

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “A Desestatização dos presídios no Brasil e o trabalho do preso”, tendo em vista a constituição, é possível que o trabalho do preso esteja inteiramente a disposição das empresas privadas com o intuito de desestatizar os presídios, não porque seria uma afronta a CF/88 e também a Lei de Execução Penal que proíbe a exploração econômica de preso, visando apenas a reeducação e a ressocialização do preso, no art 34 da Lei referida acima, diz que “o trabalho do preso só poderá ser gerenciado por fundação, empresa pública ou ente público, com autonomia administrativa”. É por tanto inconstitucional a desestatização de presídios no Brasil por empresas privadas em decorrência do trabalho do preso, que não pode ser gerenciado por essas empresas.

A esse respeito, tem-se como metodologia para o desenvolvimento da presente monografia, o método de pesquisa teórico-dogmática, pesquisando bibliografias, discutindo temas, fazendo leitura doutrinária, de natureza teórica. Haverá também neste estudo, interdisciplinaridade, onde será buscado conteúdos nas matérias de Direito Administrativo e Direito Constitucional.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se as ideias sustentadas por Juarez Cirino dos Santos, o qual sustenta:

A conclusão é óbvia: o dever social de trabalho do condenado representa condição de dignidade humana se realizar a finalidade educativa e produtiva (art. 28 e §§, LEP) de promover a formação profissional do condenado, somente possível pelo gerenciamento por fundação ou empresa pública (art. 34, LEP), com exclusão de qualquer exploração lucrativa por empresários privados, movidos pela ideia exclusiva de valorizar o capital mediante a mais intensa e cômoda extração de mais-valia do trabalho carcerário.¹

¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Instituto de Criminologia e Política Criminal** - Privatizações de Presídio. 2013, p. 04

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese que, o trabalho do preso na desestatização de presídios por empresas privadas é inconstitucional, um problema.

Neste sentido, a presente monografia será dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “Execução Penal”, que versará sobre seus princípios, objetos, conceito e também sobre o trabalho do preso.

Já no segundo capítulo, denominado “Administração da Pena”, sobre seus regimes e estabelecimentos prisionais, sobre papel do Estado na Execução da Pena, desestatização, privatização, descentralização e desconcentração.

Já no terceiro capítulo, denominado “Administração do Trabalho do preso em presídios desestatizados e trabalho do preso, um problema.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca da proposta de analisar a constitucionalidade para os vários problemas que os presídios brasileiros enfrentam para com o seu dever legal e social, tornando este mais eficaz com a sua desestatização, com os detentos que ali se encontram.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem, Execução Penal, Trabalho do Preso, Privatização e Desestatização.

Deparamos então com Execução Penal:

Estabelece o art. 1º da LEP que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. A partir desse regramento, infere-se que a execução penal pode ser compreendida como o conjunto de normas e princípios que tem por objetivo tornar efetivo o comando judicial determinado na sentença penal que impõe ao condenado uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa) ou estabelece medida de segurança²

Assim, em se tratando de execução penal, como uma aliada do preso para a sua ressocialização e voltar a ser aceito na sociedade como antes.

Também nos deparamos o trabalho do preso:

Art. 34 “O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado”.³

Sendo o trabalho do preso um grande aliado para a sua reeducação e sua ressocialização, prestando ao preso uma grande ajuda e importantíssima para a sua volta a sociedade.

² AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro, **Execução Penal: esquematizado / Noberto Cláudio Pâncaro Avena**. – 1. Ed. – São Paulo: Forense, 2014. p. 22-23.

³ Lei de Execução Penal: n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal - Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Art. 34.

E com relação a privatização:

A privatização consiste num movimento destinado a diminuir a excessiva intervenção do Estado na atividade econômica. A privatização consiste na transferência de um serviço realizado pelo poder público para o setor privado e pode incluir tanto a transferência de propriedade dos bens quanto seus serviços. Portanto, “na privatização a empresa estatal transformasse em particular, mediante leilão dos bens, controle acionário ou simplesmente aquisição de seu patrimônio”.⁴

Então a privatização vem para tentar melhorar o sistema prisional, que se encontra numa situação calamitosa e em falência.

E agora com a desestatização:

A transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade e a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.⁵

Portanto, teremos durante o desenvolvimento deste trabalho argumentos a respeito do tema proposto que contribuirá para uma conclusão mais fundamentada acerca da matéria.

⁴ MARTINEZ, op. cit., 1998, p. 265.

⁵ Lei nº 9.491, de 1997 – Presidência da República, art. 2º p.1º, a e c.

CAPÍTULO I – EXECUÇÃO PENAL

1.1. CONCEITO, OBJETO, NATUREZA JURIDICA E COMPETENCIA

Entende-se por Execução Penal a fase de conhecimento do processo passa a execução com o trânsito em julgado da sentença, que torna-se, título executivo judicial. Na execução a sentença será cumprida, ou seja, a pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniário serão executadas. Ressalta-se que o condenado já tem ciência da ação penal ajuizada, assim, a citação é dispensável, uma vez que foi intimado da sentença penal condenatória e exerceu o seu direito de recorrer. Contudo, a citação é necessária em casos de condenação a pena de multa, isso porque o início do cumprimento da pena fica a cargo do sentenciado, consoante dispõe o artigo 50 do Código Penal: “A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença”. Se por ventura o condenado não pagar a multa, será intimado pelo próprio juízo da condenação⁶.

Estado exerce seu direito de punir castigando o criminoso e inibindo o surgimento de novos delitos. Com a certeza de punição, mostra para a sociedade que busca por justiça e reeducação, e readapta o condenado socialmente.

A Lei de Execução Penal preceitua em seu artigo 1º:

“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”⁷.

Sendo assim, o Estado exerce seu direito de punir castigando o criminoso e inibindo o surgimento de novos delitos. Com a certeza de punição, mostra para a sociedade que busca por justiça e reeducação, e readapta o condenado socialmente. No que se refere à execução das medidas de segurança, o Estado objetiva a prevenção do surgimento de novos delitos e a cura do internado imputável ou semi-imputável, que apresenta periculosidade. No que se refere à

⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 275

⁷ Lei de Execução Penal: n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal - Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Art. 1.

execução das medidas de segurança, o Estado objetiva a prevenção do surgimento de novos delitos e a cura do internado inimputável ou semi-imputável, que apresenta periculosidade.

Parte da doutrina considera a natureza jurídica da execução penal jurisdicional, enquanto outra parcela acredita ser puramente administrativa, uma vez que nela estão presentes os preceitos do Direito Penal, no que concerne às sanções e a pretensão punitiva do Estado, do Direito Processual Penal e, ainda, no que se refere ao procedimento executório, verifica-se os preceitos do Direito Administrativo, em relação as providência no âmbito penitenciário.

Segundo Ricardo Antonio Andreucci, para a corrente que defende ser jurisdicional, “a fase executória tem o acompanhamento do Poder Judiciário em toda sua extensão, sendo garantida, desta forma, a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa”. Já para a corrente que acredita ser administrativa, “a execução penal tem caráter administrativo, não incidindo, portanto, os princípios atinentes ao processo judicial”⁸

No Brasil, em sua maior parte, a execução é jurisdicional, uma vez que, mesmo em momentos administrativos, em tempo integral é garantido o acesso ao Poder Judiciário e todas as garantias que lhe são inerentes. O que ocorre é uma combinação entre as fases administrativa e jurisdicional, dando caráter misto a execução penal.

Entretanto, há quem sustente pela desjurisdicionalização da execução penal para a celeridade do processo, evitando a burocracia e agilizando a concessão de benefícios e a solução de incidentes.

A competência do magistrado da execução começa com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo determinada pelas leis de Organização Judiciária de cada Estado.

Nesse sentido, a LEP institui no artigo 65:

⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 276

“A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”⁹.

Em regra, a competência será do juiz especializado, exceto em se tratando de Vara Única, que será do próprio magistrado que prolatou a sentença. As comarcas competentes serão determinadas de acordo com as prescrições do Código Processual Penal.

Sendo assim, aos sentenciados a penas privativas de liberdade, em regra, a competência será da comarca correspondente ao local em que estiver preso. Sobre o assunto, prescreve a Súmula 192 do STJ: “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”. Contudo, ressalta-se que já se entendeu que, se o condenado pela Justiça Militar estiver recolhido em estabelecimento prisional a ela subordinado, as normas da Lei de Execução penal não serão aplicadas. Aos sentenciados que tenham a execução da pena suspensa (*sursis*) e aos condenados a pena restritiva de direitos, será competente para a execução o foro da comarca correspondente ao domicílio deles. Na pena de multa, será o da comarca em que tramitou o processo de conhecimento. Por fim, aos sentenciados com foro privilegiado, será competente o Tribunal que os julgou¹⁰.

Assim se dá o funcionamento da nossa Execução Penal, destacando seu conceito, natureza jurídica e suas competências, para clarear mais nosso estudo sobre.

1.2. PRINCÍPIOS RELATIVOS A PENA, INDIVIDUALIZAÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO.

⁹ Lei de Execução Penal: n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal - Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Art.65.

¹⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 277 – 278.

O princípio da individualização da pena é o princípio que garante que as penas dos infratores não sejam iguais, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.

A individualização da pena pode se dar, na fase legislativa, quando o legislador estabelece qual pena cominada a cada tipo penal por lei definido, na fase judicial, situação em que o juiz aplica a lei com discricionariedade, utilizando na dosimetria os parâmetros legalmente estabelecidos e na fase executória, quando há o cumprimento da pena e a aplicação de atos judiciais e administrativos, atendendo as peculiaridades de cada caso¹¹.

É no momento da execução da sentença que a individualização da pena se torna mais efetiva, posto que os condenados não são iguais e não podem de sujeitar a um mesmo programa padronizado, que ignore as peculiaridades de cada um.

