



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A MERCANTILIZAÇÃO DO SOFRIMENTO: UM OLHAR SOBRE A
INCONSTITUCIONALIDADE DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

Carolina Patrocínio Teixeira Vaz

Rio de Janeiro
2018

CAROLINA PATROCÍNIO TEIXEIRA VAZ

A MERCANTILIZAÇÃO DO SOFRIMENTO: UM OLHAR SOBRE A
INCONSTITUCIONALIDADE DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

Artigo Científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A MERCANTILIZAÇÃO DO SOFRIMENTO: UM OLHAR SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

Carolina Patrocínio Teixeira Vaz

Graduada pela Universidade Estácio de Sá
– UNESA. Advogada.

Resumo – com a crise do sistema carcerário nacional as ideias de privatização dos presídios começaram a se proliferar como se fosse a solução para todos os males. Com o passar do tempo tal ideia angaria cada vez mais entusiastas. A essência do trabalho é defender a tese da inconstitucionalidade da privatização de presídios ao analisar o instituto do poder de punir, a violação de direitos fundamentais caso ocorresse à privatização das prisões e estudar como a teoria da redução de danos da execução impendem que esse projeto de privatização prossiga.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Inconstitucionalidade da Privatização de Presídios. Violação de direito fundamental. Poder de Punir.

Sumário - Introdução. 1. Parceria público-privada x Poder de Polícia: análise de conceitos e compatibilidade entre institutos. 2. Privatização de presídios: flagrante violação a princípios constitucionais. 3. A interferência do mercado na “finalidade” da pena privativa de liberdade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a constitucionalidade da delegação da execução da pena de prisão para iniciativa privada. Procura-se demonstrar que tais contratos estão eivados de inconstitucionalidade, uma vez que esbarram em limites constitucionais, como por exemplo, o direito do apenado de ser punido pelo Estado.

Para isso, abordam-se conceitos e posições doutrinárias com o objetivo de possibilitar o debate acerca dos efeitos jurídicos e sociais da privatização do sistema penitenciário em nosso país.

A Constituição Federal prevê como fundamento do Estado Democrático de Direito a soberania e a dignidade da pessoa humana. Com o advento da criação de uma nova “área de negócios”, qual seja a privatização da administração e execução da pena de prisão, a lógica empresarial se estende e atinge funções privativas do Estado – o poder sobre o monopólio da coerção – além de transformar o preso em uma mercadoria.

O tema é controvertido, pois existem posições doutrinárias que entendem pela constitucionalidade dos contratos que delegam a iniciativa privada a execução da pena de prisão, assim como, há quem entenda pela inconstitucionalidade.

Para melhor compreensão do tema busca-se apresentar a natureza jurídica de tais contratos administrativos e analisar se a delegação da execução da pena de prisão viola o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como, a soberania estatal. Pretende-se, ainda, demonstrar que a função da pena pode sofrer influências mercantis e puramente econômicas ao se permitir que a lógica empresarial se imiscua em funções estatais.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando a natureza jurídica dos contratos administrativos de privatização da administração e execução da pena de prisão.

No segundo capítulo, buscar demonstrar a inconstitucionalidade de tais contratos ao se debruçar sobre os princípios constitucionais afetados caso a privatização se torne regra em nosso país.

No terceiro capítulo, pondera-se sobre a influência que o mercado e a busca do lucro teriam sobre o sistema penitenciário brasileiro e sobre a função da pena de prisão, podendo o preso se tornar apenas uma mercadoria na lógica empresarial.

A pesquisa científica será desenvolvida através do método hipotético dedutivo, já que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para realizar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objetivo desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, portanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar sua tese.

1. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA X PODER DE POLÍCIA: ANÁLISE DE CONCEITOS E COMPATIBILIDADE ENTRE INSTITUTOS

Com a crise atual do sistema penitenciário brasileiro, a ideia de adotar prisões privadas no Brasil cresce a cada dia.

