

DOUTRINA NACIONAL

PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Juiz de Direito em Santo André,
Associação "Juizes para a Democracia",
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

1. Introdução — 2. Liberdade e liberalismo — 3. A liberdade — 4. A pena e a comunidade — 5. A dignidade do ser humano — 6. A Constituição Brasileira — 7. Conclusões — 8. Bibliografia.

1. Introdução

A crise do Estado brasileiro, enquanto garante da liberdade e segurança dos cidadãos, encontra nas mazelas do sistema penitenciário a mais aguda demonstração de sua ineficiência e do esgotamento de seu modelo de desenvolvimento.

As políticas públicas revelam-se cada vez mais inoperantes e incapazes de resolver as profundas desigualdades sociais, e assim de oferecer aos cidadãos garantias mínimas de proteção à liberdade e ao patrimônio.

É uma crise da noção de Estado.

Não por acaso a questão penitenciária adquire relevo e atualidade. Sistemas prisionais quantitativa e qualitativamente insuficientes são diariamente objeto de exposição, análise e propostas nos meios de comunicação, nas academias e círculos de poder político e econômico.

À sua moda cada analista obtém a mesma conclusão: não é mais possível tal estado de coisas.¹

As proposições dominantes indicam para a adoção da pena de morte e para a "privatização dos presídios". O que têm elas em comum é a preocupação econômica excessiva com desconsidera-

ção absoluta pela noção do papel do Estado moderno, e no plano psicossocial a demonstração de um ódio incontido e profundo contra a massa desvalida, da qual o preso, ao lado do menor, é o objeto de repugnância tal que só encontra parâmetros na política discriminatória de Hitler. São a faceta mais visível de uma sociedade desagregada e sem norte, cujas elites, que já não têm segurança, não os consideram seres humanos.

Não nos interessa aqui a pena de morte. Basta lembrar, para fins de comparação, que a lógica de tal pena foi destruída pelo marquês de Beccaria e com ele superado o pensamento jurídico medieval, no qual "prisões privadas" eram institutos perfeitamente coerentes com uma ordem fragmentada e carente do poder central.

Se o tema privatização dos presídios, ainda que sob perspectiva da racionalidade e modernidade, volta à ordem do dia, devemos questionar a ordem jurídica que se pretende implantar.

Com efeito, tema de tal grandeza não prescinde da discussão de ordem filosófica, ainda que justificado sob a perspectiva econômica, posto que a liberdade, e por conseqüência a sua privação,

é o mais caro de todos os bens que pretende o Estado moderno garantir.

Se parece insensatez imaginar-se o retorno ao obscurantismo, tão mais insensato é pretender-se alteração de tal ordem sem modificação de todo o arcabouço teórico que sustenta o Estado moderno, vale dizer, sem superá-lo.

Cumpra aqui esclarecer que a crise do Estado liberal é a crise da ordem econômica mercantilista, e não da ordem dos "direitos civis". Nunca se acreditou tanto e com tamanha firmeza na liberdade como valor supremo do ser humano. Somente a ignorância da massa manipulada pode justificar o desprezo e pouco caso reinantes a respeito do outro lado da moeda da liberdade, que é a sua privação.

É bem hora dos economicistas admitirem o fracasso de seus projetos diretivos e deixarem de lado e aos cuidados de quem entende do assunto o tema liberdade, pois esta vai bem a despeito de suas influências.

O filósofo do estado e o jurista terminam este século vitoriosos. Que triunfo de tal magnitude não seja manchado pela incapacidade do economista em lidar com o dinheiro numa sociedade complexa e na qual cada ser humano é um indivíduo, e não um dado estatístico.

2. Liberdade e liberalismo

Do homem em total liberdade de Locke, ao estado permanente de guerra de Hobbes, toda a teoria liberal reconhece a categoria racional "estado" como ente superior da organização humana, garante da vida comunitária.

Se em absoluta liberdade como pretende Locke, ou naturalmente bom o homem na teoria rosseauiana, ou ainda em guerra permanente na visão de Hobbes, interessa que a sociedade pré-estatal deu lugar a uma nova ordem sedimentada no consenso e estruturada pelo poder do Estado, que é permanente,

contínuo, inevitável e significado do mais alto grau de racionalidade humana.