Vale dizer, a garantia constitucional da individualização da pena, serviente que é do princípio também constitucional da dignidade da pessoa humana, não limita essa dignidade ao momento jurisdicional condenatório, qual seja, a cominação. Prossegue vida afora do sentenciado para alcançar a fase que já se define como de matéria penitenciária ou de Direito Penitenciário, porquanto ocorrente no interior de um dado estabelecimento prisional do Poder Público, onde “individualizar a pena consistirá em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto.”

Há de haver um regime jurídico de gradativo abrandamento dos rigores da execução penal em si, como resultante lógica da garantia constitucional de individualização da pena. Regime tão serviente dessa garantia quanto a precedente decisão judicial condenatória. E tudo a decolar originariamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que já se põe como um dos explícitos fundamentos da República Federativa do Brasil.

¹¹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 277 – 278.

De tal arte, o regime de progressão penitenciária é uma clara técnica de “sanção premial”, a operar, não pela ameaça de castigo como fator de punição da conduta socialmente indesejável, porém pela promessa de recompensa como fator de estímulo ao comportamento socialmente desejável.

Foi em direta homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) que a nossa Constituição Federal interditou a pena de morte e a prisão perpétua. Ao assim dispor, teria mesmo que se comprometer com a proclamação da garantia da individualização da pena, como efetivamente ocorreu.

No art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, encontra-se positivado o princípio da individualização da pena. Em linhas gerais, essa norma determina que as sanções impostas aos infratores devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator. Assim, as penas devem ser justas e proporcionais, vedado qualquer tipo de padronização.

A individualização da pena, portanto, e a classificação dos condenados, devem ser definidas com fundamento em critérios técnicos e científicos, a fim de que haja o ajustamento da execução a cada condenado, evitando-se, assim a massificação da aplicação da pena.

Nesse sentido, prescreve o art. 5 da LEP: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Assim, a cada condenado será dispensado tratamento penitenciário adequado, levando-se em conta, dentre outros fatores, a personalidade, os antecedentes, o crime cometido por cada condenação etc¹².”

Já o princípio da ressocialização é aplicado na segunda fase da pena, consectário do princípio da dignidade humana, com o reinício do diálogo, da conversação, do vir-à-fala, da conciliação, da convenção, da compreensão entre a sociedade/Estado e o apenado. Os direitos e deveres da LEP e do Estado Constitucional, nos quais está embutido o princípio ressocializador, não precisa ser

¹² ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 279.

adimplidos pelo reeducando, que poderá cumprir a pena pelo regime carcerário imposto na sentença penal.

A ressocialização proposta pela lei de Execução Penal é bastante próxima do proposto pelo programa mínimo de ressocialização, pois para se obter a integração social harmônica (art. 1), é necessária que ela não seja imposta. Entretanto, os dispositivos da lei fazem com que o objetivo ressocializador não seja absolutamente espontâneo, pois existem sanções para não cumprimento de metas ressocializadoras, como o trabalho. Ademais, pela concepção original da Lei de Execução Penal, o não cumprimento das tarefas tidas como ressocializadoras poderia atrasar a concessão de benefícios prisionais, com destaque aqueles ligados ao regime progressivo de penas, por significar falta de requisito subjetivo para tanto.

Vê-se, pois, que os fundamentos da Lei de Execução Penal, em consonância com os dispositivos constitucionais aplicados à matéria, voltam-se para a ressocialização do detento, já que o objetivo da própria execução penal é efetivar a punição imposta pelo Estado para a prática de delitos, e possibilitar ao delinquente meios de retornar ao seio da sociedade.

Vejamos o que Ricardo Antonio Andrucci diz:

Segundo este princípio, a execução penal deve operar-se com vistas a tentar reeducar e reintegrar o condenado á sociedade, na medida da aceitação deste. Trata-se, na verdade, de um ideal que deve ser buscado pelos órgãos da execução, não obstante o caráter retributivo e preventivo da sanção penal¹³.

A ressocialização surge como finalidade da pena num período chamado humanitário, e na contemporaneidade, influenciada, que conferiu aos princípios constitucionais força normativa e o status de norma suprema

Tende-se a explorar, cada vez mais, o caráter ressocializador da pena. Não precisa ir longe para assim concluir, basta notar que na atualidade, um dos temas mais debatidos é a dignidade da pessoa humana, princípio que muitos apontam como principal precursor das reformas penais contemporâneas.

¹³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 281.

1.3 TRABALHO DO PRESO

Está previsto, em nossa Lei de Execução Penal, que o trabalho do preso poderá ser gerenciado por fundação ou empresa pública, com autonomia administrativa e terá por objeto a formação profissional do condenado. Todavia o parágrafo único do artigo 34 da referida lei diz que, nessa hipótese, incumbirá a entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada. Porém, poderá ser transferida a execução direta às empresas privadas e isso se verifica quando o dispositivo diz que “em sua atividade de promover e supervisionar o trabalho.

Cabe ao Estado adquirir a produção, conforme art 35, caso ela não seja comercializada com particulares. Entretanto, com relação à concorrência pública, mencionada no mesmo dispositivo, vem no sentido de evitar tumulto na hora da venda de bens e produtos, pois o maior interesse é o de profissionalização do indivíduo e não econômico, sendo que todas as importâncias arrecadadas com a venda reverterão em favor da fundação ou empresa pública e, em sua falta, do estabelecimento penal¹⁴.

Quanto à jornada de trabalho deve ser igual ou próxima daquela exercida em trabalho livre, assim, não será inferior a seis, nem superior a oito horas (com descanso nos domingos e feriados), conforme estabelece o artigo 33 da Lei de Execução Penal. No entanto, é possível que seja estabelecido outro dia da semana para o descanso, mas isso somente em casos de serviços de manutenção e conservação do estabelecimento penal, pois alguns serviços requerem horários especiais, como por exemplo, enfermagem, limpeza, etc.

O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (28, § 2º LEP), pois o mesmo sequer tem a liberdade de escolha.

Devemos lembrar que o trabalho do preso deve ser remunerado, cujo valor não será inferior à $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo. Contudo, essa remuneração

¹⁴ Lei de Execução Penal: n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal - Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Art. 35

deve atender à reparação do dano do crime, assistência à família, entre outros objetivos previstos na LEP.

Não é possível admitir que a utilização da mão-de-obra prisional vise exclusivamente aos benefícios econômicos da empresa, mas deve atender aos ditames de responsabilidade social e participação no processo de desenvolvimento da cidadania e resgate da dignidade do apenado. Por essa razão, as empresas que se dispuserem a investir na recuperação desses indivíduos devem contabilizar suas ações em seu Balanço Social, e não beneficiarem-se de eventuais desonerações para melhor posicionarem-se no mercado em relação às demais empresas do ramo.

É impossível reconhecer iniciativas de responsabilidade social quando uma empresa emprega exclusivamente mão-de-obra prisional, a fim de minimizar seus custos e assim burlar as regras de competitividade do mercado; é ainda mais inadmissível a conivência do Poder Público que justifica essas ações como necessárias, pois se assim não o fosse não existiriam vagas para o trabalho dos sentenciados.

Diante de possíveis distorções, cabe ao Estado acompanhar e fiscalizar as empresas e pessoas físicas que se disponham a se integrarem nas ações de ressocialização.

CAPÍTULO II – ADMINISTRAÇÃO DA PENA

2.1 REGIMES E ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

Nos últimos anos tem sido cada vez mais frequente, no noticiário e em outras fontes de informação, a citação de palavras que se referem os três regimes de cumprimento de penas de prisão. Segundo o Código Penal brasileiro, quanto mais grave é o crime cometido, mais rigoroso é o tratamento dispensado ao réu.

No Brasil, existem três regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade (art. 33 do CP): fechado, semiaberto e aberto.

Segundo determina a lei, a pena de reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já a pena de detenção deverá ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, salvo a necessidade de transferência para regime fechado.

Portanto, o cumprimento da pena de detenção nunca poderá ser iniciado em regime fechado. O regime fechado, para a pena de detenção, somente poderá ser aplicado por força de regressão .

Para as contravenções penais segundo determina o art.1º da Lei de introdução do Código Penal – Decreto-Lei n. 3.914/41 a pena pode ser de prisão simples ou multa.

A pena de prisão simples, de acordo com o art. 6º da lei das contravenções Penais – Decreto-Lei n. 3.688/41 -, será executada sem rigor penitenciário, e, estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto.

O regime integralmente fechado foi criado com a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, e era o único regime aplicável aos condenados pela pratica de crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, até o advento da Lei. 11/466/2007, que possibilitou a progressão em tais delitos.

Considera – se regime fechado a execução de pena em estabelecimento de segurança máxima ou media. Considera – se regime semiaberto a execução da

pena em colônia penal agrícola, industrial ou estabelecimento semelhante. Considera – se regime aberto a execução da pena em Casa de Albergado ou estabelecimento adequado.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será determinado pelo juiz ao prolatar a sentença condenatória, levando em conta as circunstâncias judiciais do crime (art. 59 do CP) e os parâmetros estabelecidos no art. 33 do CP.

Se houver omissão quanto ao regime de cumprimento de pena, poderão ser interposto embargos de declaração, e, se for o caso, de apelação. Caso a omissão seja suprida em grau de recurso, não haverá violação ao princípio do processo legal.

É evidente, outrossim, que o juiz da condenação não pode deixar a critério do juiz da execução a fixação do regime de cumprimento de pena, até porque o regime inicial de cumprimento da pena não poderá ser modificado pelo juízo da execução.

Em caso de condenação por mais de um crime, estabelece o art. 111 da LEP:

Art. 111 - Quando houver condenado por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.¹⁵

Ainda dentro dos tipos de regimes de cumprimento de pena, temos a progressão de regime e a regressão, vejamos:

O sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade tem por finalidade propiciar a reinserção gradativa do condenado ao convívio social, fazendo – o passar do regime mais rigoroso para o menos rigoroso, até a completa liberdade. A pena privativa de liberdade, por tanto, será cumprida em etapas, sendo o condenado permanente avaliado, para aferição de ser mérito.

