margen*. v.1. Bogota: Themis, 1988, p.1.

³⁵⁷ Id. *Ibid.*, p. 174.

³⁵⁸ YOUNG, Jock; WALTON, Paul; TAYLOR, Ian. *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Tradução livre. Buenos Aires: Arnorrortu editores, 1997, p. 19.

social; deve ser evitada uma guerra de todos contra todos, motivo pelo qual o contrato social celebra a existência do Estado para preservar as respectivas estipulações contratuais; este Estado tem a prerrogativa de aplicar uma pena àquele que violar o interesse coletivo; estas penas devem ser proporcionais à violação perpetrada; deve haver o menor número possível de leis para que estejam devidamente delimitadas pela garantia do devido processo e, por fim, cada pessoa é responsável pelos seus atos, sendo todos iguais perante a lei³⁵⁹.

Para a escola clássica, portanto, a possibilidade de punição do indivíduo que violasse uma das regras pactuadas no contrato social decorria, portanto, da existência do livre arbítrio por parte daquele que cometia algum delito. Partindo desta noção de crime como elemento ligado ao livre arbítrio humano, a escola positivista buscou, inicialmente, eliminar, de forma sistemática, a influência “metafísica” do conceito de livre arbítrio, firmando a criminologia como uma ciência cuja missão era a erradicação do delito³⁶⁰.

Assim, para conferir validade e utilidade aos conceitos extraídos da criminologia, passou-se a buscar a concentração de seus estudos em uma unidade metodológica, consoante destacam Young e Taylor:

*El atributo primordial del positivismo, y del cual pueden deducirse todas sus características principales, es su insistencia en la unidad del método científico. Esto quiere decir que las premisas e instrumentos que se consideran eficaces para el estudio del mundo físico tienen igual validez y utilidad para el estudio de la sociedad y el hombre. Insistiendo en esta idea, los positivistas han propuesto el uso de métodos para cuantificar el comportamiento, han aclamado la objetividad del científico y han afirmado que la acción humana posee una naturaleza definida y está regida por leyes.*³⁶¹

No paradigma positivista, portanto, firma-se a criminologia como ciência detentora da função específica, cognoscitiva e prática, de individualizar as causas que determinam o comportamento criminoso, para que este pudesse ser combatido por meio da modificação do delinqüente, ou, dito de forma sintética, a criminologia como a ciência que estuda as causas do delito³⁶².

³⁵⁹ YOUNG, Jock; WALTON, Paul; TAYLOR, Ian. *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Arnorrortu editores, 1997, p. 20.

³⁶⁰ Id. Ibid., p. 28.

³⁶¹ Id. Ibid., p. 29.

³⁶² BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, p. 21-22.

Conforme ensina Alessandro Baratta³⁶³, a criminologia positivista, partindo das obras de Lombroso, Ferri e Garófalo, firma uma nova forma de se definir o delito, que passa a ser considerado como um ente jurídico, e não como uma hipótese racionalista abstrata, cujas causas devem ser identificadas por meio de teses demonstráveis:

*La reacción contra el concepto abstracto de individuo conduce a la escuela positiva a afirmar la exigencia de una comprensión del delito que no se detenga en la tesis indemostrable de una causalidad espontánea por medio de un acto de libre voluntad, sino que se dirija a encontrar todo el complejo de las causas en la totalidad biológica y psicológica del individuo, y en la totalidad social en la que la vida del individuo se inserta*³⁶⁴.

Foi então firmada uma noção determinista de delito, fosse esta dada por causas biológicas, como propôs Lombroso; por fatores psicológicos, como acrescentou Garófalo ou, ainda, por fatores sociológicos, conforme sustentado por Ferri. Deste modo, elementos antropológicos, físicos e sociais determinavam a expressão criminosa do comportamento humano, cabendo o sistema penal focar seu estudo não no delito, mas na figura do sujeito delinqüente³⁶⁵. A criminologia tradicional, portanto, entendia ser o delito “um dado ontológico pré-constituído à reação social e ao direito penal”³⁶⁶, um dado preexistente às diversas formas de controle, cabendo à criminologia o estudo de suas respectivas causas, “independentemente do estudo das reações sociais e do direito penal”³⁶⁷.

Como bem ressalta Enrique Bacigalupo, a “crença na possibilidade empírica de explicar as causas do delito, seja pela configuração antropológica ou biológica do autor ou pelo meio social em que vive, gerou uma mudança na concepção teórica fundamental do direito penal no final do século XIX”³⁶⁸.

A pureza metodológica, típica das ciências naturais e exatas, afirmada pela criminologia positivista, buscando-se explicar o delito pelo simples raciocínio de causa e efeito, entretanto, passou a ser severamente criticada. Conforme afirmou Pedro David, não pode ser mera coincidência o fato de as prisões estarem repletas

³⁶³ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, p. 21-22.

³⁶⁴ Id. *Ibid.*, p. 22.

³⁶⁵ Id. *Ibid.* loc. cit.

³⁶⁶ Id. *Ibid.*, p. 34.

³⁶⁷ Id. *Ibid.* loc. cit.

³⁶⁸ BARCIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p.60.

de pobres, não sendo possível considerar, simplesmente, a pobreza como causa do comportamento delitivo³⁶⁹. Urgia, então, análise mais crítica das causas e origens do crime.

Neste contexto, muda-se o foco de debate criminológico acerca das causas do delito, migrando do autor do crime para o processo de criminalização, marcando o surgimento de uma nova concepção sobre a criminologia, que supera a isenção metodológica positivista para se promover uma análise crítica das causas delitivas. Este novo enfoque é dado pela teoria da reação social, rotulação ou etiquetamento, sobre a qual esclarecem Young e Taylor:

Este enfoque forma parte de un movimiento más amplio de la criminología y la sociología contra el legado de las nociones positivistas o absolutistas del delito, la desviación y los problemas sociales. Rechaza las explicaciones genéticas, psicológicas o multifactoriales del delito y la desviación en las que se hace hincapié en el carácter absoluto de las causas de la delincuencia o la desviación.³⁷⁰

Assim, de acordo com a criminologia crítica o critério que diferencia o comportamento lícito do comportamento criminoso não é uma atitude intrinsecamente boa ou má, mas “da definição legal que distingue – em um dado momento e em uma dada sociedade – o comportamento criminoso do lícito”³⁷¹. Com esta mudança de foco de debate acerca das origens do crime, passam a ser explorados elementos até então excluídos da abordagem criminológica, a exemplo da legitimidade do processo de criação de tipos penais e suas implicações sociais, conforme ensina Alessandro Baratta:

Tras el problema de la legitimidad de un sistema de valores acogido por el sistema penal como criterio de orientación para un comportamiento socialmente adecuado, y en consecuencia de discriminación entre conformidad y desviación, se revela como determinante el problema de la definición del delito con las implicaciones político-sociales que él exhibe cuando no se le ignore y, en cambio, se le convierta en tema central de una teoría de criminalidad. Es esto lo que ha acontecido con las teorías de la "reacción social" o labelling approach, puestas hoy en el centro de la discusión en el ámbito de la sociología criminal.³⁷²

³⁶⁹ DAVID, Pedro R. *Criminología y Sociedad*. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico, 1979, p. 20.

³⁷⁰ YOUNG, Jock; WALTON, Paul; TAYLOR, Ian. *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Arnorrortu editores, 1997, p. 157.

³⁷¹ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, p. 83-84.

³⁷² Id. Ibid. loc. cit.

Percebendo que o crime é, antes, fruto de uma decisão política de criminalização, passa-se a entender o Direito Penal como um agente criador de desigualdades, já que a escolha das condutas a serem etiquetadas enquanto ilícitas tutela não uma atitude essencialmente boa ou má, mas um *interesse* político. A criminologia se apresenta, então, sob uma perspectiva materialista, como um rigoroso modelo de crítica ao próprio Direito Penal, de modo que somente uma análise profunda dos mecanismos e funções reais do sistema penal é capaz de permitir uma estratégia eficaz de combate à criminalidade³⁷³. Em síntese, a criminologia crítica afirma que o controle social não é *resultado* do crime, mas antes a sua *causa*³⁷⁴.

Os teóricos da teoria do etiquetamento, entretanto, também são alvo de críticas. Acusa-se a doutrina da reação social de ser incompleta na análise das causas do crime, uma vez que apenas evidencia ser o crime fruto de uma decisão política, focando o debate no processo de criminalização de condutas, sem avançar para os questionamentos sobre como ocorre este processo de seleção, sobre quais forças políticas determinam o conteúdo dos delitos penais.

Elena Larrauri avalia o panorama da chamada *criminologia crítica* pontuando que “os teóricos do etiquetamento mencionam o poder, mas esta análise não se desenvolve posteriormente, nem nos indica o que é, nem como opera”³⁷⁵:

*Se nos dice que «los grupos que tienen una posición de poder consiguen etiquetar a aquellos que carecen de él», pero no sabemos si estos grupos con más poder responden a intereses económicos, políticos, etc. Pareciera como si toda la empresa de etiquetar estuviese guiada por la psicología de los individuos: el policía etiqueta por imperativos y prejuicios profesionales, el trabajador social etiqueta porque no sabe las nefastas consecuencias que ello acarrea. La misma difuminación sucede cuando señalan que «todos etiquetamos» o bien que «es la sociedad».*³⁷⁶

Neste contexto, a criminologia crítica enunciada por Alessandro Baratta é vista por Elena Larrauri como um *ponto de partida* para o que a autora chamou de *nova criminologia*. A nova criminologia, enunciada no efervescente contexto político da década de sessenta, une as conclusões extraídas pela teoria do *labelling approach*

³⁷³ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, p. 209.

³⁷⁴ YOUNG, Jock; WALTON, Paul; TAYLOR, Ian. *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Arnorrortu editores, 1997, p. 157

³⁷⁵ LARRAURI, Elena. *Criminología Crítica: la herencia de la criminología crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000, p. 107.

³⁷⁶ Id. Ibid. loc. cit.

ao materialismo marxista para avaliar, de modo ainda mais crítico, como quais forças condicionam o processo de criminalização³⁷⁷.

A nova criminologia ou criminologia marxista parte do suposto de que a sociedade é governada por uma classe dominante; estes interesses são refletidos nas leis penais; os órgãos estatais de proteção figuram verdadeiro “ventrículo” da classe dominante; o delito representa o resultado da luta entre os que são e os que não são detentores do poder; uma vez definindo o delito, a classe dominante conta com o manto protetor do Estado, de suas instituições jurídicas e da própria sociedade³⁷⁸.

Partindo deste novo panorama doutrinário, Elena Larrauri aduz que a nova criminologia tem como nobre missão ‘desmistificar’ a lei penal e demonstrar que esta defende interesses de classe; demonstrar a cumplicidade existente entre os órgãos de controle social e a classe dominante; propor novas definições de crimes que protejam os interesses das classes mais frágeis; transpor o debate puramente teórico para o sistema econômico causador desta situação³⁷⁹.

Critica-se, porém, esta noção marxista da definição do crime e dos instrumentos sociais de controle, alegando-se esta enunciar um “determinismo econômico mecanicista”³⁸⁰ e uma concepção meramente instrumentalista de direito. Parece claro que as forças econômicas interferem, muitas vezes de forma decisiva, na elaboração de tipos penais e na própria estruturação do modelo estatal de controle social, mas não são o único fator que define o sistema penal.

Conforme elucida Zaffaroni, a criminologia crítica permite explicar de que forma operam os controles sociais punitivos, quais formas de atuação estes promovem e quais são as soluções verdadeiramente úteis para o controle da criminalidade e mais adequadas para a promoção do progresso social³⁸¹, do que já se antevê a íntima

³⁷⁷ LARRAURI, Elena. *Criminología Crítica: la herencia de la criminología crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000, p. 114.

³⁷⁸ Id. Ibid., p. 118.

³⁷⁹ Id. Ibid. loc. cit.

³⁸⁰ Id. Ibid. loc. cit.

³⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. v.1. Bogotá: Temis, 1988, p. 20.

relação que guardam criminologia, dogmática penal e política criminal, o que será abordado mais adiante.

Deste modo, tratar da evolução das idéias ligadas à criminologia importa para o estudo proposto porque revela, em última análise, de que forma o Direito penal define a sua clientela. Uma breve busca por um denominador comum que ligue os diversos apenados que compõem o sistema carcerário pátrio leva à conclusão de quem, preponderantemente, cumpre pena privativa de liberdade. São estes sujeitos os diretamente afetados com a mudança do sistema de gestão carcerária para o modelo das PPPs, de modo que o presente estudo não poderia ignorar a necessidade de se tecer uma análise, ainda que breve, sobre como ocorre este processo de seleção.

4.1.2. Dogmática Penal

Luis Rodriguez Manzanera define a dogmática penal como a ciência responsável pelo estudo das normas penais, daquelas que indicam quais condutas são puníveis, quais são as penas cabíveis e quais são suas respectivas regras de aplicação³⁸². Deste modo, enquanto a criminologia tem por foco as causas do delito – sejam elas deterministas, políticas ou materialistas –, a dogmática penal tem por fundamento a decidibilidade de conflitos:

*En definitiva, al Derecho penal no le interesa tanto el conocimiento científico del delito, como su imputación a un individuo. Por eso mismo, en el concepto jurídicopenal de delito deben estar presentes todos los presupuestos de la imputación del modo más preciso posible, a fin de que la Administración de Justicia penal quede vinculada a la Ley.*³⁸³

Partindo do mencionado conceito, já se pode identificar uma das diferenças básicas entre criminologia e dogmática penal, qual seja, a delimitação do objeto de estudo. Na primeira, apresentam-se diversos conceitos de delito a depender do fundamento em que se apóia o segmento doutrinário (biológico, antropológico ou interacionista, por exemplo), não existindo vinculação ao direito positivo de nenhum país³⁸⁴. Na

³⁸² MANZANERA, Luis Rodriguez. *Criminología*. 2. ed. México: Porrúa, 1981, p.87.

³⁸³ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 77-78.

³⁸⁴ Id. Ibid. loc. cit.

segunda, tem-se a vinculação da dogmática ao direito de um país específico, oferecendo-se um conceito unitário de delito³⁸⁵.

Neste sentido, a aplicação da lei, para a dogmática penal, pressupõe uma comprovação ordenada da possibilidade de imputação do resultado criminoso a alguém, mediante o atendimento a diferentes graus de imputação dispostos de forma sistemática, concatenada e hierárquica tais como a análise da tipicidade, em seguida da ilicitude, em seguida da culpabilidade e, na seqüência, da punibilidade³⁸⁶.

Consoante leciona Enrique Bacigalupo, “a dogmática procura uma aplicação altamente objetiva do direito vigente”³⁸⁷. Entretanto, tal processo não figura, como complementa o citado autor, mecanismo neutro e puramente objetivo, uma vez que “toda aplicação do direito requer a fixação de pontos de partida que condicionam todo o processo interpretativo posterior”³⁸⁸.

Assim, como destacam Hassemer e Francisco Muñoz Conde, com muita lucidez, não é porque a dogmática tem por objeto de estudo a norma penal que esta se exime de “uma responsabilidade fundamentalmente política ante o delito”³⁸⁹. Não há mais espaço para um dogmatismo puro, engessado e completamente apartado do contexto social no qual se insere o processo de elaboração e aplicação da lei penal.

Entretanto, durante muito tempo, o direito foi estudado como sendo uma ciência causal-explicativa. Avaliando a evolução histórica do conceito de ciência penal, observa-se que a afirmação científica do Direito vem acompanhada da tentativa de emprego, no contexto do positivismo naturalista, do método causal explicativo, que só considerava como ciência aquilo que pudesse ser apreendido pelos sentidos e “explicado pelo homem por meio da repetição laboratorial”³⁹⁰.

³⁸⁵ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 77-78.

³⁸⁶ Id. Ibid., p. 79-80.

³⁸⁷ BARCIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p.45.

³⁸⁸ Id. Ibid. loc. cit.

³⁸⁹ HASSEMER, op. cit, p. 77-78.

³⁹⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do Direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

O positivismo jurídico, opondo-se, sobretudo, ao paradigma jusnaturalista, rechaça a noção de direito enquanto uma ciência do *ser*, afirmando-o enquanto ciência do *dever ser*. Surge, com isso, consoante atesta Andrei Schmidt, a dogmática clássica, “que reconhecia como função a pura exegese lógico-litera das leis, a pura exposição da legalidade vigente, sem qualquer função criadora do direito”³⁹¹.

Entretanto, esta postura excessivamente neutra em face do direito foi severamente contestada pelos neokantistas que, muito embora não tenham negado as premissas básicas positivistas de distinção entre o *ser* e o *dever ser*, apregoavam a substituição do método puramente jurídico-formal positivista a partir da introdução de considerações axiológicas e materiais³⁹². Partindo desta abertura metodológica do direito, iniciada após o paradigma neokantista, fica mais fácil a compreensão da influência recíproca observada entre dogmática penal e política criminal, ocasião em que se faz valiosa a lição trazida por Hassemer e Francisco Muñoz Conde:

*La relación entre el concepto jurídicopenal y políticocriminal del delito parece fácil y clara: el Derecho penal tiene que convertir la decisión políticocriminal sobre el merecimiento de pena de la conducta humana en una decisión sobre el caso concreto; el juez o tribunal penal tienen que aplicar las leyes, sin añadir nada que no esté en las mismas, ni fundamentar la punibilidad en otra cosa que no sea la ley. El concepto de delito que tiene el Derecho penal no puede ser, por tanto otra cosa que el reflejo exacto de la determinación políticocriminal del merecimiento de pena en el caso concreto.*³⁹³

Deste modo, percebe-se, de forma clara, a interação entre criminologia, dogmática e política criminal, uma vez que a dogmática se apresenta como um reflexo de determinações politico-criminais, as quais têm origem a partir das relações de poder analisadas pela criminologia quando do estudo do processo de criminalização. Não há como confundir, porém, os conceitos de dogmática e política criminal, em razão das diferentes funções que cumpres estes dois ramos do conhecimento, cabendo ao Direito penal (e, portanto, ao conceito jurídico-penal de delito) uma função mais sistemática e ordenadora do que política ou decisória³⁹⁴.

³⁹¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do Direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29.

³⁹² Id. *Ibid.*, p. 39.

³⁹³ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 78.

³⁹⁴ Id. *Ibid.*, p. 79.

Neste sentido, vale trazer à baila a severa distinção trazida por Pedro David, segundo o qual o Direito é aquilo que os juízes aplicam, seja ele bom ou ruim, bastando que seja, efetivamente, capaz de gerir uma determinada coletividade; as aspirações de um Direito penal melhor, por sua vez, são problema da política criminal, mas não são Direito³⁹⁵. Esta noção, contudo, já se encontra superada, de modo que há que se estudar a dogmática penal compreendendo os caracteres que lhe tornam disciplina autônoma e única, mas sem negar a carga de influência que lhe é dada por outros ramos do conhecimento, sob pena de se atravessar – conforme se verifica modernamente – uma grave crise da dogmática jurídico-penal.

Roxin admoesta que a busca pela atribuição de caráter científico à dogmática penal, por meio, dentre outros fatores, da delimitação de seu objeto de estudo, acabou distanciando o Direito penal da criminologia e da política criminal de forma excessiva, e a negação da íntima relação entre tais ramos do saber acabou implicando a ocorrência de situações críticas de aplicação da norma penal, a exemplo da consideração, do ponto de vista jurídico, como *certo* aquilo que, do ponto de vista criminológico ou político-criminal era reputado *errado*, ou vice-versa³⁹⁶.

4.1.3. Política Criminal

A busca por um sistema complexo orientado à decidibilidade de conflitos em matéria penal observada no âmbito da dogmática penal, sob pena de restar completamente frustrada, não pode se encerrar no mero estudo da norma. É possível verificar que, mesmo em se pressupondo um ordenamento jurídico dotado de unidade e completude, ainda há uma “profunda desconfiança em relação ao Direito Penal: não cumpre suas promessas, suas intenções declaradas – o prevenir crimes e o recuperar aqueles que ousam atacá-lo”³⁹⁷.

³⁹⁵ DAVID, Pedro R. *Criminología y Sociedad*. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico, 1979, p. 24.

³⁹⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2.ed. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 17-18.

³⁹⁷ CARVALHO, Amilton Bueno; ROSA, Henrique Marder da; MACHADO, Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro; SOUTO, Rony Soares de Brito e. *Garantismo Aplicado à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 01-02.

Neste sentido, Aníbal Bruno define a política criminal como sendo uma “ciência normativa, ciência prática, ciência de fins e de meios. Como política, defino os fins do Estado diante do problema do crime e formula os meios necessários para realizá-lo.”³⁹⁸. Deste modo, está sempre um passo a frente do direito vigente, inspirando-o e orientado sua respectiva reforma³⁹⁹.

Isto se deve ao fato de não ser possível isolar o estudo da criminalidade na dogmática penal. Há que se perguntar de que forma é possível estabelecer uma política pública de combate efetivo, o que ultrapassa a mera análise normativa. Neste sentido, consoante atesta Luis Rodriguez Manzanera, afirma-se a importância da política criminal como sendo o “conjunto de medidas práticas que o estado deve tomar para prevenir a criminalidade”⁴⁰⁰.

Juarez Cirino dos Santos ensina que a política criminal é responsável por constituir o “programa oficial de controle social do crime e da criminalidade – uma definição comum em textos contemporâneos de Criminologia –, enquanto o Direito Penal representa o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação”⁴⁰¹.

Assim, é na política criminal, como bem ensina Elena Larrauri, em que residem as escolhas acerca das formas de controle social:

*La política-criminal es la arena donde aflorarían las disyuntivas que hemos visto reflejadas en los apartados precedentes: un individuo libre o determinado; la necesidad de intervenir o la de tolerar; el castigo o el tratamiento; la denuncia del sistema o la ayuda a la persona; un cambio social global o reforma actual, etcétera.*⁴⁰² p. 177.

Roxin também atribui à política criminal noção mais ampla do que a simples escolha de meios preventivos de delitos proposta por Manzanera, atestando que cabe à criminologia não só a eleição de meios preventivos especiais, como também a

³⁹⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo I: introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.17.

³⁹⁹ Id. Ibid. loc. cit.

⁴⁰⁰ MANZANERA, Luis Rodriguez. *Criminología*. 2. ed. México: Porrúa, 1981, p. 111.

⁴⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p.451.

⁴⁰² LARRAURI, Elena. *Criminología Crítica*: la herencia de la criminología crítica. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000, p. 177.

escolha do conjunto de aspectos fundamentais que deverão marcar a fixação e execução da pena⁴⁰³.

Alessandro Baratta, por sua vez, diferencia política penal de política criminal, entendendo a primeira com sendo uma “resposta à questão criminal circunscrita no âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo em sentido amplo a segunda como política de transformação social e institucional”⁴⁰⁴. De acordo com tal noção, o direito seria apenas mais um dos diversos instrumentos de política criminal postos à disposição do Estado.

Esta noção de política criminal é denominada, pelo próprio autor, política criminal alternativa, a qual é entendida como sendo um verdadeiro instrumento de reforma social e institucional na busca pela concretização de direitos humanos e pela superação das relações sociais de produção capitalista manifestadas no âmbito de atuação do Direito penal⁴⁰⁵. É neste contexto de política criminal enquanto instrumento de reforma social que Roxin apresenta quatro breves teses acerca da matéria.