É o Estado liberal, na síntese de Bobbio, "o momento supremo e definitivo da vida comum e coletiva do homem, ser racional; como o resultado mais perfeito ou menos imperfeito daquele processo de racionalização dos instintos ou das paixões ou dos interesses, mediante o qual o reino da força desregrada se transforma no reino da liberdade regulada" (*Conceito...*, p. 19).

Este o Estado que hodiernamente podemos dizer liberal.

O homem, na visão hobbesiana, cede, em benefício do Leviatã, que governa com poder e força diretivos da vontade de todos à paz, toda a liberdade que dispunha no estado natural.

Diferentemente, Locke entende pela conservação de uma liberdade residual em benefício do homem, o que mais adiante fundamentará o direito à resistência contra o arbítrio, mas não justifica este *ex parte populus*.

Interessa que o homem dispõe de sua liberdade natural em favor do Estado.

Este o homem do liberalismo.

A operacionalização do contrato social concretizado pela cessão da liberdade plena do homem no estado natural exige mecanismos de atuação peculiares, que grosso modo podem ser sintetizados na vontade geral e no poder inerente ao Estado.

De grande valia a análise do poder estatal, mais precisamente no que toca ao tema em questão.

O juiz natural e a autoridade da coisa julgada garantem o sistema.

Foi Locke que, com precisão e simplicidade, identificou tal fenômeno ao comparar a sociedade civil com o estado de natureza em breve trecho que merece transcrição.

"Em segundo lugar, no estado de natureza falta um juiz conhecido e indiferente com autoridade para resolver quaisquer dissensões, de acordo com a

lei estabelecida; porque, sendo cada homem, neste estado, juiz e executor das leis da natureza, sendo os homens parciais consigo mesmo, a paixão e a vingança podem levá-los a exceder-se nos casos que os interessam, enquanto a negligência e a indiferença os tornam por demais descuidados nos casos de terceiros.

Em terceiro lugar, no estado de natureza falta muita vezes poder que apóie e sustente a sentença quando justa, dando-lhe a devida execução. Os que ofendem por qualquer injustiça raramente deixarão de, pela força, sempre que forem capazes, sustentar a injustiça; essa resistência toma freqüentemente o castigo perigoso e destrutivo para os que o tentam" (*Segundo Tratado*..., ns. 125-126).

É pois, nas sociedades organizadas, o Estado detentor de todo o poder de interpretar leis e exigir o cumprimento de suas sentenças; não apenas exigir, mas fazer cumprir as suas sentenças.

Temos pois que o pensamento político que fundamenta por assim dizer toda a teoria do liberalismo assenta-se num tripé: limitação da liberdade natural, constituição do estado regulador e reconhecimento de poder, autoridade e força a este estado.

A força, em diferentes graus, é sempre monopólio do Estado, pois em favor dele houve a renúncia originária.

Sobre o tema dissertaram Hamilton, Madison e Jay ao defenderem a União: "...Os principais objetivos que visa a União são os seguintes: defesa comum dos membros, preservação da paz pública tanto em relação a convulsões internas quanto a ataques externos...", e mais adiante "...Os poderes essenciais à defesa comum são os seguintes: recrutar exércitos, construir e equipar armadas, prescrever regras para a direção daquelas e destas, orientar-lhes a operações, prover-lhes sustento" ("Memórias do Federalista" — *Sobre a Constituição dos Estados Unidos*, p. 17).

Feitas tais considerações, pergunta-se: pode o particular editar leis? Pode ele interpretar leis com força vinculativa a terceiros? Evidentemente ninguém terá o atrevimento de responder afirmativamente a tais elementares questões.

Se assim é, porque alguns insistem que o particular possa executar as sentenças relativas ao mais precioso bem cuja tutela entregou o homem ao Estado, qual seja, a liberdade?

Somente o desrespeito absoluto a toda herança cultural carregada em séculos de meditação e práxis, motivado por interesses de ordem econômica e política mal esclarecidos, pode justificar tamanha aberração.