O mérito do condenado para a progressão de regime prisional (requisitos subjetivos) tem relação direta com seu bom comportamento carcerário e aptidão para retornar ao convívio social. Neste sentido estabelece o art. 112 da LEP

Art. 112 – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser

¹⁵ Lei de Execução Penal: n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal - Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Art.111.

determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei n. 10.729, de 1º- 12 – 2013)

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas respeitados os prazos previstos nas normas vigentes¹⁶.

É, pois, decorrência do sistema progressivo de execução da pena a mudança de regime, que se dá nome de progressão.

Progressão, por tanto, é uma mudança de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, cumpridos que sejam pelo condenado os requisitos objetivos estabelecidos em lei.

Somente o juiz da execução autorizará a progressão de regime, em decisão motivada, atendidos: a) requisitos objetivo (temporal): cumprimento, em regra, de 1/6 da pena no regime anterior; b) requisito subjetivo (mérito): boa conduta carcerária comprovada por atestado firmado pelo diretor do estabelecimento.

O requerimento de progressão de regime deverá ser formulado perante o juiz da Execução, instruído com os documentos comprobatórios dos requisitos exigidos, manifestando-se o Ministério Público obrigatoriamente antes da decisão motivada. Agora veremos a Regressão de Regime:

Como mencionado em linhas anteriores, o mérito do condenado é o fator determinantes da progressão de regimes de cumprimento da pena, que deve vir, sempre, aliado ao elemento temporal. Obtida a progressão e verificando-se que o mérito do condenado não mais correspondente ao que seria necessário para o prosseguimento da execução no novo regime alcançado, poderá o condenado regredir de regime, passando aos regimes mais severos.

A regressão representa o retorno do condenado ao regime mais severo, observados a ampla defesa e o contraditório. No caso, ao regime semiaberto, se o condenado estava no aberto, ou fechado, se, na ocasião, se encontrava no regime intermediário ou semiaberto.

¹⁶ Lei de Execução Penal: n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal - Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Art.112. §1 e §2

É admitida a regressão por salto (*per saltum*), pois a lei fala em “transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos”, indicando que o condenado pode, eventualmente, passar do regime aberto para o regime fechado, sem a passagem pelo regime intermediário.

É possível, outrossim, a regressão cautelar, ou sustação provisória do regime, que se insere no poder geral de cautela do juiz da execução, tendo fundamentada existência dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

As causas de regressão de regime estão elencadas no art.118 da LEP, que dispõe:

Art118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita a forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do paragrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado¹⁷.

Esses são os regimes em que estão elencados na nossa Execução, como podemos ver cada um detalhadamente.

2.1.1 Estabelecimentos prisionais

Os estabelecimentos prisionais são destinados aos condenados, aos submetidos a medida de segurança, aos presos provisórios e aos agressos.

Por determinação da Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVIII, a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Separadamente, a mulher e o maior de 60 anos serão recolhidos a estabelecimentos próprios e adequados a suas condições pessoais.

Os estabelecimentos prisionais deverão contar com a área destinada a educação, trabalho, recreação e pratica de esportiva. Deverão, ainda, ser dotados

¹⁷ Lei de Execução Penal: n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal - Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Art.118. I e II e §1 e §2.

de compartimentos distintos para as diferentes categorias de reclusos, de modo que os presos provisórios fiquem separados dos condenados definitivos e os presos primários sejam mantidos em seção distinta da reservada aos reincidentes.

O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada, por questão de segurança. A finalidade dessa norma é a preservação da integridade física e moral daquele que, até algum tempo, se encontrava no lado oposto ao crime, combatendo no exercício de suas atividades profissionais rotineiras, aqueles que agora se encontram presos, e por essas razões óbvias não devem dividir o mesmo espaço físico.

São os tipos de estabelecimentos prisionais: prisão especial; penitenciária; colônia agrícola, industrial ou similar; casa do albergado; centro de observação; hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e cadeia pública.

- Prisão Especial: a prisão especial é uma espécie de prisão provisória, que se justifica em razão da prerrogativa da função, pela formação em curso de nível superior prestados ao poder público, por alguns presos, que os faz permanecer afastados dos presos comum até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, os presos com direito a prisão especial serão recolhidos ao estabelecimento penal comum. A prisão é chamada de “especial” em razão do status personae do detento. As pessoas sujeitas a prisão especial encontram-se arroladas no art. 295 do CPP¹⁸.

Não se trata de um local repleto de regalias aos presos, mas, antes, de um local distinto dentro de um presídio ou cadeia pública, distante e isolado das outras celas, conforme preceitua o §1º do dispositivo citado. Suas instalações deverão contar com acomodações dignas, satisfazendo as necessidades básicas de higiene e saúde. Se não houver um compartimento específico destinado aos presos com o direito a prisão especial não autorizada a concessão de prisão – albergue domiciliar, como muitas vezes se tem aplicado, com grande equívoco. A concessão de prisão albergue domiciliar deve ficar restrita às hipóteses do art. 117 da LEP.

¹⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 304 - 305.

- Penitenciária: destina-se a penitenciária ao condenado a pena de reclusão, em regime fechado. Daí decorre que é irregular o eventual cumprimento de pena privativa de liberdade, nos regimes semiaberto ou aberto, com penitenciária, já que destinada apenas ao regime fechado. O condenado que tiver que cumprir sua pena no regime fechado será alojado em cela individual, que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório, onde os requisitos básicos de cada unidade celular deverão ser observados, como salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado a existência humana, além de uma área mínima de seis metros quadrados¹⁹. Nesse sentido:

Art.88. O condenado será alojado em célula individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

§ único. São requisitos básicos de unidade celular:

- a) Salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado a existência humana;
- b) Área mínima de 6 m² (seis metros quadrado).

Essas condições dispostas na LEP estão em consonância com as regras mínimas da ONU para o tratamento de reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955, pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a prevenção de crime e o Tratamento dos delinquentes. Também estão em consonância com as regras mínimas para o tratamento de preso do Brasil, Resolução n.14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de 11 de novembro de 1994.

A penitenciária de mulheres, por seu turno, além dos requisitos já mencionados, será adota de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamenta-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade, e também de seção para gestantes e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Inclusive, de acordo com a inovação trazida pela Lei n.12.121, de 15-12-2009, os estabelecimentos prisionais femininos deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas²⁰.

¹⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 306.

²⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 306

- Colônia agrícola, industrial ou similar: os condenados oriundos do regime fechado que por progressão passam a cumprir pena em regime semiaberto deverão ser recolhidos em estabelecimentos que cumpram essa função de transição. Dai por que esse regime denomina-se intermediário. Esses estabelecimentos também receberão os detentos aos quais se impôs, desde o início o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto. Por fim, poderão receber esses estabelecimentos condenados que, cumprindo pena do regime aberto, obtiveram regressão, passando, no caso, ao semiaberto²¹.

O cumprimento de pena em regime semiaberto deve ocorrer, portanto, em colônia agrícola, industrial ou similar. Na colônia agrícola o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, desde que preservadas a salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado a existência humana. Na ausência de vaga no regime semiaberto já decidiu o STJ que “configura-se constrangimento ilegal o cumprimento da pena em condições mais rigorosas que aquelas estabelecidas na condenação, sob pena de desvio da finalidade da pretensão executória” (STJ – RHC 20.828/MG – 5ºT – Rel.Min. Laurita Vaz – DJU, 5-11-2007, p 286).

Inclusive, a referida Corte já decidiu que “no caso de inexistência de vagas, excepcionalmente, a pena deve ser descontada em regime aberto, sendo admitido o regime domiciliar, na ausência de casa de albergado, até que o juízo das Execuções assegure ao paciente vaga em estabelecimento próprio ao regime semiaberto” (STJ – RHC 81.707/MS – SºT – Rel. Min. Jane Silva – DJU, 1º 10-2007, p 331).

- Casa do Albergado: O regime aberto baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, que deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. Por imposição legal, em cada região haverá, pelo menos, uma Casa de Albergado.

A casa do albergado é estabelecimento prisional que se destina ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. Por tanto não apenas a pena em regime

²¹ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 307

aberto deverá ser cumprida em Casa de Albergado, mas também a pena restritiva de direitos consciente em limitação de fim de semana²².

Na inexistência de Casa de Albergado, tem se admitido, excepcionalmente, a concessão de prisão albergue domiciliar, embora em desrespeito as disposições da LEP, já que essa modalidade de recolhimento destina-se apenas as hipóteses elencadas no art. 117 da LEP.

- Centro de Observação: é o lugar onde se fazem todos os exames, inclusive o criminológico, também fazem pesquisas criminológicas, afim de conhecer mais o apenado que está preso.

o centro de observação é estabelecimento penal onde se realizam os exames em geral além de pesquisas criminológicas, e o exame criminológico, cujos resultados devem ser encaminhados a comissão técnica de classificação. Deve o Centro de Observação ser instalado em unidade autônoma ou em anexo a outros estabelecimentos prisionais. Na sua ausência, os exames poderão ser realizados pela comissão técnica de classificação²³.

Em regra, cada estado de federação tem seu próprio Centro de Observação, que, geralmente, denomina-se Centro de Observação Criminológica.

- Hospital de Custódia e tratamento Psiquiátrico: é um estabelecimento em que se recupera aqueles que não possuem a saúde mental sadia, a ponto de não conviver na sociedade enquanto estiverem preso.

O hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico é o estabelecimento penal onde os inimputáveis, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e os semi – imputáveis, que necessitem de especial tratamento curativo, cumprirão a medida de segurança de intenção. Por imposição legal, deve este estabelecimento ser dotado de salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, isolamento e condicionamento térmico adequado a existência humana²⁴.

²² ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308.

²³ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 309.

²⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 309.

Não há previsão de cela individual nesse hospital, pois a estrutura e as divisões de tal unidade estão na dependência de planificação especializada, dirigida segundo os padrões da medicina psiquiátrica. A medida de segurança restritiva, consistente em tratamento ambulatorial, deverá ser cumprida no próprio hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em outro local com dependência adequada.

