



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL E A FALÁCIA DE SUA
PRIVATIZAÇÃO

Josué Ferreira dos Santos Júnior

Rio de Janeiro
2019

JOSUÉ FERREIRA DOS SANTOS JÚNIOR

A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL E A FALÁCIA DE SUA
PRIVATIZAÇÃO

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência do título de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistrado do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL E A FALÁCIA DE SUA PRIVATIZAÇÃO

Josué Ferreira dos Santos Júnior

Graduado em Direito pela Universidade
Candido Mendes. Advogado.

Resumo – O presente trabalho busca trazer à reflexão vez que o Brasil possui atualmente mais de 600 mil presos, que o coloca em quarto lugar no ranking de países com população carcerária. O atual cenário é uma total falta de estrutura não se adequando às normas estabelecidas e positivadas do direito Penal. Para atingir esse escopo, aborda-se o princípio da dignidade da pessoa humana junto aos presidiários, como forma de recuperar a qualidade de vida dentro de um presídio, refletindo sobre eventual solução que seria a privatização. Pretende-se nesse trabalho aferir os direitos dos presidiários aos quais o governo deve garantir.

Palavras-chave – Direito Penal. Sistema Prisional. Crise. Privatização. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário – Introdução. 1. Os reflexos do desrespeito à Constituição federal culminando na ineficácia da lei de Execução Penal. 2. A garantia da dignidade da pessoa humana em confronto a função punitiva do Estado à luz da imaginável solução da privatização. 3. A ineficácia do Sistema Prisional frente a Responsabilidade do Estado como Garantidor da Eficiência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a temática da superlotação dos presídios brasileiros e a temática da sua privatização, observando-se a aplicabilidade das normas de direitos positivadas sobre o tema, além das garantias constitucionais previstas. Procura-se demonstrar que a privatização não irá oferecer o mesmo nível de serviços, segurança e proteção que a Administração Pública, ademais não apresentarão uma redução significativo de custos.

Para tanto, abordam-se as questões doutrinárias e jurisprudências a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da dignidade da pessoa humana e as garantias fundamentais deverão ser zeladas pelo Estado.

Na Constituição, os direitos e garantias fundamentais foram consagrados de forma inovadora. Desde o seu preâmbulo, inclui além dos direitos civis e políticos também os sociais.

O poder estatal passou a utilizar da pena e das prisões como principal forma de controle e manutenção da ordem, esquecendo-se que seu objeto e limite de atuação estão estabelecidos e vinculados aos direitos fundamentais.

Desta forma, favorece as seguintes reflexões: A Crise do Sistema Carcerário reflete o desrespeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana? A privatização dos presídios solucionaria os problemas do sistema carcerário Brasileiro? Os deveres do Estado seriam cumpridos nos presídios privados?

O tema é controvertido e merece atenção, uma vez que o Brasil é a 4ª maior população, com mais de 600 mil pessoas encarceradas.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os reflexos do desrespeito à constituição federal culminando na ineficácia da lei de Execução Penal.

No segundo capítulo, aborda-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio Constitucional que não seria solucionado através da privatização, não sendo cabível a transferência de responsabilidade.

No terceiro capítulo, aborda-se a ineficácia do Sistema Prisional frente à Responsabilidade do Estado como Garantidor da Eficiência.

Esta pesquisa visa a contribuir propondo aplicações imediatas, a fim de reverter à atual situação de crise em que se encontra o Sistema Penitenciário Brasileiro. As atuais rebeliões e incidentes dentro dos presídios refletem o total descaso do Governo frente aos encarcerados.

É inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

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

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

1. OS REFLEXOS DO DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL CULMINANDO NA INEFICÁCIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Em relação a todos os princípios basilares contidos na Constituição, no que se refere à Execução Penal, verifica-se o desrespeito com praticamente todos os princípios nela contidos, sendo que o preso é lançado a condições degradantes e sub-humanas, infringindo assim inúmeros direitos e garantias constitucionais inerentes a qualquer pessoa.

