



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS ESCOLA DE DIREITO E
RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NO
SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

ORIENTANDA – TAINÃ UMBELINO LIMA

ORIENTADORA – PROF^a M^a ROBERTA CRISTINA DE MORAIS SIQUEIRA

GOIÂNIA

2020

TAINÃ UMBELINO LIMA

**A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NO
SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Profª Orientadora – Msª Roberta Cristina de Moraes Siqueira

GOIÂNIA
2020

TAINÃ UMBELINO LIMA

**A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA
NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Data da Defesa: 02 de Dezembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profª Mª Roberta Cristina de Moraes Siqueira

Examinadora convidada: Profª Mª Jumária Fernandes R. Fonseca

Dedicatória

Dedico esse trabalho a Deus, que não cessa em fazer maravilhas na minha vida, e aos meus pais, Luzia Umbelino de Souza e Rubens Lopes de Lima, por sempre acreditarem e apoiarem os meus sonhos. Esse trabalho é nosso!

Agradecimentos

Agradeço à minha querida professora Roberta Cristina de Moraes Siqueira pelo apoio e ensinamentos, bem como à professora Jumária Fernandes pela disposição em ser examinadora. Por fim, aos meus familiares e amigos, que me acompanharam e ajudaram nessa etapa.

RESUMO

Não é novidade que o sistema carcerário brasileiro é uma questão bastante problemática para o país, o que acaba por tornar ineficaz a pena privativa de liberdade em seus principais objetivos, quais sejam a ressocialização dos apenados e a efetiva punição dos delitos cometidos. Além disso, o Estado, nas condições atuais, não consegue nem mesmo preservar a integridade dos encarcerados a um nível mínimo de dignidade e decência. Diante disso, como forma de solucionar os problemas que permeiam esse sistema, busca-se o apoio do capital da iniciativa privada, por meio da delegação de serviços públicos. O presente trabalho visou analisar a constitucionalidade das mencionadas transferências de atividades da administração penitenciária, e contou com vasta compilação bibliográfica e posicionamentos doutrinários para a melhor análise do assunto.

Palavras-chaves: Sistema prisional brasileiro. Intervenção. Iniciativa privada. Parceria Público-Privada. Constitucionalidade.

ABSTRACT

It is not new that the brazilian prison system is a very problematic issue for the country, which ends up rendering the custodial sentence as ineffective in its main objectives, which are the re-socialization of convicts and the effective punishment of the crimes committed. In addition, the state, under current conditions, is not even able to preserve the integrity of the prisoners to a minimum level of dignity and decency. Therefore, as a way of solving the problems that permeate this system, the support of the capital from private initiative is sought, through the delegation of public services. The present work aimed to analyze the constitutionality of the aforementioned transfers of activities of the penitentiary administration, and had a vast bibliographic compilation and doctrinal positions for a better analysis of the subject.

Keywords: Brazilian prison system. Intervention. Private Initiative. Public-private partnership. Constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	8
1.1 PRINCIPAIS PROBLEMAS ENFRENTADOS.....	8
1.2 DA FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO.....	12
2 DA INTERVENÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA.....	16
2.1 MEIOS GERAIS DE INTERVENÇÃO.....	17
2.2 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E CO-GESTÃO.....	20
2.3 CASOS INTERNACIONAIS COM A INICIATIVA PRIVADA NOS PRESÍDIOS.....	23
3 DA CONSTITUCIONALIDADE.....	25
3.1 SERVIÇOS EXCLUSIVOS DO ESTADO E TRANSFERÊNCIA DE TAREFAS AO PARTICULAR.....	26
3.2 TRANSFERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL AO PARTICULAR.....	28
CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

Cotidianamente, dentro das prisões, direitos são violados e os encarcerados são submetidos a realidades cada vez mais desumanas e degradantes, razão pela qual o estudo aprofundado da questão possui especial relevância jurídica e social.

Tal situação do sistema carcerário brasileiro é pauta de discussão antiga na sociedade e envolve muita preocupação, sobretudo por parte de juristas, parlamentares e sociólogos, apesar de a situação afetar a todos na sociedade. A precariedade de penitenciárias e presídios no Brasil chegou ao limite, especialmente nas últimas três décadas.

Esse cenário é causado por diversos fatores: superlotação, falta de recursos financeiros por parte do Estado, gestão ineficiente, higiene precária, ausência de assistência médica e psicológica, entre outros.

Diante disso, as prisões falham em atingir os seus principais objetivos, quais sejam o cumprimento efetivo das penas e a ressocialização dos presos, muito embora a legislação de execução penal brasileira seja umas das mais avançadas e humanizadas do mundo.

A solução que tem sido adotada e recomendada é a intervenção da iniciativa privada no sistema carcerário, na qual o Poder Público transfere para empresas privadas, em maior ou menor grau, a execução de atividades administrativas internas das prisões. Essa transferência pode se dar por vários meios de delegação, os quais serão estudados ao longo do trabalho.

Trata-se de uma opção para desonerar os já defasados cofres públicos, pois há o suporte do capital da iniciativa privada, não sendo necessário um investimento de grande porte por parte do Estado, no que tange à execução de determinados serviços públicos.

Essa medida, já utilizada com sucesso em outros países – tais como Estados Unidos e França – gera bastante controvérsia e divide opiniões, especialmente na questão de sua constitucionalidade, pois, em regra, a persecução penal e suas ramificações seriam serviços estritamente públicos,

inseridos nos chamados serviços exclusivos do Estado, e, portanto, indelegáveis.

Diante disso, o objetivo é investigar a intervenção da iniciativa privada no sistema carcerário e, com base nas informações levantadas, verificar se existe a possibilidade da adoção dessa alternativa no ordenamento jurídico brasileiro.

Para a elaboração da presente pesquisa, a metodologia utilizada abrangerá o método dedutivo e indutivo, bem como serão estudadas diversas pesquisas científicas. Além disso, haverá o emprego de análise de artigos científicos, notícias e doutrinas, além da Constituição Federal e outras leis específicas.

No primeiro capítulo, será abordado cenário atual do complexo carcerário brasileiro e seus principais problemas causadores, bem como serão expostos dados estatísticos e, por fim, será analisada a evidente falência do sistema.

O segundo capítulo, será focado na intervenção da iniciativa privada de forma geral, principalmente estudando aspectos do Direito Administrativo, em que serão apresentadas e explicadas as mais comuns formas de delegação e outorga, como as Parcerias Público-Privadas, além da análise de experiências internacionais com alguns modelos de intervenção.