- Cadeia Pública:

A cadeia pública destina-se ao recolhimento dos presos provisórios. Preso provisório é aquele recolhido em estabelecimento prisional em razão de ter sido preso em flagrante delito, prisão preventiva, prisão resultante de pronuncia, prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível ou prisão temporária²⁵.

A finalidade da prisão provisória é custodiar aquele a quem se imputa a pratica de um crime, com o objetivo de deixa-lo a disposição da autoridade judicial, durante o inquérito policial ou a ação penal, e não para o cumprimento da pena, que ainda não lhe foi imposta e nem é definitiva. A execução penal só poderá ser iniciada depois do transito julgado da sentença. Logo a prisão provisória não deverá ter outra limitação se não a de determinar as necessidades da custódia, a segurança e a ordem dos estabelecimentos.

Cada comarca deve ter, pelo menos, uma cadeia publica, a fim de resguardar o interesse da Administração da justiça criminal e como fator de ressocialização e assistência, garantir a permanencia do preso em local próximo ao seu social e familiar. O estabelecimento deve ser instalado próximo ao centro urbano e ser dotado também de salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado a existência humana.

2.2 PAPEL DO ESTADO NA EXECUÇÃO PENAL

Entende-se por Execução Penal a fase de conhecimento do processo passa a execução com o trânsito em julgado da sentença, que torna-se, título executivo judicial. Na execução a sentença será cumprida, ou seja, a pena privativa de

²⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 309 - 310.

liberdade, restritiva de direitos ou pecuniário serão executadas. Ressalta-se que o condenado já tem ciência da ação penal ajuizada, assim, a citação é dispensável, uma vez que foi intimado da sentença penal condenatória e exerceu o seu direito de recorrer. Contudo, a citação é necessária em casos de condenação a pena de multa, isso porque o início do cumprimento da pena fica a cargo do sentenciado, consoante dispõe o artigo 50 do Código Penal: “A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença”. Se por ventura o condenado não pagar a multa, será intimado pelo próprio juízo da condenação²⁶.

A Lei de Execução Penal preceitua em seu artigo 1º:

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado²⁷.

Estado exerce seu direito de punir castigando o criminoso e inibindo o surgimento de novos delitos. Com a certeza de punição, mostra para a sociedade que busca por justiça e reeducação, e readapta o condenado socialmente.

2.3 DESESTATIZAÇÃO, PRIVATIZAÇÃO, DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO.

2.3.1 DESESTATIZAÇÃO

Ação ou efeito reduzir, diminuir ou acabar com a interferência ou gestão do Estado. Podendo ser ainda alienação, pela União, de direitos que lhes assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais. E o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles

²⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 275

²⁷ Lei de Execução Penal: n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal - Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Art. 1

de sua responsabilidade a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União; serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; bens móveis e imóveis da União.

A transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade e a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.²⁸

De igual sorte, o magistrado Mauro Bley Pereira Júnior em propostas à crise penitenciária advoga a Privatização. Lembra, contudo, que há possibilidade legal de intervenção privada nos presídios consoante o ordenamento atual. Assim, não haveria qualquer necessidade de mudança legislativa, mesmo porque a situação dos reclusos estaria resguardada, posto que a questão relacionada à disciplina, segurança e os aspectos de índole jurisdicional não estariam a sofrer qualquer ingerência, pois a empresa é que estaria sujeita à fiscalização do juiz da execução e demais órgãos conforme dispõe a Lei de Execução Penal. Maiores detalhes no artigo “Propostas de solução da crise penitenciária”²⁹.

Basicamente são estes os motivos pelos quais a ideia da exploração de trabalho do preso por empresas privadas é, sobretudo, desumana, algo a mais a estigmatizar a personalidade do condenado, transformando-o, como dito acima, em objeto de lucro e não de recuperação, fugindo assim do objetivo principal da execução penal, que é reeducar, ressocializar e proporcionar uma formação profissional ao detento, tornando assim a exploração do trabalho do detento inconstitucional.

²⁸ Lei nº 9.491, de 1997 – Presidência da República, art. 2º p.1º, a e c.

²⁹ Jurisprudência Brasileira Criminal, Juruá Editora, Curitiba. 2013. volume 34.2013

2.3.2 PRIVATIZAÇÃO

A privatização consiste num movimento destinado a diminuir a excessiva intervenção do Estado na atividade econômica. A privatização consiste na transferência de um serviço realizado pelo poder público para o setor privado e pode incluir tanto a transferência de propriedade dos bens quanto seus serviços. Portanto, “na privatização a empresa estatal transforma-se em particular, mediante leilão dos bens, controle acionário ou simplesmente aquisição de seu patrimônio”.³⁰

Nos últimos anos, os programas de privatização demonstraram a necessidade de revisão do papel do Estado na economia e fazem parte das profundas transformações implementadas em todo o mundo, devido aos sistemas políticos e governamentais, até então desenvolvidos, mostrarem-se ineficazes quanto ao atendimento das necessidades básicas da população no campo social. A ideia de prisão privada, segundo Grecianny Carvalho Cordeiro:

Encontra seu antecedente mais remoto no início da civilização, quando as tribos primitivas prendiam o inimigo em cavernas, para a proteção da família. Todavia, nessa época não havia sequer surgido à ideia de Estado, tampouco havia sociedade politicamente organizada, e o conceito de soberania era desconhecida; assim, não se pode falar propriamente em antecedente da prisão privada, como preceitua a mesma autora³¹.

2.3.3 DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO

Descentralização é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica. Difere da desconcentração pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica; sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar tudo do centro um volume grande de atribuições para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se a hierarquia. A descentralização supõe a

³⁰ MARTINEZ, op. cit., 1998, p. 265.

³¹ CORDEIRO, Grecianny Cravalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas e Bastos Editora, 2006.p. 51-52

existência de, pelo menos duas pessoa, entre as quais se repartem as competências³².

Pode-se falar em centralização e descentralização em sentido publico e em sentido administrativo. Sob o primeiro aspecto, elas designam formas de organização do Estado, em que se contrapõem o Estado unitário (caracterizado pela centralização politica) e o Estado federal (caracterizado pela descentralização politica); sob o segundo aspecto, indicam formas diversas de organização da Administração Pública, centralizada e descentralizada, ou, para empregar terminologia consagrada no direito positivo brasileiro, administração publica direta ou indireta.³³

A descentralização política ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União nem ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal. As atividades jurídicas que exercem não constituem delegação ou concessão do governo central, pois delas são titulares de maneira originária³⁴.

Na descentralização Administrativa, independente da forma centralizada ou descentralizada de organização do Estado, a atividade da Administração Pública pode ser exercida diretamente, por meio de seus próprios órgãos (centralização administrativa ou Administração direta) ou indiretamente, por meio da transferência de atribuições a outras pessoas, físicas ou jurídicas, publicas ou privadas (descentralização administrativa ou Administração indireta). Por outras palavras,

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 23. Ed – São Paulo: Atlas, 2010. Pag. 410.

³³ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.p. 44

³⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.p. 44 e 45.

quer se trate de descentralização política, própria dos Estados Federais, ambas convivem perfeitamente com a descentralização administrativa³⁵

Tradicionalmente, apontam-se duas modalidades de descentralização administrativa: (a) a territorial ou geográfica; e (b) a por serviços, funcional ou técnica. Preferimos acompanhar os autores que acrescentam, como modalidade autônoma, descentralização por colaboração, que apresenta características próprias, que justificam sua inclusão em categoria diversa de descentralização. Em todas essas modalidades, a descentralização caracteriza-se pela transferência de atribuições de uma pessoa jurídica pública (União, Estados ou Municípios) para outra pessoa jurídica. O ente descentralizado goza de capacidade de auto-administração, ou seja, de capacidade de gerir os próprios negócios, distinguindo-se, quanto a esse aspecto, dos entes federados, descentralizados politicamente, que gozam de autonomia, ou seja, do poder de editar leis, sem subordinação a outras normas que não as da próprias Constituição. Além disso, a descentralização administrativa supõe transferência de uma atividade própria da Administração Pública; comumente, trata-se de um serviço público, definido como “ toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”³⁶.

A descentralização territorial ou geográfica é a que se verifica quando uma entidade local, geograficamente delimitada, é dotada de personalidade jurídica própria, de direito público, com capacidade administrativa genérica. São características desse ente descentralizado são: personalidade jurídica de direito público; capacidade de autoadministração; delimitação geográfica; capacidade genérica, ou seja, para exercer a totalidade ou maior parte dos encargos públicos de interesse da coletividade e sujeição a controle pelo poder central³⁷.

³⁵ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.p. 45

³⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.p. 46.

³⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.p. 46 e 47.

Este tipo de descentralização administrativa ocorre nos Estados unitários como França, Itália, Bélgica, constituídos por departamentos, Regiões, províncias, comunas, e é o que se verifica no Brasil, á época do Império. No Brasil de hoje, podem ser incluídos nessa modalidade de descentralização os territórios federais, que, tal como estão disciplinados pela Constituição (embora não tenha existência fática), não integram a Federação, mas tem personalidade jurídica de direito publico, são geograficamente delimitados e possuem capacidade genérica, que abrange serviços de segurança, saúde, justiça etc. É importante realçar que a descentralização administrativa territorial nem sempre impede a capacidade legislativa; só que esta é exercida sem autonomia, porque subordinada a normas emanadas do poder central³⁸.

A descentralização por serviços, técnica ou funcional é a que se verifica quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito publico ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço publico. No Brasil, essa criação somente pode dar-se por meio de lei e corresponde, basicamente, á figura da autarquia, mas abrange também as fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas publicas, que exerçam serviços públicos³⁹.