Nesse sentido diz Leal¹:

Diante dos direitos e garantias constitucionais asseguradas a todo cidadão, o dispositivo pode parecer desnecessário. Porém, num país, onde a pessoa do preso não tem merecido a menor consideração, parece-nos que a disposição legal acima transcrita é de todo recomendável e útil. É preciso respeitar o preso, assegurando-lhe o cumprimento da pena dentro dos limites impostos pela própria lei.

A sanção imposta ao apenado ultrapassa os limites da pena, o cárcere é muito mais severo do que o próprio tempo de pena a cumprir, a falta de direitos basilares e a situação degradante a que estão inseridos torna a realidade o oposto das condições expressas na Constituição.

O próprio Estado que deveria resguardar os preceitos contidos na Constituição, é que com mais veracidade, desrespeita, infringe e não faz valer o valor contido na norma.

Não há que se falar apenas na ineficácia da Execução Penal, mas também na ineficácia da própria Constituição, que não deve ser vislumbrada como apenas uma carta de recomendações, com princípios utópicos. Se o legislador contemplou na Lei garantias fundamentais a todos os homens, deve o mesmo criar meios de executar todos estes preceitos e fazer valer o conteúdo de nossa Lei magna.

Podem-se numerar diversos reflexos frente ao desrespeito a constituição como o retorno a criminalidade, o preconceito, da não prestação dos direitos dentre outros.

Por sua vez, a palavra ineficácia em sentido *stricto sensu* está vinculada ao conceito de deficiência, ou seja, a carência, a falha na execução de algo.

Em relação à ineficácia da Lei de Execução Penal, afirmasse que a legislação referida possui defeitos e não está sendo aplicada de acordo com os seus preceitos, sendo impossível atingir os seus objetivos maiores, que são, a execução da sanção imposta pelo

¹ LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. Belo Horizonte:Del Rey, 1998. p.87-88.

Estado, empregando em seus meios o respeito à dignidade do preso, e a ressocialização do encarcerado.

Os objetivos da Execução Penal, ora mencionados, estão inseridos no conteúdo da LEP, o qual observa-se: 1) efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal; 2) proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. A Lei se distancia da realidade que esta contida no sistema prisional e torna-se utópica frente à falência do Estado.

Por sua vez o doutrinador Mirabete ² dispõe:

A Lei de Execução Penal é, de uma maneira geral, inexecutável. Suas disposições consubstanciam, sem dúvida, o resultado dos estudos mais avançados sobre a matéria, mas não houve a preocupação de se alevantarem as estruturas existentes e necessárias para a sua efetivação, constituindo-se mais, em uma lei de caráter utópico, sem o devido embasamento na realidade social do nosso país.

Diante do exposto é de se observar que tal desrespeito e inaplicabilidade de normas positivadas acarretam revolta dos presos, pois os mesmos estão expostos a superlotação, a falta de infra-estrutura, e todos os demais problemas que concebem a falência prisional, não gerando assim a esperada reinserção na sociedade.

A sociedade por sua vez apresenta duas fortes interferências no que se refere ao preconceito contra o apenado. A primeira corresponde à idéia de que preso está em melhor situação do que as pessoas que vivem livres. A segunda, que o apenado sempre vai ser um criminoso, sendo impossível acreditar na sua recuperação.

Todavia é impossível ressocializar alguém, em um ambiente inadequado e cenário para o cometimento de tantas ilegalidades. Não se pode repreender o encarcerado se o próprio Estado a quem todos estão subordinados é o principal infrator das Leis que ele mesmo, cria e deve executar.

De acordo com o Bittencourt³, “A superlotação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano.”

A inobservância com a falta da prestação dos direitos básicos inerente aos presos, a situações negligentes a que estão submetidos, levam a um total esquecimento por parte

² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*: comentários à Lei nº 7.210, 8.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 1984, p.88-89.

³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*: parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.1993.

dos governantes e legisladores. Em toda Execução Penal, pode-se observar várias situações que levam a afirmação de que o Estado trata com descaso todo o processo executório penal.