No terceiro e último capítulo, tratará-se de aspectos constitucionais da transferência de tarefas ao particular, com especial atenção para a transferência de serviços que envolvem a administração prisional.

Ao final, será exposta a conclusão sobre a constitucionalidade da intervenção da iniciativa privada no sistema prisional, bem como qual modelo é o mais adequado segundo o ordenamento jurídico brasileiro – Constituição Federal e demais leis ordinárias.

CAPÍTULO I

O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A situação do sistema prisional brasileiro já é tema de debate há várias décadas e a precariedade das estruturas penitenciárias, que estão espalhadas por todo o país, não é novidade.

Como único sujeito legítimo do *jus puniendi*, o Estado tem o dever de assegurar aos presos condições básicas para cumprimento de suas penas, a fim de que tenham sua dignidade preservada.

Os indivíduos que se encontram encarcerados deveriam ter, em tese, apenas seus direitos políticos e o direito à liberdade suspensos. Contudo, na realidade, outros tantos direitos e garantias fundamentais são violados, como bem sugeriu Adorno:

[...] face às condições dominantes nas prisões brasileiras, a perda da liberdade determinada pela sanção judiciária pode significar, como não raro significa, a perda do direito à vida e a submissão a regras arbitrárias de convivência coletiva, que não excluem maus-tratos, espancamentos, torturas, humilhações, a par do ambiente físico e social degradado e degradante que constrange os tutelados pela justiça criminal à desumanização (1991, p. 70).

Como será mostrado ao longo desse Capítulo, o sistema prisional suporta uma série de questões, que, não repentinamente, fazem-no caminhar para o seu colapso.

1.1 PRINCIPAIS PROBLEMAS ENFRENTADOS

Pode-se afirmar, com um bom nível de segurança, que um dos principais e mais divulgados problemas enfrentados nas prisões é a superlotação, como claro reflexo do aumento da criminalidade na sociedade. Não é o único problema, mas devido a ele, outras inúmeras questões prejudiciais

surgem e corroboram ainda mais para a deficiência do sistema.

Sobre o assunto, discorrem Hammerschmidt, Maranhão e Coimbra:

A arquitetura carcerária além de oportunizar a efetivação de toda a assistência ao preso que a lei prevê, deverá respeitar os limites de lotação para o seu harmônico funcionamento. Não se pode ter a inclusão de presos em número superior ao que comporta a própria estrutura do estabelecimento e também à finalidade que nele é proposta (art. 85, *caput*, da LEP). Assim, “o Conselho Nacional e Penitenciário determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades” (art. 85, parágrafo único, da LEP). **‘Estas normativas, no entanto, acabam por restar infrutíferas, tendo em vista a atual situação do sistema carcerário brasileiro, onde problemas de superlotações das unidades penais apenas são minimizados, com o deslocamento de presos de um estabelecimento para outro, sempre que alguma situação insustentável se torne pública, de maneira a minimizar a realidade contatada, que na prática, representa ato procrastinatório, ao enfrentamento de fato do problema’** (2009, p. 183-184) (sem grifo no original).

Evidencia-se, então, que as legislações penais e de execuções penais não são devidamente respeitadas na prática, sendo que até mesmo determinações da Constituição Federal são infringidas. Nesse âmbito, a Carta Magna é imperativa em afirmar que os presos deverão cumprir suas penas em estabelecimentos distintos, a depender da natureza do delito, sua idade e sexo. É previsto, também, o respeito à integridade física e moral dos detentos (BRASIL, 1988).

Porém, o cenário real é muito diferente daquele que pretendia o legislador constituinte. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão federal, em Junho de 2019 haviam 731.000 pessoas presas em unidades prisionais em todo o país, sem se considerar o regime aberto e carceragens (SANTOS, 2020). É importante ressaltar que tais dados são obtidos junto às Secretarias Estaduais de Administração Prisional e às Secretarias Estaduais de Segurança Pública, e, portanto, mostram que se trata de um problema comum a todos os estados federativos.

Já de acordo com o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em Fevereiro de 2020, 862.292 pessoas estavam presas (SANTOS, 2020). Como desde então quase nada foi feito a fim de reparar tal situação, pode-se imaginar que esses dados não melhoraram até os dias de hoje, e, inclusive, são até piores.

Ademais, apesar da discrepância apresentada entre diversas pesquisas realizadas sobre o assunto, é possível perceber que se tratam de números alarmantes e bem superiores ao ideal.

Sabe-se que as penitenciárias e prisões não possuem vagas ou sequer estruturas adequadas para abrigar todas essas pessoas de maneira satisfatória. Nessa senda, Moreira traz outras estatísticas preocupantes:

Os dados mostram que a taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, considerado o total de 1.456 estabelecimentos penais no País. Na região Norte, por exemplo, os presídios recebem quase três vezes mais do que podem suportar. Um número que chama atenção é o de estabelecimentos que houve mortes, tendo como período de referência março de 2017 a fevereiro de 2018. Do total de 1.456 unidades, morreram presidiários em 474 delas [...] (2018, p. 1).

Da falta de vagas, vem a superlotação e desta surgem outros problemas igualmente graves, como falta de assistência médica, altos índices de violência e rebeliões, insalubridade, escassez de recursos financeiros etc., que faz gerar uma espiral de questões que o poder público encontra bastante dificuldade em sanar.

Novamente, Moreira exemplifica o assunto: “Na região Nordeste, por exemplo, mais da metade (58,75%) dos estabelecimentos (prisões) não dispõe de assistência médica. Por sua vez, em relação à assistência educacional, 44,64% das unidades brasileiras não a oferecem aos internos.” (2018, p. 1).

Além disso, a violência interna também muito contribui para a situação insustentável dos presídios. Os apenados, que, em sua maioria, já vem de um histórico conturbado com o crime, encontram nas prisões um ambiente, se não pior, tão ruim quanto.

Os encarcerados têm acesso a tudo que precisam para continuar na criminalidade, tanto internamente, quanto externamente: armas de quaisquer tipos, drogas, celulares etc, o que faz das prisões grandes “escolas do crime”, sobretudo para aqueles que cometeram crimes de menor potencial ofensivo.