De acordo com a primeira tese, as penas não são meio adequado na luta contra a criminalidade, uma vez que se observa o aumento da criminalidade mesmo diante da aplicação anterior de pena, em razão dos elevados índices de reincidência penal⁴⁰⁶. A segunda tese consiste na idéia de que as penas privativas de liberdade figuram, em verdade, um grande problema na luta contra a criminalidade, em razão do seu efeito dissociador, marcado pela privação do apenado de seus vínculos familiares e, em certos casos, até de suas atividades laborativas⁴⁰⁷. A terceira tese reside na noção de que a prevenção é mais efetiva do que a pena, em razão da

⁴⁰³ ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Traduzido por Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 58.

⁴⁰⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídica penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, p. 231-214.

⁴⁰⁵ Id. Ibid. loc. cit.

⁴⁰⁶ ROXIN, Claus. Problemas Actuales de la Política Criminal. In: *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. ARANDA, Enrique Diaz [Org.]. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Serie Ensayos Jurídicos. v. 1. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 89.

⁴⁰⁷ Id. Ibid., p. 92.

eficácia restrita desta, devendo o Estado focar na adoção de políticas sociais⁴⁰⁸. A quarta e última tese, por sua vez, define que o sistema de reação penal deve ser ampliado para abarcar sanções criminais de caráter construtivo⁴⁰⁹.

A colocação em prática das mencionadas teses, conforme descreve o autor, deve ser feita por meio, dentre outros fatores, da própria dogmática penal, por meio de uma dogmática orientada político-criminalmente⁴¹⁰. Entretanto, esta noção de reforma propugnada por Roxin ainda é vista com grande resistência pela doutrina penal, sobretudo em razão de ser o Direito uma manifestação de relações de poder.

Há que se admitir, seguindo a orientação dada por Roxin, que a dogmática penal reflete, em última análise, o programa político-criminal adotado por um determinado Estado soberano. Neste sentido, adverte Enrique Bacigalupo acerca da relação entre a criminalidade e o processo de criminalização:

Os postulados da política criminal servem, então, como critérios de decisão a respeito dos sistemas dogmáticos para aplicação de direito penal. Os problemas teóricos implicados da nova delimitação do jurídico não foram ainda esgotados. De qualquer modo, é possível afirmar que os pontos de vista político-criminais impregnam fortemente a construção do sistema de concepções da dogmática penal e que, portanto, cada programa de política criminal tem seu sistema dogmático que funciona como instrumento adequado para a sua realização.⁴¹¹

Pedro Manso Cabral, por sua vez, manifesta-se de forma cética acerca da utilização do Direito como forma de transformação social, *in verbis*:

O direito é uma singular relação de poder, através de cujas normas e aplicação busca-se conseguir a paz social. *Ele é de natureza conservadora. A revolução é o que mais teme o direito porque representa a morte da ampla teia de normas, que está organizada para conter e regular as sociedades.* Estas normas são inspiradas pelos detentores do poder com a ajuda do jurista que as formula com os necessários disfarces e sutilezas; aplica-as também outro profissional de direito que é integrante do

⁴⁰⁸ ROXIN, Claus. Problemas Actuales de la Política Criminal. In: *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. ARANDA, Enrique Diaz [Org.]. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Serie Ensayos Jurídicos. v. 1. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 94.

⁴⁰⁹ Id. Ibid., p. 99.

⁴¹⁰ Id. Ibid., p. 64.

⁴¹¹ BARCIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p.66.

poder judiciário. O direito sempre tem, pois, uma posição ancilar em relação aos poderosos. Isso não mudou e não mudará nunca.⁴¹² (grifou-se)

Neste sentido, observa-se que as eventuais mudanças político-criminais da dogmática penal são, ordinariamente, guiadas não a *reformular* o modelo social posto, corrigindo suas possíveis distorções, mas a *confirmar* as relações de poder já postas. No que diz respeito, especificamente, às PPPs no sistema prisional, tem-se que estas representam uma significativa mudança no modelo penal de execução da pena privativa de liberdade, capazes, como se demonstrou, de repercutir de forma decisiva no modelo dogmático que disciplina o cumprimento da pena, cabendo avaliar se tais mudanças refletem um avanço ou um retrocesso na concretização dos direitos fundamentais do apenado, análise que será feita em momento oportuno.

4.1.4. Ciência penal conjunta

Muito embora se fale em interação entre criminologia, dogmática e política criminal como um resultado de uma abertura metodológica recente do Direito penal, não se trata, no todo, de novidade para a ciência jurídica. No final do século XVIII, Franz von Liszt propôs um modelo mais amplo de ciência penal, denominado *gesanzte Strafrechiswissenschaft*, representando a proposta de “ciência penal conjunta”.

Tratava-se de uma nova proposta doutrinária que refletia uma época em que o Direito penal encontrava-se saturado pela atmosfera cultural do critério de que apenas as ciências naturais são ciências, sendo o Direito uma forma de conhecimento acientífica⁴¹³. Neste contexto, a *gesanzte Strafrechiswissenschaft* consistiu em uma proposta de abertura do Direito penal, ultrapassando a esfera meramente dogmática, para a interferência de outros conhecimentos heterogêneos, de caráter jurídico e criminológico, como forma de superação do anti-cientificismo do Direito⁴¹⁴.

⁴¹² CABRAL, Pedro Manso. *Perspectivas do direito brasileiro no século XXI*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. N. 10, jan-dez 2002. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2002. p. 16.

⁴¹³ LISZT, Franz von. *La Idea de Fin en el Derecho Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Universidad de Valparaíso de Chile, 1994, p. 36-37.

⁴¹⁴ Id. Ibid., p. 38-39.

Luis Jiménez de Asúa, na apresentação da obra “*La Idea de fin en el Derecho Penal*”, de Franz von Liszt define, de forma sintética, os traços básicos característicos do pensamento lisztiano, a saber:

*A la Strafrechtswissenschaft se le asignan estos cometidos: a) la formación de los penalistas, desde el perfil jurídico y criminalístico; b) la explicación causal del delito y de la pena, entendida como Criminología (etiología criminal), como Penología y como investigación histórica sobre el desarrollo de la delincuencia y de los sistemas penales; e) la elaboración de la Política criminal considerada como sistema de principios, investigados con la observación empírica, sobre la base de los cuales se procederá a la crítica y a la reforma de la legislación penal.*⁴¹⁵

Neste sentido, a ciência penal conjunta de Franz von Liszt é composta de três faces: a dogmática, de caráter sistemático e eminentemente prático; a criminologia, explicando a natureza e as causas do delito sob um viés materialmente empírico e, ainda, a política criminal, como uma análise prospectiva do que virá a ser o Direito⁴¹⁶. A referida proposta não chegou, todavia, a superar a crise do dogmatismo puro, uma vez que afirmava a supremacia da dogmática penal no caso de eventual conflito entre esta e os outros dos pólos.

Atualmente, a utilização de um modelo mais amplo de ciência penal é, novamente, lembrada. Enrique Bacigalupo define a relação existente entre criminologia, dogmática e política criminal, a saber:

Uma vez que a dogmática penal deve permitir responder à pergunta referente a se um fato é ou não delito, é preciso analisar suas relações com outros ramos do conhecimento que se ocupam do direito penal. Assim, devem-se buscar os limites da dogmática em dois sentidos: a respeito da criminologia e da política criminal.⁴¹⁷

Neste sentido, “a aplicação do direito penal, ou seja, a perspectiva na qual opera a dogmática penal tende a romper o isolamento da ciência jurídica com relação ao político e ao social”⁴¹⁸, afirmando-se o Direito como ciência que ultrapassa o simples estudo da norma penal, atentando-se para os fatores reais de poder expressos no processo de criminalização e no respectivo controle político da criminalidade. O desafio, porém, a superar a noção de prevalência, *a priori*, da dogmática penal em

⁴¹⁵ LISZT, Franz von. *La Idea de Fin en el Derecho Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Universidad de Valparaíso de Chile, 1994, p. 38-39.

⁴¹⁶ Id. Ibid., p. 8-9.

⁴¹⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p.46.

⁴¹⁸ Id. Ibid., p.65.

face de outros ramos do conhecimento, passando a entendê-la como mais um, dentre os diversos meios, de combate à criminalidade.

Para Juarez Cirino dos Santos, criminologia, dogmática e política criminal estão, de fato, unidos em um único conjunto, mas o acusa de formar, em verdade, um sistema desigual em todos os seus níveis e funções:

[...] a) ao nível da *definição de crimes* constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas; b) ao nível da *aplicação de penas* constitui estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social; c) ao nível da *execução penal* constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade *real* nas relações de produção/distribuição material – embora com utilidade *simbólica* no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo.⁴¹⁹

Para a superação da referida crise, a conscientização acerca das múltiplas interferências dos modelos criminológicos e políticos adotados por um dado Estado soberano é imprescindível para que se perceba de que forma estes interferem na elaboração das leis que regulam a decidibilidade de conflitos em matéria penal. No que toca, especialmente, ao tema proposto, cabe agora avaliar se os impactos político-criminais das PPPs no sistema prisional são, efetivamente, aliados à transformação da estrutura de punição em um modelo mais humano, ou se apenas confirmam a sistemática de interesses políticos posta, incrementando os efeitos de estigmatização e marginalização experimentados no cárcere.

4.2. A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E OS SISTEMAS PRISIONAIS

Antes de avaliar os impactos político-criminais das PPPs no tratamento jurídico da execução da pena privativa de liberdade, é importante tecer um breve relato acerca da fase executória no processo penal, bem como sobre a forma de cumprimento da pena de prisão adotada pelo ordenamento pátrio. Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci atesta ser a execução penal a “fase do processo penal, em que se faz

⁴¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p.485.

valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária.”⁴²⁰

Para Luis Rodriguez Manzanera, o direito executivo penal é a ciência que estuda as normas que regulam a aplicação da pena e das medidas de segurança, desde o momento em que se converte em executivo o título que legitima a execução⁴²¹. É, sobretudo na execução penal, que se dá o principal momento de individualização da pena a ser cumprida. Segundo Ricardo Schmitt, *individualizar* significa tornar único, particularizar dentro de um contexto especial, de modo que “o princípio da individualização da pena se mostra se mostra indispensável por permitir que seja eleita e aplicada a justa sanção penal a determinado indivíduo, quer seja em sua espécie, em seu *quantum*, bem como na forma de sua execução”⁴²².

Esta particularização ocorre, inicialmente, durante o processo legislativo, quando da definição da pena abstrata cominada ao respectivo delito; em seguida, a individualização da pena passa por uma análise judicial, no momento de aplicação da pena definitiva; por fim, passa-se à execução da pena privativa de liberdade, quando o cumprimento da pena deverá assumir caráter único, de acordo com a situação diferenciada de cada apenado⁴²³.

Sobre a individualização executória da pena, atesta Nucci:

[...] a terceira etapa da individualização da pena se desenvolve no estágio da execução penal. A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável. Um réu condenado ao cumprimento da pena de reclusão de dezoito anos, em regime inicial fechado(basta ter péssimo comportamento carcerário, recusar-se a trabalhar, etc.) ou cumpri-la em menor tempo, valendo-se de benefícios específicos (remissão, comutação, progressão de regime, livramento condicional, etc.).⁴²⁴

Manoel Pedro Pimentel adverte, com muita propriedade, que a concretização desta educação individualizada na etapa de execução da pena é inafastável para a

⁴²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 940.

⁴²¹ MANZANERA, Luis Rodriguez. *Criminologia*. 2. ed. México: Porrúa, 1981, p. 96.

⁴²² SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: aspectos práticos e teóricos à elaboração*. 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2009, p. 76.

⁴²³ Id. Ibid., p. 76-77.

⁴²⁴ NUCCI, op. cit, p. 941.

eficiência do tratamento penal, sendo imprescindível que o sistema penitenciário esteja devidamente estruturado para a consecução deste cumprimento particularizado⁴²⁵.

De modo semelhante, adverte Jair Leonardo Lopes:

[...] a aplicação da pena não pode resultar de mero arbítrio do juiz, mas deve ajustar-se à individualidade do condenado, aos seus vícios e às suas virtudes, à boa ou má índole, à nobreza ou a torpeza de seus movimentos, aos seus bons ou maus antecedentes, enfim, ao grau de reprovação social a que esteja sujeito, em função de sua maior ou menos possibilidade de ter ou alcançar a consciência da ilicitude do fato nas circunstâncias em que se encontrava.⁴²⁶

A individualização da pena, no ordenamento pátrio, apresenta-se como um princípio constitucional, consubstanciado nos termos do art. 5º, inciso XLVI, da Magna Carta, figurando, portanto, fundamento de validade responsável por condicionar todas as demais normas hierarquicamente inferiores⁴²⁷.

Entretanto, a individualização executória da pena privativa de liberdade nem sempre é refletida, de forma prática, quando do efetivo cumprimento da sanção imposta, ocasião em que se faz válida a advertência dada por Luiz Antônio Bogo Chies sobre o fato de, na prisão, haver um permanente conflito entre seus aspectos estruturais e organizacionais, não raro sendo verificado um antagonismo entre o corpo funcional e os internados⁴²⁸. Significa dizer que, nem sempre, a execução da pena faz valer as diretrizes impostas no modelo positivado de execução da pena.

Neste sentido, conforme destaca Renato Marcão, uma avaliação dogmática dos fins da execução penal leva à conclusão de que “punir e humanizar são objetivos da execução”⁴²⁹. Isto porque, conforme consta da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, ratificada, no ordenamento brasileiro,

⁴²⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Prisões fechadas, prisões abertas*. 1.ed. São Paulo : Copyright Cortez & Moraes Ltda, 1978, p.15.

⁴²⁶ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.183.

⁴²⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: aspectos práticos e teóricos à elaboração*. 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2009, p. 76-77.

⁴²⁸ CHIES, Luiz Antônio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas de temporização na pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.71.

⁴²⁹ MARCÃO, Renato. *Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2006, p.2.

por meio do decreto nº 678, de 06 de novembro de 1969, “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”⁴³⁰. Por tal razão, ensina Hilde Kaufman que a execução penal humanizada é necessária para a manutenção da ordem estatal, figurando verdadeiro apoio à seguridade do Estado⁴³¹.

Deste modo, segundo aduz Carlos Frederico Braga da Silva, para concretizar a proposta de humanização por meio da execução da pena, cabe ao sistema carcerário disponibilizar os respectivos “instrumentos transformadores, principalmente levando em consideração que grande parte dos condenados será originariamente submetida ao sistema oficial de formação da sua personalidade no interior das penitenciárias”.⁴³²

A mesma noção é partilhada por Gamil Föppel, para quem a pretensão estatal não se satisfaz, unicamente, com a sentença condenatória; “em verdade, o ato de condenar não é um fim em si mesmo. Ele é meio para que possa ter início a execução da pena. De nada adianta todo um processo cognitivo se o cumprimento da pena for frustrado”.⁴³³

Mirabete, porém, denuncia as distorções observadas entre a teoria e a prática relativa ao processo penal de execução, apontando ser ele, em verdade, um “procedimento não só afastado essencialmente de muitos princípios e regras e individualização, personalidade, proporcionalidade da pena etc., como um sistema que a prisionização modela valores e interesses opostos àqueles cuja ofensa determinou a condenação”⁴³⁴.

⁴³⁰ BRASIL, *Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. Ratificação pelo dec. nº 689, de 1969. Art. 5º, nº 5.

⁴³¹ KAUFMAN, Hilde. *Principios para la reforma de la ejecución penal*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p.55.

⁴³² SILVA, Carlos Frederico Braga da. *Análise normativo-teleológica do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à luz dos Direitos Humanos Internacionais*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 17, n. 76, jan./fev./2009, p. 338.

⁴³³ FÖPPEL, Gamil. *Em defesa da jurisdicionalização do processo de execução penal*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. N. 10, jan-dez 2002. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2002. p. 193.

⁴³⁴ MIRABETE, Júlio Fabrrini. *Execução Penal: comentários à Lei 7.210 de 11-7-84*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.32

4.2.1. Os antecedentes históricos da pena

Ensina Manoel Pedro Pimentel que a aplicação de penas surge com os primeiros agrupamentos primitivos, em que já se dividiam elementos representados pelo *totem*, reputados positivos pelo grupo, e elementos representados pelo *tabu*, símbolo ligado à declaração de proibições, a comportamento tidos como prejudiciais para os seus integrantes⁴³⁵. Neste contexto, institui-se o castigo aos infratores rompessem tabus, provocando o enfurecimento dos deuses, e a conseqüente represália do grupo⁴³⁶.

Daniel Ribeiro Lagos explica que a mitologia bíblica, ao apresentar o primeiro homicídio do gênero humano, praticado por Caim contra Abel, trouxe a condenação dada ao agente por Deus, “que promoveu um julgamento sumário, precedido de breve interrogatório do acusado, aplicando-lhe a pena de banimento do convívio da única família existente no planeta”⁴³⁷. É certo que a criação da figura de um “Deus onividente e controlador é a representação primária no inconsciente coletivo da idéia de um controle social irrestrito”⁴³⁸.

Túlio Lima Viana recorda o mito do paraíso perdido para denunciar “o seu efeito mais paradoxal e perverso: quanto mais o ser humano se afasta da dominação divina (natureza), mais se aproxima da dominação pelo próprio homem. O controle do olhar divino é substituído pelo controle de um olhar humano”⁴³⁹.

Nem sempre a pena, porém, teve como objeto de restrição o direito de liberdade, sendo comum, na Antiguidade, o recurso a penas infamantes, penas corporais (mutilações e açoites) e à pena de morte, revelando um caráter basicamente aflitivo⁴⁴⁰. Durante a Idade Média, também não se verifica a privação da liberdade

⁴³⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Prisões fechadas, prisões abertas*. 1.ed. São Paulo : Copyright Cortez & Moraes Ltda, 1978, p.12.

⁴³⁶ Id. Ibid. loc. cit.

⁴³⁷ LAGOS, Daniel Ribeiro. *Controles da Execução Penal*. In: Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON. Ano 1997, nº 02, Porto Velho – Rondônia, p. 125.

⁴³⁸ VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação de poder da sociedade de controle*. Rio de Janeiro, Revan, 2007, p.25.

⁴³⁹ Id. Ibid., p.38.

⁴⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

como elemento essencial do cumprimento da pena. A privação da liberdade existia, então, somente para a realização do fim de custódia, como uma detenção temporal seguida da aplicação da pena propriamente dita⁴⁴¹.

É neste contexto que surgem as prisões eclesiásticas, acreditando-se na segregação em isolamento celular como uma forma de arrependimento e purificação e reabilitação do recluso, modelo este que figura antecedente indiscutível da prisão moderna⁴⁴².

A Igreja não podia impor penas seculares, especialmente a pena de morte. Daí encarecer o valor da segregação, que favorecia a penitência. O encarceramento na cela, denominando *in pace*, deu origem à chamada prisão celular, nome que até bem pouco tempo era usado na legislação penal. Transplantando o sistema para âmbito secular, a prisão se converteu na forma principal de punição a partir do século passado.⁴⁴³

Significa, seguindo a lição dada por Claus Roxin, que a pena privativa de liberdade representou um grande progresso na humanização do direito penal, abandonando-se os castigos cruéis e corporais de tempos passados⁴⁴⁴. Atualmente, o principal meio de coação jurídica é a pena, motivando determinados comportamentos e inibindo outros reputados indesejáveis pelas autoridades de uma determinada sociedade⁴⁴⁵.

Por tal razão, Francisco Muñoz Conde admoesta que “a função motivadora da norma penal só pode ser compreendida situando o sistema jurídico-penal em um contexto muito mais amplo de controle social, é dizer, de disciplina do comportamento humano na sociedade”⁴⁴⁶. Deste modo, no contexto contemporâneo, a estruturação dogmática de um modelo de cumprimento de pena lastreado, sobretudo, na restrição da liberdade humana – e não da vida ou da integridade

⁴⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

⁴⁴² Id. *Ibid.*, p. 12.

⁴⁴³ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Prisões fechadas, prisões abertas*. 1.ed. São Paulo : Copyright Cortez & Moraes Ltda, 1978, p.13.

⁴⁴⁴ ROXIN, Claus. Problemas Actuales de la Política Criminal. In: *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. ARANDA, Enrique Diaz [Org.]. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Serie Ensayos Jurídicos. v. 1. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 92.

⁴⁴⁵ CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundacion Universitaria de Jerez, 1985, p. 33.

⁴⁴⁶ Id. *Ibid.*, p. 36.

física, por exemplo – é fruto da uma evolução natural em termos de política criminal dos fundamentos que devem pautar a execução da sanção criminal.

Daí se extrai a importância de reafirmar a humanização como critério fundante da própria pena privativa de liberdade e da individualização da pena como critério legitimador de sua aplicação e de avaliar de que forma a pena privativa de liberdade tem sido executada ao longo da história, para que se projete, ao final, que panorama político-criminal melhor se ajusta ao modelo ingerência privada na gestão prisional objeto do presente estudo e de que forma este pode vir a repercutir na própria reestruturação da dogmática vigente.

4.2.2. Os sistemas prisionais

Como se viu, as penas surgem com um caráter aflitivo, marcadas por sanções corporais e infamantes, de modo que a restrição do direito de liberdade como objeto principal da sanção criminal é uma realidade relativamente nova para o direito penal. Os primeiros sistemas penitenciários estruturados para a privação da liberdade são inspirados, como se viu, em motivação religiosa, concebendo a pena como expiação do crime⁴⁴⁷.

É neste contexto que surge, nos Estados Unidos, o sistema *pensilvânico ou celular*, caracterizado pelo modelo de *solitary confinement* de isolamento celular, agregado à imposição de silêncio absoluto, em que a salvação era buscada pela leitura da bíblia e abstinência total de bebidas alcoólicas⁴⁴⁸. O referido sistema, também chamado de *sistema filadélfico*, é assim caracterizado por Franz von Liszt:

A sociedade das prisões de Philadelphia, fundada em 7 de Fevereiro de 1776, dispersa pela guerra, mas de novo reunida em 1787, além de obter a limitação da pena de morte, conseguiu introduzir na penitenciária de Walnutstreet, instituída em 1790 em Philadelphia, o regimen da prisão

⁴⁴⁷ LAGOS, Daniel Ribeiro. *Controles da Execução Penal*. In: Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON. Ano 1997, nº 02, Porto Velho – Rondônia, p. 127.

⁴⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60.

rigorosamente celular durante o dia e à noite (*most rigid and unremitted solitude* com exclusão do trabalho, pelo menos de facto).⁴⁴⁹

Criticou-se muito, porém, o sistema pensilvânico, sob a alegação de que o isolamento absoluto impossibilitava a readaptação do condenado ao convívio em sociedade. Além disso, a experiência iniciada em *Walnut Street* fracassou em razão do extraordinário crescimento da população carcerária que aliviava a situação de miséria das prisões públicas⁴⁵⁰.

É neste contexto que, em 1832, na cidade de Auburn, Estado de Nova York, surge o sistema auburniano, substituindo-se o *solitary-system* pelo *silent-system*⁴⁵¹. Neste novo modelo, permitia-se aos delinqüentes que davam esperanças de serem corrigidos o trabalho em convívio comum durante o dia – desde que em silêncio absoluto – e lhes era imposto o isolamento durante o período noturno⁴⁵².