Tradicionalmente, os autores indicam apenas autarquia como forma de descentralização por serviço, definindo-a, por isso mesmo, como serviço publico descentralizado: trata-se de determinado serviço publico que se destaca da pessoa jurídica publica (União, Estados ou Municípios) e ao qual se atribui personalidade jurídica própria, também de natureza publica; entende-se que o ente instituído deve ter a mesma capacidade publica, com todos os privilégios e prerrogativas próprios do ente instituidor. Não é por outra razão que o Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, apegado a essa doutrina tradicional, define apenas a autarquia como entidade que presta serviço publico típico do Estado.

³⁸ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas/** Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.p. 47

³⁹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas/** Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.p. 47

No caso de descentralização por serviço, o ente descentralizado passa a deter a titularidade e a execução do serviço; em consequência, ele desempenha o serviço com a independência em relação a pessoa que lhe deu vida, podendo opor-se a interferências indevidas; estas somente são admissíveis nos limites expressamente estabelecidos em lei e tem por objetivo garantir que a entidade não se desvie dos fins para os quais foi instituídas. Essa razão do controle ou tutela a que tais entidades se submetem nos limites da lei. Esse processo de descentralização envolve, portanto: reconhecimento de personalidade jurídica ao ente descentralizador; existência de órgãos próprios, com capacidade de autoadministração exercida com a certa independência em relação ao poder central; patrimônio próprio, necessário a consecução de seus fins; capacidade específica, ou seja, limitada à execução do serviço público determinado que lhe foi transferido, o que implica sujeição ao princípio da especialização, que impede o ente descentralizado de desviar-se dos fins que justificaram sua criação; sujeição a controle ou tutela, exercido nos limites da lei precisamente para assegurar certa margem de independência ao ente descentralizado, sem o que não se justificaria sua instituição⁴⁰.

A descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço. A descentralização por colaboração é feita por acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, pelo qual se atribui a uma pessoa de direito privado a execução de serviço público, conservando o poder concedente sua titularidade. Com acordos de vontades podem ser mencionadas, entre outras modalidades: (a) as várias formas de concessão já indicadas, a saber, a concessão de serviço público tradicional, precedida ou não de obra pública, e as duas modalidades de parcerias público-privadas; (b) a permissão de serviço público, como disciplinada na Lei nº 8.987/95; (c) os contratos de gestão como ocorre, por exemplo, na área da saúde; (d) a franquia que tenha por objeto a delegação de serviço público, de que constitui exemplo a que se concede no âmbito do correio (disciplinada pela Lei nº 11.668, de 2-5-08).

A desconcentração é uma forma de regionalização na qual a instância central de poder transfere parte de suas atribuições de execução de atividades

⁴⁰ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro.** – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.p. 48.

para órgãos regionais, que não dispõem de poder para decidir sobre prioridade ou sobre planejamento dos serviços. A instância central conserva o poder e a dotação orçamentaria para decidir sobre políticas, prioridades e alocação de recursos humanos⁴¹.

Tal medida, chamada desconcentração, acontece para que haja um descongestionamento, resultante do grande volume de atribuições que competem ao ente central, permitindo, dessa forma, que ocorra um desempenho mais adequado e racional de tais atribuições. O fenômeno da distribuição interna de plexos de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas, denomina-se desconcentração, que se dá tanto em razão do grau, ou seja, do nível de responsabilidade decisória conferido aos distintos escalões que corresponderão aos diversos patamares de autoridade⁴².

Vimos que outras pessoas jurídicas podem gerenciar serviços ou bens públicos através de cada item que vimos acima, assim desafogando o Estado em atribuições a ele dada.

⁴¹ BNDES. Disponível em: <http://www.federativo.bndes.gov.br>. Acesso em 28-04-15, 15:30.

⁴² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 17. ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140

CAPÍTULO III – ADMINISTRAÇÃO DO TRABALHO DO PRESO EM PRESIDIOS DESESTATIZADOS E TRABALHO DO PRESO, UM PROBLEMA.

3.1- BREVES INCURSÕES SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade nada mais é que um controle para que se possa ver se uma determinada norma é compatível com a Constituição Federal, ou seja se é constitucional.

A existência de um escalonamento normativo é pressuposto necessário para soberania constitucional, pois, estando a constituição hierarquicamente superior as demais normas, é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo⁴³.

Raul Machado Horta, explica que:

O controle da constitucionalidade das leis, que surgiu, se desenvolveu e se organizou, técnica e doutrinariamente, sob os auspícios do constitucionalismo moderno, tem, conseqüentemente, sua própria existência associada a ideia de Constituição, às fases e aos processos que vierem assegurar a supremacia da Lei Constitucional⁴⁴.

“O legislador constituinte originário criou mecanismo por meio dos quais se controlam atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na “Lei Maior”. Como requisitos fundamentais e essenciais para o controle, lembramos a existência de uma Constituição Rígida e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade, órgão este variará de acordo com o sistema de controle adotado”⁴⁵.

Conforme já estudado, Constituição Rígida é aquela que possui um processo de alteração mais dificultoso, mais árduo, mais solene do que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais. A CF brasileira é rígida, diante das regras procedimentais solenes de alteração previstas em seu art. 60.

A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida

⁴³MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 729.

⁴⁴HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 91.

⁴⁵Lenza, Pedro, **Direito Constitucional esquematizado**/ Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 218.

relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para as demais atos normativos do sistema.

Trata-se do princípio da supremacia da constituição, que, nos dizeres do Professor José Afonso da Silva, reputado por Pinto Ferreira como “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”, “significa que a Constituição se coloca na vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É enfim a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas jurídicas”⁴⁶.

Desse princípio, continua o mestre, “ resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de uma país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se compatíveis com ela são invalidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade dos inferiores”. Assim a Constituição está no ápice da pirâmide, orientando e “iluminando” os demais atos infraconstitucionais⁴⁷.

As constituições escritas são característica do Estado Moderno. A concepção de um documento escrito destinado a institucionalizar um sistema preconcebido é inovação que se consolida na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa e a independência americana. A complexidade do seu desenvolvimento histórico e as múltiplas perspectiva de análise atribuem ao conceito de Constituição.

“A resposta sobre o significado da Constituição – diz Hesse – depende, assim, da tarefa que se pretende resolver com o conceito eventualmente desenvolvido”. A constituição escrita não se limita a estabelecer a organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da comunidade, mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade. Não se trata, á evidencia, de um sistema isento de lacunas. E,

⁴⁶ Lenza, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado/ Pedro Lenza**. – 16. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 218.

⁴⁷ Lenza, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado/ Pedro Lenza**. – 16. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 218.

de certo modo, é essa ausência de regulamentação minudente que se assegura a abertura constitucional necessária ao amplo desenvolvimento do processo político⁴⁸.

O Direito Constitucional tem como objetivo, o que alguns autores chamam de “filtro constitucional”. Ou seja, todas as espécies normativas do ordenamento jurídico devem existir, porém deverão sempre ser analisadas a luz da Constituição Federal, para que sejam ou não consideradas como válidas. Através dessa observância é que se precisa se elas são ou não constitucionais. É nesse momento que entra o controle de constitucionalidade, para observar se as leis e normas estão compatíveis com a Constituição Federal.

Tendo em vista a hipótese do presente trabalho, cabe inicialmente, antes de qualquer análise, compreender o que é controle de constitucionalidade. A existência de um escalonamento normativo é pressuposto necessário para soberania constitucional, pois, estando a constituição hierarquicamente superior as demais normas, é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo⁴⁹.

Raul Machado Horta, explica que:

O controle da constitucionalidade das leis, que surgiu, se desenvolveu e se organizou, técnica e doutrinariamente, sob os auspícios do constitucionalismo moderno, tem, conseqüentemente, sua própria existência associada a ideia de Constituição, às fases e aos processos que vierem assegurar a supremacia da Lei Constitucional⁵⁰.

Pedro Lenza, diz que:

[...] constituição rígida é aquela que possui um processo de alteração mais dificultoso, mais árduo, mais solene do que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais. A CF brasileira é rígida, diante das regras procedimentais solenes de alteração previstas em seu art. 60⁵¹.

Nesse mesmo sentido, Pedro Lenza explica:

⁴⁸Mendes, Gilmar Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes**, – 7. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1419 e 1421.

⁴⁹MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 729.

⁵⁰HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 91.

⁵¹LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 239.

A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema⁵².

Logo, o controle de constitucionalidade pode ser entendido como a verificação de compatibilidade ou adequação entre um ato jurídico, como por exemplo, atos normativos e a Constituição, no aspecto formal e material.

A respeito da inconstitucionalidade, José Afonso da Silva diz:

[...] em conformidade com os ditames constitucionais, a qual não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição, mas ainda com o não omitir a aplicação de normas constitucionais quando a Constituição assim o determina⁵³.

Seguindo então nesse traçado, na busca pela compreensão da inconstitucionalidade material, depara-se com o entendimento de Pedro Lenza:

O vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito a “matéria”, ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material⁵⁴.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição. A inconstitucionalidade material envolve, porém não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo⁵⁵.

⁵² Idem.

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 215.

⁵⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 739.

José Joaquim Gomes Canotilho da ênfase ainda que “é possível que o vício de inconstitucionalidade material decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno”⁵⁶.

A inconstitucionalidade material exprime uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode ter o controle material de constitucionalidade como parâmetro, todas as categorias de normas constitucionais como, de organização, definidoras de direitos e programáticas⁵⁷.

“Logo, entende-se que, diante da inconstitucionalidade material de uma norma, é preciso aferir a compatibilidade desta com os fins constitucionalmente previstos ou apurar o cumprimento do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo”⁵⁸. Posto os entendimentos dos doutrinadores acima citados, pode-se ter como entendimento a cerca de inconstitucionalidade material, como aquela norma que é elaborada em conformidade com as regras de procedimento expressas na constituição, mas o seu conteúdo está em desarmonia com a Constituição, isto é, a matéria está tratada de forma diversa do que a Constituição prevê.