E a violência não parte apenas dos presos. Ela também é praticada pelo Estado, à sua própria maneira. Trata-se de uma violência estrutural, que vai desde às delegacias até os próprios agentes carcerários. Adorno definiu muito bem essa situação:

Por mais paradoxal que possa parecer, justamente em uma era de crescente democratização política da sociedade, as agências encarregadas de preservação da ordem pública tendem a estabelecer estratégias de sobrevivência institucional que apelam para o autoritarismo, agredem direitos fundamentais consagrados em convenções internacionais, instauram práticas arbitrárias ao arrepio dos interditos legais [...] (1991, p. 69).

Com isso, a formalidade da lei é deixada de lado durante a atuação desses agentes da lei, que, por falta de recursos e até mesmo preparo, usam de brutalidade e atitudes arbitrárias, havendo muita punição desnecessária, cruel e degradante para com os presos.

Cuida-se, por fim, de um retrato da nossa própria sociedade, como acertadamente Silva explanou:

Valendo-se da ausência do Estado e da situação de completo abandono da população subalternizada, assiste-se ao aumento das expressões da questão social que é tratada com punições cada vez mais severas para controlar grupos considerados delinquentes e aplaudido pela sociedade que carrega o discurso ideológico do Estado individualizando a violência, sendo que a questão social deveria ser tratada de forma séria criando condições favoráveis para a minimização do envolvimento criminalizados em ciclos de violência (2012, p. 5).

Diante desse cenário, não é surpresa que os apenados não consigam completar suas reprimendas de forma adequada e que não encontrem um modo de se ressocializarem posteriormente. Alguns deles nem ao menos saem da prisão vivos: além de mortes por rebeliões ou confrontos, a incidência de suicídios também é bastante elevada dentro das prisões, como mostram os dados apresentados por Moreira:

[...] ficou comprovado empiricamente que os presos têm quatro vezes mais chances de cometer suicídio do que a população brasileira total. **'No ano de 2015, foram anotados 5,5 suicídios para cada cem mil habitantes, ao passo que atrás das grades a taxa foi de 22,2 para cada cem mil detentos'** (2018, p. 3) (sem grifo no original).

A situação é tão preocupante, que até mesmo organizações não-governamentais (ONGs) acionaram o Conselho de Direitos Humanos da ONU, ainda em 2010, conforme narrou o Jornal Estadão:

Por causa da superlotação e da insalubridade das prisões, o Brasil foi recentemente denunciado por ONGs ao Conselho de Direitos Humanos da ONU. Além de criticar o governo por não ter implantado o protocolo da convenção contra a tortura, de 2007, a entidade exige das autoridades brasileiras providências urgentes para coibir maus-tratos nos presídios (2010, p. 1).

Todavia, mesmo que os grupos de defesa dos direitos humanos vigiassem e fiscalizassem a todo momento a situação interna dos presídios, ainda assim não seria suficiente, pois se trata de uma questão complexa, que assola todo território nacional, a todo momento.

O Estado, ao não tomar providências efetivas, deixa que a situação piore cada vez mais, e a superlotação, como problema “base”, serve de fator gerador de proliferação de doenças, violência, revolta dos internos etc. Membros de facções rivais são colocados juntos, pequenos infratores dividem cela com criminosos de alto escalão, e muitas vezes saem de lá piores e mais perigosos. Trata-se, então, de uma fórmula para o fracasso.

Vislumbra-se, assim, a notável ineficiência do sistema atual, cujos problemas, tão graves e preocupantes, acabaram por acarretar sua total falência, como será mostrado a seguir.

1.2 DA FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO

Conforme explanado anteriormente, os diversos problemas que assolam o sistema carcerário resultaram na sua falência completa, chegando-se a se caracterizar, inclusive, como Estado de Coisa Inconstitucional, conforme descreveu Theodoro:

A dramática e duradoura violação de direitos fundamentais dos presos decorrentes de omissões legislativas e administrativas, caracterizada pela falência na criação e implementação de políticas públicas adequadas e eficientes, bem como a necessidade de adoção de medidas integradas por múltiplos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para a superação do cenário tétrico de nosso sistema prisional ensejou sua caracterização como estado de coisas inconstitucional (ECI) (2017, p. 47).

Destaca-se, nesse âmbito, a incapacidade de ressocialização do

sistema. As penas privativas de liberdade foram a maneira que o poder público determinou para punir o cometimento de infrações penais. Contudo, além desse caráter punitivo, essa modalidade de pena também tem a função de ressocialização do apenado.

Para Rossini, isso significa:

Ressocializar é dar ao preso o suporte necessário para reintegrá-lo a sociedade, é buscar compreender os motivos que o levaram a praticar tais delitos, é dar a ele uma chance de mudar, de ter um futuro melhor independente daquilo que aconteceu no passado (2015, p. 2).

Uma das maneiras que possibilitam essa ressocialização é justamente o trabalho. Apesar de nem todos os estabelecimentos carcerários oferecerem trabalho aos presos, esse está previsto na Lei de Execução Penal, podendo, inclusive, diminuir a pena privativa de liberdade aplicada, conforme previsto no artigo 126, parágrafo 1º, inciso II, da referida legislação (BRASIL, 1984).

O trabalho durante o encarceramento, além de servir para ressacir o Estado pelos danos causados, é uma excelente forma de manter a produtividade do preso, mantê-lo útil com uma atividade que pode auxiliá-lo até mesmo a encontrar uma ocupação fora das grades, ao término de sua reprimenda.

Mais eficaz, ainda, e outra modalidade de ressocialização, é a educação. Com o estudo, o apenado pode se profissionalizar, qualificar-se, aprender com seus erros e tornar-se uma pessoa melhor. A própria Lei de Execução Penal, em seu artigo 126, parágrafo 1º, inciso I, prevê a possibilidade de decréscimo de pena por estudo, como uma forma de incentivo (BRASIL, 1984).

Contudo, esse cenário é uma mera utopia na realidade brasileira. Por mais avançada e humanizada que a legislação penal e de execução penal seja no papel, a falta de engajamento político e social faz com que não atinja o fim para o qual é proposta, qual seja de punição e ressocialização.

Aliás, em alguns presídios, as salas que deveriam ser destinadas ao estudo acabam por se tornarem celas improvisadas, devido à superlotação de detentos e a falta de vagas recorrente.

Levando-se em consideração esses aspectos, a reincidência criminal

é uma realidade no Brasil, bem como demonstrou Assis: “Embora não haja números oficiais, em média, 90% dos ex-detentos que retornam à sociedade voltam a delinquir e, conseqüentemente, acabam retornando à prisão.” (2007, p. 9).