Tramita no Senado o Projeto de Lei nº 513/2011¹ que tem por objetivo estabelecer normas gerais para contratação de parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos penais.

Para que se analisem aspectos desse projeto de lei, se faz importante nos debruçar sobre o conceito de parceria público-privada (PPP) e do conceito de poder de polícia/poder de punir.

A Lei nº 11.079/2004² instituiu normas gerais sobre licitação e o que denominou de contratação de parceria público-privada no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A PPP nada mais é do que um contrato administrativo de concessão especial e, segundo Carvalho Filho³, pode ser conceituada como:

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

Porém, quando se analisa a contratação da iniciativa privada para que, não apenas construa, mas também administre estabelecimentos prisionais, a análise da possibilidade de concessão do poder de polícia a parceiros do setor privado é fundamental.

A expressão poder polícia pode ser interpretado de forma ampla ou estritamente. Ao pensarmos em um sentido amplo significa toda e qualquer ação do Estado em relação aos direitos individuais.

Já se analisarmos o poder de polícia em sentido estrito o entenderemos como atividade administrativa, que é considerada verdadeira prerrogativa dada aos agentes da Administração, que consiste no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade.

De acordo com Marcelo Caetano⁴ o conceito do poder de polícia nada mais é que:

O modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por

¹ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 513, de 2011*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101752>>. Acesso em: 17 out. 2017.

² BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 453.

⁴ CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2ª reimpressão portuguesa. São Paulo: Almedina, 2010, p. 339.

objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.

O artigo 78, do Código Tributário Nacional⁵ (Lei nº 5.172/1996) dispõe *in verbis* que:

considera-se poder de polícia a 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 concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade aos direitos individuais ou coletivos.

Com a apresentação breve dos conceitos, podemos concluir que o poder de polícia nada mais é que um poder inerente que a administração pública possui a fim de fazer prevalecer o interesse público sobre o interesse privado, quando esse interesse puder gerar algum dano a coletividade.

Carvalho Filho⁶ entende que é possível a delegação do poder de polícia para as entidades de Direito Público da Administração Indireta, desde que alguns requisitos sejam observados, sendo eles: possuir previsão legal; ser pessoa que integre a administração pública indireta e esta delegação ser referente às fases do consentimento e da fiscalização, pois na fase de ordem e sanção a delegação não será possível.

No entanto, quando analisa-se o contrato de PPP referente à concessão à iniciativa privada da administração de presídios, extrai-se que o poder de punir (espécie de poder de polícia) que seria delegado ao setor privado seria exatamente o referente ao poder de ordem e sanção.

Não se trata aqui apenas das fases de consentimento e de fiscalização, mas sim, fases de execução da pena privativa de liberdade, pois haverá a transferência do poder punitivo e disciplinar para uma empresa privada que irá administrar os aspectos de execução da pena.

O poder de polícia, também pensado como o poder de punir, não pode ser transferido ou delegado, pois com ensina Armida Bergamini Miotto⁷, ele é:

⁵ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Poder de Polícia. In: _____. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 77-99.

⁷ MIOTTO apud ROMANO, Rogério Tadeu. *A execução penal é tarefa indelegável do Estado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54955/a-execucao-penal-e-tarefa-indelegavel-do-estado>>. Acesso em: 17 out. 2017.