A idéia privatista em curso é a negação do Estado pela usurpação dos poderes a ele conferidos pelo indivíduo; é flanco aberto e direto à superação do Estado, já que ente histórico, como a análise hegeliana, marxista, engelian e gramsciniana permitem.

Porém a superação do Estado não se dá pelo fim da luta de classes, mas pelo final e definitivo triunfo de um estamento sobre o outro, conduzida por aqueles que se denominam liberais, com desrespeito as noções mínimas do liberalismo e, inacreditavelmente, debaixo de um postulado antiliberal, sem contudo professar tal fé e respeitar sua lógica.

O monopólio estatal da força é quebrado em favor do particular, que ilegítimamente o exerce contra o próprio indivíduo.²

3. A liberdade

Liberdade não é conceito que se explique pela sua privação, pela não-liberdade, mas que por tal forma se afirma.

Os patronos da privatização, a par de construir distinções conceituais que procuram suavizar o termo, tais como gestão privada, "hotelaria", atos admi-

nistrativos materiais e outras, parecem desconhecer o sentido e o alcance de tão precioso termo.

O preso já foi privado de sua liberdade, de modo que a gestão privada da atividade executiva da pena não ofende os postulados do estado liberal, exceção feita à imposição de penalidades e a devolução do homem ao seu estado originário, tarefas que não subtraem do estado, mais por conveniência que por crença dos privatistas.

A redução do conceito de liberdade ao direito de ir e vir é imanente às teses privatistas, já que tomam o preso em estado de privação deste elementar direito.

Mas a liberdade não é apenas ir e vir, conquanto tal seja seu conteúdo de maior excelência.

Liberdade implica no direito de estar só, coisa impossível em qualquer presídio. Liberdade implica no direito às práticas sexuais segundo a vontade própria de ser humano, atividade sobremaneira dificultada nos presídios; implica no direito à escolha de pessoas com as quais se trava relacionamento, atividade seletiva inimaginável no sistema carcerário; implica no direito de trabalhar como se lhe agrada ou mesmo de não trabalhar, tema caro aos privatistas que não esclarecem satisfatoriamente suas idéias neste campo;³ implica no direito de sentir fome a qualquer tempo e escolher o alimento do agrado; implica no direito à comunicação; no direito ao asseio ou na sua falta, e para tanto basta lembrar que o banho não é um hábito tão freqüente e difundido entre todos os povos; no direito à fé e a uma crença religiosa, e outros tantos incontáveis.

Não pode, e por equívoco conceitual os privatistas não se apercebem da grandeza da noção de liberdade, o particular administrar no sistema carcerário tão elementares direitos somente afirmáveis segundo a noção de liberdade.

O preso, com maior ou menor intensidade, justificada ou injustificadamente, é privado consideravelmente da liberdade de afirmação de tais direitos.

E tudo se passa justamente no curso da execução da pena no interior do presídio, vale dizer, no decorrer da privação da liberdade, constituindo-se assim em objeto de tutela estatal.

Não existem atos materiais cuja execução possa ser entregue ao particular. O conteúdo da liberdade, justamente porque inerente ao ser humano, alcança situações mezinhas de tal monta no interior de um presídio que não deixa espaço ao que não signifique a sua privação. E a reclusão, porque noção antitética da liberdade e a ela conversível, é objeto de tutela estatal indeclinável.

Exemplifique-se com a construção de um edifício prisional, ou ainda a sua disponibilidade para o serviço mediante contrato de direito público, que é coisa distinta cuja natureza jurídica em nada altera a relação jurídica Estado-presos.

Trata-se de questão prévia à execução da pena e indiferente à inserção da pessoa humana em regime de privação da liberdade.

Algo distinto se passa quando, em execução a pena, o preso passa a ter sua liberdade limitada por agentes de segurança particulares. Aqui é o processo de privação da liberdade em pleno desenvolvimento, revelando-se inadmissível sua gestão pelo particular, pois há prática de atos administrativos, e não meramente materiais.

É o caso da determinação de transferência de cela.

Ainda de compostura jurídica absolutamente diversa da primeira hipótese é aquela da realização de laudos de classificação, exames criminológicos e etc...