Diante desse cenário, fica claro que a pena não cumpre a função qual é proposta. O problema não está na letra da Lei, em si, mas sim na sua aplicação. As autoridades públicas falham em seguir o que está previsto não só na Lei de Execução Penal, mas também o que defende a Constituição Federal e até mesmo diversos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Exemplificadamente, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), no seu artigo 41 e incisos seguintes, dispõe sobre os direitos e garantias que devem ser atribuídos aos indivíduos que estiverem cumprindo pena:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (BRASIL, 1984).

Importante citar, ainda, o artigo 3º da mesma Lei, que, já em seu início e simplificadamente, resume tudo que é defeso ao preso e ao interno:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política (BRASIL, 1984).

A não observação e cumprimento desses artigos mencionados, bem como de tantos outros, faz com que o indivíduo retorne à sociedade sem nenhuma qualificação, em grande parte das vezes mais propenso a cometer novos delitos, e ainda com o estigma de 'ex-detento', que apenas dificulta a sua reinserção na comunidade.

Ainda sobre o regresso à sociedade, é dever do Estado assegurar ao ex-detento condições de conseguir um espaço no mercado de trabalho, bem como outras garantias jurídicas e psicológicas.

Ocorre que, o órgão estatal responsável por essa função, qual seja o Patrono Penitenciário, não recebe e nem possui recursos suficientes para amparar a grande quantidade de pessoas que egressam do sistema penitenciário todos os anos.

Assim sendo, o presidiário, além de cumprir sua pena sob condições deploráveis, ao sair, não conta com quase nenhum auxílio e amparo que possibilitem a sua efetiva ressocialização.

Paralelo a tudo isso, outra questão que demonstra a falência do sistema é a evidente desigualdade do encarceramento. Seja do ponto de vista econômico ou racial, parece claro que o cárcere atinge muito mais as populações marginalizadas do que quaisquer outras.

Segundo levantamento divulgado pelo sistema de informações Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), ainda em 2015, a maioria dos presos no Brasil era composta por negros e pobres: dois a cada três presos são negros (67% no total) e cerca de 53% da população carcerária possui apenas escolaridade até o ensino fundamental.

Fica clara, então, qual é a identidade do encarcerado brasileiro. A maior parte não teve acesso ao ensino básico de educação, vêm de classes socio-econômicas mais baixas e ainda sofrem com o preconceito.

Em virtude de tudo o que foi exposto e analisado, o sistema penitenciário brasileiro, que deveria ser o grande solucionador dos problemas de criminalidade na sociedade, acaba por ser um de seus maiores causadores.

CAPÍTULO II

DA INTERVENÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA

A intervenção da iniciativa privada já é realidade em várias áreas da organização administrativa brasileira, além de estar mais que difundida no âmbito do setor privado, quando se é necessário delegar a realização de algum tipo de serviço.

Essa forma de intervenção é mais conhecida, e até mesmo confundida, com a sua principal modalidade: a terceirização. O próprio nome sugere o seu significado, porém importante trazer o que definiu Maurício Godinho Delgado:

A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata seguramente de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi constituído pela área de administração de empresas, fora da cultura do direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro da empresa (2002, p. 417).

Mais especificamente no setor público, a terceirização teve seu início com a contratação de empresas da iniciativa privada para serviços e atividades específicas, cuja execução era muito dispendiosa e de pouco interesse para o Estado.

Diante disso, cada vez mais o setor privado foi conquistando o seu espaço nas mais diversas áreas da administração pública, tais como execução de obras públicas e fornecimento de materiais e serviços, o que possibilitou seu maior desenvolvimento no ramo, além de também propiciar uma significativa economia de gastos por parte da União.

Em outra senda, é importante salientar que não são todos os serviços que podem ser transferidos para a iniciativa privada, alguns, como o poder de polícia, que, de certa forma, inclui o sistema carcerário, se inserem nos

chamados setores exclusivos ou obrigatórios ao Estado, que apenas podem ser executados pelo poder público.

Contudo, devido ao iminente colapso das prisões do país, muitos experts na questão vêm sugerindo a ideia de permitir a intervenção do setor privado na administração penitenciária, conforme será discutido ao longo dos próximos capítulos.

2.1 MEIOS GERAIS DE INTERVENÇÃO

Para a realização de seus serviços, o Estado dispõe de duas “opções”: pode executá-los de maneira centralizada, quando é a figura direta que os presta, dando nome aos serviços centralizados, ou pode delegá-los a outra pessoa, originando os serviços descentralizados, conforme lecionou José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 328).

Mais uma vez, cumpre destacar que, de acordo com a Constituição Federal e sua interpretação, o Estado não pode transferir a pretensão executória dos serviços dos quais é titular único, como por exemplo o *jus puniendi*. Entretanto, nesse contexto da administração penitenciária, é legalmente aceita a contratação de serviços, locação de estabelecimentos, bem como tomada de trabalho dos presos, mediante renumeração, por parte da iniciativa privada, nesses casos, através da modalidade de descentralização chamada terceirização.

Nessa senda, essa mencionada terceirização pode se dar por intermédio de uma pessoa da própria administração, indiretamente, ou de uma empresa privada. Mais uma vez, Carvalho Filho expôs:

Deve-se anotar que a doutrina alude a tais instrumentos com as denominações, respectivamente, de descentralização por outorga e por delegação, entende-se que pela primeira o Poder Público transfere a própria titularidade do serviço, ao passo que a segunda a transferência tem por alvo apenas a execução do serviço (2009, p. 329).

Assim, têm-se duas modalidades gerais de descentralização: a outorga e a delegação. Esses institutos, que se realizam por meios específicos, como a concessão e a permissão, que serão explanados em seguida, são regulamentados pela Lei n. 8.987/95 e, na prática, são instituídos com a estipulação de um contrato administrativo o qual vincula as partes.

A concessão e a permissão são meios para a descentralização da executividade de serviços públicos por parte do Estado, quando é utilizado o apoio da iniciativa privada.

Em tais casos, as empresas escolhidas e aprovadas pelo ente público executam os serviços determinados por sua conta e risco, porém sempre mediante prestação de contas e nos limites impostos pela lei e pelo contrato, que estabelecerão a renumeração e o modo que se dará a prestação dessas funções.

Versando sobre o assunto, Meirelles (2010) dividiu os “limites” mencionados em: normas regulamentares, que versam sobre o modo de prestação do serviço, e normas contratuais, as quais tratam da renumeração. O mesmo autor também definiu:

Como as leis, aquelas (regulamentares) são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público segundo as exigências da comunidade; como cláusulas contratuais, estas são fixas, só podendo ser modificadas por acordo entre as partes (2010, p. 428).