3.2 - A DIFERENCIAÇÃO ENTRE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO E INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

“O princípio da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto é a técnica decisória que possibilita à Corte Suprema excluir determinadas hipóteses de aplicação de um programa normativo. Sem empreender qualquer alteração gramatical dos textos legais, permite que o Supremo aplique uma lei, num determinado sentido, a fim de preservar a sua constitucionalidade. Delimitação legal: tanto a Lei n. 9.868/99 (art. 2 8, parágrafo único) como a Lei n. 9.882/99 (art. 1 0)

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1053.

estipulam a competência para a Corte Excelsa declarar parcialmente a inconstitucionalidade sem redução do texto. Ao afastar parcialmente a aplicação da norma, o instituto busca a clareza dos textos normativos e a existência de decisões judiciais abalizadas e coerentes. Apresenta eficácia erga omnes (contra todos) e efeito vinculante, relativamente aos órgãos do Poder Judiciário, da Administração Pública federal, estadual e municipal (Lei n. 9 . 868/99, art. 28, parágrafo único). No Brasil, foi Lúcio Bittencourt quem primeiro vislumbrou, em 1949, a importância da declaração parcial sem redução do texto. Ensinou que uma lei pode ser válida quanto a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros. Concluiu, enfim, que algumas leis, redigidas em linguagem ampla, eram inaplicáveis a fatos pretéritos, embora se aplicassem a situações futuras (O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, p. 128)⁵⁹.

Assim, em vez de cassar a lei, a Corte prefere aplicá-la sem nenhuma mácula, preservando-a para uso futuro (STF, ADin 319-4, Rei. Min. Moreira Alves, DJ de 30-4-1993, p. 7563) . Questão controvertida diz respeito à autonomia da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto. Seria ela um mecanismo equivalente à interpretação conforme à constituição? Teoricamente, enquanto a interpretação conforme é um princípio de exegese, a declaração parcial constitui uma técnica de decisão judicial. Embora os estudiosos reconheçam essa diferença teórica, admitem que ambas produzem efeitos similares⁶⁰.

Ainda sobre o tema afirma Celso Ribeiro Bastos:

“Trata-se de uma técnica de interpretação constitucional - que tem sua origem na prática da Corte Constitucional alemã - utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se declara a inconstitucionalidade parcial da norma sem reduzir o seu texto, ou seja, sem alterar a expressão literal da lei. Normalmente, ela é empregada quando a norma é redigida em linguagem ampla e que abrange várias hipóteses, sendo uma delas inconstitucional. Assim, a lei continua tendo vigência - não se altera a sua expressão literal -, mas o Supremo Tribunal Federal deixa consignado o trecho da norma que é inconstitucional. É dizer, uma das variantes da lei é inconstitucional. Portanto, faz-se possível afirmar que essa técnica de interpretação ocorre, quando - pela redação do texto na qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional - não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar a parte inconstitucional.

⁵⁹Bulos, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** / Uadi LammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 371

⁶⁰Bulos, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** / Uadi LammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 372

Impõe-se, então, a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal”⁶¹

“Em algumas situações práticas, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto posta-se como instrumento para operacionalizar a interpretação conforme. Sem alterar uma vírgula sequer da carta magna, o intérprete declara a inconstitucionalidade de algumas exegeses possíveis do texto legal, mantendo, assim, a lei ou ato normativo na ordem jurídica. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a matéria passou por significativa mudança de rumos. Num primeiro momento, a Corte deixou assente que a interpretação conforme não seria um simples princípio interpretativo, mas uma modalidade de decisão do controle de normas, equiparando-se a uma declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto”⁶².

“A interpretação conforme à constituição é um princípio de exegese constitucional e, ao mesmo tempo, uma técnica de controle de normas a jurisprudência alemã, construída sob a égide da Lei Fundamental de Bonn de 1949, propôs o princípio da interpretação conforme à constituição. A interpretação conforme à constituição é um meio para as Cortes Supremas neutralizarem violações constitucionais. Em vez de declarar a norma inconstitucional, o Tribunal escolhe a alternativa interpretativa que a conduza a um juízo de constitucionalidade. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, desde o ordenamento jurídico anterior, tem utilizado esse princípio”⁶³.

A interpretação conforme à Constituição é muito bem definida pelo constitucionalista Paulo Bonavides, nos seguintes termos:

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto [a interpretação conforme a constituição], há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será portanto considerada constitucional⁶⁴.

“Interessante observar que a terminologia interpretação conforme à constituição apresenta certo truísmo. É que, em rigor, toda e qualquer exegese, para

⁶¹BASTOS, Celso Ribeiro **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 175.

⁶²Bulos, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** / Uadi LammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 372

⁶³Bulos, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** / Uadi LammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 470

⁶⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004. p. 518

ser válida, deve conformar-se à carta magna. Nesse sentido: "A interpretação conforme é uma técnica de eliminação de uma interpretação desconforme. O saque desse modo especial da interpretação conforme não é feito para conformar um dispositivo subconstitucional aos termos da Constituição Positiva. Absolutamente. Ele é feito para descartar aquela particularizada interpretação que, incidindo sobre um dado texto normativo de menor hierarquia impositiva, torna esse texto desconforme à Constituição. Logo, trata-se de uma técnica de controle de constitucionalidade que só pode começar ali onde a interpretação do texto normativo inferior termina. Primeiro, a interpretação do texto segundo os seus próprios elementos de compreensibilidade e por imersão no diploma com que nasceu para o Direito Positivo"⁶⁵.

Pronto, depois é que se faz, não a reinterpretação desse texto para afeiçoá-lo à normatividade constitucional, mas tão somente uma comparação entre o que já foi interpretado como um dos sentidos dele (texto normativo) e qualquer dos dispositivos da Constituição. Onde o nome interpretação conforme a Constituição significar, em rigor, um imediato cotejo entre duas pré-compreensões ou dois antecipados entendimentos jurídicos: o entendimento que já se tem de qualquer dos dispositivos constitucionais versus aquele específico entendimento a que também previamente se chegou de um dispositivo infraconstitucional " (STF, ADPF 54-QO, voto vista do Min. Carlos Britto, em 27-4-2005)⁶⁶.

"A aplicação desse método parte, por conseguinte, da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que, em caso de dúvida, a lei será interpretada "conforme a Constituição". Deriva outrossim do emprego de tal método a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo levar-las na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões. Daqui resulta que o

⁶⁵ Bulos, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** / Uadi LammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p.469 – 470.

⁶⁶Bulos, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** / Uadi LammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 470.

interprete não poderá de vista, o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor”⁶⁷.

“Como se vê, esse meio de interpretação contem um princípio conservador da norma, uma determinação de faze-la sempre subsistente, de máximo e na mais ampla latitude todas as possibilidades de sua manutenção. Busca-se desse modo preservar a autoridade do comando normativo, fazendo o método ser expressão do “favor legis” ou do “favor actus”, ou seja, um instrumento de segurança jurídica contra as declarações precipitadas de invalidade da norma. Presume –se , pois da parte do legislador, como uma constante ou regra, a vontade de respeitar a Constituição, a disposição de não infringi-la. A declaração de nulidade da lei é o ultimo recurso de que lança mão o juiz quando, persuadido da absoluta inconstitucionalidade da norma, já não encontra saída senão reconhece-la incompatível com a ordem jurídica. Mas antes de chegar a tanto, faz-se mister tenham sido empregados todos os métodos usuais e clássicos de interpretação e que os mais importantes dentre eles levem a conclusão irrecusável e evidente da inconstitucionalidade da norma”⁶⁸.

Noutros termos, as leis e os atos normativos devem ser interpretados em harmonia com as constituições. A interpretação conforme à constituição é um critério de exegese constitucional e, ao mesmo tempo, uma técnica de controle de constitucionalidade. Posicionamento do STF:

ao posicionar-se nesse sentido, o Supremo reconheceu que a interpretação conforme, quando fixada no juízo abstrato de normas, corresponde a uma pronúncia de inconstitucionalidade (Pleno, Repr. 1 .4 1 7-7, Rei. Min. Moreira Alves, v. u., j. em 9-1 2-1 987, DJ de 1 5-4-1 988, R TJ, 7 2 6:48). Segundo a praxis da Corte Excelsa, a interpretação conforme equivale a u m a declaração de constitucionalidade da lei, equiparando-se, em alguns casos, à declaração de n u l idade parcial sem redução do texto (STF, Repr. 1 .454, Rei. Min . Octavio Gal lotti, R TJ, 7 25:997; STF, Repr. 1 .3 89, Rei . Min. Oscar Corrêa, RTJ, 7 26:5 1 4; STF, Repr. 1 .399, Rei. M i n . Aldir Passarinho, DJ de 9-9-1 988)⁶⁹.

Como critério de exegese, a interpretação conforme visa preservar a norma, e não decretar a sua inconstitucionalidade, permitindo ao intérprete:

⁶⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004. p. 518

⁶⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004. p. 519

⁶⁹Bulos, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** / Uadi LammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 471

a) Realizar avontade da constituição. A jurisprudência do Supremo Tribunal não confere maior importância à intenção ou vontade do legislador, embora reconheça que ela seja um dos limites do princípio em estudo; mas, na prática, se a exegese conforme operacionaliza-se pela mera expressão literal do texto, a Corte evita investigar a voluntas legislatoris;⁷⁰

b) Escolher o melhor significado das leis ou atos normativos, em meio a tantos outros que eles possam apresentar. Assim, no equacionamento de problemas jurídico-constitucionais, resta ao intérprete recorrer à teoria da divisibilidade da norma. Desse modo, o Supremo declara a inconstitucionalidade da parte "doente" da lei, preservando o restante dela. Evidente que isso só pode ser feito em preceitos que abriguem múltiplos significados (normas polissêmicas), aceitando várias interpretações. Caso a norma tenha sentido unívoco, não há opções de escolha. Resultado: ou ela é totalmente constitucional, ou inconstitucional. Por isso, o instituto "só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco" (STF, Pleno, ADin 1.344-1/ES (medida liminar), Rei. Min. Moreira Alves, Dj, I, de 19-4-1996, p. 12212);⁷¹

c) Harmonizar as leis ou os atos normativos à constituição, elegendo uma linha interpretativa que melhor se amolde a ela;⁷²

d) Excluir exegeses que contrariem a constituição, chegando a um único sentido interpretativo, o qual legitima determinada leitura da norma legal;⁷³

e) Buscar o sentido profundo das normas constitucionais, eliminando interpretações superficiais, resultantes de leituras apressadas e sem reflexão mais demorada. Ao determinar qual das possíveis exegeses de uma lei se mostra compatível com a carta maior, a interpretação conforme evita que se declare a inconstitucionalidade normativa. Em vez de nulificar o ato supostamente inconstitucional, procura salvá-lo, mediante a descoberta de uma alternativa que legitime o conteúdo da norma, reputada, num exame alijeirado, contrária à

⁷⁰ Bulos, UadiLammêgo, **Curso de direito constitucional** / UadiLammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 471- 473.