Ao analisar esta questão Falconi⁴ ressalta:

O próprio sistema agride o preso, como então ele poderá acreditar na sua ressocialização se o próprio órgão responsável em corrigir o seu desvio de conduta, o cola a margem da sociedade e o estigmatiza, incentivando toda a sociedade a prática de atos preconceituosos.

O próprio Estado que deveria resguardar os preceitos contidos na Constituição, é que com mais veracidade, desrespeita, infringe e não faz valer o valor contido na norma. Não há que se falar apenas na ineficácia da Execução Penal, mas também na ineficácia da própria Constituição, que não deve ser vislumbrada como apenas uma carta de recomendações, com princípios utópicos. Se o legislador contemplou na Lei garantias fundamentais a todos os homens, deve o mesmo criar meios de executar todos estes preceitos e fazer valer o conteúdo de nossa Lei magna.

Precisa-se ter a certeza ora afirmada, de que uma coisa é certa, o preso retornará a sociedade, e de acordo com o seu tratamento, sentirá a necessidade de retribuir as situações que foi exposto. Será um espelho de todas as desigualdades vivenciadas.

Sendo assim, as péssimas condições do sistema prisional, o descaso do Estado, a inércia da sociedade apenas contribuem a falência do sistema e a revolta do encarcerado, que ao ganhar a liberdade não se sentira inserido em meio algum, e marginalizado não respeitara contrato social algum, e provavelmente voltará a interferir no bem comum, ou seja, a paz social.

2. A GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM CONFRONTO À FUNÇÃO PUNITIVA DO ESTADO À LUZ DA IMAGINÁVEL SOLUÇÃO DA PRIVATIZAÇÃO

Define-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas

⁴ FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*. Curitiba: Icone, 1984, p. 111.

para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

A pessoa traz consigo uma dignidade a ser respeitada e, a partir dela, desenrolam-se todos os princípios basilares da relação entre direito penal e constitucional e da organização como Estado Federativo.

Immanuel Kant⁵ acredita que o homem não pode ser tratado como um objeto, como um meio para atingir um determinado fim. Parte do pressuposto da autonomia do ser humano que, racional por natureza, deve ser tratado como um fim em si mesmo, diferentemente dos animais ou dos objetos, que possuem um preço equivalente.

Destaca-se que o princípio da dignidade da pessoa humana disposto no art 5º, inciso XLIX da Constituição Federal retrata a preocupação do legislador com a proteção da integridade do preso, apesar de estar amplamente disposto no ordenamento jurídico brasileiro, tal dispositivo não tem encontrando uma efetivação satisfatória no que diz respeito à pessoa e à integridade física e moral dos apenados. Busca-se muito mais a satisfação em ver o apenado “pagar pelo que fez” do que a recuperação desde indivíduo para uma reinserção na sociedade.

A dignidade da pessoa humana é o sentido da ordem jurídica, e ainda mais especificamente da ordem penal e processual penal. Toda e qualquer função normativa deve partir e chegar de tal ponto, devendo ser, assim, a dignidade o princípio norteador do sistema jurídico atual.

Nesse sentido, Piovesan⁶ diz que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Deve-se entender que pessoa humana traz consigo uma dignidade, e esta deve ser respeitada mesmo quando se está a limitar, em razão da pena, alguns direitos inerentes ao ser humano.

Segundo Capez⁷ afirma:

⁵ KANT, Immanuel – *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*; tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p.185.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.502.

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p.205.

Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é a dignidade da pessoa humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-se à categoria de Direito Penal Democrático.

Desta forma pode-se afirmar que o princípio da dignidade humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, põe o homem como centro de toda a organização política e do próprio Direito. O Estado deve existir de maneira a suprir as necessidades da pessoa humana, de viver em liberdade e em condições que possam facilitar seu desenvolvimento e a sua personalidade, mesmo que em condições de criminoso. Pode-se assim dizer, que, cabe ao Estado e ao Direito, dar acesso às condições necessárias para a imposição de uma pena socialmente útil.

Não haverá dignidade enquanto houver multidões de detentos passando fome, convivendo diariamente com a falta de saneamento, de educação, de trabalho, e de uma justiça efetiva. O detento deve ter a seu alcance os mesmos direitos e garantias do que qualquer cidadão e merecem a mesma proteção do Estado.