Ainda, ambas concessão e permissão possuem características próprias e significativas diferenças entre si. Na Carta Magna, mais especificamente no artigo 175, estão assim previstas:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado (BRASIL, 1988).

Já no que diz respeito às diferenças entre concessão e permissão, Di Pietro estabeleceu: “A diferença está na forma de constituição, pois a concessão decorre de acordo de vontades, e a permissão, de ato unilateral; e há precariedade existente na permissão e não na concessão” (2015, p. 348).

Cumprido destacar que, por “precariedade”, a doutrina de Direito Administrativo entende como a possibilidade de revogação por parte da administração pública, a qualquer tempo, independentemente de indenização ao permissionário (NEVES, 2014).

A precariedade da permissão também está claramente exposta no artigo 2º, inciso IV, da Lei n. 8.987/95:

[...] delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco (BRASIL, 1995).

Existe, ainda, um terceiro instituto de descentralização, chamado autorização, que é mais precário que todos os outros, e que, apesar de não possuir previsão expressa na Lei n. 8.987/95, já é conceito bastante aceito e difundido entre os doutrinadores. Nesse tipo, defende-se que o terceiro utiliza-se da execução do serviço público em benefício próprio, e não o faz pelo bem da coletividade.

Para melhor ilustrar o conceito de autorização, traz-se o que disse Carvalho Filho:

Primordialmente, é importante ressaltar que a autorização é conceituada pela doutrina pátria como ato administrativo unilateral, discricionário e precário. Dessa forma, a Administração Pública terá o poder de analisar critérios de oportunidade e conveniência para sua prática, dentro dos limites da lei e, uma vez praticado o ato, seu desfazimento, a qualquer tempo, não enseja direito à indenização pelo beneficiado (2009, p. 645).

Salienta-se que, independente da modalidade de delegação ou outorga escolhida – concessão, permissão ou autorização – o contrato administrativo, em via de regra, estará sempre presente. Para José dos Santos Carvalho Filho, esse tipo de contrato é definido como: “o ajuste entre a

administração pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.” (2009, p. 168).

Segundo o referido conceito, é imperioso o interesse da administração pública e, por consequência e em outras palavras, o interesse da coletividade.

2.2 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E CO-GESTÃO

Conforme dito anteriormente, a Lei n. 8.987/95 regulamenta a concessão e a permissão de obras e serviços, sendo aplicada e consultada na maioria das situações, de maneira geral. Contudo, existe um outro tipo, relativamente recente, classificado como um modelo especial de concessão, que vem sendo posto em prática não só no Brasil, mas em vários outros países também. Chama-se Parceria Público-Privada, que é comumente abreviada de PPP's.

Nesse modelo, não se utiliza verbas públicas nos investimentos realizados. Ao contrário, permite-se ao particular que empregue seus próprios recursos e, em retorno, que aufera lucro com a execução do serviço de natureza pública.

A regulação das PPP's se encontra na Lei n. 11.079/04, porém sem prejuízo de aplicação subsidiária da lei que rege as concessões e permissões. Na aludida legislação, as Parcerias Público-Privadas são categorizadas como contratos administrativos de concessão, podendo ser do tipo patrocinado ou administrativo (BRASIL, 2004).

Para Meirelles, a Parceria Público-Privada é:

[...] uma nova participação do setor privado na implantação, melhoria, e gestão da infraestrutura pública, principalmente nos setores de rodovia, ferrovias, hidrovias, portos, energia etc., como alternativa a falta de recursos estatais para investimentos nessas áreas (2011, p. 440).

Sem dúvidas, a principal razão que motivou a criação e instauração desse modelo especial de concessão é a recorrente falta de recursos do poder

público para investir em determinadas áreas, principalmente aquelas que demandam um alto investimento e cujo retorno financeiro é lento, ou seja, leva muitos anos para que o Estado seja “restituído” e se beneficie com referido setor. Nesse cenário, a iniciativa privada se mostra como uma excelente opção, por ser detentora de capital e possuir total interesse no lucro, mesmo que a longo prazo.

No que tange à sua divisão, as Parcerias Público-Privadas são separadas em dois tipos: patrocinada e administrativa. Ambas possuem diferenças em vários aspectos, apesar de estarem inseridas na mesma modalidade de concessão especial.

A primeira diferença, e talvez a mais crucial, é que, na concessão patrocinada, o concessionário recebe recursos através de dois meios: primeiramente por uma tarifa paga pelo usuário do serviço concedido, e depois por uma contraprestação pecuniária do próprio Estado. Ao passo que, na concessão administrativa, está presente apenas a prestação pecuniária do concedente, e não há o que se falar em tarifas pagas pelos usuários, conforme ensinou José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 134).

Outra distinção, a despeito de ser subsidiária, se trata de quem se aproveita do serviço delegado. Na concessão administrativa, como o mesmo nome indica, o próprio poder público/administrativo, direta ou indiretamente, se aproveita da execução delegada, ao tempo em que, na concessão patrocinada, o particular é aquele o qual usufrui o serviço.

De igual maneira às concessões “comuns”, a escolha do parceiro privado deve ser realizada por meio de um processo formal e, por essa mesma razão, através de uma licitação, nos termos da Lei n. 11.079/04, a qual rege as normas gerais para licitação e contratação da parceria público-privada no âmbito da administração pública. A mencionada legislação traz a obrigatoriedade do processo licitatório em seu artigo 10:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; [...] (BRASIL, 2004).

Infere-se desse artigo, ainda, que a licitação tem que ser realizada no modelo de concorrência, e não contratual, sem prejuízo de observância subsidiária da Lei n. 8.666/93, que regulamenta normas para licitação e contratos da Administração Pública de maneira geral.

Para fins de ilustração, segue a opinião de Rocha, Elias e Paixão:

Conforme se extrai do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, ressalvadas determinadas situações previstas na legislação, os contratos firmados pela Administração Pública que tiverem como objeto obras, serviços, compras, e alienações serão, obrigatoriamente, precedidos de procedimento licitatório. Assim, não sendo a parceria público-privada uma das exceções, conseqüentemente, a escolha do parceiro privado deverá ser precedida de licitação pública (2015, p. 140).

Não somente isso, também é exigido que os contratos celebrados nas PPP's sejam no valor de, no mínimo, 10 milhões de reais, não havendo teto máximo, bem como se determina que o prazo de vigência mínima contratual seja de 5 anos, não ultrapassando o prazo máximo de 35 anos.