Percebe-se, portanto, que um dos principais pilares do sistema auburniano foi a existência do trabalho. Entretanto, como bem pontua Bitencourt, “o trabalho no projeto auburniano foge, de certa forma, tanto da sua original dimensão ideológica como pedagógica”⁴⁵³, uma vez que não funciona como instrumento direcionado à reabilitação do encarcerado nem permite ao proletário a incorporação à força de trabalho:

Enfim, a tentativa de humanizar a pena, assim como o propósito de converter o sistema penitenciário em um instrumento reabilitador, sempre encontrou duas grandes dificuldades: de um lado, o cidadão comum mantém uma atitude vingativa e punitiva a respeito da pena privativa de liberdade, e, de outro lado, as autoridades públicas, por pragmatismo e oportunismo (geralmente com intenções demagógicas e eleitoreiras), não se atrevem a contradizer esse sentimento vingativo. Outra razão do fracasso do propósito de industrializar completamente as prisões foram as dificuldades técnicas e administrativas para converter a prisão em eficiente unidade produtiva, como as fábricas do mundo exterior.⁴⁵⁴

⁴⁴⁹ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. v. 1. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 418.

⁴⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 61.

⁴⁵¹ LISZT, op. cit., p. 418.

⁴⁵² BITENCOURT, op. cit., p. 70.

⁴⁵³ Id. Ibid., p. 74.

⁴⁵⁴ Id. Ibid., p. 75.

Deste modo, enquanto os Estados Unidos assistiam ao fracasso dos sistemas pensilvânico e auburniano, surgiu, no ano de 1840, em Pentoville, cidade próxima a Londres, um sistema que modificava o *solitary system* americano para convertê-lo no atenuado *separate-system*. Nesta nova proposta, a prisão celular é apenas uma das fases de um sistema inteiramente progressivo da execução penal⁴⁵⁵.

Conforme atesta Franz von Liszt, o sistema progressivo originado na Inglaterra é composto por três fases de cumprimento, a saber:

Dominado pela idéia de restabelecer gradualmente no condemnado o equilíbrio moral e de reintroduzi-lo gradualmente na sociedade civil, o systema inglez, nos seus pontos essenciaes, compõe-se das seguintes phases que o condemnado tem de percorrer : 1º rigorosa prisão celular durante nove mezes ; 2º trabalho em commum em quatro classes progressivas (systema das marcas) ; 3º libertação condicional, attenta a possibilidade de ser revogada (*ticket of leave*). Este systema com modificações, que não o affectam em sua essencia, foi admittido na Irlanda. Entre as modificações sobresáe o accrescentamento de uma phase que precede á libertação condicional, —a residencia em uma prisão intermediaria (*intermediate prison*), onde é permittido ao condemnado ter livre pratica com o mundo exterior.⁴⁵⁶

Não demorou muito para o sistema progressivo ter sua utilização generalizada, uma vez que significou inquestionável avanço na forma de cumprimento da pena privativa de liberdade ao dar, ao contrário dos sistemas pensilvânico e auburniano, importância à própria vontade do condenado, estimulando boas condutas e inibindo comportamentos contrários ao padrão moral da sociedade⁴⁵⁷.

O Brasil, conforme art. 33 do Código Penal e art. 112 da lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal –, adota o sistema progressivo, dispondo sobre três regimes de execução da pena, permitindo-se que “o cumprimento da pena iniciado em confinamento absoluto, no chamado regime fechado, possa o condenado progredir para o regime semi-aberto e deste para o aberto, chegando até ao livramento

⁴⁵⁵ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. v. 1. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 419.

⁴⁵⁶ Id. Ibid., p. 420.

⁴⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 83.

condicional”⁴⁵⁸, o que representou o resultado de um longo processo de sistematização da execução penal no ordenamento pátrio.

A primeira tentativa brasileira de codificação da execução penal veio em 1933, com o projeto de Código Penitenciário da República, de Cândido Mendes, Lemos de Brito e Heitor Carrilho, que chegou a ser publicado no *Diário do Poder Legislativo*, mas foi abandonado em seguida, porque discrepava do recém promulgado Código Penal de 1940⁴⁵⁹. Anos mais tarde, foi aprovada a lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957, dispondo sobre normas gerais de regime penitenciário⁴⁶⁰.

Houve, ainda, algumas tentativas fracassadas de elaboração, conforme destaca Mirabete:

Em 1963, Roberto Lyra redigiu um anteprojeto de Código de Execuções Penal, que não foi transformado em projeto pelo desinteresse do próprio autor em face da eclosão do movimento político de 1964. Em 1970, Benjamin Moraes Filho elaborou novo anteprojeto de Código de Execuções Penais, submetido a uma subcomissão revisora composta de José Frederico Marques, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves. Encaminhado ao Ministro da Justiça em 29 de outubro daquele ano, não foi aproveitado.⁴⁶¹

Somente em 1981 que foi apresentado um novo anteprojeto, elaborado por comissão formada pelos professores Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Junior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamin Moraes Filho e Negi Calixto, o qual foi aprovado, sem qualquer alteração de vulto, dando origem à Lei de Execução Penal, nº 7.210, publicada para entrar em vigor junto com a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 13 de janeiro de 1985.⁴⁶²

Tratou-se, conforme destaca Maurício Kuehne, de um avançado instrumento jurídico, à frente de seu tempo, “que veio a dar dignidade à Execução Penal, com o princípio da Jurisdicionalização da Execução, fazendo com que a Justiça

⁴⁵⁸ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.186.

⁴⁵⁹ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal: comentários à Lei 7.210 de 11-7-84*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.28.

⁴⁶⁰ Id. Ibid. loc. cit.

⁴⁶¹ Id. Ibid., p.29.

⁴⁶² Id. Ibid. loc. cit.

continuasse a acompanhar a execução da pena, em todos os seus incidentes, quer no aspecto técnico, quer nos ‘casos’ que suscita a execução da pena.”⁴⁶³

Sobre a Lei de Execução Penal, ensina Paulo José da Costa Jr.:

Previu também a nova lei penal fossem as penas privativas de liberdade executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado. Ou mesmo excepcionalmente, de forma regressiva, conforme o demérito do recluso. Os conceitos de mérito e demérito são fluidos e profundamente impregnados de subjetividade.⁴⁶⁴

Deste modo, a depender do comportamento do acusado será definida a forma de execução da pena privativa de liberdade, a qual, consoante assevera René Ariel Dotti, é cumprida em meio fechado e em meio livre, no primeiro caso, os estabelecimentos destinados para cumprimento são a “*penitenciária* e as *colônias* (agrícola, industrial ou similar) (LEP, arts. 87 a 92). E o reservado para o segundo tipo é a casa do *albergado*, que se caracteriza pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (LEP, arts. 93 e 94).”⁴⁶⁵

O condenado ao regime fechado fica sujeito a trabalho durante o dia e isolamento durante o repouso noturno; o trabalho, de acordo com a LEP, é um direito do preso, logo, consoante sustenta Rogério Greco, se o Estado não lhe fornece trabalho em virtude de incapacidade administrativa, não pode negar ao preso a sua remição de um dia de pena para cada 3 dias trabalhados⁴⁶⁶. Sendo viabilizado o trabalho, este será comum, dentro do estabelecimento prisional. O trabalho externo é admissível para presos em regime fechado, desde que em serviços e obras públicas⁴⁶⁷.

No regime semi-aberto, por sua vez, a pena será cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo permitido o trabalho comum durante o período diurno, sendo admissível o trabalho externo, bem como a freqüência a cursos profissionalizantes e supletivos⁴⁶⁸. O trabalho do condenado também

⁴⁶³ KUEHNE, Maurício. *A Execução Penal*. In: *Justitia*, Ministério Público de São Paulo, vol. 148, 1989, out./dez., p.31.

⁴⁶⁴ COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.158.

⁴⁶⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.448.

⁴⁶⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 508.

⁴⁶⁷ Id. *Ibid.* loc. cit..

⁴⁶⁸ Id. *Ibid.*, p. 510.

proporciona a remição na proporção de 3 dias trabalhados para um remido⁴⁶⁹. O STJ, em 2002, aprovou a súmula nº 269, segundo a qual é admissível a adoção do regime semi-aberto mesmo para o preso reincidente, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais⁴⁷⁰.

A pena em regime aberto, por seu turno, é cumprida em estabelecimento conhecido como Casa do Albergado. Este regime, em verdade, é uma ponte para a reinserção completa do condenado, baseando-se na auto-responsabilidade e na auto-disciplina⁴⁷¹. Neste regime é permitido o trabalho externo, a frequência de cursos e outras atividades autorizadas, mas sem vigilância; o preso permanece recolhido durante a noite e nos dias de folga⁴⁷².

No regime aberto, não há previsão para remição de pena. Diferentemente dos demais regimes, aqui o trabalho é condição para a progressão, isto é, só progride para o regime aberto o preso que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, não se exige, porém a configuração de relação de emprego, sendo válidas as oportunidades de trabalho de modo geral, como é o caso do vendedor autônomo⁴⁷³.

Avaliando as características dos três mencionados regimes, tem-se que a progressão é um misto de tempo mínimo de pena (critério objetivo) com o mérito do condenado pelo seu comportamento (critério subjetivo), figurando importante medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado no decorrer do cumprimento de sua pena⁴⁷⁴.

Segundo a regra geral contida no art. 112 da LEP, impõe-se a progressão de regime para o preso que cumpriu 1/6 de pena, com a transferência para regime menos rigoroso, desde que comprovado o seu bom comportamento pelo diretor do estabelecimento, não sendo permitida a chamada “progressão em saltos”, isto é, progredir, diretamente, do regime fechado para o aberto, uma vez que o fundamento

⁴⁶⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 510.

⁴⁷⁰ Id. *Ibid.* loc. cit.

⁴⁷¹ Id. *Ibid.* loc. cit.

⁴⁷² Id. *Ibid.* loc. cit.

⁴⁷³ Id. *Ibid.*, p. 510-511.

⁴⁷⁴ Id. *Ibid.*, p. 511-512.

do regime progressivo é a promoção de uma aproximação gradual entre o apenado e a vida social⁴⁷⁵.

A mencionada aproximação gradativa visa à ressocialização do apenado, uma vez que a Constituição Federal “fincou raízes na construção de um ordenamento jurídico sancionador que possui como pressuposto a busca pela regenerabilidade de todo ser humano, uma vez que afastou claramente a possibilidade de exclusão permanente de qualquer pessoa do convívio social”⁴⁷⁶. Por tal razão que não é admitido, no ordenamento pátrio, o regime “integralmente fechado”, o qual chegou a ser previsto pela redação original da Lei nº 8.072/90, inicialmente admitido pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁷⁷, que teve, posteriormente, sua inconstitucionalidade declarada em controle difuso⁴⁷⁸, repercutindo na alteração dada pela lei nº 11.464, de 2007, ao art. 2º, § 1º, da lei dos crimes hediondos, passando-se a prever, de forma expressa, a possibilidade de progressão⁴⁷⁹.

Deste modo, percebe-se que a possibilidade de progressão de regime reflete um sistema constitucional democrático, sendo mais alta expressão de uma política criminal voltada para a recuperação do apenado, pautada na reinserção gradual, no meio social, daquele que cumpre pena privativa de liberdade, o que minimiza os efeitos estigmatizantes e deletérios típicos do cumprimento de pena. Por tal razão, cumpre avaliar se a exploração econômica da parcela administrativa da execução da pena privativa de liberdade por meio de um regime de PPP vai ou não de encontro aos princípios que dão vida ao sistema progressivo de cumprimento de pena.

4.3. EFEITO POLÍTICO-CRIMINAL DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL

Decerto que a mudança na forma de gestão do cumprimento da pena privativa de liberdade é capaz de trazer os mais diversos impactos político-criminais no sistema jurídico pátrio, podendo repercutir, inclusive, em alterações dogmáticas do próprio modelo de cumprimento de pena, entretanto, delimita-se aqui o estudo da relação

⁴⁷⁵ Cf. STJ, HC 81203 / SC, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Quinta Turma, DJ 24/09/2007 p. 343.

⁴⁷⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: aspectos práticos e teóricos à elaboração*. 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2009, p. 240.

⁴⁷⁷ Cf. STF, HC 85687/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 05.08.05.

⁴⁷⁸ Cf. STF, HC 85483/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ 30.06.06, p. 15.

⁴⁷⁹ SCHMITT, op. cit, p. 237-243.

entre as PPPs no sistema prisional e a proteção dos direitos fundamentais do apenado; a concretização de um modelo constitucionalista simbólico; a exploração econômica da mão de obra carcerária e, por fim, possíveis impactos no sistema progressivo de cumprimento de pena.

4.3.1. PPPs no sistema prisional e a proteção dos direitos fundamentais do apenado

Segundo destaca Anabela Miranda Rodrigues, ao analisar os direitos do recluso na execução da pena privativa de liberdade, este “detém uma posição jurídica subjetiva ativa frente ao Estado e esta asserção pertence, de forma essencial, ao patrimônio indestrutível da idéia de Estado de direito”⁴⁸⁰. A percepção jurídica deste posicionamento do preso em face do Estado, confirmando a cumulação estatal tanto do poder de punir quanto do dever de proteção dos direitos fundamentais de quem se pune é fruto de um longo processo evolutivo no tratamento dos direitos do aprisionado.

Neste sentido, é importante que se diga que a origem do ente soberano guarda íntima relação com o interesse coletivo de proteção. Assim, recordando-se da lição trazida por Beccaria⁴⁸¹, cada indivíduo cede uma parcela de sua liberdade ao Estado, para que este depositário, em troca, sistematizasse-lhes a proteção dos interesses.

Deste modo, impunha-se não só a tutela do indivíduo em face do próprio indivíduo, como também entre este e o depositário soberano, que passava a assumir, dada a tendência do homem para o despotismo, a missão de afastar a natural tendência à usurpação arbitrária da liberdade de cada particular⁴⁸².

⁴⁸⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: Seu Fundamento e Âmbito*. São Paulo: IBCrim, 1999, p.46.

⁴⁸¹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Disponível em: <www.ebooksbrasil.com> Acesso em: 16 nov. 2008, p. 9-10.

⁴⁸² Id. Ibid., p. 10.

Seguindo esta linha evolutiva, o mencionado autor⁴⁸³ passa a sustentar a substituição da noção de pena enquanto vingança, para lhe imprimir o limite da proporcionalidade, isto é, de justa medida, uma vez que, neste histórico processo de cessão de liberdade humana para a formação do Estado soberano, “cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela”⁴⁸⁴:

Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. *As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza*; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos. (grifou-se)⁴⁸⁵.

Seguindo esta concepção, tem-se hoje, conforme leciona Wilson Alves de Souza, que o exercício do poder, já que exercido pelo homem em face do próprio homem, “exige justificativa por parte de quem o detém, até porque, na sociedade humana nem todos aqueles que se encontram na condição de governados são desprovidos da capacidade de governar”⁴⁸⁶.

Neste passo, consoante destaca Gamil Föppel, a justificativa atribuída à imposição da pena privativa de liberdade, máxima expressão do poder estatal, corresponde, “em última análise, à justificativa do próprio Direito Penal”⁴⁸⁷. Complementa o mencionado autor, para além disso, que a pena acaba por demonstrar “a própria natureza do Estado”⁴⁸⁸.

Destarte, em um Estado que se propõe Democrático de Direito, não há espaço para a exploração econômica da execução penal, uma vez que o poder de punir só se justifica quando livre de abusos e interesses escusos, consoante se extrai da lição trazida por Magalhães Noronha:

⁴⁸³ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Disponível em: <www.ebooksbrasil.com> Acesso em: 16 nov. 2008, passim.

⁴⁸⁴ Id. *Ibid.*, p. 10.

⁴⁸⁵ Id. *Ibid.*, p.10.

⁴⁸⁶ SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2008, p.25.

⁴⁸⁷ HIRECHE, Gamil Föppel El. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 2.

⁴⁸⁸ Id. *Ibid.*, p. 3.

Direito penal subjetivo é o *jus puniendi*, que se manifesta pelo poder de império do Estado. É este seu titular, o que se justifica por sua razão teleológica, que é a consecução do bem comum, em que pese às arremetidas do anarquismo puro, do anarquismo cristão de Tolstói e do anarquismo conciliador de Solovief e Kropotkin, quiméricos e insuficientes. Compete ao Estado o direito de punir, porém não é este ilimitado ou arbitrário. A limitação está na lei.⁴⁸⁹ (1979, p. 15)

No que toca à definição supra, apenas importa ajustá-la à concepção de Direito segundo a qual este não se confunde com a lei. Assim, o rol de limitações ao exercício do poder de punir ultrapassa a mera esfera legal, reconhecendo-se, pois, a eficácia normativa dos preceitos fundamentais consagrados pela Magna Carta, que devem nortear o modelo político-criminal de execução da pena adotado pelo Estado brasileiro.

Com isso, consagrando-se a indelével vinculação entre o direito de punir e o Estado Democrático, limitada, então, à ordem jurídica vigente, tem-se, segundo advoga Bitencourt, que o Direito Penal serve à tutela de bens jurídicos não individuais, mas coletivos, mesmo nos casos em que se possa identificar a vítima imediatamente agredida pela conduta delitiva:

O Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da *persecutio criminis* não detém o *jus puniendi*, mas tão somente o *jus accusationis*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Conseqüentemente, o Estado, mesmo nas chamadas ações de exclusiva iniciativa privada, é o titular do *jus puniendi*, que tem, evidentemente, caráter público.⁴⁹⁰

Assim, complementa o mencionado autor⁴⁹¹ que o Direito Penal subjetivo corresponde à mais evidente manifestação do “*poder de império*” do Estado soberano motivo pelo não lhe é dado se afastar da ordem jurídica que o justifica. Deste modo, a execução da pena privativa de liberdade não pode figurar objeto de exploração econômica, isto é, como meio para a obtenção de lucro por parte do ator privado.

⁴⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.4.

⁴⁹⁰ Id. *Ibid.* loc. cit..

⁴⁹¹ Id. *Ibid.*, p.7.

Em idêntico sentido, segue Paulo Queiroz, para quem “o direito penal constitui um dos instrumentos – não o único nem o mais importante – de que se vale o Estado para a realização de suas funções constitucionais, como assegurar a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à dignidade”⁴⁹², dentre outros direitos fundamentais.

Quanto ao tema proposto, soma-se ao fundamento da legitimação estatal supra a forma como o Poder Público disciplina a prestação dos serviços essenciais aos seus administrados. Isto porque, seguindo a lição de Marçal Justen Filho, o elenco dos serviços públicos, bem como a forma como estes são postos à disposição da coletividade, acaba por refletir, também, a concepção política adotada pelo Estado⁴⁹³.

Por tal razão, confiar à iniciativa privada a atividade de gestão carcerária, mesmo em se considerando a parcela cedida uma amostra de função administrativa, e não jurisdicional, vai de encontro ao modelo democrático proposto, em que o Estado se apresenta como o único detentor do *jus puniendi*.

Neste sentido, irretocável é a lição trazida por Fernando Santana:

Quem se debruçar sobre a história do Direito Penal e Penitenciário com olhos de ver, e extrair dela a conformação das idéias que encontram agasalho constitucional, não pode reputar, com coerência, que a execução das penas pode ser, hoje, atividade confiada, por qualquer modo, à ingerência da iniciativa privada, mesmo em regime de gestão partilhada, demitindo-se o Poder Público, com isso, de encargos que são da essência íntima do poder de império do Estado, também como serviço público, por natureza e destinação social [...].⁴⁹⁴

Percebe-se, portanto, que, ao se distanciar de sua função precípua na efetivação dos direitos de caráter prestacional e, mais, das atividades inerentes ao poder de império, o Estado soberano acaba por escapar às diretrizes democráticas dispostas

⁴⁹² QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 38.

⁴⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 492.

⁴⁹⁴ SANTANA, Fernando. *Privatização do Sistema Penitenciário: Anteprojeto de lei – proposta de regras básicas. Inconstitucionalidade e inconveniência da proposição*. Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, jan. jun. 1992. p.28.

em sua Lei Maior, incorporando-se a um novo paradigma social, este arraigado em uma política pública de *lei e ordem* e da *tolerância zero*, transmutando-se, assim, o corpo fundamental que lhe justifica a existência.

Assim, mesmo em se admitindo a legalidade da delegação da atividade de administração carcerária a atores privados, tal hipótese de concessão corresponde a um desvio das diretrizes essenciais do Estado Democrático, máxime do fundamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que transcende o já odioso e seletivo processo de estigmatização social do apenado⁴⁹⁵, tornando-o, enfim, verdadeiro objeto de lucro empresarial⁴⁹⁶.

Assim, a dificuldade em se conciliar o intuito lucrativo do administrador privado, o objetivo estatal de melhoria dos índices qualitativos na gestão carcerária e, ainda, a necessidade de substancial respeito aos direitos fundamentais do apenado dificultam a compatibilização do modelo proposto com as diretrizes fundamentais dispostas na Magna Carta, uma vez que os “direitos e garantias assegurados no art. 5º da CF/88 não admitem interpretação com efeitos restritivos, devendo-se, na dúvida, o exegeta optar pelo entendimento que amplie o âmbito de incidência da tutela constitucional”⁴⁹⁷.

Desta forma, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é consagrada, repita-se, enquanto *fundamento* do Estado Democrático de Direito pátrio (art. 1º, III/CF/88), faz-se pujante a obrigatoriedade estatal de tornar o indivíduo “efetivamente destinatário dos direitos de cunho prestacional”⁴⁹⁸, ocasião em que a mercantilização da execução penal pode vir a configurar, como ressalta Juarez

⁴⁹⁵ Neste sentido, merece destaque a contribuição de Massimo Pavarini sobre a releitura dada pelo sistema neoliberal à seletividade do Direito Penal: “El gobierno neoliberal de la seguridad respecto del crimen vuelve a poner en el centro la cuestión ético-política de la meritoriedad social a la tutela de los derechos, desarrollando una inversión funcional de los criterios de acceso a la seguridad de los derechos operados por el estado social. Si la cultura del *welfare* invierte en la remoción de las condiciones materiales que impiden el acceso a la plena tutela de los derechos de todos, la política neoliberal actúa en el sentido de determinar nuevos criterios de acceso a la tutela de los derechos (solo) a los miembros que los ameritan.” SICA, Leonardo (Coord.). *Revista ultima ratio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, n. 1, ano I, 2007, p. 66.

⁴⁹⁶ MOREIRA, Rômulo. A privatização das prisões. *Revista Jurídica*. Salvador, out. 2003, p. 2. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_outubro2003/docente/doc03.doc>. Acesso em: 19 set. 2008.

⁴⁹⁷ DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Tratamento Dispensado aos Acusados no Processo Penal*. Revista dos Tribunais. ano 94. 835 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.445.

⁴⁹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.201.

Cirino dos Santos, uma espécie de “institucionalização do trabalho escravo”⁴⁹⁹, assunto este que será retomado mais adiante.

Assim, cumpre atentar, conforme recorda Ana Lucia Sabadell, para o fato de que os direitos fundamentais previstos na Magna Carta não podem ser aplicados seletivamente⁵⁰⁰, distanciando o Estado da função de recuperação do indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade, sanção esta que, não raro, já representa, *per se*, um dos sintomas do afastamento estatal de suas funções de proteção e garantia para com grande parcela da sociedade.