(...) um direito subjetivo público, estatal. Como todo direito subjetivo público, não é simples *facultas agendi* (como é o direito subjetivo privado), mas *potestas agendi*, poder de agir. Desdobra-se ele em três fases: a da cominação da pena, a da aplicação e a da execução. A cominação é feita pelo Poder Legislativo, na elaboração de leis (promulgadas pelo Executivo), constando, pois, de lei, para cada tipo de crime: a aplicação é feita pelo Poder Judiciário (juiz tribunal), na sentença condenatória, segundo cada caso concreto; a execução é feita, tendo em vista a pena aplicada na sentença, formalmente pelo Poder Executivo (Administração Penitenciária). Nesse desdobramento em três fases sucessivas, o exercício do direito de punir compete a adequados órgãos dos três poderes do Estado. Em nenhuma das três fases pode o direito de punir ser transferido ou delegado a pessoas ou entidades privadas, nem a órgãos paraestatais, autarquias etc. essa exclusividade da titularidade do direito de punir pelo Estado é uma conquista da civilização, em favor da garantia dos direitos pessoais da tranquilidade e segurança pessoais e sociais, e da justiça da punição (...)

Minhoto⁸, em seu livro *Privatização de Presídios e Criminalidade*, esclarece que seria intrasferível o direito de privar um cidadão da liberdade, e de entregar a coerção, que o acompanha, pois isto constitui uma daquelas situações excepcionais que fundamentam a própria razão de ser do Estado, figurando no centro do sentido moderno de coisa pública.

Diante do exposto, conclui-se que o Projeto de Lei nº 513/11⁹ já nasce com vícios de constitucionalidade, uma vez que a análise do conceito do poder de punir já demonstra a impossibilidade de transferência à iniciativa privada através do contrato de concessão, pois o Estado detém titularidade exclusiva de tal poder e como dito acima, ele é um dos fundamentos da própria razão de ser Estatal.

2. PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS: FLAGRANTE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O princípio da legalidade (art. 5º, II, Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰) é fundamento base em um Estado de Direito, pois garante ao indivíduo que o Estado só poderá exigir dele um comportamento ou uma abstenção que esteja previamente prevista em lei.

⁸ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo, Max Limonad, 2000, p.87.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

O art. 37, caput, CRFB¹¹, é uma decorrência lógica do princípio da legalidade e consiste na obrigatoriedade da lei como regente e delimitadora da atuação da Administração Pública na consecução dos interesses da coletividade.

A GPA – Penitenciária Público-Privada, localizada em Ribeirão das Neves, Minas Gerais, é a primeira penitenciária anunciada como “modelo inédito de parceria público-privada” e é considerada o primeiro presídio construído e administrado inteiramente pela iniciativa privada no Brasil.

Esse modelo fere de forma flagrante o princípio da legalidade, uma vez que não existe lei prevendo a possibilidade de transferir a tutela do preso a iniciativa privada.

A Lei nº 11.079/2004¹² tem como objetivo instituir as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública e em seu art. 4º trata das diretrizes a serem observadas no momento da contratação da parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Especificamente no inciso III, do art. 4º da Lei nº 11.079/2004¹³, pode-se observar a vedação de delegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

A ideia de privatização de presídios é rechaçada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) na Resolução nº 08/2002¹⁴, corroborando com o entendimento de que a execução penal é tarefa privativa do Estado.

Nessa resolução¹⁵ recomenda-se que as propostas tendentes a privatização do Sistema Penitenciário Brasileiros sejam rejeitadas, em específico em seu art. 2º, parágrafo único:

Parágrafo único: Os serviços técnicos relacionados ao acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, assim compreendidos os relativos à assistência jurídica; médica, psicológica e social, por se inserirem em atividades administrativas destinadas a instruir decisões judiciais, sob nenhuma hipótese ou pretexto deverão ser realizadas por empresas privadas, de forma direta ou delegada, uma que compõem requisitos da avaliação do mérito dos condenados.

¹¹ Idem, op. cit, nota 10.

¹² Idem, op. cit, nota 2.

¹³ Idem, op. cit, nota 3.

¹⁴ BRASIL, Resolução n.º 08, de 09 de Dezembro de 2002 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/n8de9dez2002.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2018

¹⁵ Idem, op. cit, nota 14.

O projeto de privatizar presídios também pode ser considerado anticonvencional, pois iria de encontro com o previsto nas Regras Mínimas da ONU para o Tratamento dos Reclusos¹⁶, assinado em Genebra no ano de 1955, da qual o Brasil é signatário.