Veda-se, ainda, a celebração de contratos cujos únicos objetivos forem fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obras públicas (BRASIL, 2004).

Por fim, é significativo enfatizar que as Parcerias Público-Privadas não se confundem com modelos de privatização, pois naquelas os bens/serviços públicos não se tornam privados e não são entregues inteiramente àquele setor. Ao contrário, nas Parcerias Público-Privadas, a propriedade dos bens e a titularidade dos serviços continuam pertencendo ao Estado, mesmo que, durante a validade do contrato, seja o setor privado o responsável pela sua manutenção e execução.

2.3 CASOS INTERNACIONAIS COM A INICIATIVA PRIVADA NOS PRESÍDIOS

Em vários países já é adotada a transferência da execução de serviços públicos para a iniciativa privada, nos mais diversos setores e por meio de vários tipos de delegação – desde à privatização até as parcerias público-privadas, que foram explanadas anteriormente.

Claramente, no caso dos presídios, não seria diferente, considerando que são bastante dispendiosos para os Estados, e a população carcerária, não só no Brasil, mas no mundo, não para de crescer, juntamente com os índices de criminalidade e de desigualdade social.

Visa-se explicar, então, de maneira sucinta e a título de exemplificação, dois exemplos já instituídos e conhecidos nos quais o setor privado participa de alguma maneira, seja na manutenção, seja na execução, da administração e do funcionamento de presídios.

No âmbito internacional, destacam-se os Estados Unidos, que, por contarem com uma das maiores populações carcerárias do mundo – cerca de 2.217.000 (dois milhões e duzentos e dezessete mil) pessoas encontravam-se encarceradas no ano de 2014 – cada vez mais dão espaço para a iniciativa privada atuar nos estabelecimentos penitenciários.

Devido à sua lógica majoritariamente liberal, a participação da iniciativa privada na administração penitenciária se mostrou como a opção mais “racional” para o problema de falta de recursos públicos destinados à manutenção dos presídios, objetivando melhorar a qualidade do serviço prestado não apenas à sociedade, mas também aos encarcerados.

Nesse país, optou-se pela privatização completa dos presídios, ou seja, o poder público entregou toda a administração penitenciária para as empresas privadas, abdicando de qualquer titularidade remanescente do serviço. Segundo o Departamento de Justiça Estadunidense, no ano de 2005, ao menos 30 dos 50 estados americanos possuíam estabelecimentos prisionais

totalmente privados, principalmente as prisões que se tratam de segurança mínima.

Levando-se em conta algumas análises, foi possível perceber que houve uma real redução de custos nos Estados Unidos após a privatização das penitenciárias. Contudo, isso se deu mediante uma clara queda de padrão de qualidade dessas estruturas, o que faz gerar uma reflexão acerca da concreta vantagem de se adotar tal solução.

Outro país que deu abertura à iniciativa privada para atuar nas administrações penitenciárias foi a França, todavia de uma forma bem mais conservadora que a americana, mesmo tendo sido motivada pela mesma razão: a recorrente falta de recursos diante do aumento da população carcerária em exponencial.

Naquele país, as empresas privadas foram contratadas para a função principal de construir novos estabelecimentos penitenciários, a fim de (re)alocar a grande quantidade de presos. Deste modo, o Estado continuou sendo titular do serviço público e tinha o papel de fiscalizar, tanto externamente quanto internamente, a atuação privada no sistema penitenciário. Sobre o modelo francês, discorreu Cabral:

As demais funções ligadas à manutenção das novas unidades e às atividades de hotelaria, serviços de saúde, gestão da cantina e organização das atividades laborais e educacionais poderiam ser delegadas a entidades de direito privado, desde que habilitadas pela administração penitenciária (2006, p. 172).

Também sobre o assunto escreveu D'urso:

Não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função material da execução da pena, vale dizer, o administrador particular será responsável pela comida, pela limpeza, pelas roupas, pela chamada hotelaria, enfim, por serviços que são indispensáveis num presídio. Esse modelo assemelha-se ao modelo francês, que defendemos para o Brasil.

Já a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que por meio do seu órgão juiz, determinará quando um homem poderá ser preso; quanto tempo assim ficará; quando e como ocorrerá punição; e quando o homem poderá sair da cadeia, numa preservação do poder de império do Estado, que é o único titular legitimado para o uso da força, dentro da observância da lei (1999, p. 163).

Esse tipo de delegação dos serviços prisionais para a iniciativa privada implantado na França, ficou conhecido como gestão mista ou gestão delegada, tendo como principal característica a contínua participação ativa do poder público.

Novamente fazendo uma análise desse modelo, as pesquisas francesas concluíram que a gestão mista custa sim mais do que a gestão inteiramente pública, contudo, isso se deve ao fato de que a qualidade dos novos presídios é bem superior à dos antigos, alguns impostos são mais altos, além da presença de margem de lucro auferida pelas empresas privadas, a qual é de praxe nessa gestão mista.

Para o cenário brasileiro, devido aos limites impostos pela legislação pátria, e baseando-se no que já é feito atualmente nesse setor, o modelo francês mostra-se mais adequado e mais possível de ser aplicado nos estabelecimentos prisionais nacionais, não sendo viável a privatização total que foi instituída nos Estados Unidos.

CAPÍTULO III

DA CONSTITUCIONALIDADE

Como se sabe, a Constituição Federal ocupa a posição de Lei Maior no ordenamento brasileiro, e, de maneira geral, qualquer ato jurídico ou até mesmo as leis devem estar em conformidade com ela. Nesse âmbito, sobre a constitucionalidade, conceituou Miranda: “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido.” (2001, p. 273-274).

Assim, neste Capítulo, serão discutidas as diversas nuances da mencionada constitucionalidade, bem como serão explanados alguns conceitos fundamentais sobre o serviço público e a sua transferência, principalmente no que tange ao sistema prisional.

3.1 SERVIÇOS EXCLUSIVOS DO ESTADO E TRANSFERÊNCIA DE TAREFAS AO PARTICULAR

Consoante foi dito ao longo da pesquisa, por maior que seja o interesse e a necessidade do Estado, certos tipos de serviços não podem ser delegados a terceiros e devem ser executados exclusivamente pelo poder público, em caráter de monopólio, nos termos determinados pela lei e da Carta Magna.

Sobre isso, escreveu Assis:

[...] o que pode ser privatizado em um Estado é o serviço público, o qual é prestado pela administração pública aos seus administrados. Já a função pública (função do Estado) é indelegável, pois se constitui na própria essência do Estado (2007, p. 5).