Assim, o preso deve ser tratado como um cidadão e, com isso, deve ser respeitado. Este processo deve desenvolver todas as potencialidades do apenado de maneira a assegurar um retorno à vida em sociedade, pois sem essa expectativa o ser humano tem a tendência de aumentar a violência e a criminalidade. Para que se coloque em prática efetiva o princípio da dignidade humana é preciso diminuir o avanço da criminalidade e garantir as condições mínimas de vida aos detentos.

Diante dessa falta de compromisso por parte do Estado, que não presta à assistência devida, surge a ideia de uma possível e arriscada solução: a privatização do sistema penitenciário, que consiste na participação direta da iniciativa privada na gestão de prisões juntamente com o Estado.

É válido frisar que um dos maiores e, talvez o maior problema, é a superpopulação carcerária. Disso não há discordância. As penitenciárias acabam por causar ao indivíduo situações degradantes e humilhantes, que fogem e muito do verdadeiro fim a que se destina a pena de prisão.

No Brasil, impera no campo da privatização de presídios o modelo de terceirização ou co-gestão dos serviços penitenciários. A base legal para os contratos de terceirização é a Lei nº 8.666/93⁸, a referida lei de Licitações.

Neste sistema, o Estado entrega por um período de um a cinco anos uma prisão já construída para uma empresa, que fica encarregada de toda a administração interna, da cozinha aos agentes penitenciários.

A primeira experiência de administração prisional com relevante participação da iniciativa privada (já que há muito tempo havia experiências com o fornecimento da alimentação por empresas e cooperativas), data de 12 de novembro de 1999, dia em que foi inaugurada a Prisão Industrial de Guarapuava (PIG), localizada no Município de Guarapuava, distante 265 km de Curitiba.

Em Guarapuava, foram terceirizadas atividades como alimentação, vestuário, higiene, assistência médica, psicológica e odontológica, bem como a segurança interna e a assistência jurídica. Estas incumbências ficaram a cargo da Humanitas Administração Prisional S/C, subsidiária da empresa Pires Serviços de Segurança.

Contudo a presença de empresas na execução penal não encontra resguardo sob o ordenamento jurídico brasileiro por ser o poder jurisdicional do Estado indisponível e indelegável.

Pois assim destaca, Minhoto⁹ “de que os interesses privados das companhias passem a influir crescentemente na definição dos termos e na condução da política criminal”

Ou seja, com o surgimento de um mercado correcional haveria o incentivo para que as empresas interessadas nos contratos públicos fizessem lobby para que mais prisões fossem construídas, bem como para que as penas se tornassem mais rígidas, já que tais medidas acabariam por aumentar o lucro das empresas.

Em suma, combate-se a exploração do trabalho do preso pela empresa privada, e o possível apego ao lucro excessivo, problema sobremaneira preocupante. O lucro faz parte do conceito de empresa, e muitas vezes a probidade e a ética são deixadas em segundo plano, colocando-se em primeiro os cifrões das moedas.

⁸ BRASIL. *Lei nº 8666/93*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.

⁹ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.p.135.

Cirino dos Santos¹⁰ entende que o trabalho do preso não pode ser supervisionado por uma empresa privada:

No Brasil, o legislador definiu o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade humana, com finalidade educativa e produtiva (art. 28 e §§, LEP), mas com duas importantes limitações: o trabalho do condenado somente pode ser gerenciado por fundação ou empresa pública e deve ter por objetivo a formação profissional do condenado (art. 34, LEP).

Receia-se, como já assentado, que a voracidade com que as empresas administradoras de presídios buscariam os lucros, poderia macular os ideais constitucionais da dignidade da pessoa humana, como bem apontam os professores infra alinhavados.

A privatização assim teria um efeito deletério, buscando as empresas do ramo, quem sabe, a aplicação do direito penal do inimigo, para que suas celas estejam cada vez mais repletas de infratores e conseqüentemente seus lucros sejam maiores.