Em tais hipóteses há uma declaração jurídica de natureza opinativa e/ou in-

formativa relativa à pessoa do sentenciado, não havendo que se falar em ato material, mas em verdadeiro ato administrativo.

Como observa Foucault, o juiz moderno "...não julga mais sozinho. Ao longo do processo penal, e da execução da pena, prolifera toda uma série de instâncias anexas. Pequenas justiça e juízes paralelos se multiplicam em torno do julgamento principal: peritos psiquiátricos ou psicológicos, magistrados da aplicação das penas, educadores, funcionários da administração penitenciária fracionam o poder legal de punir..." (*Vigiar e Punir*, p. 24).

Conclui-se pois que pouco ou nada resta ao concurso da iniciativa privada na execução da pena.

4. A pena e a comunidade

Outra tese privatista em voga é que a participação do particular na execução da pena não é novidade. Ao contrário, desde há muito é reconhecida e estimulada nas legislações. Exemplifica-se com os Conselhos da Comunidade, Patronatos e etc...

Mais uma vez confusão de conceitos.

A participação da comunidade na execução da pena é imperativo e decorrencia lógica do fenômeno da privação da liberdade.

O homem, em determinado momento de sua vida, teve e resolveu *sponte sua* certo conflito com a comunidade. Em razão disto foi chamado à razão estatal e punido com a reclusão. Neste momento prevaleceu o interesse social. A pena porém é limitada no tempo (não consideramos aqui as penas de morte e perpétua porque aberrações lógicas) e objetiva a ressocialização. Por tais fatores exige-se o concurso do particular na atividade executória. Porque uma vez aplicada a pena é o estado que chama à razão comunidade e dela exige a *mea*

culpa e sua colaboração no processo ressocializador. Prevalece agora o interesse individual na reaquisição das condições objetivas e subjetivas necessárias à devolução da liberdade.

Insistimos no termo "colaboração" porque permite ele outra distinção.

Primeiramente, colaborar significa concorrer, contribuir. Implica o termo da idéia de participação socialmente interessada, mas não individualmente interessada.

A participação socialmente interessada é aquela que objetiva o bem comum em concurso com o estado na consecução dos superiores interesses da sociedade.

Diferentemente, o interesse individual encerra pretensão de vantagem moral ou econômica do agente, indiferente aos interesses comuns ou ao menos a eles prevalentes.

Órgãos como os Conselhos da Comunidade ou Patronatos não encerram pretensão outra que não a socialmente interessada. Neles participam os mais diversos agentes sociais, inclusive o empresariado, todos porém sem qualquer pretensão individual.

Se lucro algum destes órgãos pretendesse, o sítio já não mais seria o da colaboração, mas o da exploração econômica (sem qualquer nota pejorativa), já que este encerra pretensão individual.

Quando a atividade empresarial se assenhora de toda ou parcela da execução da pena, evidentemente objetiva o lucro. O preso deixa pois de ser sujeito — agente social (em recuperação) e torna-se objeto da empresa.

Já aqui evidencia-se a distância que há entre a participação da comunidade e a gestão empresarial dos presídios. São conceitos tão distintos que o elemento sujeito da primeira torna-se objeto na segunda.

Nada há pois de comum entre as duas espécies de intervenção analisadas, de modo que uma não justifica a outra.

Eis aqui mais uma falácia privatista.

5. A dignidade do ser humano

O que mais deseja e carece o preso é de dignidade. As queixas assazmente ouvidas nos presídios e cadeias encerram não mais que tal pretensão.

Dostoievski, privilegiado recluso porque culto soube refletir com profundidade sobre a prisão, despendeu páginas a respeito do tema em *Recordação da Casa dos Mortos*.

A dignidade, nada mais que brio e decoro, é própria do ser humano. Outros seres animados ou inanimados não a possuem. É intuitivo.

Na medida em que o preso, no sistema privatista, deixa de ser sujeito em processo de ressocialização e torna-se objeto da empresa, resta privado de qualquer dignidade.

Outra falácia privatista: ela não resolve a questão da dignidade do preso; ao contrário, é incapaz de lidar com tal conceito.