Além disso, acerca da classificação dos serviços públicos, acertadamente explanou Alves:

Estudando os serviços públicos na Constituição Federal de 1988, percebemos que o Constituinte distinguiu três espécies de serviços públicos: os serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, em que não é admitida a possibilidade de permissão ou autorização; os serviços públicos privativos do Estado, que admitem a possibilidade de prestação pelo setor privado, através dos sistemas de execução indireta (concessão, permissão e autorização) e os serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade, são os serviços não privativos do Estado, podendo ser prestados pelo Poder Público com a participação da comunidade ou prestados diretamente pelo particular (2014, p. 11).

Além disso, a própria lei que regula as parcerias público-privadas é categórica em impor suas limitações e requisitos a serem cumpridos, quando da delegação:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (BRASIL, 2004).

Nesse sentido, sobre o poder de polícia, conceituou Meirelles: “Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado” (2016, p. 152).

Apesar desses ‘entraves’ jurídicos, mostra-se interessante e necessário buscar alternativas que possam auxiliar o poder público a sanar todas as dificuldades enfrentadas pelo sistema penitenciário brasileiro, que já foram expostos no trabalho anteriormente, sobretudo com a aplicação, onde for possível, do capital privado.

Como se sabe, o Estado sempre buscou formas de arrecadar recursos a fim de sustentar e bancar suas expensas, isso nos mais diversos setores públicos, como transportes, saneamento básico, saúde etc., e com o sistema penitenciário não seria diferente. Sem dúvidas, a principal fonte de arrecadação da fazenda pública são os impostos, porém, mesmo que a administração pública recolha significativas quantias todos os meses e anos, devido ao tamanho continental que o país possui e sua gigante demanda, estas ainda se mostram insuficientes para fazer frente aos investimentos necessários às áreas citadas.

Em razão disso, muitas vezes o poder público recorre ao setor privado, o qual é grande detentor de capital, para se desonerar e aliviar os cofres públicos, além de também melhorar as condições de gestão desses serviços sociais.

Por todo o exposto, a transferência de tarefas ao particular, quando cumpridos os requisitos da lei e da Constituição Federal, é pacificamente aceita e adotada. No âmbito do sistema prisional, é evidente que nem todas as funções que estão relacionadas com a sua administração podem sofrer intervenção da

iniciativa privada, mas aquelas que podem, quando delegadas, trazem inúmeros benefícios, não apenas para a saúde financeira do Estado, mas também no que tange à qualidade de vida dos presos, para que sejam tratados com dignidade e humanidade.

3.2 TRANSFERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL AO PARTICULAR

Consoante foi exposto, a transferência de algumas funções da administração prisional ao particular mostra-se como uma interessante alternativa para a falta e indisponibilidade de recursos do Estado, bem como para sanar, mesmo que pouco, os inúmeros problemas de gestão enfrentados.

Mais especificamente, as Parcerias Público-Privadas são um novo modelo bastante interessantes de ser adotado, são um tipo de concessão especial, que trazem o capital, de certa forma abundante, da iniciativa privada e promovem significativas melhorias no que se refere à prestação dos serviços públicos e sociais, tendo em vista a clara ineficiência da gestão pública presente no sistema atual.

Sobre a instituição das PPP's nesse âmbito, explica Muraro:

Dentre as alternativas propostas para mudar a situação desse sistema, está a utilização do instituto das Parcerias Público-Privadas – PPPs, como forma de driblar a falta de capital para investimentos do Estado e, assim, com o auxílio da iniciativa privada alcançar um padrão mais digno no atendimento dos apenados. Este instituto surge dentro de uma tendência de privatização global, os quais procuram transplantar ao serviço público a eficiência e a eficácia da iniciativa privada (2012. p. 2).

Dessa maneira, a instauração da Parceria Público-Privada, quando dentro dos padrões legais e se assemelhando ao modelo que foi implantado da França, o qual foi explicitado no capítulo anterior, além de ser bastante eficaz, é também constitucional e está de acordo com as demais leis, conforme descreveu Mirabete:

Nada impede que a lei federal ou estadual, por instrumento hábil (delegação, concessão, permissão ou privatização), encarregue uma

pessoa jurídica de direito privado de exercê-la para promover a execução material das penas [...]. Mas em caráter geral, por força de norma complementar estadual, nada impede que os estabelecimentos penais sejam geridos e operados por empresa privada, ressalvadas as atividades jurisdicionais e administrativas judiciárias [...]. Não há dispositivo que vede a possibilidade de gerência e operação material nos estabelecimentos penais ser exercida por entidade privada. Em nenhum momento a lei federal dispõe que o diretor e os servidores devam ser obrigatoriamente servidores públicos. Embora se refira a “pessoal administrativo”, deve-se entender que essas funções podem ser exercidas por particulares, de entidade privada, quando se trata de atividades de mera execução material da pena (vigilância, instrução técnica, trabalho, assistência etc.) (2011, p. 4).

Nesses moldes, a função jurisdicional, que é indelegável e intransferível, permanece nas mãos do Estado e, portanto, não vai de encontro com qualquer preceito legal.

De certo, para a delegação dos serviços da administração prisional, é imperioso afirmar que as Parcerias Público-Privadas são as mais adequadas, na sua qualidade de concessão administrativa especial.

Inclusive, a própria Lei de Execução Penal, de certa maneira, incentiva esse tipo de co-gestão com as empresas privadas, ao enunciar em seu artigo 4º: “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança” (BRASIL, 1984). É bastante notório que tais empresas fazem parte e atuam na comunidade de maneira ativa, e, logo, podem sim ser acionadas pela administração pública para que auxiliem na aplicação correta da Lei, assim como lecionou Ostermann (2010, p. 18).

Trata-se de um auxílio privado que se refere à assistência material da pena, inerente à custódia do preso, como o vestuário, a assistência médica e psicológica, hotelaria, alimentação, higiene e manutenção das penitenciárias, entre outros, que não se inserem na ideia de segurança pública e poder de polícia, propriamente. Nesse caso, o Estado não precisaria arcar solitariamente com todas as verbas necessárias para essas despesas, e nem faria um grande investimento inicial, podendo ainda fracionar o lucro que será devido às empresas, sem pesar excessivamente os cofres públicos.