No item 46, inciso 3, das Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos¹⁷ se extrai que a execução penal é função típica do Estado, devendo o pessoal penitenciário desempenhar função de funcionário público, vejamos:

3) Para a realização daqueles fins, os membros do pessoal devem desempenhar funções a tempo inteiro na qualidade de funcionários penitenciários profissionais, devem ter o estatuto de funcionários do Estado e ser-lhes garantida, por conseguinte, segurança no emprego dependente apenas de boa conduta, eficácia no trabalho e aptidão física(...).

O Projeto de Lei nº 513/2011¹⁸ e a ideia de privatização, transformando os presos em mercadoria, também viola o princípios do *numerus clausus* (número fechado) que preconiza o controle e redução da população carcerária, rebatendo veementemente a construção e a ampliação de novas penitenciárias.

Rodrigo Roig¹⁹ define *numerus clausus* (número fechado ou capacidade prisional taxativa) como:

o princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução.

Thomas Mathiensen²⁰ por meio de um ensaio apresenta dez razões para não se construir mais cárceres e dentre uma das razões se encontra que “novos cárceres rompem com valores básicos da dignidade, com o respeito e os direitos humanos a que todos os indivíduos de nossa sociedade deveriam ter acesso”.

O princípio do *numerus clausus* pode ser extraído dos elementos bases do nosso Estado Democrático, Republicano e de Direito, como o fundamento da dignidade da pessoa

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Regras Mínimas da ONU para o Tratamento dos Reclusos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Idem, op. cit, nota 1.

¹⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 98.

²⁰ MATHIENSEN apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 100.

humana (art. 1º, III, CRFB)²¹ a promoção do bem estar de todos sem qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, CRFB)²², o dever de tutelar integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX, CRFB)²³.

Esse princípio afirma as bases de um Estado Democrático de Direito e segundo Nilo Batista²⁴ a sua observância faria deslocar os investimentos estatais da infecunda construção de mais e mais presídios para programas de controle e auxílio aos egressos (clínica de vulnerabilidade).

Dessa forma, observa-se que qualquer projeto de lei que tenha por objetivo transferir ao particular o poder de punir do Estado, assim como, incentivar e financiar a construção de mais e mais presídios vai de encontro com os princípios constitucionais acima expostos.

3. A INTERFERÊNCIA DO MERCADO NA “FINALIDADE” DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A sociedade contemporânea infelizmente ainda prescinde da pena privativa de liberdade, sendo assim o operador do direito ainda precisa lidar com ela, porém sem deixar de buscar maneiras mais racionais, humanas e efetivas para enfrentar o fenômeno criminal.

Existe diversas teorias que tentam explicar/legitimar a função/finalidade da pena de prisão. Tais teorias podem ser separadas basicamente em três grupos: as teorias absolutistas, as teorias utilitaristas (relativas ou preventivas), e as teorias mistas (que misturam e tentam conciliar a ideia das teorias absolutistas e preventivas).

A teoria absolutista entende a pena como um fim em si mesmo, ela existe para que a “justiça seja feita”, não existindo assim qualquer outro objetivo para a pena.

Eduardo Viana²⁵ discorre de forma clara sobre a teoria absoluta, também chamada de teoria da retribuição, explicando que:

a função da pena, portanto é de simples retribuição, equilíbrio e expiação da culpabilidade do autor do fato. Daí porque se fala aqui de uma teoria absoluta da pena: conforme afirmação corrente, ela [a pena] independe e desvincula-se de

²¹ Idem, op. cit, nota 10.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ BASTISTA apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Um princípio para a execução penal: numerus clausus*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/20/artigo4.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

²⁵ VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 299.

qualquer fim último, seja como reparação ou retribuição. Por poucas palavras, e assentada na lógica da autojustificação, a pena baste em si. É o pagamento pelo mal que o crime causou.