⁷¹ Bulos, UadiLammêgo, **Curso de direito constitucional** / UadiLammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 471- 473.

⁷² Bulos, UadiLammêgo, **Curso de direito constitucional** / UadiLammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 471- 473.

⁷³ Bulos, UadiLammêgo, **Curso de direito constitucional** / UadiLammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 471- 473.

constituição. Por isso, a grande importância do instituto está em discernir a zona limítrofe da inconstitucionalidade. Muitas vezes, a força conformadora da interpretação é o bastante para eliminar situações aparentemente inconstitucionais. Daí a justificativa da interpretação conforme: extrair, ao máximo, as potencialidades das leis e atos normativos, prestigiando, assim, os princípios da economia processual, da supremacia da constituição, da unidade do ordenamento jurídico e da presunção de constitucionalidade das leis;⁷⁴

f) abandonar o formalismo exacerbado, imposto pela estrutura normativa dos diplomas legais, em nome do princípio jurídico-funcional da judiciária; g) condicionar a validade de um preceito à exegese que lhe foi atribuída, controlando a sua constitucionalidade; h) julgar certas ações diretas procedentes em parte, em vez de julgá-las improcedentes, aproveitando os benefícios que a preservação de uma norma pode oferecer⁷⁵.

3.3 – INCONSTITUCIONALIDADE DA GESTÃO DO TRABALHO DO PRESO SOBRE REGIME DE PRIVATIZAÇÃO.

O trabalho do preso é sim essencial para a ressocialização de um preso, pois é imprescindível por uma série de razões do ponto de vista disciplinar, evitar os efeitos corruptores e contribuir para conter a ordem, do ponto de vista sanitário e necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico, do ponto de vista educativo o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo, do ponto de vista econômico, permite que o preso disponha de alguma quantia de dinheiro para suas eventuais necessidades e para ajudar na sobrevivência de sua família, do ponto de vista ressocializador, o detento ao sair da prisão, já conhece um meio de se socializar com a sociedade e ter mais possibilidades de fazer sua vida mais digna no meio da sociedade.

O trabalho prisional além de finalidade educativa tem um sentido profissionalizante. Embora se tendo em conta as limitadas possibilidades do trabalho

⁷⁴ Bulos, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** / Uadi Lammêgo Bulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 471- 473.

⁷⁵ Bulos, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** / Uadi Lammêgo Bulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 471- 473.

penitenciário, pois o propósito de profissionalização de ser acentuado no trabalho de preso quando este não tem capacidade profissional, a experiência com isso faz virar um fator decisivo para o convívio com a sociedade novamente e contribuirá para uma estabilidade econômica assim que alcançar a liberdade.

A exploração privada do trabalho carcerário não extinguiu projetos empresariais de valorização de capital, aproveitando a chance de extrair gordas taxas da força de trabalho concentrada nas prisões, repetindo o velho e surrado discurso utilitário para encobrir o objetivo de sempre, lucro puro e simples.

É preparando o preso pela profissionalização, pela ocupação integral de seu tempo em coisa útil e produtiva e, conseqüentemente, pela oportunidade de viver livre novamente, pelo reconhecimento dos direitos e deveres, das responsabilidades e da dignidade humana que se obterá o ajustamento ou ressocialização desejada.

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

Por tanto se o trabalho carcerário tem finalidade educativa e produtiva, nessa ordem a lei não permite a exploração lucrativa da força do trabalho carcerário e, se a gerencia do trabalho carcerário é exclusividade de fundação ou empresa pública como dito acima e o trabalho carcerário esta condicionado ao objetivo de formação profissional do condenado, então empresas privadas ou empresários não podem gerenciar o trabalho carcerário, nem a força de trabalho encarcerada pode ser explorada por empresas privadas que visam somente lucros e nem empresas públicas.

Além disso o poder disciplinar na execução das penas privativas de liberdade e das penas restritivas de direito compete a autoridade administrativa da prisão, ou seja, ao poder executivo e ao juiz da execução penal. Por tanto com isso é vedado o exercício do poder disciplinar pelo empresário privado.

Por ultimo, sistemas de trabalho carcerário que submetem força de trabalho encarcerada a qualquer outra autoridade diferente do estado, como por exemplo, o

empresário privado, representam violação inconstitucional da dignidade da pessoa humana, por uma razão elementar: a força de trabalho encarcerada não tem o direito de rescindir o contrato de trabalho por exemplo, ou seja, não possui a única liberdade real do trabalhador na relação de emprego e, por isso, a forçada subordinação de seres humanos a empresários privados não representa, apenas, simples denominação do homem pelo homem, mas a própria institucionalização do trabalho escravo (preso).

“O primeiro requisito para a caracterização da relação de emprego é que exista exploração de energia do trabalho humano. Em outras palavras, só a pessoa natural (pessoa física) pode ser empregada, do que decorre que a pessoa jurídica não será em nenhuma hipótese, empregada. Pode até ser contratada para prestar serviço a outra empresa ou mesmo a uma pessoa física, mas este serviço, em última análise, será prestado por humanos que laboraram em nome da empresa contratada”⁷⁶.

A relação de emprego é marcada pela natureza *intuitu personae* do empregado em relação ao empregador. Em tradução livre, *intuitu personae* significa “em razão da pessoa”. Isso quer dizer que o empregador contrata o empregado para que este lhe preste serviço pessoalmente.

Dentre as características do contrato de trabalho estão o caráter bilateral, sinalagmático e oneroso. Em resumo, isso quer dizer que, se de um lado a obrigação principal do empregado é fornecer sua força de trabalho, do outro a obrigação principal do empregador é remunerar o empregado pelos serviços prestados.

Dessa forma, a relação de emprego pressupõe a onerosidade da prestação sob a forma de remuneração pelos serviços. É por isso que se os serviços são prestados a título gratuito não se pode falar em relação de emprego, mas antes em simples relação de trabalho, no caso de relação de trabalho voluntário, regulamentada pela Lei N° 9.608/1998.

⁷⁶Resende, Ricardo, Direito do trabalho esquematizado/Ricardo Resende. – 4° ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. Pág. 135

A subordinação é o requisito mais importante para a caracterização da relação de emprego. Constitui o grande elemento inquestionável importância na fixação do vínculo jurídico empregatício. Se, do ponto de vista histórico, a natureza da subordinação foi sempre controvertida, atualmente a doutrina e a jurisprudência adotam pacificamente a ideia de subordinação jurídica. Assim, a subordinação existente entre empregado e de empregador é jurídica, tendo em vista que decorre do contrato estabelecido entre ambos (contrato de trabalho).

De um lado, o empregador exerce o poder diretivo, do qual a energia de trabalho do obreiro será disponibilizada. Por sua vez, cabe ao empregado se submeter a tais ordens, donde nasce a subordinação jurídica. A contraposição à subordinação é a autonomia. Quem é subordinado não trabalha por conta própria, não é senhor do destino de sua energia de trabalho.

Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica continua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja possibilidade de empregador de ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. Por isso, nem sempre a subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens.

“É preciso enfatizar, que a dignidade da pessoa humana – alçada a princípio fundamental pela Constituição Brasileira (CF/88, art. 1º, III) é vetor para a identificação material dos direitos fundamentais – apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais”⁷⁷.

⁷⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349-395, 2008.

“Dignidade da Pessoa Humana é um princípio construído pela história. Consagra um valor que visa proteger o ser humano contra tudo que lhe possa levar ao menoscabo”⁷⁸

A dignidade da pessoa humana não é vista pela maioria dos autores como um direito, pois ela não é conferida pelo ordenamento jurídico. Trata-se de um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer requisito ou condição, seja ele de nacionalidade, sexo, religião, posição social etc. É considerada como o nosso valor constitucional supremo.

A dignidade da pessoa humana como direito fundamental evoca uma investigação preliminar: quem são os titulares dos direitos fundamentais? A resposta deve ser refletida à luz de diferentes documentos jurídicos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, concluímos que, segundo esse documento, os titulares dos direitos fundamentais são “todos os homens”.

“Se comparado o texto ao da nossa Constituição de 1988 que optou por “todos são iguais perante a lei [...]”, verifica-se que a diferença se encontra na expressão “todos”. No texto da ONU o significado está entendido como: “... significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais haverão que ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos.”⁷⁹

A Carta de 1988 apresenta como característica a clareza no que se refere à importância da dignidade da pessoa humana, em consequência de todo o contexto histórico já relatado. Nesse sentido, como pano de fundo, a Constituição Federal do Brasil de 1988 foi elaborada num cenário de pós-ditadura e de abertura política, aliados ao profundo sentimento da necessidade de solidariedade entre os povos.

⁷⁸ CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares do Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2ª ed, Salvador: Juspodivm, pp. 113-135, 2007.

⁷⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17.

Uma empresa em seu tocante sempre visará vários objetivos para si mesma, de ser bem administrada, de ter uma boa reputação no mercado, de ser bem administrada, chegando assim em seu principal objetivo que é o lucro, para que a mesma possa sobreviver no mercado, com isso a empresa tem como seu grande aliado o trabalhador, pela sua exploração do trabalho.