3. A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL FRENTE À RESPONSABILIDADE DO ESTADO COMO GARANTIDOR DA EFICIÊNCIA

Segundo reportagem¹¹ com base em dados fornecidos pelos governos dos 26 estados e do Distrito Federal referentes a maio deste ano, há um déficit de 244 mil vagas no sistema penitenciário, o Brasil já conta com 615.933 presos. Destes, 39% estão em situação provisória, aguardando julgamento.

Sabe-se que o preso encarcerado gera uma série de custos para o Estado. O que poucos sabem é a respeito da responsabilidade de custódia do Estado.

É importante destacar que a responsabilidade civil do Estado passou por três fases distintas: (1) fase da irresponsabilidade (Estado não respondia por danos causados aos particulares); (2) fase civilista (Estado responde, mas apenas se o dano tivesse sido causado por culpa ou dolo de um funcionário); (3) fase publicista (Estado passa a responder, segundo princípios do direito público).

Pode-se assegurar que a responsabilização estatal se consubstancia em dois fundamentos distintos: culpa administrativa e o risco administrativo. A culpa administrativa significa que o Estado irá responder, se o dano tiver origem em um serviço

¹⁰ SANTOS, Cirino dos. *Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro Forense, 1985, p.227.

¹¹G1. *Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>> Acesso em: 30 abr. 2019.

estatal defeituoso, ou seja, se analisa o desempenho do serviço público prestado. Por sua vez, no risco administrativo, o Estado responderá objetivamente pelos danos que causar, independentemente de culpa.

Sendo assim, a responsabilidade do Estado será objetiva em virtude da conduta comissiva do Estado e por exercício de uma atividade de risco. Por sua vez, a responsabilidade será subjetiva por conduta omissiva do Estado, por condutas omissivas ou comissivas de pessoas jurídicas de direito privado estatais exploradoras de atividade econômica, e quanto à responsabilidade civil do agente público.

Com relação aos atos omissivos, a responsabilidade será subjetiva, porém, com fundamento na culpa administrativa. Quer dizer, a culpa administrativa ocorre quando se demonstra que o serviço é defeituoso (também chamada de falta do serviço), ou seja, que o serviço estatal funcionou mal, funcionou intempestivamente, ou, quando não funcionou.

O Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento do ARE nº 700927¹², com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que a partir do momento em que o indivíduo é preso, este é posto sob a guarda, proteção e vigilância das autoridades policiais, que têm por dever legal tomar todas as medidas que garantam a incolumidade física do detido, com base no art. 5º, inciso XLIX da CRFB/88, quer por ato do próprio preso (ex. suicídio), quer por ato de terceiro.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 841526/RS¹³ fixou a seguinte tese em repercussão geral: Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento.

Dessa forma, a morte de detento gera responsabilidade civil objetiva para o Estado, em virtude da omissão específica em cumprir o dever de incolumidade física e moral do detido, conforme previsão constitucional. Contudo, é importante destacar que a responsabilidade civil será regida pela teoria do risco administrativo.

Sendo assim, o Estado poderá ser dispensado de indenizar se ficar demonstrado que não tinha a efetiva possibilidade de evitar a ocorrência do dano. Rompe-se o nexo de

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 700927*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22059736/recurso-extraordinario-com-agravo-are-700927-go-stf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 841526/RS*. Relator: Min. LUIZ FUX. Disponível em <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/303759>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal. Ou seja, o Estado poderá demonstrar uma das hipóteses de excludente da responsabilidade.

A Administração Pública torna-se responsável por manter intactos todos os direitos do preso que não foram restritos ou eliminados pela pena conforme art. 3º da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84.

Porém, mais do que a liberdade, o preso perde sua dignidade. Tratado de forma absolutamente desumana na maioria dos casos, o preso é submetido a constante degradação física e mental. Aliás, a maioria das penas privativas de liberdade pode ser considerada como uma situação inconstitucional, pois viola a proibição de penas cruéis conforme art. 5º, XLVII, e da CFRB/88.