Neste sentido, ainda que se afirme servir a pena aos ideais de proteção social e de realização de direitos humanos, não se pode negar que a sanção privativa da liberdade se aproxima da idéia de violência institucional, conforme destaca Alessandro Baratta:

La pena es violencia institucional: ella es represión de necesidades reales. La suspensión de los correspondientes derechos humanos, en relación con las personas consideradas responsables penalmente, es justificada en la teoría tradicional del *ius puniendi* con las funciones instrumentales y simbólicas que la pena debe cumplir y con la infracción cometida por el sujeto declarado responsable. Sin embargo, sabemos que tales funciones útiles no se realizan y que tal suspensión de derechos se cumple en un grandísimo número de casos respecto de imputados en espera de juicio; que en la mayor parte de los sistemas punitivos el indiciado, desde su primera relación con la policía, cumple una pena anticipada; igualmente, que esto sucede, en general respecto de los procesados provenientes de los grupos más débiles y marginales de la población, los cuales, de todas formas, son los clientes hijos del sistema de la justicia criminal.⁵⁰¹

Percebe-se, assim, que a noção de Direito Penal *fragmentário* é precedida por um duplo processo seletivo, abrangendo tanto a escolha dos bem jurídicos a serem resguardados quanto a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os outros que também infringem condutas criminalmente sancionadas⁵⁰². Seria, então, grande ingenuidade acreditar que a escolha dos mencionados bens protegidos decorreria

⁴⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006, p.4.

⁵⁰⁰ SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 183.

⁵⁰¹ BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Montevideo: Julio César Fairea, 2004, p.344.

⁵⁰² Id. Ibid., p.362.

da natureza das coisas, e não da natureza do próprio Direito Penal enquanto instrumento tendente à proteção dos interesses da classe dominante⁵⁰³.

Com isso, tem-se o já referido paradigma criminológico do *labeling approach*, preconizado pela teoria crítica de Alessandro Baratta⁵⁰⁴, investigando-se a criminalidade não como uma realidade preexistente, mas como fruto de uma “definição legal que, em um dado momento, distingue, em determinada sociedade, o comportamento criminoso do comportamento lícito”, fator este que torna ainda mais perigosa a ingerência de atores privados na gestão do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Enquanto a dogmática jurídica se apresenta como uma ciência normativa, pautada no ideal do *dever ser*, a política criminal deve avaliar a nova proposta de administração carcerária considerando todas as falhas, distorções e deficiências práticas que podem se apresentar neste recente modelo, que, malgrado pareça, a uma primeira vista, extremamente sedutor, isento de vícios formais de legalidade e detentor de bons índices qualitativos de desempenho, pode gerar um retrocesso ainda maior no atual modelo de execução penal ao inserir o cumprimento na pena no rol possibilidades para exploração privada de serviços de utilidade pública.

Entretanto, conquanto que a sistemática penal pátria, construída nos moldes do regime fascista italiano, tenha nítida conotação estigmatizante e seletiva, é forçoso reconhecer o valor normativo dos preceitos fundamentais consagrados na chamada Constituição “cidadã” de 1988, de cujo corpo teórico se extrai o evidente repúdio do constituinte originário à perda do referencial solidário que orientou as diversas nações durante as duas Grandes Guerras Mundiais.

Neste sentido, impõe-se uma postura ativa do Estado direcionada a imprimir no Código Penal de 1940 uma verdadeira leitura constitucional, resgatando a essência dos mandamentos previstos, deste 1984, na própria LEP, uma vez que, ainda hoje, o cárcere funciona como principal instrumento de perpetuação da exclusão social e de realização do ideal dominante capitalista.

⁵⁰³ BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Montevideo: Julio César Faire, 2004, p.363.

⁵⁰⁴ Id. *Ibid.*, p.86.

O debate proposto, então, perpassa o questionamento do próprio “modo-de-fazer Direito”, uma vez que a “inefetividade de inúmeros dispositivos constitucionais” decorre, no mais das vezes, das distorções interpretativas que marcam o atual “modelo de hermenêutica que informa a atividade da comunidade jurídica”⁵⁰⁵:

Assim, se de um lado existem vários fatores que colaboram para a “crise de constitucionalidade”, parte dos quais podem ser denominados *endógenos*, porque debitáveis à própria crise paradigmática que atravessa a dogmática jurídica, do outro há fatores *exógenos* que provocam fortes abalos no Direito e debilitam o texto constitucional e as condições de sua aplicação. Refiro-me ao crescente processo de desregulamentação provocado pelo neoliberalismo. *Com efeito, esse processo implicou um forte processo de privatização do patrimônio público, circunstância que, pouco a pouco, enfraquece as possibilidades de o Estado intervir no processo econômico, naquilo que, originalmente, estava proposto no texto constitucional.*⁵⁰⁶

Assim, o desmesurado afastamento do Estado da missão de garantia do equilíbrio no constante conflito entre interesses públicos e privados, acaba por esvaziar a “substancialidade dos textos constitucionais”⁵⁰⁷, fazendo prevalecer a “lógica mercantil e a já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico”⁵⁰⁸.

Faz-se imperioso, portanto, seguir a inesquecível lição de resistência ensinada por Milton Santos, em veemente crítica à perda da soberania estatal, asseverando-se que “não há apenas um caminho e este não é obrigatoriamente o da passividade (...) sempre é tempo de corrigir os rumos equivocados e, mesmo num mundo globalizado, fazer triunfar os interesses da nação”⁵⁰⁹.

Assim, como bem adverte Zaffaroni, “os direitos humanos não são mera ‘ideologia instrumental’, mas uma ideologia que configura uma *programação de toda a*

⁵⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p.52-53.

⁵⁰⁶ Id. Ibid., p.53-54.

⁵⁰⁷ Id. Ibid., p.73.

⁵⁰⁸ SANTOS, 2000, p. 78 *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p. 73.

⁵⁰⁹ STRECK, op. cit, p. 73.

humanidade”, ocasião em que *programar* não significa *sugerir*, mas *antecipar* uma transformação social e individual a ser realizada⁵¹⁰.

Destarte, a preservação do caráter humanitário, na execução penal, é absolutamente incompatível com o intento lucrativo das empresas privadas, não sendo possível confiar ao particular a missão de reinserção social do apenado e de concretização de seus direitos fundamentais, valendo recordar, como bem atesta Andrei Schimidt, que “uma primeira decorrência dessa Constituição Cidadã é o fato de o apenado não ser um *objeto de execução*, mas sim o *sujeito da execução*, portando direitos idênticos (salvo as exceções antes vistas) aos demais cidadãos”⁵¹¹.

Além disso, admitir a delegação do poder de império estatal para o particular, transferindo-lhe os poderes de polícia e disciplinar, é fazer tabula rasa da exigência de preservação da dignidade do apenado, o qual, não custa lembrar, também é *pessoa humana*.

Cabe ao Estado a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo apenado *ainda que* contra o interesse da maioria social excludente, uma vez que o Estado democrático guarda um compromisso social de amparo, sobretudo em face do sujeito aprisionado, dado o grau de estigmatização que pesa contra si, não mais havendo espaço para o resgate da crença na inofensividade do liberalismo puro.

Por tal motivo, Dworkin, referindo-se ao porquê de se ter que levar os direitos a sério, afirma que é “hora de ignorar as abstrações e nos concentrarmos, em vez disso, na tarefa de oferecer à maioria de nossos cidadãos uma nova compreensão de em que consiste o interesse de seu governo por seu bem-estar e do direito que eles têm de governar”⁵¹². Neste sentido, governar para o bem-estar não é governar para a maioria, mas concretizar, de modo substancial, o princípio da igualdade.

⁵¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo: Julio César Faria, 2005, p.111.

⁵¹¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: *Crítica à Execução Penal: Doutrina Jurisprudência e Projetos Legislativos*. CARVALHO, Salo de [org.] Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.265.

⁵¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 313.

O mencionado autor diferencia a igualdade como direito da igualdade como política. A igualdade como direito significa o direito individual à igual proteção; a igualdade como política significa tornar a sociedade mais igual em termos gerais⁵¹³. O direito à igualdade, por sua vez, também assume dois significados, a saber: igual tratamento (*equal treatment*), que significa igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo; e o tratamento como igual (*treatment as equal*) significa a igual consideração e respeito⁵¹⁴.

Deste modo, adverte Dworkin que a parte principal do direito não pode ser neutra, pois representa a promessa das majorias à minoria de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas⁵¹⁵. Deste modo, assim adverte Marcos Rolim:

Uma política libertária que firma-se como tal, por suas conseqüências práticas, na produção das condições de emancipação dos sujeitos diante das condições heterônomas que lhes submetem, encontrará na vida prisional um desafio incontestável, quando não uma prova eliminatória. Sim porque é precisamente nos marcos das chamadas “instituições totais” que as sociedades contemporâneas preservam suas pretensões mais acabadas de controle e dominação.⁵¹⁶

Significa, portanto, que a função administrativa presente na Execução Penal deve ser estruturada em nome de uma política maior de igualdade geral, concretizando, por sua vez, o direito à igualdade do apenado, aproximando-o, conforme seu merecimento, da vida em sociedade.

Analisando-se a pena privativa de liberdade sob um prisma político-criminal, e não meramente dogmático, considerando as características comuns à maioria da massa carcerária, percebe-se que esta reflete um sintoma da inação estatal, isto é, da falha do Estado, sobretudo na garantia do igual tratamento e do tratamento como igual daqueles que abarrotam as celas no sistema penitenciário brasileiro. Deste modo, confiar a administração da execução penal a sujeitos privados, sobretudo na situação em que mais se apercebe a carência de amparo estatal, significa confirmar uma completa ineficácia das diretrizes fundamentais postas na Magna Carta ou,

⁵¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 349.

⁵¹⁴ Id. *Ibid.*, p. 349-350.

⁵¹⁵ Id. *Ibid.*, p. 314.

⁵¹⁶ ROLIM, Marcos. O Labirinto, o Minotauro e o Fio de Ariadne: Os Encarcerados e a Cidadania, Além do Mito. In: *Crítica à Execução Penal: Doutrina Jurisprudência e Projetos Legislativos*. CARVALHO, Salo de [org.] Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.317.

pior, um modelo constitucionalista democrático meramente simbólico.

Conforme se verá mais adiante, há que se diferenciar a perda de efetividade do fenômeno denominado *constitucionalismo simbólico*, partindo da vontade política que motiva previsão do preceito fundamental que se espera concretizar. Neste sentido, dito de forma simples, na perda de efetividade, há vontade de concretização, mas esta não se verifica em termos práticos por conta de problemas estruturais do próprio Estado; no constitucionalismo simbólico, a vontade de não concretização é prévia à própria elaboração do preceito. Resta, portanto, avaliar, se a falência da pena de prisão diretamente gerenciada e o conseqüente recurso ao sistema de PPPs refletem uma perda de eficácia do princípio da igualdade substancial ou se antes são fruto de uma ausência de vontade política em se utilizar a pena privativa de liberdade como meio à promoção da igualdade material pela efetiva reintegração social do apenado⁵¹⁷.

Uma verdadeira e profunda avaliação qualitativa do modelo penitenciário adotado pelo sistema brasileiro, se em regime de parceria ou de gestão governamental direta, não pode se apegar, unicamente, a aspectos numéricos do cumprimento da pena, tais como número de fugas ou de atendimentos médicos, mas, *também*, à política geral que fundamenta o referido modelo, se esta é ou não harmônica com os preceitos fundamentais pactuados no Texto Maior. Significa refletir se a pena de prisão pode ser objeto de exploração econômica pelos atores privados ou se representa atividade que deve ser desempenhada, diretamente, pelo Estado.

4.3.2. PPPs no Sistema Prisional e o Constitucionalismo Simbólico

No atual contexto, é muito comum uma certa imprecisão conceitual quando da designação precisa daquilo que vem a ser o exato momento histórico vivenciado

⁵¹⁷ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 49-50.

pela humanidade. Vive-se uma era de enfraquecimento da própria noção civilizada de *homem* e de parâmetros seguros relativos ao significado de *desenvolvimento*⁵¹⁸.

Não raro o desenvolvimento da sociedade contemporânea é associado ao aprimoramento tecnológico dos bens por esta criados, mas não pelo desenvolvimento desta em si. Por esta razão, o presente estudo propõe uma breve reflexão acerca do sentido da civilização humana, tomando como ponto referencial o próprio homem. Segundo Franklin Leopoldo e Silva, “para que a impossibilidade de dominar o movimento e a mudança de tudo não nos angustie, empenhamo-nos em tentativas de traduzir a contínua transformação inerente ao processo de existir em uma vida realizada”⁵¹⁹.

É assim que funciona a classificação dos mais diversos períodos históricos vividos pela humanidade durante seu constante progresso. A designação de marcos e definição de paradigmas, como se a evolução ocorresse em saltos estanques, passível de uma categorização externa, acaba por criar uma falsa idéia de desenvolvimento e, ainda, de evolução.

Questiona-se, então, se o chamado paradigma da pós-modernidade representa, de fato, um novo modelo social ou se significa, em verdade, um resgate das velhas promessas e propostas do paradigma da modernidade. Dito de outra forma, o que se indaga é se já se pode falar da superação da era moderna ou se o que se vê com a indicação desta nova fase é uma categorização falsa de uma superação inexistente.

A mencionada reflexão é pertinente ao estudo proposto porque se pretende compreender de que forma têm sido dada a concretização preceitos fundamentais consagrados na promissora Constituição Federal de 1988 quando da definição de novas medidas político-criminais voltadas à execução penal.

⁵¹⁸ OLIVEIRA, Luiz Alberto. *Homo civilis* (ou homo sapiens 2.0). Palestra proferida no curso de extensão universitária “Mutações: a condição humana”, produzido pela Universidade Federal da Bahia. Salvador, 3 de junho de 2009.

⁵¹⁹ SILVA, Franklin Leopoldo e. *A invenção do pós-humano*. Palestra proferida no curso de extensão universitária “Mutações: a condição humana”, produzido pela Universidade Federal da Bahia. Salvador, 26 de maio de 2009.

Sobre o processo evolutivo do Direito, ensina Ferrajoli que o Direito pré-moderno, de formação não legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária, era caracterizado por não possuir um sistema unitário de fontes positivas, ocasião em que a validade não dependia da forma de positividade, mas da intrínseca racionalidade ou justiça de seus conteúdos⁵²⁰.

No constitucionalismo antigo, a noção de Constituição é extremamente restrita, uma vez que era concebida como um texto não escrito, que visava tão só a organização política de velhos Estados e a limitar alguns órgãos do poder estatal (Executivo e Judiciário) com o reconhecimento de certos direitos fundamentais, cuja garantia se cingia no esperado respeito espontâneo do governante, uma vez que inexistia sanção contra o príncipe que desrespeitasse os direitos de seus súditos.⁵²¹

Posteriormente, o chamado Estado legislativo de Direito é responsável por fundar o sistema jurídico no princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade em face da arbitrariedade estatal, tornado o princípio da legalidade um critério exclusivo de identificação do direito válido, com independência de valoração do justo, responsável por fundamentar todo o sistema jurídico de garantias⁵²².

Ao tratar da dogmática positivista, Heron Santana evidencia a existência de um distanciamento do direito para com os juízos de valor, voltando-se unicamente para o estudo da norma, sem atentar para questões econômicas, políticas, sociais, dentre tantas outras que influenciam no processo interpretativo:

Assim, assistimos a uma separação cada vez maior entre maior entre teoria e práxis, uma vez que a ciência jurídica é concebida como um sistema fechado e autônomo e voltada para uma atividade retórica acrítica, avaliativa e descritiva, que se desenvolve a partir de uma dinâmica interna.⁵²³

Neste sentido, salienta o mencionado autor que o Direito passou a ser tido como forma, e não como substância, em um nítido processo de absolutização da norma em detrimento de sua inserção valorativa em um contexto valorativo maior.

⁵²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel [org.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003, p.15.

⁵²¹ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 26.

⁵²² FERRAJOLI, op. cit., p.16.

⁵²³ GORDILHO, Heron José de Santana. *Por uma dogmática pós-moderna*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. N° 16. Bahia: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2008, p. 51.

Em seguida, a própria legalidade passa a ser subordinada (garantida de forma legítima) por Constituições rígidas, hierarquicamente superiores às leis, como normas de reconhecimento de validade⁵²⁴. Assim, não bastaria apenas a verificação da forma, necessitando-se, ainda, a coerência com os conteúdos dos respectivos princípios constitucionais⁵²⁵.

É o que destaca Luiz Roberto Barroso:

O constitucionalismo chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) *legitimidade* – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) *limitação do poder* – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) *valores* – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.⁵²⁶

O movimento constitucionalista acaba por introduzir uma nova dimensão de democracia, representando um importante limite dogmático, uma vez que todos os direitos constitucionalmente estabelecidos impõem proibições e obrigações aos poderes da maioria, que de outra forma seriam absolutos⁵²⁷.

A nova dimensão do limite democrático, por sua vez, está intimamente ligada à própria noção de unidade do ordenamento jurídico pátrio, já que, conforme atesta Canaris, “no que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais”⁵²⁸.

⁵²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel [org.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003, p.18.

⁵²⁵ Id. Ibid. loc. cit.

⁵²⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro - Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. (2005) Rio de Janeiro, Lumen Juris, p.11

⁵²⁷ FERRAJOLI, op. cit, p.19

⁵²⁸ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. (2002) Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 12-13.

Bobbio utiliza-se da teoria da construção escalonada de Hans Kelsen para dizer que a complexidade do ordenamento moderno não exclui a sua unidade, de modo que “as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano”⁵²⁹, havendo uma norma superior sobre a qual repousa a sua unidade, recebendo essa norma suprema o nome de *norma fundamental*. Assim, a unidade de um ordenamento é extraída da existência de normas superiores e inferiores que devem obediência a um sistema de estrutura hierárquica⁵³⁰.

Sobre a unidade do ordenamento jurídico, ensina Dirley Cunha:

Um ordenamento jurídico só pode ser concebido como um conjunto de normas. Vale dizer, é condição de existência de uma ordem jurídica a concorrência de normas. Não obstante a pluralidade de normas jurídicas que abrange, o ordenamento constitui uma *unidade*, quer porque suas normas nascem de mesma fonte (ordenamento simples), quer porque suas normas, ainda que nascidas de fontes distintas, têm o mesmo fundamento de validade (ordenamento complexo).⁵³¹

Deste modo, impõe-se um dever de convergência semântica a cada norma jurídica pátria, no caso do ordenamento pátrio, com o limite maior da democracia (art. 1º da Constituição Federal de 1988). Isto porque, como leciona João Maurício Adeodato, mesmo a norma constitucional, quando considerada apenas de modo abstrato, por sua própria estrutura e função, “sempre aparece mais indefinida e fragmentária que as demais normas do sistemas jurídicos dogmáticos modernos”⁵³².

O ideal democrático funciona, então, como um pressuposto valorativo, cuja observância se impõe não só quando da atividade hermenêutica de extração do conteúdo normativo, como também na ocasião de efetiva realização do dispositivo enquanto mandado de otimização quando da disposição de novas políticas públicas.

Neste sentido, leciona Ricardo Maurício Freire Soares:

⁵²⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1996, p. 49.

⁵³⁰ Id. *Ibid.* loc. cit.

⁵³¹ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. (2008) Salvador, Juspodivm, p. 34.

⁵³² ADEODATO, João Maurício. (2002), *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. Saraiva, p. 226.

O Estado constitucional moderno corresponde a mais do que o Estado de Direito, visto que o elemento democrático serve não só para limitar o Estado, mas também legitimar o exercício do poder político. Logo, é o princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder vem do povo, que, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, permite harmonizar os pilares do Estado de Direito e do Estado democrático, potencializando a compreensão da fórmula moderna do Estado de direito democrático.⁵³³

A partir do mencionado ideal, entende-se, portanto, que não há exercício legítimo de poder quando afastado do princípio da soberania popular. Em outras palavras, não há Estado democrático se o direito posto tem em vista não a realização dos interesses do povo, mas a institucionalização de interesses das classes dominantes.

Sobre a origem do Direito enquanto meio de manutenção de estruturas sociais de poder, adverte Luiz Roberto Barroso:

O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. A teoria crítica preconiza, ainda, a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação.⁵³⁴

O referido autor, como se vê, descortina o fundamento não declarado da origem do direito posto, ressaltando que a sua essência está ligada não à proteção da sociedade, mas à criação de mecanismos para o controle desta. Cumpre ao Estado democrático, porém, a superação desta noção de Direito como instrumento de repressão social.

Alexy trata das três formas de relação entre direitos humanos e democracia, a saber: ingênua, idealista e realista. Para a primeira, não existem conflitos entre direitos fundamentais e democracia; a idealista, por sua vez, reconhece o conflito proveniente da limitação e escassez e a realista, por fim, entende que a proteção dos direitos fundamentais é uma motivação política⁵³⁵.

⁵³³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 145.

⁵³⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro - Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. (2005) Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 15.

⁵³⁵ ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel [org.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trota, 2003, p. 37-38.

Assim, segundo a perspectiva realista, a relação entre direitos humanos e democracia seria caracterizada por duas constatações opostas: os direitos fundamentais seriam, a um só tempo, democráticos (a exemplo da garantia da liberdade) e antidemocráticos (já que a decisão sobre a proteção de tais direitos não seria confiada à maioria parlamentar)⁵³⁶.

Significa, portanto, que só se pode pensar em real proteção dos direitos fundamentais dispostos na Magna Carta quando, para além da mera inclusão no texto legal, houver, também, motivação política neste sentido, aproximando a previsão abstrata das situações concretas que, de certo modo, escapam ao controle do povo.

É analisando este descompasso entre a disposição textual dos direitos fundamentais na Lei Maior e a real motivação política que ora se apresenta para realizá-los que Marcelo Neves atenta para o processo de constitucionalização simbólica, propondo uma abordagem acerca do “significado social e político dos textos constitucionais, exatamente na relação inversa da sua concretização jurídico-normativa”⁵³⁷.

O referencial teórico utilizado pelo aludido autor supera “discussão tradicional sobre ineficácia das normas constitucionais”⁵³⁸ para se chegar ao estudo dos efeitos sociais causados pela norma constitucional ineficaz, evidenciando “função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo- jurídica”⁵³⁹. Sobre a efetividade, ensina Marcelo Neves:

Da eficácia, compreendida como mera conformidade dos comportamentos ao conteúdo (alternativo) da norma, tem-se procurado distinguir a efetividade, sugerindo-se uma referência aos fins do legislador ou da lei. Formulando com outras palavras, pode-se afirmar que a eficácia diz respeito à realização do “programa condicional”, ou seja, à concreção do vínculo “se-então” abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, enquanto a efetividade se refere à implementação do “programa finalístico”

⁵³⁶ ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel [org.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trota, 2003, p. 37-38.

⁵³⁷ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 9.

⁵³⁸ Id. Ibid. loc. cit.