Numa penitenciária desestatizada não é diferente, ainda mais que o trabalho do preso é obrigatório, irá sempre também, buscar o maior lucro possível, explorando o trabalho do preso, explorando o máximo de seu trabalho possível, tendo assim a principal intenção de explorar para gerar lucros para si. Há um conflito então com o objetivo previsto na LEP, e na CF/88 mas não a intenção prevista na LEP, que é a mais importante para um preso, para uma pessoa que teve sua liberdade tirada pelo Estado por algum delito cometido, que é a sua ressocialização e uma formação profissional, para que o preso saia com oportunidades maiores no mercado de trabalho.

Ademais o preso não tem o direito de resistir ou se negar a trabalhar dentro do presídio, pois isso faz parte da execução penal, parte da ressocialização, para prepará-lo, para se reintegrar na sociedade com mais dignidade e com uma formação profissional adquirida. Assim versa Ricardo Antônio Andreucci:

Dentre os encargos, ocupando posição de relevo, está a obrigação de trabalhar. Considerando que uma das finalidades da fase da execução é a de reintegrar o condenado ao meio social, este tem o dever de trabalhar, sob pena de cometer falta grave, conforme preceituado no art. 50, VI, da LEP, que dispõe: “Comete falta grave o condenado a pena privativa de liberdade que: inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei”⁸⁰.

Rogério Greco também versa sobre o dever do preso em trabalhar: “entendemos que a recusa ao trabalho caracteriza negação do requisito de natureza subjetiva, indispensável à obtenção dos demais benefícios que lhe são ofertados durante a execução da pena, a exemplo da progressão de regime (art. 112 da LEP) e do livramento condicional (art. 83, III, do CP). A recusa em trabalhar demonstra

⁸⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 284

sua inaptidão para com o sistema, bem como o seu desejo de não se ressocializar”⁸¹.

O preso numa prisão desestatizada, como em qualquer outras, não tem muita opção de escolha em relação ao trabalho, pois este não tem o direito de se desvincular do trabalho que tal empresa desestatizadora oferece. A legislação que rege o trabalho carcerário não é a mesma que rege o trabalho não carcerário, legislação essa, CLT, que dá o direito de se desvincular por algum motivo maior ocorrido, então acaba que a empresa explore mais do seu trabalho, visando um lucro maior, tornando assim as prisões desestatizadas como verdadeiras indústrias, que não são constituídas de objetivos humanitários mas sim de lucro.

Os extremos do emprego da força de trabalho carcerária poder definidas por sistemas de organização e disciplina do trabalho carcerário pela administração penitenciária se caracterizam por produtividade reduzida, mas preservam a força de trabalho, ou seja, seres humanos.

Os sistemas de organização e disciplina do trabalho carcerário pelo empresário privado aumentam a mais valia pelo incremento da produtividade, com destruição de seres humanos, redefinidos como força de trabalho. A questão das empresas privadas é muito simples, elas não são constituídas com por objetivos humanitários, mas sim de lucro⁸².

Existe, portanto, uma contradição insuperável entre prisão e empresa: todos os sistemas de exploração capitalista do trabalho carcerário produzem mudanças nos programas de educação e disciplina carcerários, afetando os parâmetros legais da execução penal.

A prioridade do trabalho produtivo origina pressões sobre o judiciário para aplicação de penas mais longas, introduz critérios econômicos para decisões sobre livramento condicional, progressão de regimes, comutação ou redução de penas e

⁸¹ GRECO, ROGERIO. **Curso de Direito Penal / Rogério Greco**. – 13. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2011. P. 505.

⁸² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Instituto de Criminologia e Política Criminal – Privatizações de Presídio**. 2013. p. 03

outros direitos do preso. Numa palavra: a prisão, instituição de controle social, não pode se transformar em empresa, instituição econômica da estrutura social⁸³.

Então sistemas de trabalho carcerário que submetam a força de trabalho encarcerada a qualquer outra autoridade diferente do Estado – como, por exemplo, o empresário privado – representam violação inconstitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF), por uma razão elementar: a força de trabalho encarcerada não tem o direito de rescindir o contrato de trabalho, ou seja, não possui a única liberdade real do trabalhador na relação de emprego e, por isso, a compulsória subordinação de seres humanos a empresários privados não representa, apenas, simples dominação do *homem pelo homem*, mas a própria institucionalização do trabalho escravo⁸⁴.

O poder disciplinar na execução das penas privativas de liberdade e das penas restritivas de direito compete a autoridade administrativa da prisão, ou seja, ao poder Executivo (faltas leves e media) e ao juiz da execução penal, ou seja, ao poder Judiciário, no caso de faltas graves. Essas normas legais impedem o exercício do poder disciplinar pelo empresário privado, excluindo as principais modalidades de exploração da força do trabalho.

Se o programa de retribuição e de prevenção do crime é definido pelo Estado na aplicação da pena criminal pelo poder Judiciário (art. 59, CP), então a realização desse programa político-criminal pelo poder Executivo através da *execução* da pena, vinculada ao objetivo de harmônica integração social do condenado (art. 1º, LEP), constitui dever indelegável do Poder Público, com exclusão de toda e qualquer forma de privatização da execução penal.

Uma lei ou um decreto que irá desestatizar um presídio poderá ser constitucional desde que nesse presídio não tenha trabalho carcerário ou trabalho do preso gerenciado por empresa privada, pois no art. 34 da LEP diz que: “O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia

⁸³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Instituto de Criminologia e Política Criminal** – Privatizações de Presídio. 2013. p. 03

⁸⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Instituto de Criminologia e Política Criminal** – Privatizações de Presídio. 2013. p. 04

administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado”⁸⁵. Assim sendo, o trabalho do preso podendo ser gerenciado somente pelo poder público.

Se o programa de retribuição e de prevenção do crime é definido pelo Estado na aplicação da pena criminal pelo poder judiciário, então a realização disso pelo poder Executivo através da execução da pena, vinculada ao objetivo da integração social do preso na sociedade, constitui dever indelegável do Poder Público, com exclusão de toda e qualquer forma de privatização da execução penal.

A conclusão é óbvia, o dever social de trabalho do preso representa condição de dignidade humana se realizar a finalidade educativa e produtiva de promover a formação profissional do condenado, somente possível pelo gerenciamento por fundação ou empresa pública, com exclusão de qualquer exploração lucrativa por empresários privados, movidos pela ideia exclusiva de valorizar o capital mediante a mais intensa extração do trabalho carcerário.

A gestão da Execução Penal é gerida através do poder de polícia, pois as disciplinas de ordem pública que utilizam do uso da força para impor condicionamentos e restrições à prioridade e liberdade dos privados são competências que decorrem da chamada “função de polícia”. Quando o poder público interfere na órbita do privado visando proteger o interesse público e assim, restringe os direitos individuais atuando no exercício do poder de polícia.

Dessa forma, diante de todo o conteúdo e fundamentos apresentados, é que se mantém firme a convicção de que, o trabalho do preso gerenciado por empresa desestatizadora de presídio se torna inconstitucional perante a CF/88.

⁸⁵ **Lei de Execução Penal: n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal** - Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Art.34.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho se prestou a mostrar o presídio como desestatizado “privatizado” e o trabalho do preso como inconstitucional em presídio assim, pois na LEP não permite que o trabalho do preso não seja gerenciado por empresa privada, apenas pública ou fundação pública.

Vimos sobre a Execução Penal na sua totalidade e seus princípios, sua natureza jurídica, princípios em relação a pena, em destaque para o princípio da ressocialização, que é o mais importante para a pessoa do detento.

Examinamos a gerencia do trabalho do detento em presídio público e em presídio desestatizado, de qual forma é constitucional e de qual é inconstitucional, que se torna um problema no presídio desestatizado no Brasil, a gerencia do trabalho do detento, neste, devido a vedação legislativa e constitucional. Pois o preso tem alguns direitos restritos, devido a obrigatoriedade do trabalho, podendo ser punido por falta grave por se negar trabalhar. Com isso a empresa desestatizadora poderia aproveitar essa obrigatoriedade para uma exploração abusiva do trabalho.

Examinado também foi o tema da privatização e a desconcentração que se decorre da desestatização, como forma que estão tentando encontrar para melhorar o sistema penitenciário.

Na verdade tem-se que melhorar o sistema carcerário de todo o país, pois se encontra uma situação calamitosa, se tratando de todos os aspectos, podendo sim haver uma privatização, mas sem a exploração do trabalho do preso por essa empresa desestatizadora, que na maioria perde o aspecto humanitário para poder explorar mais do que deveria o trabalho do preso em busca de mais valia para si.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Avena, Norberto Cláudio Pâncaro, Execução penal: esquematizado / Norberto Cláudio Pâncaro Avena. - 1. ed. - São Paulo: Forense, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BNDES. Disponível em: <http://www.federativo.bndes.gov.br>. Acesso em 28-04-15, 15:30.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004.

Bulos, UadiLammêgo, **Curso de direito constitucional** / UadiLammêgoBulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares do Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2ª ed, Salvador: Juspodivm, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed.Coimbra: Almedina, 2003.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Instituto de Criminologia e Política Criminal – Privatizações de Presídio. 2013.

CORDEIRO, Grecianny Cravalho. Privatização do sistema prisional brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas e Bastos Editora, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 23. Ed – São Paulo: Atlas, 2010.

Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal / Rogério Greco.** – 13. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2011.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Jurisprudência Brasileira Criminal, Juruá Editora, Curitiba, volume 34.

Lei de Execução Penal: Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Art. 34.

Lei de Execução Penal: Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Art. 35

Lei nº 9.491, de 1997 – Presidência da República, art. 2º p.1º, a e c.

Lenza, Pedro, **Direito Constitucional esquematizado/** Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Mendes, Gilmar Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes,** – 7. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo.** 17. ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. *In:* ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). **O Direito à Vida Digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.