Assim, qualquer dano causado ao preso, mesmo que não tenha origem em conduta de agente público, deve ser indenizado pelo Estado. Ressalte-se que a responsabilidade civil da Administração Pública por condutas omissivas é regida pela teoria da falta do serviço, ou seja, o Estado é responsável se o serviço público funcionou mal, não funcionou ou funcionou atrasado. Ora, qualquer dano sofrido pelo preso no interior do presídio demonstra claramente que o serviço penitenciário não funcionou de maneira adequada.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁴ entende que há responsabilidade do Estado quanto aos detentos estando eles no presídio, no caso de um causar dano a outro. Assim, vê-se que essa responsabilidade deve ser estendida, também, em relação aos danos causados por presos que, por omissão do Estado, fugiram e causaram crimes às pessoas da sociedade. O Estado, pois, tendo o dever legal de tutela dos presos, deveria assumir, de forma objetiva, essa responsabilidade.

O Supremo Tribunal Federal¹⁵, por sua vez, tem entendido que não há responsabilidade do Estado, nem mesmo a responsabilidade subjetiva, visto que falta o nexo entre a conduta estatal e o crime cometido pelo foragido.

No caso, em estudo, um apenado fugitivo, invadiu a casa das requerentes, portando arma. Após a recusa do pedido de dinheiro, o delinquente proferiu ameaças contra as autoras e estuprou uma delas, de apenas 12 anos de idade.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 172.025/RJ*, Relator: Ministro Ilmar Galvão Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹⁵ *Ibidem*.

A ação de indenização por danos morais contra o Estado do Rio Grande do Sul foi julgada procedente em 1ª instância, mediante acórdão proferido pela Décima Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com a seguinte redação "falha evidente do Estado na fiscalização do cumprimento da pena pelo autor do fato, que, apesar de ter fugido em sete oportunidades, não foi sujeito à regressão de regime" (fl. 260, ementa do acórdão).

Insatisfeito, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs um recurso extraordinário, RE nº 409203/RS¹⁶, sua defesa, em suma, alegava que o dano decorreu exclusivamente de ato de terceiro, não havendo de se falar em responsabilidade do Estado. Concluiu sustentando a inexistência do nexo causal entre a suposta falha no serviço estatal e o dano sofrido.

Em parecer emitido pela Procuradoria Geral da República, deliberou-se pelo não conhecimento do recurso e, no caso de julgamento, a improcedência.

O Ministro-Relator, Carlos Velloso, baseando-se no RE nº 369.820/RS¹⁷, transcrito no decorrer de seu voto, e citando autores de grande renome como Hely Lopes, Celso Antônio Bandeira de Mello e Álvaro Lazarini, decidiu no sentido de inexistência do nexo de causalidade, apesar da evidente falha do serviço. Entretanto, ficou-se aguardando vista do ministro Joaquim Barbosa.

O ex-ministro Joaquim Barbosa conheceu o recurso, todavia negou-lhe provimento e o julgamento foi suspenso, já que a ministra Ellen Gracie formulou um pedido de vista. Por derradeiro, a Turma em votação majoritária, conheceu e negou o provimento ao recurso extraordinário, vencendo-se o ministro-relator que havia sido favorável ao recurso e o acórdão foi lavrado pelo Ministro Joaquim Barbosa.

A justificação de tal decisão está alicerçada na omissão estatal, a qual propiciou ao infrator praticar crime de estupro contra menor de idade no período em que deveria estar submetido à prisão.

O nexo de causalidade comprova-se na inexecução da lei de execução penal, que se devidamente cumprida não resultaria na possibilidade de fuga, pela oitava vez, do meliante e o conseqüente cometimento de um crime bárbaro como o estupro.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 409203/RS. Relator Carlos Velloso. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 369.820/RS. Relator Carlos Velloso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2081917>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

CONCLUSÃO

Certo é que essa pesquisa constatou, como problemática principal, a questão da relativização de alguns princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade de pessoa humana.

O debate se materializa pelo fato que a Constituição da República narrar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ainda relata que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Diante do exposto, concluiu-se que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica no Brasil, elevando-o a um Estado Democrático de Direito, que tem como seu fundamento maior a dignidade da pessoa humana.