⁵³⁹ Id. Ibid. loc. cit.

que orientou a atividade legislativa, isto é. à concretização do vínculo "meio-fim" que decorre abstratamente do texto legal.⁵⁴⁰

Marcelo Neves parte da classificação proposta por Loewenstein acerca dos três tipos básicos de constituição, a saber: "normativas", "nominalistas" e "semânticas":

As Constituições "normativas" seriam aquelas que direcionam realmente o processo de poder, de tal maneira que as relações políticas e os agentes de poder ficam sujeitos às suas determinações de conteúdo e ao seu controle procedimental. As Constituições "nominalistas", embora contendo disposições de limitação e controle da dominação política, não teriam ressonância no processo real de poder, inexistindo suficiente concretização constitucional. Já as Constituições "semânticas" seriam simples reflexos da realidade do processo político, servindo, ao contrário das "normativas", como mero instrumento dos "donos do poder", não para sua limitação ou controle.⁵⁴¹

Para Marcelo Neves, o grande problema residiria no âmbito das constituições nominalistas, em que há um "o bloqueio generalizado do seu processo concretizador, de tal maneira que o texto constitucional perde em relevância normativo-jurídica diante das relações de poder. Faltam os pressupostos sociais para a realização do seu conteúdo normativo"⁵⁴².

O mencionado autor não partilha, no que tange à constituições nominalistas, das idéias de Loewenstein, para quem tal espécie representaria a "esperança de realização futura da Constituição, fundada na boa vontade dos detentores e destinatários do poder"⁵⁴³:

A experiência parece ter ensinado algo bem diverso. O objetivo das "Constituições nominalistas" não é "tornar-se normativa no futuro próximo ou distante". Ao contrário: há muitos elementos favoráveis à afirmativa de que os "donos do poder" e grupos privilegiados não têm interesse numa mudança fundamental das relações sociais, pressuposto para a concretização constitucional. Contudo, o discurso do poder invoca, simbolicamente, o documento constitucional "democrático", o reconhecimento dos direitos fundamentais, a eleição livre e democrática etc, como conquistas do governo ou do Estado.⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 46.

⁵⁴¹ LOEWENSTEIN, 1975, p. 151-57 *apud* NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 95.

⁵⁴² NEVES, op. cit., p. 97.

⁵⁴³ LOEWENSTEIN, op. cit., p. 97.

⁵⁴⁴ NEVES, op. cit., p. 97.

Com isso, os direitos fundamentais supostamente assegurados pela Constituição teriam a mera função de pacificação social, de criação de uma falsa idéia de proteção dos direitos e garantias fundamentais em razão da completa ausência de motivação política na sua transposição para a realidade.

Marcelo Neves aponta, então, para a diferença que existiria entre o texto normativo das constituições nominalistas e o das constituições normativas:

Estes estão efetivamente envolvidos numa linguagem constitucional em que se implicam relevante e reciprocamente os aspectos simbólicos e jurídico-instrumentais, contribuindo ambos complementarmente para a funcionalidade da Constituição. Aqueles estão comprometidos com uma linguagem constitucional hipertroficamente simbólica, à qual não corresponde concretização normativa generalizada e includente.⁵⁴⁵

O efeito simbólico do processo de constitucionalização, por sua vez, assumiria duas acepções, uma positiva e outra negativa. Em um sentido negativo, o “texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada”⁵⁴⁶. Entretanto, a constitucionalização simbólica “também tem um sentido positivo, na medida em que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico”⁵⁴⁷.

Cumprido esclarecer, neste instante, que o sentido positivo da constitucionalização simbólica não representaria um mero problema de eficácia, uma vez que “não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamento dos agentes públicos e privados”⁵⁴⁸, representando, além disso, “uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição”⁵⁴⁹.

Esse impacto ideológico relacionado ao processo de constitucionalização simbólica estaria ligado, por sua vez, ao poder real de manipulação exercido pelo discurso falacioso em torno dos direitos fundamentais. Haveria, neste contexto, uma situação de “*constitucionalismo aparente*”, uma “representação ilusória em relação à

⁵⁴⁵ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 98.

⁵⁴⁶ Id. *Ibid.*, p. 83.

⁵⁴⁷ Id. *Ibid.*, p. 86.

⁵⁴⁸ Id. *Ibid.*, p. 84.

⁵⁴⁹ Id. *Ibid.* loc. cit.

realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas”⁵⁵⁰.

Quer-se acreditar que o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentador da vedação constitucional à aplicação de penas cruéis não seja artifício meramente simbólico do Estado brasileiro. Entretanto, no que tange ao objeto de estudo do presente trabalho, as parcerias público-privadas no sistema prisional são responsáveis por criar a falsa impressão de realização do fundamento do Estado democrático de Direito disposto no art. 1º, inciso III, da *Lex Fundamental*, quando, na verdade, escondem o fato de passar a pena a figurar enquanto rentável objeto de exploração econômica pelo setor privado.

O atual discurso político legitimador do instituto consubstanciado na melhoria da qualidade de vida do apenado e maior oferecimento de oportunidades laborativas, em verdade, esconde o caráter degradante que se quer impor à população carcerária mediante a utilização de mão de obra barata para obtenção de lucro, matéria esta que passa a ser, no sistema de PPPs, gerenciada pelo ator privado.

A estrutura física moderna e bem estruturada que marca as unidades do sistema prisional já submetidas ao novo modelo, notadamente superior àquela hoje vista nas penitenciárias que ainda seguem o modelo tradicional, apenas provoca uma equivocada idéia de desenvolvimento. Neste sentido, o progresso passa a ser associado unicamente com o avanço tecnológico, ainda que, para isso, implique lastimável retrocesso humano, que é o que se verifica com a exploração ora imposto pelo modelo privado de gestão prisional.

Não se pode, porém, deixar que esta falsa idéia de dignificação do apenado associada às parcerias público-privadas no sistema prisional seja suficiente para imunizar o sistema político contra a busca de novas soluções à falência do sistema carcerário não só no processo de ressocialização do apenado, como também na garantia da segurança pública.

⁵⁵⁰ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 89.

Consoante adverte Heron Santana, a interpretação jurídica não pode se apresentar como um monólogo do operador do direito, devendo ser criado um espaço de diálogo entre este e os demais atores da vida social, em que não mais caberia ao intérprete se esconder atrás de uma suposta neutralidade e objetividade para o exercício da dominação⁵⁵¹.

Trata-se de buscar um novo sentido para os preceitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio, superando o significado meramente simbólico atualmente traduzido, tendo em vista, como bem ensina Antônio Carlos Wolkmer, que “o reconhecimento de uma outra cultura jurídica só pode ocorrer sob a condição de deslocamento, transformação e ruptura substancial com as formas tradicionais e centralizadoras de se fazer o ‘jurídico’”⁵⁵².

Enquanto não estão presentes "regras-do-silêncio" democráticas nem ditatoriais, o contexto da constitucionalização simbólica proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela ampliação da cidadania. Não se pode excluir a possibilidade, porém, de que a realização dos valores democráticos contidos no documento constitucional pressuponha um momento de ruptura com a ordem de poder estabelecido, com implicações politicamente contrárias à diferenciação e à identidade/autonomia do Direito.⁵⁵³

No que diz respeito à promessa de reintegração social por meio da pena privativa de liberdade, o fracasso (ou simbolismo) não poderia ser pior. Analisando-se a ressocialização por meio da privação da liberdade, observa-se que se trata de um verdadeiro paradoxo a idéia de *excluir* para *incluir*, sobretudo diante do corrente desrespeito aos direitos fundamentais do apenado, conforme se vê ao analisar a superlotação carcerária ou a insalubridade típica do cárcere.

Consoante adverte Luiz Antônio Bogo Chies, “por meio de prisionalização o indivíduo incorpora, assimila, aprende, se integra e adota, em menor ou maior grau,

⁵⁵¹ GORDILHO, Heron José de Santana. *Por uma dogmática pós-moderna*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. N° 16. Bahia: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2008, p. 60.

⁵⁵² WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1997, p. 350.

⁵⁵³ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 162.

e de forma mais ou menos consciente, os valores, padrões e práticas vigentes no sistema social da prisão”⁵⁵⁴.

O citado autor complementa, ainda, que a perspectiva da liberdade física de ir e vir no espaço social extramuros não é o único direito fundamental afetado na aplicação da pena privativa de liberdade; há uma série de outras restrições experimentadas intramuros, figurando a pena como principal mostra de rejeição social⁵⁵⁵:

Também a privação da liberdade, na dimensão simbólica em que as barreiras arquitetônicas significam a rejeição social, pode ser vislumbrada como a perda de estatuto de cidadão (que em regra vem consolidada por restrições a direitos, como, por exemplo, o de voto), contribuindo para a afetação da identidade do interno.⁵⁵⁶

Neste sentido, a busca por maior respeito aos direitos fundamentais do apenado que cumpre pena privativa de liberdade, caso não se queira cogitar uma futura ruptura com a própria pena de prisão, deve ser pautada, dentre outros fatores, em uma nova visão político-criminal acerca da execução penal. Cabe ao Estado assumir postura ainda mais ativa, e não delegar ao particular a função de melhoria das condições de cumprimento de pena.

A má administração carcerária observada no modelo de prestação direta governamental não pode servir de pretexto para a delegação, a atores privados, de um tal mister, uma vez que não se trata de promover uma mudança meramente prática, mas ideológica. A falência do sistema carcerário é apenas mais um dos sintomas de um descaso estatal para com as classes sociais marginalizadas. A prestação direta governamental da administração carcerária é necessária para que o próprio Estado recupere a sua credibilidade perante os cidadãos, em especial, os apenados, e faça valer o ideal democrático de respeito aos direitos do preso.

Não se pode esperar do particular mais do que a preocupação com dados qualitativos passíveis de aferição matemática, tais como número de atendimentos médicos e judiciários ou de fugas, pois se, por um lado, há uma melhoria no

⁵⁵⁴ CHIES, Luiz Antônio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas de temporização na pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.72.

⁵⁵⁵ Id. Ibid., p.82.

⁵⁵⁶ Id. Ibid. loc. cit.

desempenho da gestão carcerária nestes fatores, observa-se, de outro, há um respeito menor ao apenado enquanto sujeito de direito da execução penal, e não objeto desta. Deve-se buscar, portanto, uma efetiva motivação política no sentido de aplicar a realização do princípio da dignidade da pessoa humana também à esfera prisional, aproximando tal preceito normativo abstrato das reais necessidades humanas.

4.3.3. PPPs no sistema prisional e a utilização da mão de obra carcerária

Conforme destaca Túlio Lima Vianna, não é recente a relação guardada entre pena e trabalho, pois “o mito do Paraíso Perdido relaciona a ciência humana – a invenção da primeira ferramenta-arma – à necessidade do homem de trabalhar. Ao comer dos frutos da Árvore Ciência, o homem foi condenado ao trabalho”⁵⁵⁷.

Franz von Liszt, por seu turno, trata do trabalho na pena privativa de liberdade adotada após o início dos tempos modernos:

A pena de prisão, como pena criminal propriamente dita, pertence aos tempos modernos. Com tal caracter ella era ainda ignorada pela Carolina, comquanto as casas denominadas de *fiação* e de *serrar madeira* (*Spinn-unã Raspelhäuser*), succes-soras immediatas da *torre* da idade média, servissem para a detenção dos credores remissos e dos transgressores dos preceitos policiaes, e tambem não raro, já no seculo XV, se empregasse, como meio de punição, o trabalho publico (Z., 10.º, 18.º, 12º, 479).⁵⁵⁸

Conforme ensina Mirabete, a concepção de trabalho penitenciário seguiu a evolução da própria pena privativa de liberdade, ultrapassando a vinculação antes dada à idéia de vingança e castigo; passando pelas tendências utilitárias de força laborativa enquanto fonte de produção para o Estado e, por fim, assentando-se na idéia de aprendizado e reintegração social, de modo que hoje “estão totalmente superadas as fases em que se utilizava a pena das galés, dos trabalhos forçados, como *shot-*

⁵⁵⁷ VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação de poder da sociedade de controle*. Rio de Janeiro, Revan, 2007, p.36.

⁵⁵⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. v. 1. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 416-417.

drill (transporte de bolas de ferro, pedras e areia), o *tread-mill* (moinho de roda), o *crank* (voltas de manivela) etc⁵⁵⁹.

No contexto contemporâneo, Cristina Rauter descreve a prisão como um local em que deve se operar uma transformação no preso, assumindo-se uma função regeneradora, e “na construção desta imagem da prisão enquanto espaço terapêutico aparece com insistência a referência ao trabalho. A prisão seria uma espécie de oficina-escola onde os presos poderiam curar-se do mal da ociosidade, admitido como fator que induz ao crime⁵⁶⁰”.

Ultrapassando o moralismo falacioso contido no discurso que une pena, trabalho e regeneração, a referida autora adverte que o trabalho carcerário atende a muitos outros interesses além da recuperação do preso, uma vez que “no cárcere tudo se converte em um bem negociável e isto também ocorre com as oportunidades de trabalho⁵⁶¹”. No caso das penitenciárias gerenciadas em regime de PPP, torna-se ainda mais evidente o mencionado alerta, uma vez que o gestor privado é quem irá selecionar quais outros entes privados poderão se utilizar da mão de obra carcerária cumpridora de pena privativa de liberdade.

Conforme ensina Juarez Cirino dos Santos, a “Lei 7.210 (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)⁵⁶². Neste contexto, não era admitida a privatização do trabalho carcerário, conforme esclarece o mencionado autor:

[...] se a *gerência* do trabalho carcerário é exclusividade de *fundação* ou *empresa pública* e está condicionado ao objetivo de *formação profissional do condenado*, então nem empresários privados podem *gerenciar* o

⁵⁵⁹ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal: comentários à Lei 7.210 de 11-7-84*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.91-92.

⁵⁶⁰ RAUTER, Cristina. Criminologia e subjetividade no Brasil. *Coleção Pensamento Criminológico*. v. 8. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 102.

⁵⁶¹ Id. Ibid., p. 103.

⁵⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p.503.

trabalho carcerário, nem a força de trabalho encarcerada pode ser o objeto de *exploração lucrativa* por empresas privadas.⁵⁶³

Ocorre que este regime somente prevaleceu até a edição da Lei nº 10.792, de 2003, responsável por acrescentar o § 2º do citado art. 34 da LEP, passando a admitir “convênios do poder público com a *iniciativa privada* para implantação de *oficinas de trabalho* em instituições penais, permitindo a privatização de presídios no Brasil”⁵⁶⁴.

Antes disso, porém, já eram observadas terceirizações na gestão prisional, mesmo sem previsão legal expressa para tanto, revelando Juarez Cirino dos Santos que a terceirização da disciplina carcerária, já em novembro de 1999, podia ser observada na então inaugurada Penitenciária Industrial de Guarapuava, no Estado do Paraná, na qual “a exploração da força de trabalho encarcerada é atribuída a empresa privada da área econômica”⁵⁶⁵.

Após a previsão legal da possibilidade de gestão privada da exploração da força de trabalho encarcerada, passou-se a questionar se uma tal mudança se ajustava ao sentido de *trabalho carcerário* expresso na própria Lei de Execução Penal. Neste sentido, é importante tratar, inicialmente, qual a função que o trabalho cumpre na execução da pena privativa de liberdade.

Consoante esclarece Mirabete, o trabalho prisional não constitui, *per se*, “uma agravação da pena, nem deve ser doloroso e mortificante, mas um mecanismo de complemento do processo de reinserção social para prover a readaptação do preso”⁵⁶⁶. Significa, portanto, que o trabalho é mais um – talvez o mais significativo – dentre os instrumentos de que dispõe o Estado para reaproximar o apenado do modo de vivência médio da coletividade.

No mesmo sentido consta das regras mínimas para o tratamento de prisioneiros adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes, realizado em Genebra, no ano de 1955, em que se

⁵⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p.503-504.

⁵⁶⁴ Id. *Ibid.*, p.504.

⁵⁶⁵ Id. *Ibid.* loc. cit.

⁵⁶⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal: comentários à Lei 7.210 de 11-7-84*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.92.

prevê que “o trabalho penitenciário não deve ter caráter aflitivo (nº71.1); na medida do possível deverá contribuir, por sua natureza, para manter ou aumentar a capacidade do preso para ganhar honradamente sua vida depois da liberação (nº71.4)”⁵⁶⁷.

Destarte, quando o art. 28 da LEP define o trabalho como um dever social, o que é ratificado no art. 31, caput, segundo o qual “o condenado à pena privativa de liberdade está *obrigado* ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade”⁵⁶⁸; e no art. 38, inciso V, da mesma lei, que cuida do trabalho enquanto um dever do preso, o exercício da atividade laborativa fica vinculado ao cumprimento de uma função social. É por esta razão que, conforme consta no próprio art. 28, o trabalho carcerário, como condição de dignidade humana, deverá imprimir uma finalidade educativa e produtiva, não se confundindo, assim, “com o trabalho espontâneo e contratual da vida livre, já que entra no conjunto dos deveres que integram a pena”⁵⁶⁹.

Neste sentido, o fato de não estar o preso sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, agregado à possibilidade de remuneração inferior ao salário mínimo⁵⁷⁰, justifica-se, estritamente, pela natureza do trabalho então exercido, restrição esta que perde o seu caráter legitimador quando deixa de ser o Estado o agente fiscalizador da empresa que se utiliza da mão de obra carcerária, deixando de garantir o fiel cumprimento da função social do trabalho no cárcere, relegando à empresa privada gestora a observância de tal função.

Segundo Larissa Milene Pelegrino e Ulisses Otávio Elias dos Santos, a flexibilização de garantias empregatícias no trabalho carcerário somente se justifica se o trabalho do preso não corresponde a uma “manifestação de um trabalho livre, mas apenas e simplesmente a uma atividade laborativa com caráter de dever social e condição de

⁵⁶⁷ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal: comentários à Lei 7.210 de 11-7-84*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.92.

⁵⁶⁸ BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.

⁵⁶⁹ MIRABETE, op. cit., p.92-93.

⁵⁷⁰ Respectivamente, art. 28, § 2º e art. 29, *caput*, BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.

dignidade humana, justamente para atender ao conteúdo educativo e produtivo do processo inerente à sua ressocialização⁵⁷¹.

Neste sentido, os referidos autores manifestam-se sobre o regime jurídico no trabalho carcerário:

Seu regime é de direito público, já que não existe a condição fundamental para o trabalho espontâneo - a liberdade - que possibilita a formação do contrato de trabalho. Desta forma, não é gerado qualquer tipo de obrigação trabalhista, tais como férias, 13º salário, recolhimento de FGTS e outros benefícios que se concedem ao trabalhador livre.⁵⁷²

É dizer, portanto, que a flexibilização de direitos sociais trabalhistas constitucionalmente consagrados (art. 6º e seguintes da Lei Maior), seguindo o critério da proporcionalidade em sentido estrito, só pode ser admitida quando necessária à satisfação de um outro direito fundamental, neste caso, a concretização da dignidade do preso por meio do labor educativo e social.

Ressalte-se, ademais, ser o trabalho indispensável ao preso para fins de remição de pena, abatendo-se um dia de pena para cada três dias trabalhados (art. 126 da LEP), bem como para a conquistas de determinados benefícios penais, a exemplo do livramento condicional (art. 83, inciso III, Código Penal), do que se extrai ser ainda mais gravosa a administração do trabalho carcerário pelo ator privado, e não pelo Estado, nas penitenciárias em regime de PPP.

Entretanto, mesmo com as facilidades postas na LEP, segundo atestam Larissa Milene Pelegrino e Ulisses Otávio Elias dos Santos, avaliando-se a situação dos presídios públicos de Minas Gerais no ano de 2008, ainda era baixo o número de empresas privadas que se utilizavam da mão de obra carcerária, apontando-se como motivos a “falta de informações e desconhecimento dos benefícios oferecidos com a utilização da mão-de-obra dos sentenciados, a ausência de divulgação, o não

⁵⁷¹ PELEGRINO, Larissa Milene; SANTOS, Ulisses Otávio Elias dos. O Trabalho dos Sentenciados e suas Considerações Legais no Âmbito dos Serviços Prestados para a Iniciativa Privada. In: *Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal*. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas Gerais - Secretaria de Estado de Defesa Social Conselho de Criminologia e Política Criminal. Ano 15, Vol. 10, set/2008, p. 43.

⁵⁷² Id. Ibid. loc. cit.

conhecimento do processo de ressocialização das Unidades”⁵⁷³, bem como o temos por rebeliões e fugas.

Neste sentido, os citados autores apontavam a necessidade de o Poder Público incentivar a utilização da mão de obra do sentenciado mediante “campanhas maciças na mídia, explicando e incentivando como funciona o trabalho penitenciário”⁵⁷⁴, como uma forma de beneficiar, inclusive, a própria sociedade, e não apenas o preso.

Isto porque, conforme destacam os autores, o trabalho carcerário traz consigo benefícios para os presos, tais como a remição; remuneração; a poupança automática de parte da remuneração; a possibilidade de o preso auxiliar na renda familiar, bem como na compra de artigos de higiene pessoal; além da capacitação que terão ao desempenhar a atividade⁵⁷⁵. Ademais, traz, ainda, benefícios para as empresas, já que não há incidência do regime de CLT, promovendo-se a redução de custos com 13º salário e FGTS; e ainda a economia com a instalação da unidade de produção, já que a empresa privada se utiliza da infra-estrutura penitenciária⁵⁷⁶.

Para que se tenha uma idéia de como funciona o trabalho nas dependências carcerárias, Larissa Milene Pelegrino e Ulisses Otávio Elias dos Santos tratam do Protocolo de Ação Conjunta firmado entre O Estado de Minas Gerais e o ente privado, em que são estabelecidos como fundamentos principais para a prestação de serviço de trabalho interno ou externo do apenado a “ocupação, profissionalização, possibilidade de ganhos, saúde e bem estar dos sentenciados e preparação para a reintegração social”⁵⁷⁷. De acordo com o PAC, o Estado tem o

⁵⁷³ PELEGRINO, Larissa Milene; SANTOS, Ulisses Otávio Elias dos. O Trabalho dos Sentenciados e suas Considerações Legais no Âmbito dos Serviços Prestados para a Iniciativa Privada. In: *Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal*. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas Gerais - Secretaria de Estado de Defesa Social Conselho de Criminologia e Política Criminal. Ano 15, Vol. 10, set/2008, p. 46.

⁵⁷⁴ Id. Ibid. loc. cit.

⁵⁷⁵ Id. Ibid., p. 47.

⁵⁷⁶ Id. Ibid. loc. cit.

⁵⁷⁷ Id. Ibid., p. 48.

dever de intermediar a relação entre empresa e sentenciado, garantindo que as normas relacionadas ao trabalho prisional sejam efetivamente cumpridas⁵⁷⁸.

No que tange às obrigações das empresas, destacam os citados autores que a estas cabe o “recolhimento mensal, na conta da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS), através de Documento de Arrecadação Estadual (DAE), até o quinto dia útil do mês seguinte ao trabalhado”, do recurso necessário ao pagamento do sentenciado, descontado eventual ressarcimento ao Estado, na forma da legislação pertinente⁵⁷⁹.

Além disso, cabe ao ente privado zelar pelo cumprimento das normas e instruções relativas à segurança da Unidade Prisional; fornecendo também todo o equipamento de proteção individual de segurança (EPI.s); além da garantia de boas condições de higiene do trabalho⁵⁸⁰. Cabe ainda à pessoa jurídica privada promover o ressarcimento ao Estado pelo uso de energia e água e valores referentes a depreciação de máquinas e equipamentos, bem como a promoção da capacitação dos presos para o bom desempenho das atividades desenvolvidas e a comunicação à Unidade Prisional sobre a conduta do sentenciado, relacionada à faltas, interesse, comprometimento e produtividade⁵⁸¹.