6. A Constituição Brasileira

A Carta Magna de 1988 indubitavelmente aderiu à doutrina liberal do estado, com nuances e peculiaridades próprias do processo histórico. "Estado Democrático de Direito" como define o seu art. 1º, com acentuadas preocupações sociais tal qual se pode constatar as escâncaras em todo o seu texto, mas sempre e em essência liberal.

Em seu primeiro dispositivo a Constituição traduz aquilo que a tese privatista faz desacreditar como óbvio: a soberania é um fundamento do Estado.

É intuitivo, e isso já foi demonstrado, que a soberania reduz-se em última análise ao monopólio da força.

Ao estender ao particular poderes de gestão da privação da liberdade ao particular, mediante mecanismos ainda não esclarecidos, mas que porém implicam inclusive no uso da força física por corpos particulares, os privatistas estão

a defender a vulneração da soberania, o loteamento do poder.

O título V da Constituição trata *Da defesa do Estado e das instituições democráticas*. Dispõe da prevenção da anomia, cuida das forças armadas e, finalmente, da segurança pública.

A segurança pública é declarada no art. 144 como *dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*, e é exercida por vários órgãos nele previstos.

Dever do Estado, e portanto de mais ninguém, bastando para tanto o intérprete atentar que a todos, ou seja, pessoas físicas e jurídicas, deferiu-se tão-somente responsabilidades.

Não pode pois a segurança ser deferida ao particular.

O rigor constitucional é de tal grandeza que sequer aos municípios, pessoas de direito público, deferiu-se poderes de polícia judiciária, já que as guardas municipais prestam-se apenas a policiamento preventivo limitado aos seus bens, serviços e instalações.

Constituições Estaduais, como a de São Paulo — art. 139, § 1º, explicitam que "O Estado manterá a Segurança Pública por meio de sua Polícia", tornando claro e evidente o caráter indeclinável e indelegável de tal função.

É no mesmo art. 1º que o texto constitucional invoca a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos, em localização topográfica prevalente à iniciativa privada que vem logo a seguir.

Como já visto, a tese privatista é incompatível com o tema dignidade do ser humano.

Entre o conflito de ambas as pretensões, elegeu a Constituição a dignidade como valor prevalente.

No art. 5º da Carta Política, e não podemos esquecer jamais o quanto o dispositivo foi e é objeto de gracejos e chacota por aqueles que hoje defendem as teses privatistas, garante-se o direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à *segurança*, e à propriedade.

Setenta e sete incisos foram necessários para particularizar com grau de compreensão razoável a afirmação de tais direitos.

Em vários deles o texto trata da liberdade, não só ao prever sobre o crime e penas, mas também ao estabelecer a liberdade de trabalho, de pensamento, de associação, de culto religioso e etc...

Comprova-se o quão extensa é a noção de liberdade, sempre objeto de proteção constitucional invocada pelo estado, e não outorgada ao particular, conquanto este deva respeito.

A Constituição ainda se presta à análise da natureza da atividade econômica em confronto com a liberdade.

O tema liberdade, como mencionado anteriormente, é objeto de preocupação no título Dos Direitos e garantias Individuais e Coletivos.

A atividade econômica e financeira é tratada no título *Da Ordem Econômica e Financeira*.

A mera sistematização de ambos os temas no corpo da Constituição indica que a liberdade não é objeto da atividade econômica ou financeira.

Não por outro motivo inexistente qualquer menção a ela no título em análise.

O art. 170 fundamenta a atividade econômica na valorização do trabalho e da livre iniciativa, e estabelece sua finalidade de acordo com princípios que enumera: assegurar a todos existência digna.

A valorização do trabalho e a livre iniciativa constituem o objeto constitucional da atividade econômica, enquanto a existência digna não propriamente a sua finalidade como declarado no texto, mas seu condicionamento.

Dissemos anteriormente que a liberdade não é apropriável e que as teses privatistas não resolvem a questão da dignidade humana, o que evidencia o raciocínio ora exposto.

É o Texto Constitucional que está a demonstrar que o objeto da atividade econômica é outro, e não tais institutos.