Assegura-se nesta pesquisa que o *ius puniendi* do Estado não é ilimitado, absoluto ou quicá incondicionado. Há limites necessários, cuja finalidade é a adequação do Direito Penal ao Estado Constitucional Democrático de Direito, fundado na invariante axiológica da dignidade da pessoa humana.

Quando o Estado pune penalmente o infrator, ele lhe retira o direito à liberdade, mas os demais direitos compatíveis com a limitação de “ir e vir” devem ser preservados, o que não ocorre atualmente no sistema carcerário brasileiro.

No momento em que se defende a garantia dos direitos fundamentais, e o respeito à dignidade do cidadão-presos, é necessário que o Direito Penal seja interpretado à luz da Constituição e compreendido como *ultima ratio*, no sentido de atuar apenas quando os demais ramos do Direito forem incapazes de tutelar os bens relevantes à vida do indivíduo e da própria sociedade.

É preciso entender a violência como um traço característico da sociedade. O conflito integra a evolução do homem. Estão presentes em instituições como família, trabalho, escola, poderes políticos, também na própria justiça. Possuem concepções distintas, dependendo do grupo social em que se inserem. Porém, atualmente, crime passou a ser sinônimo de pobreza. E na tentativa de solucionar a violência e o crime, propagam-se a punição e a repressão, como forma de exclusão dos criminosos. Como se o sistema penal pudesse resolver os "problemas sociais". Como se a sociedade pudesse estar isenta de conflitos.

O custo dos presos em penitenciárias públicas varia muito com relação ao estado, mas a média nacional gira em torno de R\$ 2.400,00.

O slogan do complexo penitenciário privado é “menor custo e maior eficiência”. Mas o que significa essa eficiência? Dois casos de eficiência possível no sistema prisional: diminuição do número de prisões e efetiva ressocialização de um preso. Contudo, no caso de um presídio privado, a eficiência é exatamente o aumento do número de prisões. Tendo em mente o interesse público de menores taxas de encarceramento, tratamento digno aos presos e menor gasto público com prisões, é imprescindível o questionamento: quanto uma empresa de fato estaria interessada na ressocialização de um preso frente ao lucro que obtém de seu encarceramento?

Por exemplo, uma das obrigações do estado de Minas Gerais com relação ao presídio privado de Ribeirão das Neves ao qual é totalmente privatizado é manter uma “demanda mínima de 90% da capacidade do complexo penal, durante o contrato”. Ou seja, durante 27 anos, 90% das 3336 vagas devem estar sempre ocupadas. Em entrevista à Agência Pública, Robson Sávio, coordenador do Núcleo de Estudos Sociopolíticos da PUC-Minas e membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, disse que acredita numa eficiência não voltada à ressocialização dos presos, mas sim a um maior número de prisões.

Diante dos argumentos apresentados, conclui-se que a privatização não trará a solução para a atual crise do sistema penitenciário vez que a mesma só terá solução caso haja a integração de todos os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e de toda a sociedade, sendo assim será possível garantir uma sociedade mais justa, segura e igualitária, na qual todo homem tem a sua dignidade respeitada. Posto que a Constituição Brasileira de 1988 não é apenas uma folha de papel, mas um instrumento garantir dos direitos humanos e um importante documento para a transformação social.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*: parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei nº 8666/93*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 700927*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22059736/recurso-extraordinario-com-agravo-are-700927-go-stf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 841526/RS*. Relator: Min. LUIZ FUX. Disponível em <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/303759>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 172.025/RJ*, Relator: Ministro Ilmar Galvão Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 172.025/RJ*, Relator: Ministro Ilmar Galvão Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 172.025/RJ*, Relator: Ministro Ilmar Galvão Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário RE nº 369.820/RS*. Relator Carlos Velloso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2081917>>. Acesso em 15 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

G1. *Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país*. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>> Acesso em: 30 abr. 2019.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*; tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEAL, João José. *Direito Penal Geral*, Belo Horizonte. Del Rey, 1998.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210*, 8.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SANTOS, Cirino dos. *Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro, Forense, 1985.