No tocante às obrigações do ente privado, advertem Larissa Milene Pelegrino e Ulisses Otávio Elias dos Santos que “a empresa que não cumprir as cláusulas emanadas no Protocolo de Ação Conjunta estará sujeita as cominações legais impostas pela Lei, podendo, inclusive, sofrer ações judiciais para cumprimento do estabelecido e firmado no Protocolo”⁵⁸².

Quanto às obrigações do Estado, a este cabe o acompanhamento das atividades dos presos; promover a seleção dos presos por meio de CTC (Comissão Técnica de

⁵⁷⁸ PELEGRINO, Larissa Milene; SANTOS, Ulisses Otávio Elias dos. O Trabalho dos Sentenciados e suas Considerações Legais no Âmbito dos Serviços Prestados para a Iniciativa Privada. In: *Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal*. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas Gerais - Secretaria de Estado de Defesa Social Conselho de Criminologia e Política Criminal. Ano 15, Vol. 10, set/2008, p. 48.

⁵⁷⁹ Id. *Ibid.*, p. 49.

⁵⁸⁰ Id. *Ibid.* loc. cit.

⁵⁸¹ Id. *Ibid.* loc. cit.

⁵⁸² Id. *Ibid.*, p. 50.

Classificação); controlar a frequência e as atividades desenvolvidas; promover o repasse mensal da remuneração ao preso; emitir relatório mensal sobre o trabalho dos sentenciados para fins de remissão; substituir o preso que faltar, opuser resistência ou se comportar de forma negligente; disponibilizar agentes de segurança para o monitoramento do trabalho; informar ao ente privado sobre o livramento condicional e progressão para regime aberto⁵⁸³.

Observados os mencionados deveres, tanto por parte do Estado, quanto por parte da pessoa jurídica de direito privado que irá fazer uso da mão de obra carcerária, é de se esperar que o trabalho carcerário efetivamente cumpra a sua função educativa e social, cabendo ao Poder Público fiscalizar o fiel cumprimento a todos os termos do PAC, evitando, assim, que as facilidades criadas para o trabalho prisional sirvam de instrumento para a exploração da massa carcerária, para a qual o trabalho afigura não só meio de subsistência familiar, como também requisito para a concessão de determinados benefícios da execução penal.

Por tal razão, não se quer ir de encontro, no presente estudo, às parcerias firmadas no sistema prisional entre o Estado e empresas privadas que irão se utilizar da mão de obra carcerária, uma vez que o que se espera é ser o Poder Público agente idôneo na avaliação direta do devido cumprimento da função educativa e social do labor carcerário, bem como o maior interessado no processo de reintegração social do apenado.

Esta essência que legitima a seleção estatal das empresas privadas que utilizarão a mão-de-obra carcerária não se faz presente, entretanto, quando se delega o poder de escolha ao particular. A contratação entre gestor privado e empresa privada é feita, obviamente, nos moldes privados, e é ingenuidade esperar que a respectiva relação contratual obedeça aos critérios de equilíbrio entre interesses.

⁵⁸³ PELEGRINO, Larissa Milene; SANTOS, Ulisses Otávio Elias dos. O Trabalho dos Sentenciados e suas Considerações Legais no Âmbito dos Serviços Prestados para a Iniciativa Privada. In: *Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal*. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas Gerais - Secretaria de Estado de Defesa Social Conselho de Criminologia e Política Criminal. Ano 15, Vol. 10, set/2008, p. 50.

A Lei nº 7. 210/84 prevê, ao dispor sobre os direitos do apenado, o dever de respeito à sua integridade física e moral (art. 40 da LEP), fator este notadamente incompatível com o modelo controle privado da pena de prisão, este pautado, como cediço, na obtenção de lucro e na exploração da força de trabalho carcerária. Demais disso, ainda prevê a LEP, em seu art. 41, inciso II, ser o trabalho um *direito* do preso, mandamento este cuja interpretação não pode estar dissociada do quanto disposto pelo art. 28 desta mesma lei, segundo o qual a atividade laborativa deverá ter finalidade educativa e produtiva, além de respeitar a condição de dignidade humana (este último requisito a ser tratado em momento específico).

Todavia, nos sistemas de PPPs prisionais, ao ser passada a administração carcerária para atores privados, poderão ser feitas, a partir daí, novas parcerias, entre sujeitos privados, para que empresas se utilizem da mão de obra carcerária, e quem fará esta atividade de fiscalização direta será o gestor privado do presídio. Assim, além da mensalidade estatal, a contratada ainda poderá obter proveito patrimonial advindo das empresas parceiras no desenvolvimento de atividades laborativas mediante uso da força de trabalho dos apenados, mais um fator do qual se depreende a desvantagem político-criminal de adoção deste novo modelo, uma vez que a própria gestora irá definir – com base nos moldes privados, portanto – quais particulares poderão se utilizar da força de trabalho dos internos.

Por tal razão, Juarez Cirino dos Santos adverte que o trabalho carcerário no modelo de privatização serve, em verdade, não à educação, mas à exploração do sentenciado:

[...] nenhuma empresa privada é constituída com fins humanitários, mas com objetivos de lucro. Existe uma contradição entre *prisão* e *empresa*: todos os sistemas de exploração capitalista do trabalho carcerário produzem mudanças nos programas de *educação* e *disciplina* da prisão, cancelando os parâmetros legais de execução penal. A prioridade do trabalho produtivo origina pressões sobre o Poder Judiciário para aplicação de penas longas e introduz critérios econômicos para decisões judiciais sobre livramento condicional, progressão de regimes, comutação ou redução de penas e outros direitos de preso. Em poucas palavras, a prisão, instituição de controle social, não pode se transformar em empresa, instituição econômica de estrutura social.⁵⁸⁴

⁵⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p.501.

A relação entre PPPs no sistema prisional e o trabalho carcerário acaba por se pautar em uma noção de exploração, uma vez que pauta a flexibilização de direitos sociais trabalhistas não na realização da assistência e da reintegração do apenado, mas na perseguição do ganho fácil e barato. Em casos tais, própria a segregação espacial acaba por figurar mais um elemento de redução de custos, uma vez que maximiza o controle do trabalhador, já manifesto mesmo nas relações de emprego regulares.

Por tal razão, se as parcerias público-privadas no sistema prisional já são criticáveis por representarem um afastamento estatal de sua função precípua, flexibilizando-se o poder de império do ente soberano mediante a transferência da gestão carcerária ao particular, ainda mais o são quando se admite a exploração da mão-de-obra carcerária nos moldes da iniciativa privada. Desta forma, importa seguir a lição trazida por João Marcello de Araújo Júnior, para quem é intolerável a proposta de que “um indivíduo, ademais de exercer domínio sobre o outro, aufira vantagem econômica, do trabalho carcerário”⁵⁸⁵.

Deste modo, afasta-se o Estado de sua função precípua na efetivação dos direitos fundamentais para servir à política neoliberal, conforme lecionam Alexandre Moraes da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho:

Ademais é certo que as diretrizes neoliberais, pregando a austeridade orçamentária e o fortalecimento dos direitos do capital, acompanhado da contenção dos gastos públicos e redução da cobertura social necessitam englobar o tratamento punitivo como forma de conter a insegurança e a marginalidade: ao lado da *mão-invisível* do mercado no âmbito econômico, há que se utilizar a *mão de ferro* do Estado no campo penal, para a contenção dos deserdados, excluídos, indesejados, não consumidores.⁵⁸⁶

Trata-se, portanto, de uma desvirtuação da noção de dignidade, que se impõe, frise-se, enquanto condição ao trabalho do apenado, para ceder espaço, conforme ressalta Alessandro de Giorgi, à destruição de “garantias sociais, alimentando as condições de incerteza, a disponibilidade absoluta à flexibilidade e as novas

⁵⁸⁵ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Coord.). *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.13.

⁵⁸⁶ ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 26.

escravidões que se tornarão um aspecto existencial, estrutural e paradigmático da nova força de trabalho.”⁵⁸⁷.

Para Cláudio Alberto Guimarães⁵⁸⁸, esta incorporação brasileira do modelo norte-americano de privatização das prisões corresponde à criação de “fábricas de exclusão das pessoas habituadas à condição de excluídas, em que, como verdadeiros laboratórios, são testadas técnicas de confinamento do lixo e do refúgio social produzidos pela ideologia e prática neoliberal”.

Por tal razão, Loïc Wacquant, ao comparar a evolução dos gastos orçamentários carcerários e sociais do governo norte-americano no ano de 1995, admoesta que a cultura carcerária americana – ora seguida pelo Poder Público pátrio – trata-se, em última análise, de uma forma encontrada para solucionar o problema de habitação social do país:

[...] desta evolução orçamentária pode-se concluir indiferentemente que o Estado americano abandonou o seu apoio à moradia dos mais desvalidos em proveito das penitenciárias ou, então, o que parece mais justo, que a construção das prisões tornou-se, de fato, o principal programa de habitação social do país⁵⁸⁹.

Desta forma, transferir a administração da mão de obra carcerária para o gestor privado pode significar, em termos de política-criminal penitenciária, a anulação do pouco de dignidade que ainda restava aos apenados no já decadente sistema prisional, avançando para um necessário debate acerca da própria função do Estado na efetivação dos direitos de cunho prestacional, do alcance e da eficácia das normas de conteúdo programático, no que toca, especificamente, à execução penal.

Portanto, transferir para o ente privado a função de gerenciar o trabalho prisional, admitindo que o labor carcerário seja negociado entre atores privados, e não entre Estado e sujeito privado, ratifica a noção de prisão e disciplina como instrumentos de controle social do modo de produção capitalista, em que “a *disciplina* nasce da

⁵⁸⁷ GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p.67 (Pensamento Criminológico, v. 12).

⁵⁸⁸ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.294.

⁵⁸⁹ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.86.

administração capitalista do trabalho na *fábrica*, onde os trabalhadores são submetidos à autoridade de capitalista – e se estende da *fábrica* para a *sociedade*, onde funciona como núcleo ideológico das instituições de controle social da sociedade civil”⁵⁹⁰.

4.3.4. PPPs no sistema prisional e o movimento de *Lei e Ordem*

Conforme ressalta Loïc Wacquant, a doutrina da tolerância zero tem sua origem nos Estados Unidos, no Estado de Nova York, representando uma nova orientação político-criminal responsável por criar instrumentos de “legitimação da gestão policial e judicial da pobreza”⁵⁹¹. O movimento é embasado no discurso de reconquista do espaço público e da retórica militar de guerra em face dos delinqüentes (reais ou imaginários) que ameaçam a segurança social⁵⁹².

Sobre o estado policialesco norte-americano, ressalta Loïc Wacquant:

*Pues a la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia distópica [dystopique] del Estado penal: la miseria y la extinción de uno tienen como contrapartida directa y necesaria la grandeza y la prosperidad insolente del otro. En este aspecto, cinco tendencias de fondo caracterizan la evolución penal de los Estados Unidos [...].*⁵⁹³

A primeira das cinco tendências de fundo que caracteriza a evolução penal dos Estados Unidos foi a expansão vertical do sistema ou a inflação carcerária, superlotando a população tanto nos estabelecimentos de detenção quanto nas penitenciárias federais⁵⁹⁴. Um segundo aspecto observado pelo autor foi a extensão horizontal da rede penal, com a ampliação do número de militares e desenvolvimento tecnológico dos meios de controle, a exemplo do monitoramento eletrônico⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p.490.

⁵⁹¹ WACQUANT, Loïc. *Las Cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004, p. 32.

⁵⁹² Id. Ibid. loc. cit.

⁵⁹³ Id. Ibid., p. 88.

⁵⁹⁴ Id. Ibid. loc. cit.

⁵⁹⁵ Id. Ibid., p. 91

A terceira tendência observada por Wacquant foi o crescimento desmesurado do setor penitenciário dentro da administração pública, o que se deu em um período, conforme define o próprio autor, de “vacas magras” para o setor público⁵⁹⁶. Neste passo, entre 1979 e 1990, os gastos penitenciários dos estados aumentaram 325% quanto ao funcionamento e 612% quanto à construção de estruturas prisionais⁵⁹⁷.

O quarto aspecto observado por Wacquant, como tendência de fundo ao movimento de lei e ordem, foi o ressurgimento e a prosperidade da indústria privada das prisões, passando o autor a descrever uma expansão sem precedentes⁵⁹⁸. O modelo prisional privado nasce em 1983 e, poucos anos depois, em 1990, já englobava cerca de 7% da população carcerária, experimentando um índice de crescimento de 45%⁵⁹⁹:

Diecisiete empresas se reparten unos ciento cuarenta establecimientos diseminados en una veintena de estados, principalmente en Texas, California, Florida, Colorado, Oklahoma y Tennessee. Algunas se limitan a manejar penitenciarias existentes, a las que suministran personal de guardia y servicios. Otras ofrecen toda la gama de bienes y actividades necesarios para la detención: concepción arquitectónica, financiamiento, construcción, mantenimiento, administración, seguros, empleados y hasta la búsqueda y el transporte de los presos procedentes de otras jurisdicciones que alquilan plazas para sus reincidentes. Puesto que también existe un floreciente mercado de "importación y exportación" de detenidos entre los estados, algunos de los cuales tienen demasiados presidiarios y otros un excedente de celdas.⁶⁰⁰

A quinta tendência observada por Wacquant foi o desenvolvimento de uma política carcerária de “*affirmative action*”, em que o crescimento horizontal verificado com o aumento do número de funcionários ligados ao sistema prisional acaba por provocar um “escurecimento” não só da população encarcerada, como também dos operadores prisionais, de modo que, desde 1989 e pela primeira vez na história americana, os negros são maioria entre os novos operadores das prisões, mesmo representando apenas 12% da população do país⁶⁰¹.

Esta rede de endurecimento penal observada nos Estados Unidos, acompanhada das cinco tendências observadas pelo referido autor, passam a se expandir para o

⁵⁹⁶ WACQUANT, Loïc. *Las Cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004, p. 93.

⁵⁹⁷ Id. *Ibid.* loc. cit.

⁵⁹⁸ Id. *Ibid.*, p. 97.

⁵⁹⁹ Id. *Ibid.* loc. cit.

⁶⁰⁰ Id. *Ibid.* loc. cit.

⁶⁰¹ Id. *Ibid.*, p. 99.

continente europeu, desembarcando, primeiramente, em Londres, divulgando-se a execução de um maior “rigor penal” que teria provocado uma quadruplicação da população carcerária norte americana⁶⁰². Curioso, somente, o fato de este aumento de população carcerária ter sido concomitante, conforme atesta Wacquant a um período em que a criminalidade estava estagnada, ou mesmo reduzida⁶⁰³.

Além dos Estados Unidos e da Europa, o movimento de lei e ordem também repercutiu na América Latina, conforme destaca Wacquant, que chega a descrever o cenário brasileiro:

*En agosto de 1998, el presidente de México lanza una "Cruzada nacional contra el crimen" por medio de una batería de medidas presentadas (como es habitual en casi todas partes) como "las más ambiciosas de la historia del país". Su objetivo manifiesto es "imitar programas como el de la 'tolerancia cero' de la ciudad de Nueva York". En septiembre del mismo año le toca al ministro de seguridad y justicia de Buenos Aires, León Arslanian, señalar que esa provincia argentina también aplicará "la doctrina elaborada por Giuliani". (...) En enero de 1999, tras la visita de dos altos responsables de la policía de Nueva York, el nuevo gobernador del Estado de Brasilia, Joaquim Roriz, anuncia la aplicación de la "tolerancia zero" gracias a la contratación inmediata de ochocientos policías civiles y militares adicionales en respuesta a una ola de delitos de sangre como las que experimenta periódicamente la capital brasileña.*⁶⁰⁴

Expandem-se, portanto, uma política criminal de embrutecimento, pugna-se por maior rigor na aplicação da lei penal, movimento este marcado por uma inflação carcerária, pela ampliação do corpo técnico e operacional ligado à gestão carcerária e por gastos vultosos com segurança pública. Não demorou muito a entrar em colapso, no contexto brasileiro, o referido modelo, passando a pena privativa de liberdade a apresentar condições degradantes de aprisionamento, não sendo novidade falar em superlotação carcerária, péssimas condições de higiene pessoal e proliferação de doenças contagiosas entre os aprisionados pelo Estado.

O modelo de PPPs no sistema prisional apresentou-se, então, como solução à crise enfrentada pela pena de prisão, ocultando-se a mudança paradigmática que a ingerência privada no cumprimento da pena privativa de liberdade opera, em termos

⁶⁰² WACQUANT, Loïc. *Las Cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004, p. 99.

⁶⁰³ Id. *Ibid.*, p. 24.

⁶⁰⁴ Id. *Ibid.*, p. 33.

político-criminais, quando o discurso de lei e ordem e tolerância zero é utilizado para legitimar a expansão da indústria carcerária⁶⁰⁵.

Neste sentido, Nils Christie expõe, com muita clareza, a função não declarada a que serve a fomentação do temor social e o modelo de endurecimento penal:

*En el área legal, el sistema de la ley y el orden se está adaptando silenciosa pero eficientemente a la modernidad; se está adaptando para convertirse en un fruto de la industrialización. Los valores centrales son ahora la definición de los objetivos, el control de la producción, la reducción de costos, la racionalidad y la división del trabajo; todo coordinado por un nivel de poder más alto.*⁶⁰⁶

Demais disso, insta esclarecer que esta adaptação silenciosa à ordem econômica não se restringe tão somente ao Direito Penal, perpetuando-se, como se verá, por meio do encarceramento, cuja adaptação aos moldes capitalistas resta cada vez mais evidente.

De acordo com Bauman⁶⁰⁷, a sociedade moderna enfrenta uma crise axiológica fruto de uma confusão de valores materiais e imateriais, em que não se sabe mais qual aquele que deve predominar em eventual confronto. Questiona-se, então, se, nos dias atuais, “é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir. Isto é, se ainda somos capazes e sentimos a necessidade de distinguir aquele que vive daquele que consome”⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Neste sentido, valiosa é a observação de Zaffaroni, que questiona a ideologia de *lei e ordem*, proclamada pelo chamado *Direito Penal de Emergência*, atentando para os *problemas* que, voluntariamente, “costumam ser deixados de lado, através de uma delimitação discursiva arbitrária que evita confrontar a crise”, como nítida demonstração da capacidade que detém o Estado de *criar* situações emergenciais para legitimar a flexibilização de direitos fundamentais. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.12. Registre-se que “Direito Penal de Emergência” é expressão cunhada por Sergio Moccia, ao questionar a *perene* situação de emergência em que se encontra o Direito Penal, a justificar a ampliação do poder estatal. Cf. MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, *passim*.

⁶⁰⁶ CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?* Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p.154.

⁶⁰⁷ BAUMAN, Zyngmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.88-89.

⁶⁰⁸ Id. *Ibid.* loc. cit.

Esta crise valorativa acaba por dividir, na concepção de Bauman⁶⁰⁹, a sociedade entre investidores (esta dotada de influência *global*) e fornecedores de mão-de-obra (cuja dimensão é estritamente *local*), em que esta assimetria nas dimensões de atuação de cada um repercute, diretamente, na dominação dos primeiros pelo segundo.

Não se trata de introduzir qualquer discurso de cunho maniqueísta, mas de avançar para uma observação fática e realista da forma como a dinâmica econômica de segregação espacial da diferença reverbera nas demais instâncias de dominação social, máxime nos Direitos Penal e Penitenciário:

O confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com os setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar. Os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de etnia ou religião diversas das predominantes. Quando tinham permissão de andar fora das áreas a eles destinadas, eram obrigados a levar sinais do seu isolamento para que todos soubessem que pertenciam a outro espaço. *A separação espacial que produz um confinamento forçado tem sido ao longo dos séculos uma forma quase visceral e instintiva de reagir a toda diferença e particularmente à diferença que não podia ser acomodada nem se desejava acomodar na rede habitual das relações sociais.* (grifou-se)⁶¹⁰.

Percebe-se, portanto, que, muito embora esteja a idéia de segregação consubstanciada na noção de alternativa a um dado segmento social reputado *indesejado* pela força política predominante, esta repulsa sempre se limitou ao convívio comum, porquanto nunca deixou de agregar ao modelo de confinamento um caráter utilitarista, o qual, não raro, acaba por se transformar na própria base estrutural da sociedade excludente. Assim aconteceu com os escravos, com os judeus nos campos de concentração nazistas e, hoje, tem-se continuidade com os condenados à pena privativa de liberdade⁶¹¹.

⁶⁰⁹ BAUMAN, Zyngmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.113.

⁶¹⁰ Id. *Ibid.*, p.114.

⁶¹¹ Neste sentido, dispõe Nils Christie que “en ciertas épocas, tener esclavos fue muy buen negocio. En el caso de este siglo, hubo varias experiencias exitosas. Los campos de trabajo de Stalin y los campos de concentración de Hitler cumplieron con numerosas tareas; cuando dejaron de funcionar, no fue porque hubieran dejado de cumplir con los objetivos que les habían dado origen. Incluso en las últimas etapas de los antiguos regímenes de Europa Oriental, varios de los sistemas carcelarios tenían fines de lucro. La moral de trabajo era muy baja tanto dentro como fuera de la prisión, pero adentro era mucho más fácil de controlar.” (1993, p. 79)

A idéia de cárcere enquanto algo indesejável, amplamente difundida pelos meios de comunicação públicos e privados e a expansão do movimento de lei e ordem escondem, em verdade, toda uma indústria de consumo que movimenta o mercado capitalista da sociedade moderna, recorrendo-se, mais uma vez, aos ensinamentos de Bauman:

Desde o início foi e continua até hoje altamente discutível se as casas de correção, em qualquer de suas formas, preencheram alguma vez seu propósito declarado de “reabilitação” ou “reforma moral” dos internos, de “trazê-los novamente ao convívio social”. A opinião corrente entre os pesquisadores é que, ao contrário das melhores intenções, as condições endêmicas inerentes às casas de confinamento supervisionadas trabalham *contra* a “reabilitação”. *Os preceitos sinceros da ética do trabalho não se enquadram no regime coercitivo das prisões, seja qual for o nome que lhes dêem.* (grifou-se)⁶¹².

Com isso, na atual segregação social entre consumidores e não consumidores, o confinamento surge como uma “*alternativa ao emprego*”, atribuindo utilidade econômica à parcela social tradicionalmente posta à margem da sistemática capitalista, transformando o apenado em força de produção barata, estigmatizada e controlada em que, à pretexto de se ressocializar, rompe-se com os hábitos do trabalho regular, flexibilizando direitos e garantias historicamente consagrados⁶¹³.

Seguindo a concepção de Massimo Pavarini, o modelo capitalista altera, inclusive, a tradicional identificação entre cumprimento de pena e perda de liberdade. Isto porque, com a nova ordem econômica, tal direito fundamental adquire uma espécie de equivalência em pecúnia:

*[...] antes de la aparición del sistema de producción capitalista no existía la cárcel como lugar de ejecución de la pena propiamente dicha que consistía, como se ha señalado, en algo distinto a la pérdida de libertad. Sólo con la aparición del nuevo sistema de producción la libertad adquirió un valor económico: en efecto, sólo cuando todas las formas de la riqueza social fueron reconocidas al común denominador de trabajo humano medido en el tiempo, o sea de trabajo asalarando, fue concebible una pena que privase al culpable de un quantum de libertad, es decir, de un quantum de trabajo asalarado. Y desde este preciso momento la pena privativa de la libertad, o sea la cárcel, se convierte en la sanción penal más difundida, la pena por excelencia en la sociedad productora de mercancías.*⁶¹⁴

⁶¹² BAUMAN, Zyngmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.118.