Já a teoria relativa²⁶ entende a pena a partir da utilidade que ela pode, em tese, alcançar, como por exemplo, que se evite a prática de novos delitos, ou seja, a pena é legitimada a partir da busca por determinado fim.

As teorias prevencionistas²⁷ se desdobram em prevenção geral positiva e negativa e prevenção especial positiva e negativa.

A prevenção geral tem como destinatário toda sociedade, produzindo um efeito desencorajador na população através da cominação penal (prevenção geral negativa) e reforça a fidelidade do cidadão ao ordenamento jurídico vigente, à ordem constituída (prevenção geral positiva).

A prevenção especial busca evitar novo cometimento de crimes pelo sujeito, ou seja, tem por finalidade evitar a reincidência por meio da correção do condenado (prevenção especial positiva) ou a neutralização do condenado (prevenção especial negativa).

A base das teorias mistas ou ecléticas, de acordo com Eduardo Viana²⁸:

assenta sobre o mesmo ponto de partida, é dizer: fornecer uma visão totalizadora do problema da finalidade da pena derivada do conceito de proteção da sociedade. Se as teorias antecedentes forneciam um retrato sempre monofocal da pena, as ecléticas, a partir da combinação de finalidades retributivas e preventivas, dinamizam cenário dos porquês da imposição da pena tentando conciliar os pontos antes conflitantes.

As teorias ecléticas podem variar em retributivo-preventiva e preventivo-retributiva.

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983)²⁹ se aproximou das finalidades de retribuição e prevenção geral ao instituir no item 13 da Exposição de Motivos que a Lei de Execução Penal³⁰ (Lei nº 7.210/1984) possui duas ordens de finalidades:

a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.

²⁶ Ibid, p. 302.

²⁷ Ibidem.

²⁸ VIANA, Eduardo. Criminologia. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 309.

²⁹ BRASIL, *Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 24 mar 2018.

³⁰ BRASIL, Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 24 mar 2018.

De acordo com Roig³¹, tais finalidades são inconciliáveis – uma vez que o objetivo é uma “pena justa” e que tem conteúdo de finalidade³² – e tais finalidades não estão alinhadas com uma concepção democrática e republicana.

Ao se observar a finalidade retributiva estamos diante de um Direito Penal desigual e seletivo que contraria o objetivo fundamental da promoção do bem de todos previsto em nossa Carta Constitucional.

A prevenção especial positiva não é constitucionalmente admissível, pois traz consigo o objetivo de regulação moral do condenado e segundo Alessandro Baratta³³:

as ideias de tratamento e ressocialização pressupõem um papel passivo do preso e ativo das instituições, sendo resíduos anacrônicos da velha criminologia positivista que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior que devia ser (re) adaptado à sociedade, considerando acriticamente esta como “boa” e o condenado como “mau”.

De forma breve, o que observa é que a Constituição Federal não encampou nenhuma teoria que busque explicar a finalidade da pena, em verdade o constituinte estabeleceu normas constitucionais que limitam o poder punitivo, que buscam conter o poder punitivo.

Nesse sentido, toma força a teoria negativa que não empresta qualquer função positiva a pena privativa de liberdade, mas sim como um ato de poder, que possui apenas uma explicação política.

Segundo Roig³⁴ a teoria negativa entende a pena de prisão como na verdade:

uma coerção que almeja o controle social, impondo privação de direito e dor, sem, no entanto, reparar, restituir ou deter lesões em curso, ou ainda, neutralizar perigos iminentes. Na verdade, a teoria negativa vislumbra a pena (e também sua execução) como um ato de poder – de explicação política – passível de limitação pelo poder dos juristas e pelas próprias agências jurídicas, por intermédio de “cancelas teóricas sucessivas em cada uma das quais o discurso habilite o trânsito de menor poder punitivo e de menor intensidade irracional, ou seja, de maior respeito aos princípios constitucionais limitadores”.

³¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22/23.

³² Ressaltando a insensatez da tentativa de conciliação de tais finalidades, Massimo Pavarini e Bruno Guazzaloca observam que se a pena já atingiu na fase executiva o pretendido fim pedagógico da correção, não haveria sentido protraí-la até o limite imposto pela retribuição e, por outro lado, se o tempo de pena merecida segundo o critério retributivo, na fase executiva, não resultou suficientemente útil a correção para se suspender a pena. PAVARINI, Massimo, GUZZALOCA, Bruno apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

³³ BARATTA apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

³⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 27.

Diante disso, o que se deve buscar é a redução de danos na execução penal, a busca pela redução do sofrimento e da vulnerabilidade de quem se encontra encarcerado.

Nesse sentido, a ideia de privatização de presídios deve ser combatida, uma vez que sua implementação tende aumentar ainda mais a vulnerabilidade da pessoa em condição de encarceramento.

O Defensor Público Bruno Shimizu ao falar sobre a privatização de presídios no documentário *Quanto mais presos*³⁵, maior o lucro, entende que existe um problema de constitucionalidade grave já que o poder punitivo do Estado não é delegável.

O Estado tem o monopólio da força e da violência não podendo transferir esse poder a iniciativa privada, o sofrimento não pode ser mercantilizado. A partir do momento em que se começa a transformar o poder de polícia do Estado em mercadoria, isso significa o colapso das instituições democráticas.

Outro aspecto a se levar em consideração é a coexistência entre a busca do lucro e o respeito aos direitos fundamentais dos presos ali encarcerados, já que os presos para ali estarem terão que trabalhar, suas faltas serão controladas pela administração privada da penitenciária, inclusive existe o projeto inconstitucional de contratação de assistência jurídica para os presos pela própria empresa que administra o presídio.

José Eduardo Faria, no prefácio do livro *Privatização de Presídios e Criminalidade: A Gestão da Violência no Capitalismo Global*³⁶, indaga “qual o interesse dessas firmas, cujas “fábricas” podem enfrentar problemas de flutuação de mão de obra, em ressocializar os presos que se revelarem excelentes trabalhadores em suas linhas de montagem?”.

Ainda segundo Faria³⁷ outros países que adotaram a ideia da privatização de presídios não alcançaram os resultados esperados.

Muitos dos estabelecimentos penais geridos pela iniciativa privada converteram-se em depósitos de detentos, reproduzindo em maior escala os conhecidos problemas de agressões a presos, tráfico de drogas e falta de higiene e levando até os próprios porta-vozes do liberalismo globalizado, como a insuspeita revista *The Economist*, a perguntar se não valeria a pena reestatizá-los. Outras não obtiveram a lucratividade esperada, passando a reivindicar incentivos, créditos favorecidos e “complementações” de receita junto ao setor público.

³⁵ REPORTAGEM PÚBLICA, *Quanto mais presos, maior o lucro*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZV2yuM6VIFA>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

³⁶ FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 16.

³⁷ FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 17.

Mais um aspecto a ser debatido é a inconstitucionalidade da possibilidade de privatização inclusive da assistência jurídica oferecida dentro dos presídios, uma vez que o artigo 134 da Constituição Federal de 1988³⁸ entende ser a Defensoria Pública “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”.

O artigo 16 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984)³⁹ também estabelece que “as unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais”, inclusive o artigo 61 do mesmo diploma legal elege a Defensoria Pública como um dos Órgãos da Execução Penal.

Diante disso, qualquer tentativa de afastar a Defensoria Pública de sua função institucional ou de oferecer serviços concorrentes ao da Defensoria deve ser considerada flagrantemente inconstitucional, além de ser incoerente pensar que funcionários contratados para atuar como assistentes jurídicos dos detentos por uma empresa privada irão agir contra a empresa que os emprega.