Constitui contradição insuperável nos termos da Lei Maior e da lógica das coisas pretender-se a apropriação econômica da liberdade e da dignidade humanas, se tal processo objetiva justamente a asseguarção de ambas.

Só o Estado pode apropriar-se de tais bens, não como objeto de atividade econômica, mas para o exercício de sua soberania e a consecução de seus desideratos políticos e sociais.

Em garantia de tais princípios, e em abono da tese exposta, as regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento do recluso asseguram ao preso o tratamento por agentes públicos, garantia aliás reconhecida por disposições legais como a do art. 143 da Constituição de São Paulo.

7. Conclusões

1. A liberdade, e por conversão a privação da liberdade, é objeto de tutela indeclinável e indelegável do Estado Liberal.

A denominada "privatização dos presídios" contraria os postulados elementares do Estado Liberal desenvolvidos pela doutrina e acolhidos na Constituição Federal.

O Estado detém o monopólio da força como fundamento de sua soberania e para a consecução de sua função garantidora da liberdade.

Por consequência, a concepção privatista é a negação do Estado.

2. A noção de liberdade é extensa e não se limita ao direito de ir e vir.

A execução da pena no interior de um presídio alcança a mais elementar noção de liberdade e reclama tratamento direto pelo Estado.

É inadequado o conceito de atos executivos materiais para justificar as idéias privatistas.

3. A liberdade é inapropriável e não pode constituir o objeto da atividade econômica.

A Constituição Federal exclui tal pretensão.

A confusão de conceitos que estabelecem os privatistas revela a incapacidade da atividade econômica em lidar com a dignidade humana.

4. A participação da iniciativa privada não se confunde com a participação comunitária reclamada pela lei.

Distintas são as noções de participação socialmente interessada e interesse individual, que justificam respectivamente a idéia de participação comunitária e atividade lucrativa.

8. Bibliografia

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, Ed. Hemus.

BOBBIO, Norberto, *Conceito de Sociedade Civil*, 2ª ed., Graal, 1982.

——— *Estudos sobre Hegel*, Ed. Brasiliense, 1989

——— *Sociedade e Estado na Filosofia Política*, Brasiliense, 1986.

CHEVALLIER, Jean-Jacques, *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel aos Nossos Dias*, Ed. Agir, 1982.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *O Futuro do Estado*, 1ª ed., Ed. Moderna, 1980.

FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, ed. Vozes, 9ª ed.

HAMÍLTON, Madison e Jay, *Sobre a Constituição dos Estados Unidos*, Ed. Ibrasa, 1964.

LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*, Ed. Nova Cultural, 1991.

NOTAS

1. Não é nosso objetivo a exposição de soluções ou apresentação de modelos alternativos. Ressalte-se porém que a priorização da questão penitenciária pelos orçamentos públicos e sistemas associativos como a Apac (sem qualquer adesão ao modelo, que merece discussão aprofundada) são proposições que se apresentam numa e noutra perspectiva.

2. Robert Kurz prevê que a crise do sistema implicará em um novo salto histórico, do monetarismo à administração estatista de emergência que encerrará com o terrorismo estatista (ob. cit., p. 204). Temos que a recente onda legislativa, da qual a Lei 8.072/90 é o mais expressivo exemplo de superação da fase de administração em favor da fase terrorista, comprova o raciocínio. A questão da privatização permite questionamento mais avançado: o poder político-econômico já não mais suporta e pode conviver eficazmente com uma classe de poder constituído que paulatinamente questiona os seus propósitos e se utiliza dos mecanismos de aparato jurídico daquele sistema para contestá-lo. Daí a feudalização inerente à privatização.

3. A exploração do trabalho prisional pela empresa gestora do sistema não é um modo de acumulação de capital coincidente com aquele do trabalho remunerado e que gera a mais-valia. Não há liberdade contratual, os direitos sociais inexistem e não há liberdade sindical. Há mera cessão da força de trabalho ao empresário, caracterizando-se não apenas como um sistema escravagista, mas como uma nova modalidade de especulação financeira, à exemplo do que ocorre v.g. na questão da moradia. O mesmo raciocínio não tem validade quando o Estado organiza e mantém o trabalho prisional, pois nesta hipótese não há lucro.