⁶¹³ Id. *Ibid.*, p.119-120.

⁶¹⁴ PAVARINI, MASSIMO. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad. Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p.36-37.

Com a proposta de parcerias público-privadas no sistema carcerário, o caráter punitivo da pena privativa de liberdade torna-se ainda mais gravoso. Como já se viu, os requisitos de seleção para as empresas que se instalarão na respectiva unidade para a exploração da mão de obra dos apenados obedecem, tão somente, aos parâmetros estabelecidos pelo particular, os quais, como cediço, submetem-se não aos critérios do interesse público, mas do intuito lucrativo capitalista. Com isso, o apenado não só sofre pela redução do valor da sua força de trabalho, como também pela submissão desta à exploração do gestor privado.

Bauman, portanto, atribui esta crise da sociedade moderna a um gradativo e contínuo processo de desintegração do Estado enquanto seu centro gravitacional. Neste contexto, “os medos relacionados com a precariedade da ordem deixaram de se concentrar no estado”, uma vez que “a responsabilidade pela situação humana foi privatizada e os instrumentos e métodos de responsabilidade foram desregulamentados”⁶¹⁵.

Idêntica preocupação é manifestada por Nils Christie, que evidencia a forma encontrada pela teoria do delito para resolver os problemas da distribuição desigual de riquezas e do acesso ao trabalho remunerado⁶¹⁶. A solução consiste em associar a necessidade de produção de riquezas ao controle exercido em face dos transgressores da ordem social.

Neste tocante, destaca o supracitado autor que, em comparação às demais indústrias, a do delito encontra-se em posição privilegiada, pois não enfrenta o problema da escassez de matéria prima, uma vez que a oferta de delitos – e, conseqüentemente, de delinqüentes – é infinita⁶¹⁷.

A concepção de Christie afina-se, portanto, à criminologia crítica, segundo a qual o crime não corresponde a uma realidade objetiva, ontológica, mas a uma criação

⁶¹⁵ BAUMAN, Zyngmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rev. Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p.53-54.

⁶¹⁶ CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?* Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p.21.

⁶¹⁷ Id. Ibid. loc. cit.

humana, decorrente, pois, de vontade política. Por esta razão, a questão da superlotação carcerária é, sobretudo, fruto de um acúmulo inventivo na tipificação de condutas desviantes, é dizer, comportamentos antes lícitos passam a ser criminalizados.

Este “inchaço” do Direito Penal⁶¹⁸ está relacionado com a atual política de lei e ordem, figurando proposta extremamente útil para aqueles que vêem a superlotação prisional não como um problema, mas como fértil terreno para a expansão industrial:

*[...] cárcel quiere decir dinero. Mucho dinero. En los edificios, en el equipamiento y en la administración. Esto es así, se trate de una cárcel privada o estatal. En los sistemas occidentales siempre intervienen empresas privadas, de una manera u otra.*⁶¹⁹

Por fim, o referido autor calcula, ainda, os efeitos futuros para este usual processo de utilização da mão-de-obra carcerária, evidenciando que, com a importância que passam a assumir para a economia, os presos, também, adquirem mais poder para o enfrentamento das ordens repressoras, consequência esta que poderá trazer sérios problemas ao ente soberano.

Percebe-se, portanto, que a permissão de maior ingerência privada no sistema de execução penal tem como um de seus impactos político-criminais a expansão de um modelo de tolerância zero e lei e ordem de encarceramento. Isto porque põe em foco a penitenciária não como um reduto de indesejáveis e marginalizados, mas como uma esquecida e proveitosa fonte de mão de obra barata.

⁶¹⁸ Neste sentido, oportuno recordar os ensinamentos de Loïc Wacquant, que trata da expansão do “Estado penitência” como consequência direta da desintegração do “Estado providência”: “*la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia distópica [dystopique] del Estado penal: la miseria y la extinción de uno tienen como contrapartida directa y necesaria la grandeza y la prosperidad insolente del otro*”. (2004, p. 88)

⁶¹⁹ CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?* Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p.106.

4.3.5. PPPs no sistema prisional e seus impactos político-criminais: argumentos contrários e favoráveis à adoção do novo modelo

Hassemer atesta, com acerto, que a criminalidade faz parte das condições de qualquer vida social, freqüentemente antecipando as futuras mudanças sociais⁶²⁰. Assevera, portanto, que a criação de leis penais é um ato político, e não uma simples transposição de princípios para o Código Penal, e, uma vez legitimado o legislador a definir quais condutas são merecedoras de pena, a este cabe, também, determinar seu conteúdo e extensão, bem como a adaptação do conteúdo proibitivo ao seu tempo⁶²¹.

Ao adaptar a lei penal ao seu tempo, seguindo, ainda, a orientação de Hassemer, o alcance normativo poderá passar por diversas variações, quer aumentando a intensidade da cominação penal, que descriminalizando determinado tipos de conduta⁶²². Esta decisão específica política reflete um programa geral de política criminal que define quais orientações deve adotar o Estado no controle, prevenção e combate à criminalidade.

Conforme já se tratou em tópico próprio, as parcerias público-privadas no sistema prisional se ajustam melhor a uma política criminal de lei e ordem do que a um modelo político de *direito penal mínimo*, já que a execução penal passa a gravitar em torno da rentabilidade econômica que se pode extrair do cárcere. Assim, se o encarceramento passa a ser objeto de exploração econômica, logicamente, o que se espera é esse novo paradigma refletir um Estado policialesco, e não o respeito à tutela penal enquanto *ultima ratio*.

Pretende-se avaliar, neste instante, de que forma a adoção do sistema de PPPs no âmbito prisional pode repercutir no sistema progressivo de cumprimento de pena. Trata-se, portanto, de avaliar a dogmática penal não de modo estanque, mas a partir da política criminal e da nova criminologia crítica, reconhecendo-se, logicamente, a inafastável relação que guardam as três mencionadas disciplinas.

⁶²⁰ HASSEMER, Winfried; conde, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 40.

⁶²¹ Id. Ibid., p. 75-76.

⁶²² Id. Ibid. loc. cit.

Consoante sustenta Francisco Muñoz Conde, nas tensões dialéticas entre indivíduo e sociedade, o conflito é quase sempre decidido em favor desta, não só por ser esta mais forte, como também por ser o Direito penal um sistema de controle a serviço da proteção dos interesses sociais⁶²³. Neste sentido, observando-se as PPPs no sistema prisional, percebe-se uma tensão entre interesses do mercado capitalista e o direito individual de respeito à dignidade do apenado, refletindo o novo modelo proposto uma forma de exploração e controle de mão de obra.

Tornar a execução penal objeto de exploração econômica significa promover uma mudança político-criminal no que diz respeito, inicialmente, à orientação de ações estatais de melhorias de base. Atesta Loïc Wacquant que, no conflito entre Estado providência e Estado penitência, a política social abandonou, progressivamente, a meta de reforma da sociedade, preocupando-se, agora, em supervisionar a vida dos pobres⁶²⁴. Não se trata aqui imprimir discurso panfletário ou maniqueísta, mas de reconhecer que a dogmática penal reflete um panorama criminológico e político de um dado contexto social.

Deste modo, a causa mais remota do abandono das políticas de base são as condições estruturais da pobreza social⁶²⁵, ora refletidas em um modelo de distanciamento estatal da máxima expressão de controle da sociedade, isto é, a gestão do cumprimento da pena privativa de liberdade. Mesmo no que tange à parcela administrativa da execução penal, o distanciamento do Estado já traduz um certo descaso para com o apenado.

Ensina David Garland que, durante o Estado do bem-estar social, a prisão era considerada uma instituição problemática, contraproducente e que pouco servia aos objetivos de correção, ocasião em que surgem, durante grande parte do século XX, movimentos contra políticas de encarceramento e a favor de penalidades

⁶²³ CONDE, Francisco Muñoz. La Objeción de Conciencia en Derecho Penal. In: SÁNCHEZ, Jesus Maria [Org.]. *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997, p. 293.

⁶²⁴ WACQUANT, Loïc. *Las Cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004, p. 48.

⁶²⁵ Id. Ibid., p. 48.

monetárias⁶²⁶. Entretanto, nos últimos vinte e cinco anos essa tendência se inverteu, sobretudo nos Estados Unidos, verificando-se, agora, um clamor social pela intolerância⁶²⁷.

Além do aumento do número de presos encarcerados nos Estados Unidos, verificou-se, também, um aumento na extensão do tempo de duração das penas privativas de liberdade, conforme destaca David Garland:

*La reversión de esta tendencia en Estados Unidos fue seguida por el aumento más pronunciado y sostenido en la tasa de encarcelamiento que se ha registrado desde el nacimiento de la prisión moderna en el siglo xix. En el período comprendido entre 1973 y 1997, la cantidad de presos encarcerados en Estados Unidos subió más de un 500 por ciento. Es igualmente llamativo el incremento que hubo en la frecuencia relativa de condenas custodiales (por oposición a las condenas que no consisten en privación de la libertad) y en la extensión promedio de la duración de las penas privativas de la libertad, aumento que continuó mucho después de que se diera un descenso en las tasas oficiales de delito. Luego de un siglo en el que la tendencia secular era el ascenso de las tasas de delito y el descenso de las tasas de encarcelamiento, el período reciente ha visto emerger, primero en Estados Unidos y luego en Gran Bretaña, el fenómeno opuesto: tasas de encarcelamiento crecientes y tasas de delito descendentes.*⁶²⁸

O curioso é que o aumento do índice de encarceramento veio acompanhado, segundo atesta o referido autor, a uma diminuição do índice de criminalidade, o que prova ser o referido panorama fruto de uma nova política, e não de uma sociedade mais ou menos violenta. Significa constatar que a prisão já não funciona como um mecanismo de reforma ou reabilitação, mas como instrumento de satisfação do afã social de punição, retribuição e castigo⁶²⁹.

No mesmo sentido atesta Loïc Wacquant, segundo o qual “*esta triplicación de la población penitenciaria en 15 años es un fenómeno sin precedentes ni comparación en ninguna sociedad democrática, visto que se produjo durante un período en que la criminalidad se mantuvo globalmente constante y luego declinó*”⁶³⁰.

⁶²⁶ GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traduzido Por Máximo Sozzo. Barcelona : Gedisa, 2005, p. 50.

⁶²⁷ Id. Ibid. loc. cit.

⁶²⁸ Id. Ibid., p. 50-51.

⁶²⁹ Id. Ibid., p. 51.

⁶³⁰ WACQUANT, Loïc. *Las Cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004, p. 89.

Manuel Cancio Meliá também retrata este paradoxo no contexto espanhol, evidenciando que esta disparidade entre ameaça real e discurso penal está presente nas ações relacionadas ao ETA (*Euskadi Ta Askatasuna* – Pátria basca e liberdade), uma vez que “as medidas de endurecimento mais recentes – com vigência a partir de 2000 – coincidem precisamente com uma inclinação muito evidente das ações violentas do ETA, com uma diminuição muito notável tanto em quantidade como em intensidade dos delitos cometidos”⁶³¹.

A partir das décadas de 80 e 90, a política da Nova Direita dominou a política social e econômica dos Estados Unidos e Grã-Bretanha, abandonando soluções solidárias do *Welfare State* para assumir a política neoliberal, esta pautada na crença inquestionável do valor da competência; na empresa seus incentivos; bem como nos efeitos saudáveis da desigualdade e do risco⁶³². Este novo contexto é marcado pela redução de custos; privatização do setor público; redução dos benefícios do *welfare* e, ainda, pela ampliação da atuação de mercado⁶³³:

*Los impuestos para los ricos fueron reducidos considerablemente y los déficits estatales resultantes se tradujeron en nuevos recortes del gasto social. El resultado fue un aumento de las desigualdades y una estructura de incentivos distorsionada que alentaba a los ricos a trabajar haciéndolos más ricos y obligaba a los pobres a trabajar haciéndolos más pobres.*⁶³⁴

Dentre as diversas reformas deste novo contexto, David Garland atenta para aquelas relacionadas ao controle da criminalidade, como é o caso da privatização de prisões e de polícias comunitárias, iniciadas de forma modesta e logo se ampliaram para os Estados Unidos e a Grã-Bretanha⁶³⁵.

Destaca David Garland que, desde meados da década de 80, a justiça penal passa por um rápido processo de privatização e comercialização, de modo que diversas tarefas, a exemplo da escolta nos tribunais; supervisão de liberdade condicional;

⁶³¹ MELIÁ, Manuel Cancio. De Novo: “Direito Penal” do Inimigo?. Traduzido por: Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira Disponível em: < www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A12.pdf > Acesso em 17 dez 2010, p. 232.

⁶³² GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedade contemporánea*. Traduzido Por Máximo Sozzo. Barcelona : Gedisa, 2005, p. 172-173.

⁶³³ Id. Ibid., p. 173.

⁶³⁴ Id. Ibid. loc. cit.

⁶³⁵ Id. Ibid., p. 181.

construção e gestão de penitenciárias têm sido encomendadas contratualmente a empresas privadas⁶³⁶.

Segundo o referido autor, os contratantes privados “*están guiados por el afán de lucro y pueden perseguir su interés comercial siempre y cuando lo hagan dentro de los deberes establecidos en su contrato con las autoridades gubernamentales, estando sometidos a diversas formas de seguimiento y regulación*”⁶³⁷. Como se vê, tais medidas de privatização refletem as bases principiológicas neoliberais, tendo sido instaladas nos Estados Unidos sob forte oposição de profissionais da área penal e dos sindicatos dos funcionários de segurança pública, estes últimos temerosos por uma deterioração das suas condições de trabalho por conta da redução de custos⁶³⁸.

Este modelo penal neoliberalista estadunidense, que, rapidamente, expandiu-se para diversos outros Estados soberanos, não demorou muito a revelar os seus primeiros impactos sociais negativos, conforme adverte Garland:

*Más recientemente, y por razones similares, esta predisposición a fusionar la provisión pública y privada ha comenzado a afectar a la actividad policial, en la medida en que la policía pública ha sido alentada a reconocer y cooperar con su contraparte, en rápida expansión, del sector privado. Este involucramiento del sector privado es posible que produzca consecuencias fatídicas, dado que comienza a transformar el carácter del campo del control del delito, estableciendo nuevos intereses e incentivos, creando nuevas desigualdades de acceso y provisión y facilitando un proceso de expansión penal y policial que de otra forma podría haber sido mucho más contenido.*⁶³⁹

Significa, portanto, que o envolvimento do setor privado na execução penal acabou provocando um movimento expansionista, o que já foi tratado no tópico anterior, quando da análise da relação entre as PPPs prisionais e a política de lei e ordem, e, ademais, favorecendo uma política de encarceramento, pondo em risco o próprio sistema progressivo de cumprimento de pena.

⁶³⁶ GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedade contemporánea*. Traduzido Por Máximo Sozzo. Barcelona : Gedisa, 2005, p. 199.

⁶³⁷ Id. Ibid. loc. cit.

⁶³⁸ Id. Ibid., p. 199-200.

⁶³⁹ Id. Ibid., p. 200.

Isto porque se passa a transpor, para a execução penal, uma política de mercado incompatível com a finalidade educativa da pena. O modelo de gestão empresarial está baseado na redução de custos e na sobrecarga de trabalho, o que conflita, diretamente, com a noção de aproximação gradual entre o apenado e a realidade fora do cárcere. A progressão do apenado representa um controle reduzido ou, conforme o caso, até a perda da mão de obra, o que implica mais custo com treinamento de operários, além de tempo para aprendizado e redução na qualidade do trabalho desempenhado pelo apenado.

Neste sentido, submeter a política de execução penal a um ideal capitalista neoliberal significa, também, ver com novos olhos o sistema progressivo, uma vez que a rotatividade crescente de massa operária não é desejada por nenhum empregador, o que pode vir a ser traduzido em termos dogmáticos e, ainda, legitimado em termos políticos por um culto ao sistema de controle de lei e ordem.

José Ingenieros aponta a existência de um novo Direito penal em formação, com novas tendências penitenciárias, direcionadas a um vasto programa de defesa social contra o delito, pautado na prevenção; reforma; readaptação e seqüestro definitivo dos inadaptáveis⁶⁴⁰. Este novo Direito penal resgata alguns fundamentos da antiga criminologia científica, admitindo a idéia de que certos delinqüentes são irrecuperáveis. Permitir que a execução penal torne-se objeto de exploração econômica acaba fomentando esta nova visão de Direito penal, uma vez que o discurso de melhoria de qualidade no cumprimento da pena esconde, em verdade, um interesse no encarceramento definitivo ou, pelo menos, prolongado, do apenado.

Juarez Cirino dos Santos tece severa crítica à mercantilização da execução penal, apontando as suas conseqüências negativas para o sistema progressivo:

A prioridade do trabalho produtivo origina pressões sobre o Poder Judiciário para aplicação de penas longas e *introduz critérios econômicos para decisões judiciais sobre livramento condicional, progressão de regimes, comutação ou redução de penas e outros direitos de preso*. Em poucas palavras, a prisão, instituição de controle social, não pode se transformar em empresa, instituição econômica de estrutura social.⁶⁴¹
(grifou-se)

⁶⁴⁰ INGENIEROS, José. *Criminologia*. Madrid: Daniel Jorro, 1913, p. 10.

⁶⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p.501.

Desta forma, o interesse econômico altera diversos aspectos da própria dogmática penal. Há, inicialmente, uma pressão social por penas mais longas, em ofensa frontal ao princípio da proporcionalidade e da individualização⁶⁴² das penas, uma vez que é mais interessante economicamente que um mesmo preso funcione, por mais tempo, como mão de obra, já que a constante renovação de mão de obra incrementa o custo de produção. Além disso, há maior pressão pela criação de obstáculos à progressão de regime, já que se encontrou uma utilidade para a grande massa encarcerada, servindo esta como mão de obra barata aos contratantes privados, que lhes negocia a força de trabalho.

Destarte, as PPPs no sistema prisional têm como efeito prejudicial uma modificação na sistemática executiva da pena, legitimando a imposição de penas privativas de liberdade com excessiva duração, o que, conforme alerta Alejandro Poquet, fere o propósito pedagógico e garantista de execução da pena.⁶⁴³

De acordo com o novo modelo, a proposta estatal de ressocialização, se, antes, ideal a ser perseguido, torna-se, agora, eventual resultado a ser, positivamente, afastado, já que não só a mão de obra das indústrias carcerárias, como também o próprio discurso que as legitima⁶⁴⁴, passa a depender, intrinsecamente, da criminalidade crescente.

⁶⁴² Esta individualização é ameaçada tanto no que tange à cominação da pena em abstrato, quanto na sua efetiva aplicação. Sobre individualização da pena cominada, destaca Alejandro Poquet: “*Para el límite mínimo, se toma en cuenta que la ventaja del delito no supere la desventaja de la pena, pero aconsejando la desaparición de la imposición de un mínimo por la gran dificultad de graduar el costo de las penas de encierro en cada caso en particular. Para el tope máximo, se recurre al criterio consistente en que ninguna pena importe un sufrimiento mayor que el producido por el ilícito. Este parámetro serviría para deslegitimar las sanciones desproporcionadas [...]*” POQUET, Alejandro. *Temas de derecho penal y criminología*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 93. Sobre a individualização quando da aplicação da pena, destaca o referido autor: “*Ferrajoli resalta acá la ingenuidad e ineficacia del mito del juez como boca de la ley, producto del penalismo ilustrado para frenar el despotismo judicial, o lo que es lo mismo, de la rígida predeterminación legal para la supresión de la discrecionalidad judicial en la valoración de la gravedad del delito y de la pena. Para él sólo una total incomprensión de la epistemología del juicio puede pretender suprimir el ámbito discrecional que implican los actos de valoración judicial, respecto de los cuales no se puede exigir un control objetivo, sino que las decisiones judiciales valorativas sean explícitas y motivadas.*” Id. Ibid., p. 94.

⁶⁴³ Id. Ibid. loc. cit.

⁶⁴⁴ Trata-se do chamado “*Direito Penal de Emergência*”, fundamentado na flexibilização de direitos fundamentais legitimada a partir de uma manipulável noção de *emergência*, reclamando uma resposta efetiva (ou seria melhor dizer “*punitiva*”?) das instituições de controle. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 1-2. Registre-se que “*Direito Penal de Emergência*” é expressão cunhada por Sergio Moccia, ao questionar a *perene*

Desta forma, as parcerias público-privadas no sistema prisional refletem uma demanda por um novo modelo de política criminal, pautado na previsão abstrata de penas cada vez mais severas, e regimes de cumprimento cada vez mais distantes do tão sonhado retorno à vida em sociedade. Este novo modelo acaba provocando a dicotomia observada por Carlos Alberto Elbert, segundo o qual as boas intenções legislativas de ressocialização e reintegração social não são efetivamente concretizadas quanto da execução da pena⁶⁴⁵.

Decerto que, não sendo o Direito uma ciência exata, não é possível dispor, com precisão matemática, sobre impactos futuros de uma política recente. Hassemer ensina, com lucidez, que a utilidade e eficácia de novas políticas são sempre prognósticos que nunca se sabe se irão se confirmar⁶⁴⁶, o que não significa, porém, transferir este debate para um momento futuro, com efeitos e conseqüências já concretizados, uma vez que não há como negar ser o Direito uma ciência social, que muda conforme mudam as relações sociais e econômicas.

Ademais, as parcerias público-privadas em presídios também podem repercutir, além de na *execução* da pena, na própria *aplicação* da pena privativa de liberdade. Cite-se, como exemplo, o caso das prisões privadas da Pensilvânia, Estados Unidos, em que cinco mil crianças foram consideradas culpadas e duas mil foram presas por juízes corruptos que recebiam contribuições de construtores e proprietários de prisões privadas que se beneficiavam das suas decisões⁶⁴⁷.

situação de emergência em que se encontra o Direito Penal, a justificar a ampliação do poder estatal. Cf. MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, passim. Neste sentido, valiosa é a observação de Zaffaroni, que questiona a ideologia de *lei e ordem*, conclamada pelo chamado *Direito Penal de Emergência*, atentando para os *problemas* que, voluntariamente, “costumam ser deixados de lado, através de uma delimitação discursiva arbitrária que evita confrontar a crise”, como nítida demonstração da capacidade que detém o Estado de *criar* situações emergenciais para legitimar a flexibilização de direitos fundamentais. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.12.

⁶⁴⁵ ELBERT, Carlos Alberto. *Manual Básico de Crominología*. Buenos Aires: EUDEBA, 1998, p. 113.

⁶⁴⁶ HASSEMER, Winfried; conde, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 76.

⁶⁴⁷ GOODMAN, Amy. *Prender miúdos por dinheiro*. Traduzido por Sofia Gomes. Disponível em: <http://antigo.esquerda.net/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=11094> Acesso em: 2 jan. 2011.

Os juízes Os juízes Mark A. Ciavarella Jr. e Michael T. Conahan foram considerados culpados por terem recebido 2,6 milhões de dólares em compensações por mandar prender crianças que, muitas vezes, sequer tinham acesso a um advogado⁶⁴⁸. Neste sentido, caso relatado oferece um vislumbre extraordinário da vergonhosa indústria das prisões privadas que está a florescer nos Estados Unidos (EUA), e serve de exemplo a ser considerado pelo Brasil na adoção de parcerias público-privadas no sistema prisional⁶⁴⁹.