Ante ao exposto, é possível observar que a teoria da redução de danos não se coaduna com a ideia de privatização de presídios.

A partir de uma análise simplesmente perfunctória, o objetivo de privatizar presídios traz como consequência o incremento da vulnerabilidade da pessoa presa, mercantiliza o sofrimento do apenado, trazendo o lucro ao centro do debate e afastando a prioridade de respeito aos direitos fundamentais das pessoas que ali se encontram.

Para Pavarini e Giamberardino⁴⁰, “o efeito degradante da pena se determina na ‘coisificação’ do condenado recluso, na sua redução à escravidão, à sujeição, em poucas palavras ao poder de outrem”.

Essa conclusão a que chegaram os nobres autores citados acima seria potencializada ao grau máximo com a privatização dos presídios que traria consequentemente a mercantilização do sofrimento do condenado, o transformando em um produto na cadeia capitalista.

³⁸ Idem, op. cit, nota 10.

³⁹ Idem, op. cit, nota 25.

⁴⁰ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 29.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a inconstitucionalidade da privatização dos presídios, já que tal ideia ganha força ante a crise existente no nosso sistema carcerário.

A ideia de privatizar os presídios possui diversos defensores em nosso país, no entanto, no decorrer da pesquisa é possível constatar que ela não encontra amparo constitucional, convencional e nem infralegal.

A partir da análise de princípios, da Constituição, de leis e tratados, essa pesquisadora chega à conclusão que a privatização de presídios vai de encontro ao estabelecido em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o poder de punir pertence ao Estado, não sendo ele passível de qualquer tipo de delegação.

Além da ofensa ao poder de punir do Estado, é possível observar no decorrer da pesquisa que a privatização também acarretaria a mercantilização de corpos e de sofrimento das pessoas que se encontram no sistema carcerário, pois quanto mais presos maior seria o lucro da empresa que fosse escolhida para gerir determinado presídio.

A privatização também conflita com a teoria da redução de danos, teoria essa que deve ser aplicada durante o cumprimento da pena, uma vez que caso se adotasse o sistema de parceria público-privado os danos seriam potencializados, tendo em vista a possível coisificação da pessoa em situação de cárcere.

Estaríamos diante de um incremento da vulnerabilidade das pessoas presas, o que conflita diretamente com a teoria de redução de danos, pois não é possível conciliar a busca desenfreada pelo lucro – já que é o lucro o objetivo fundamental de uma empresa no mercado – e o respeito e a priorização de direitos fundamentais das pessoas em situação de encarceramento.

Dessa forma, ficou evidente a incompatibilidade da privatização de presídios com o respeito aos direitos fundamentais e aos objetivos constitucionais existente em nossa república.

O Estado não deve estimular a construção de prisões. Em verdade o lema que deve inspirar e pautar o administrador na consecução das políticas públicas e na realização de objetivo constitucional de promoção do bem de todos é de não quereremos melhores prisões senão algo melhor que as prisões.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2017

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. *Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 24 mar 2018.

_____. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 24 mar 2018.

_____. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 513, de 2011*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101752>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. *Resolução n.º 08, de 09 de Dezembro de 2002 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/n8de9dez2002.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2ª reimpressão portuguesa. São Paulo: Almedina, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NETO, Eduardo Araújo. *Aspectos sobre a privatização dos presídios no Brasil*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19710-19711-1-PB.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Regras Mínimas da ONU para o Tratamento dos Reclusos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

REPORTAGEM PÚBLICA, *Quanto mais presos, maior o lucro*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZV2yuM6VIFA>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

ROMANO, Rogério Tadeu. *A execução penal é tarefa indelegável do Estado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54955/a-execucao-penal-e-tarefa-indelegavel-do-estado>>. Acesso em: 17 out. 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Um princípio para a execução penal: numerus clausus*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/20/artigo4.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.