Deve-se refletir, portanto, sobre os impactos negativos que a adoção do sistema de PPPs pode gerar no âmbito do próprio Judiciário brasileiro, incrementando, seja por meios criminosos ou não, uma política de encarceramento, destinada à exploração da mão de obra carcerária e ao desenvolvimento da indústria prisional.

Por fim, é importante sistematizar os principais argumentos favoráveis e contrários à atuação privada na administração carcerária, como forma de avaliar se a nova medida representa ou não uma política criminal acertada e de se refletir sobre quais argumentos têm, efetivamente, força para afastar ou corroborar a referida proposta.

Cumprir avaliar, inicialmente, avaliar os argumentos favoráveis. Conforme esquematiza Luís Flávio Borges D'Urso⁶⁵⁰, alega-se que o Estado não investe no sistema penitenciário; as empresas particulares dispõem de maior agilidade, liberadas da típica burocracia estatal; as empresas privadas conseguem otimizar os serviços, reduzindo despesas sem prejuízo da qualidade; o novo modelo proporciona uma economia para o Estado, que poderá empregar recursos em outros setores.

Sobre a ausência de investimentos no setor penitenciário; otimização de serviços e redução de despesas, trata-se de argumentos que devem ser levados em conta, entretanto, com certa cautela. Isto porque os bons resultados obtidos no modelo terceirizados não serão verificados, necessariamente, no sistema de PPPs. A

⁶⁴⁸ GOODMAN, Amy. *Prender miúdos por dinheiro*. Traduzido por Sofia Gomes. Disponível em: <http://antigo.esquerda.net/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=11094> Acesso em: 2 jan. 2011.

⁶⁴⁹ Id. Ibid. Acesso em: 2 jan. 2011.

⁶⁵⁰ D'URSO, Luís Flávio Borges. *A Privatização dos Presídios* (terceirização). Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 1996, p.199-200.

experiência estrangeira mostra que, aproximando-se do exemplo estadunidense, o que se deve esperar é uma queda da qualidade do serviço, e não a sua melhoria.

Entretanto, a efetividade, *per se*, não é argumento suficiente para justificar uma mudança estrutural no sistema de cumprimento de pena. O Estado não pode avaliar permissão de maior ingerência privada na gestão prisional pautando-se, apenas, em elementos de ordem econômica. É necessário, como já se disse, promover uma análise dos possíveis impactos de tal alteração, para que se verifique se estes são compatíveis com os objetivos de ressocialização e reintegração social do apenado.

Assim, no que tange aos argumentos contrários, critica-se o modelo de atuação privada na gestão prisional (seja por terceirização, parceria ou privatização) sob o argumento de que os contratos de privatização não oferecem garantia de continuidade; trata-se de proposta imoral por ter o lucro como objeto; trata-se de modelo que tem por foco a exploração da mão de obra carcerária; a proposta não garante a recuperação ou reintegração social do apenado; há o risco de as empresas particulares caírem sob o controle do crime organizado; não há interesse empresarial em diminuição do contingente prisional; o empresário não conta com funcionários devidamente especializados e qualificados para o exercício da atividade; e, por fim, compete, exclusivamente, ao Estado o monopólio de se impor e executar uma pena⁶⁵¹.

Cabe, neste instante, avaliar cada um dos referidos impactos. O argumento sobre a continuidade do serviço não tem força suficiente para afastar a proposta de atuação privada, uma vez que os atos administrativos gozam de imperatividade e auto-executoriedade.

Explica Hely Lopes Meirelles que a imperatividade é o atributo de que goza o ato administrativo no sentido de poder impor, unilateralmente, obrigações a seus administrados⁶⁵². A auto-executoriedade, por sua vez, “consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria

⁶⁵¹ D'URSO, Luís Flávio Borges. *A Privatização dos Presídios* (terceirização). Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 1996, p.197-198.

⁶⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137.

Administração, independentemente de ordem judicial”⁶⁵³. Deste modo, o Estado tem o poder de forçar a continuidade do serviço por parte do contratado privado, independentemente da aquiescência deste e, ainda, sequer precisa recorrer ao Judiciário para fazer valer tal comando.

Quanto ao argumento da imoralidade, sabe-se que a moral, muito embora sirva de influência remota na elaboração de normas jurídicas, não se confunde com o Direito, não figurando fundamento suficiente para afastar a proposta de parcerias público-privadas. Neste sentido, Tércio Sampaio reconhece uma certa similaridade entre direito e moral, ressaltando que ambos “têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual”⁶⁵⁴, entretanto, o autor ressalta que não se confundem, figurando a respectiva diferenciação uma das grandes tarefas da filosofia jurídica. Aponta, neste sentido uma das principais distinções ocidentais, segundo a qual “normas jurídicas dizem respeito à conduta *externa* do indivíduo, sendo indiferente aos motivos e às intenções, ao passo que os preceitos morais referem-se ao aspecto *interno* do comportamento”⁶⁵⁵.

Quanto à alegação de ausência de garantias de ressocialização e de possibilidade de corrupção, registre-se que tais circunstâncias podem ser verificadas tanto no modelo estritamente público quanto no sistema de PPPs, não funcionando como fundamento idôneo para afastar, *per se*, a medida, mas tão somente para contestar a nova proposta.

Sobre a alegação de que os funcionários, nas gestoras privadas, não são qualificados ou especializados, viu-se que se trata de argumento falacioso, uma vez que um dos indicativos de desempenho avaliados no capítulo anterior dizia respeito, justamente, ao tempo de frequência em cursos de especialização e treinamento, o qual é notadamente superior nos modelos terceirizados de gestão carcerária.

⁶⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137.

⁶⁵⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 356.

⁶⁵⁵ Id. Ibid. loc. cit.

Sobre o monopólio estatal na imposição e execução da pena, provou-se, no segundo capítulo, se a execução penal atividade de natureza híbrida, com parcela judiciária e administrativa, sendo esta última passível de delegação, ainda que somente de atos materiais. Dessa forma, uma vez não se confundindo o sistema de PPPs com o modelo de privatização, uma vez que, naquele, a titularidade da atividade permanece junto ao Estado, não há que se cogitar qualquer vício de legalidade na adoção da medida.

A acusação de exploração de mão de obra carcerária e conseqüente interesse no encarceramento, porém, mereceu, no presente estudo, uma análise mais detida. Como se viu, a substituição do modelo estatal por sistemas de terceirização ou de PPPs traz impactos políticos na execução penal.

Neste sentido, a exploração da força de trabalho do preso, para além de ato imoral, também representa uma mudança paradigmática na execução penal brasileira, em que a mercantilização da pena privativa de liberdade pode significar, inclusive, a tradução, em termos dogmáticos, de um novo modelo de aplicação e execução da pena, figurando concreta ameaça ao sistema progressivo e até alterando a jurisprudência pátria para que esta assuma uma política de lei e ordem, incrementando uma política de encarceramento.

Além disso, merecem destaque os possíveis impactos das PPPs no que tange à aplicação da lei penal e ao sistema progressivo. Isto porque, a partir do momento em que o cumprimento de pena passa a ser explorado economicamente, passa-se a demandar penas cada vez mais longas, e a se pressionar a imposição de um encarceramento mais severo, incompatível com a aproximação gradual entre apenado e vida social, o que vai de encontro à finalidade ressocializadora da pena. Além disso, não se pode fugir da avaliação do que mostrou a experiência estadunidense, em que se verificou a corrupção de juízes por empresas privadas exploradoras da administração carcerária para que suas decisões favorecessem o sistema prisional privatizado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do quanto exposto, cumpre asseverar que:

A. A execução penal tem natureza híbrida, apresentando parcela jurisdicional indelegável e , ainda, uma parcela administrativa, podendo esta ser delegada ao particular, desde que o Estado permaneça com a sua titularidade.

B. As parcerias público-privadas não apresentam vícios de legalidade quando aplicadas no âmbito da execução penal, uma vez que não se trata de delegação de função jurisdicional e que o poder de polícia delegado ao particular não é transferido em sua titularidade, mas tão somente quanto a atos materiais de coerção.

C. Os modelos terceirizados são eficientes na administração carcerária, apresentando resultados superiores quando comparados às gestões estatais, conseguindo conciliar uma redução de custo com o aumento da qualidade do serviço.

D. Os resultados obtidos no modelo terceirizado não poder ser simplesmente transpostos para o modelo de Parcerias Público-Privadas que, atualmente, encontra-se em fase final de implementação, uma vez que, seguindo a experiência norte-americana, uma ingerência muito grande de atores privados na gestão prisional tem implicado, além de uma redução drástica de custos, em uma diminuição significativa da qualidade do serviço, o que funciona, para o Estado, como uma transferência, para o futuro, da crise no sistema carcerário, já que, com uma má qualidade de cumprimento de pena, fatalmente apenado, uma vez voltando à vida em sociedade, voltará a delinquir.

E. As necessidades de adaptação do Estado à nova realidade social não pode perder de vista a necessidade vinculação das mudanças propostas aos fundamentos e princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito pátrio, de modo que não pode o Estado permitir a exploração econômica da mão de obra carcerária,

admitindo que o gestor privado administre a utilização da força de trabalho dos presos utilizada por outras empresas privadas.

F. A proposta de parcerias público-privadas no sistema prisional pode representar um modelo constitucionalista meramente simbólico, em que o Estado se distancia do seu papel de concretização de direitos fundamentais, transferindo o problema da ressocialização para o administrador privado, cujo maior interesse na execução penal é a obtenção de lucro com o gerenciamento de sua parcela funcional administrativa.

G. As parcerias público-privadas no sistema carcerário têm como efeito direto a adoção de uma política criminal de encarceramento, ajustando-se ao movimento de lei e ordem e de tolerância zero, uma vez que se passará a lucrar proporcionalmente ao número de sentenciados em cumprimento de pena privativa de liberdade.

H. Em se assumindo uma política criminal de encarceramento, é natural a pressão por penas mais longas, ferindo-se o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e por obstáculos mais severos à progressão de regime, para que o apenado passe mais tempo cumprindo pena em regime fechado.

I. Seguindo o exemplo norte-americano, a imposição de condenações; penas longas; e de obstáculos à progressão; pode vir, inclusive, a ser negociada junto aos aplicadores da lei penal pelos exploradores privados da administração carcerária. Assim, a possibilidade real de corrupção de juízes, funcionários públicos, e até parlamentares, para que estes sirvam aos interesses privados da administração prisional é um impacto que não pode ser ignorado quando se pensa em substituição do tradicional modelo de gestão pelo sistema de PPPs.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. (2002), *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. Saraiva.

AFFONSO, Deborah Kelly. *A Privatização de Presídios: Terceirização dos serviços penitenciários*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2002.

ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel [org.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trota, 2003.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Coord.). *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERAL. *Avançam as PPPs para prisões*. Disponível em: <<http://www.adpf.org.br/modules/news/article.php?storyid=38877>>. Acesso em 15 out. 2008.

BAHIA, Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. Disponível em : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mmQ4AmJem_AJ:www.sjcdh.ba.gov.br/sap/unidades_prisionais.htm+bahia+gest%C3%A3o+compartilhada+pena&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 02 jan. 2011.

BANCO DO BRASIL. *Economia e Finanças*. Brasília: Texto produzido pela Fundação Getúlio Vargas, com adaptações da Universidade Corporativa Banco do Brasil, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.

_____. *Criminología y Sistema Penal*. Montevideo: Julio César Faira, 2004.

BARCIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro - Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. (2005) Rio de Janeiro, Lumen Juris.

BAUMAN, Zyngmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rev. Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Disponível em: <www.ebooksbrasil.com> Acesso em: 16 nov. 2008.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coleção ciências criminais; v.1., coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, 2009.

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

_____. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1996.

BRASIL, Bahia. *Edital de licitação: operacionalização do conjunto penal de Juazeiro*. Salvador: Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, Comissão Permanente de Licitação, 2005.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *CPI sistema carcerário*. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>> Acesso em: 02 jan. 2011.

BRASIL, *Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. Ratificação pelo dec. nº 689, de 1969. Art. 5º, nº 5.

BRASIL, Coordenação Nacional da Pastoral Carcerária. *Avaliação pela pastoral carcerária*

BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.

BRASIL, Ministério da Justiça. *Execução penal – sistema prisional*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID364AC56ADE924046B46C6B9CC447B586PTBRNN.htm>> Acesso em 02 jan. 2010.

_____. *Penas Alternativas: Evolução*. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRNN.htm>> Acesso em: 31 dez. 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, parte geral, tomo I: introdução, norma penal, fato punível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CABRAL, Pedro Manso. *Perspectivas do direito brasileiro no século XXI*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. N. 10, jan-dez 2002. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2002.

CABRAL, Sandro. *“Além das Grades”*: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Dissertação de Doutorado – Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia: Bahia, 2006.

_____. Entrevistado por PORTUGAL, Daniela. Salvador, Brasil. 13 de dezembro de 2010.

_____; Lazzarini, Sergio G. *Impactos da Participação Privada no Sistema Prisional: Evidências*

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. (2002) Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno; ROSA, Henrique Marder da; MACHADO, Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro; SOUTO, Ronya Soares de Brito e. *Garantismo Aplicado à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas de temporização na pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. (2002) Rio de Janeiro, Lumen Juris.

CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?* Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

Concorrência Pública nº 001/2008 – CPL/PPP. Disponível em: <<http://www.ppp.seplan.pe.gov.br/noticias.php?id=56>>. Acesso em 15 out. 2008.

CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundacion Universitaria de Jerez, 1985.

_____. *La Objeción de Conciencia en Derecho Penal*. In: SÁNCHEZ, Jesus Maria [Org.]. *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2008.

da questão de presídios terceirizados. Disponível em: <
http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/aval_terceirizacao.pdf> Acesso em 02
jan. 2011, p. 2.

DAVID, Pedro R. *Criminología y Sociedad*. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico, 1979.

DAVIS, Frank Stephen. *Terceirização e multifuncionalidade*. 2. ed. São Paulo: STS, 1992.

DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Tratamento Dispensado aos Acusados no Processo Penal*. Revista dos Tribunais. ano 94. 835 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

D'URSO, Luís Flávio Borges. *A Privatização dos Presídios (terceirização)*. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo. 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. 13. ed. Trad. Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Milão: Presença, 1997.

ELBERT, Carlos Alberto. *Manual Básico de Crominología*. Buenos Aires: EUDEBA, 1998.

FARIAS, Luciano Chaves de. *O controle extrajudicial das parcerias público-privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado*. In: Justitia, Ministério Público de São Paulo, vol. 166, 1994, abr./jun.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel [org.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2007.

FILHO, Cláudio Beato. *Antes do Primeiro Crime*. *Ciência Hoje – Sociologia*. v. 34. nº 204, maio de 2004.

FILHO, José Coelho Matos; OLIVEIRA, Carlos Wagner de A. *O Processo de Privatização das Empresas Brasileiras*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 1996.

FÖPPEL, Gamil. *Em defesa da jurisdicionalização do processo de execução penal*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. N. 10, jan-dez 2002. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA.

GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedade contemporánea*. Traduzido Por Máximo Sozzo. Barcelona : Gedisa.

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

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p.67 (Pensamento Criminológico, v. 12).

GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil. *SciELO: Scientific Electronic Library Online*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n2/v40n2a03.pdf>> Acesso em 16 dez 2010.

GOODMAN, Amy. *Prender miúdos por dinheiro*. Traduzido por Sofia Gomes. Disponível em: <http://antigo.esquerda.net/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=11094> Acesso em: 2 jan. 2011.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Por uma dogmática pós-moderna*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Nº 16. Bahia: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2008.

GOVERNO DE MINAS GERAIS. *Consulta pública*. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/pppeminas/projetos-ppp/penitenciarias/consulta-publica-1>>. Acesso em 15 out. 2008.

GOVERNO DE PERNAMBUCO. *Resultado de julgamento*:

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Execução Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HIRECHE, Gamil Föppel El. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. São
- INGENIEROS, José. *Criminología*. Madrid: Daniel Jorro, 1913.
- JUND, Sergio. *Administração, orçamento e contabilidade pública*. 2. ed. São Paulo: Campus/Elsevier, 2006.
- JUNIOR, João Marcello de Araújo. *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- KAUFMAN, Hilde. *Principios para la reforma de la ejecución penal*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- KUEHNE, Maurício. *A Execução Penal*. In: *Justitia*, Ministério Público de São Paulo, vol. 148, 1989, out./dez.
- LAGOS, Daniel Ribeiro. *Controles da Execução Penal*. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON*. Ano 1997, nº 02, Porto Velho – Rondônia.
- LARRAURI, Elena. *Criminología Crítica: la herencia de la criminología crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.
- LAZZARINI, Álvaro. *Do Poder de Polícia*. In: *Revista Justitia*, São Paulo, v. 133, jan./mar., 1986.
- LIMA, Roberto Gomes. *Teoria e prática da execução penal: doutrina, formulários, jurisprudência, legislação*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LISZT, Franz von. *La Idea de Fin en el Derecho Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Universidad de Valparaíso de Chile, 1994.
- LOEWENSTEIN, 1975, p. 151-57 *apud* NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MANZANERA, Luis Rodriguez. *Criminología*. 2. ed. México: Porrúa, 1981.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Lei de Execução Penal Anota e Interpretada*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELIÁ, Manuel Cancio. De Novo: “*Direito Penal*” do Inimigo?. Traduzido por: Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira Disponível em: < www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A12.pdf > Acesso em 17 dez 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 664-665.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELOSSI, Dario. *El Estado del Control Social: Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*. México: Siglo Veintiuno, 1992.

MINAS GERAIS. *Estado aprova proposta de gestão de penitenciária*. Disponível em: < <http://ribeiraodasneves.net/index.php?section=1&content=31> > Acesso em 02 jan. 2011.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da Violência no Capitalismo Global*. São Paulo: Max Limonad: 2000.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - EXECUÇÃO PENAL. *Pesquisa sobre estabelecimentos prisionais terceirizados*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>>. Acesso em 17 nov. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO. *Presídio com gestão compartilhada*. Disponível em: <http://www.mp.pe.gov.br/index.pl/clipagem1903_presidio>. Acesso em 15 out. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *A privatização dos estabelecimentos penais diante da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)*. In: *Justitia*, Ministério Público de São Paulo, vol. 158, 1992, abr./jun.

_____. *Execução Penal – Comentários à Lei nº 7.210/84*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MOKATE, Karen Marie. *Eficacia, eficiencia, equidad y sostenibilidad: ¿Qué queremos decir?*. Estados Unidos de América: Departamento de Integración y Programas Regionales Instituto Interamericano para el Desarrollo Social, 2001.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. *Contratação indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social*. Campo Grande: UNAES, 2003.

MOREIRA, Rômulo. A privatização das prisões. *Revista Jurídica*. Salvador, out. 2003, p. 2. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_outubro2003/docente/doc03.doc>. Acesso em: 19 set. 2008.

MRESK, Fabiano[Org.]. *Introdução à Economia*. Disponível em: <<http://www.e-book-gratuito.blogspot.com>> Acesso em 15 dez. 2010.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentário à Lei de Execução Penal* (Lei n. 7.210, de 11-7-1984). 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal: introdução e Parte Geral*. (1979), Rio de Janeiro, Saraiva.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Edmundo. *O Futuro Alternativo das Prisões*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

OLIVEIRA, Luiz Alberto. *Homo civilis* (ou homo sapiens 2.0). Palestra proferida no curso de extensão universitária “Mutações: a condição humana”, produzido pela Universidade Federal da Bahia. Salvador, 3 de junho de 2009.

Paulo : Companhia das Letras, 1995.

PAVARINI, MASSIMO. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad. Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

PELEGRINO, Larissa Milene; SANTOS, Ulisses Otávio Elias dos. O Trabalho dos Sentenciados e suas Considerações Legais no Âmbito dos Serviços Prestados para a Iniciativa Privada. In: *Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal*. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas Gerais - Secretaria de Estado de Defesa Social Conselho de Criminologia e Política Criminal. Ano 15, Vol. 10, set/2008.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Prisões fechadas, prisões abertas*. 1.ed. São Paulo : Copyright Cortez & Moraes Ltda, 1978.

POQUET, Alejandro. *Temas de derecho penal y criminología*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

PRADO, Daniel Nicory do. *Sobre a natureza jurídica da Execução Penal*. Salvador: [ca.2002], p. 01. Disponível em: <www.bu.ufsc.br/SobrenNaturezaJuridica%20ExecucaoPenal.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2008.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAUTER, Cristina. Criminologia e subjetividade no Brasil. *Coleção Pensamento Criminológico*. v. 8. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. A Titularidade do Poder de Polícia: a evolução do estado democrático e de direito com a transferência do poder de polícia ao cidadão. In: *Revista Uniara*, nº.20, São Paulo, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: Seu Fundamento e Âmbito*. São Paulo: IBCrim, 1999.

ROLIM, Marcos. O Labirinto, o Minotauro e o Fio de Ariadne: Os Encarcerados e a Cidadania, Além do Mito. In: *Crítica à Execução Penal: Doutrina Jurisprudência e Projetos Legislativos*. CARVALHO, Salo de [org.] Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Traduzido por Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2.ed. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. Problemas Actuales de la Política Criminal. In: *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. ARANDA, Enrique Diaz [Org.]. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Serie Ensayos Jurídicos. v. 1. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTANA, Fernando. *Privatização do Sistema Penitenciário: Anteprojeto de lei – proposta de regras básicas. Inconstitucionalidade e inconveniência da proposição*. Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, jan. jun. 1992.

SANTOS, 2000, p. 78 *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHELP, Diogo. Nem parece presídio. *Revista VEJA*. 25 de fevereiro de 2009. São Paulo: Abril, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: *Crítica à Execução Penal: Doutrina Jurisprudência e Projetos Legislativos*. CARVALHO, Salo de [org.] Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Sentença Penal Condenatória: aspectos práticos e teóricos à elaboração*. 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2009.

SICA, Leonardo (Coord.). *Revista ultima ratio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, n. 1, ano I, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Carlos Frederico Braga da. *Análise normativo-teleológica do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à luz dos Direitos Humanos Internacionais*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 76, jan./fev./2009.

SILVA, Ciro Pereira da. *Terceirização responsável: a modernidade e modismo*. São Paulo: LTR.

SILVA, Franklin Leopoldo e. *A invenção do pós-humano*. Palestra proferida no curso de extensão universitária “Mutações: a condição humana”, produzido pela Universidade Federal da Bahia. Salvador, 26 de maio de 2009.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2005.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre a sua natureza e suas causas, com a introdução de Edwin Cannan*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Salvador: Juspodivm, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em debate*. Painel no Seminário Nacional de Direito Administrativo, realizado em São Paulo – dezembro de 2005, em comemoração ao 20º aniversário da Editora NDJ. Título do Painel: PPP – Parceria Público-Privada: uma inovação para a Administração Pública – Amortização dos Investimentos – Cessão de Créditos e Outorgas de Direitos – Pagamentos Preferenciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação de poder da sociedade de controle*. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. *Las Cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

YOUNG, Jock; WALTON, Paul; TAYLOR, Ian. *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Tradução livre. Buenos Aires: Arnorrortu editores, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul . *Hacia um realismo jurídico penal marginal*. Venezuela: Monte Ávila Latinoamericana, 1993.

_____. *Criminología: Aproximación desde un margen*. v.1. Bogota: Themis, 1988.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo: Julio César Faria, 2005.