Na mesma linha de pensamento, avaliou Guimarães:

Há benefícios econômicos e gerenciais facilmente demonstráveis. Em primeiro lugar, a execução destes serviços pela iniciativa privada é mais eficiente e econômica que a prestação direta estatal. Os custos são sensivelmente inferiores em vista da inexistência na vida

empresarial das empresas privadas, de amarras próprias da atividade administrativa. O serviço prestado por empresas privadas presume-se mais ágil e econômico (2014, p.138).

Destaca-se nesse modelo, de igual forma, a minimização da burocracia, que é inerente do setor privado, o que viria a potencializar a eficácia dessa co-gestão, principalmente do ponto de vista administrativo, bem diferente do que acontece com os projetos e contratos estatais.

Restou comprovado, também, que o índice de ressocialização dos presos nas penitenciárias de gestão mista são bem mais elevados, em comparação aos totalmente públicos, uma vez que são oferecidas mais oportunidades de trabalho e estudos naquelas penitenciárias, possibilitando que o preso, ao terminar de cumprir sua reprimenda, tenha um bom nível de qualificação e esteja mais apto a retornar ao convívio social.

Ademais, uma vez que a iniciativa privada tem mais capital disponível para reforçar a segurança das estruturas penitenciárias, estas tendem a ter um número de incidência de fuga e rebeliões reduzido, os quais, por sua vez, são devidamente punidos quando decorridos. Essa garantia de segurança reforçada pode constar até mesmo no contrato administrativo firmado entre o Estado e a empresa, sendo cabíveis inclusive multas quando há descumprimento de cláusulas. Isto faz com que as empresas se esforcem ainda mais para garantir a proteção dos presídios.

Em outras palavras, a fim de cumprir todas as determinações do contrato de Parceria Público-Privada, o concessionário especial se empenhará para modificar a realidade caótica dos presídios, utilizando-se de seu próprio capital, não por razões humanitárias pura e simplesmente, mas sobretudo para atender o que demanda seu parceiro, a Administração Pública.

Caberá, então, ao concessionário, zelar pela segurança e bem-estar dos presos, manter as instalações carcerárias a um bom nível de adequação, propiciar opções de estudo e trabalho remunerado e, o mais importante, prestar contas regulares para o poder público, que tem o dever e interesse de fiscalizar toda a execução.

Ademais, poderiam ser inseridos no sistema carcerário mecanismos eletrônicos e tecnológicos que possam auxiliar na segurança dos presídios, impedindo o contato dos encarcerados com o ambiente externo, por exemplo,

bem como outros que possam contribuir de forma geral, e que o Estado, na situação atual, não é capaz de arcar financeiramente.

Por outro lado, ocorre que, como o lucro auferido pelas empresas e privadas e fornecido pelo Estado está diretamente ligado com a quantidade de presos que ocupam o sistema penitenciário, muitos estudiosos e juristas questionam esse modelo de intervenção, sobretudo da ótica ética e moral, o que faz gerar várias divergências. Alega-se que o parceiro privado, ao participar da administração dos presídios, visará somente o lucro, a despeito da qualidade de vida dos encarcerados e da tentativa de sanar a crise do sistema. Alguns aduzem, inclusive, que haveria uma forma de incentivo à criminalidade, pois então mais pessoas seriam presas e maior seria o lucro dessas empresas.

Nessa linha de pensamento, disse Faria:

Numa penitenciária privatizada, por exemplo, em que o preso é convertido em mão-de-obra compulsória, de que modo enquadrar seus deveres, como condenado judicial, com seus direitos trabalhistas, enquanto operário? De que maneira enquadrar esses direitos e deveres previstos em lei com as normas internas de segurança impostas pelas firmas de vigilância e voltadas para os ganhos de produtividade? Qual o interesse dessas firmas, cujas 'fábricas' podem enfrentar problemas de flutuação de mão-de-obra, em ressocializar os presos que se revelarem excelentes trabalhadores em suas linhas de montagem? (2000, p. 16-17).

Outro argumento apontado é o de que os presídios de gestão mista falham, ao longo do tempo, em combater a superlotação. Mesmo que nos primeiros anos a ocupação de presos seja adequada ao espaço, o setor privado não conseguiria construir estruturas em tempo suficiente para atender a população carcerária que cresce todos os dias.

Apesar de todas as críticas e apontamentos, acima de tudo de cunho sociológico, é importante ressaltar que, desde que Estado siga corretamente o processo licitatório – que é obrigatório para todo tipo de concessão –, faça a escolha correta e legal do parceiro privado, bem como fiscalize a execução e a transferência dos serviços, como deve se dar em qualquer outro serviço público, não há por que duvidar da qualidade e do sucesso em que a parceria pode resultar.

Veja-se, a eventual transferência de certos elementos da administração penitenciária para entidades privadas não se confunde com a

transferência da titularidade do *jus puniendi*, a qual deve sempre pertencer ao Estado. Apenas o Estado pode tipificar uma conduta, investigar um crime, indiciar, condenar ou absolver uma pessoa, bem como gerir tudo que diz respeito à execução da pena. Estas atribuições não podem de maneira alguma serem delegadas e, portanto, não poderiam ser objetos de um contrato administrativo de Parceria Público-Privada.

CONCLUSÃO

No decorrer da presente pesquisa, restou devidamente comprovado que o sistema carcerário brasileiro está permeado por inúmeros problemas graves, que acabaram por acarretar sua total falência. O crescimento acelerado da população de encarcerados e a constante falta de recursos para investimentos por parte do Estado tornou a realidade dentro das prisões insustentável e incapaz de oferecer as mínimas condições de sobrevivência digna àqueles que ali se encontram.

Não somente isso, diante da precária situação do sistema, as penas privativas de liberdade falham em cumprir seus principais objetivos: a efetiva punição pelos delitos cometidos e a ressocialização dos apenados. O que se vê, na prática, são ex-encarcerados que saem das prisões ainda mais perigosos, na maioria das vezes, e que não conseguem ser reinseridos na sociedade de forma plena, constantemente estigmatizados pelas suas fichas criminais.

Assim, como forma de tentar solucionar, ou ao menos amenizar esse problema, buscou-se a alternativa de aplicar o capital da iniciativa privada no sistema carcerário, através de modalidades de delegação dos serviços públicos permitidos, assim como acontece em outros países, em maior ou menor grau de participação.

A realização da presente pesquisa se deu pela motivação de investigar a constitucionalidade da participação de entes privados na administração penitenciária, considerando que, no Brasil, a persecução e execução penal faz parte dos serviços exclusivos do Estado, e devem ser executados por ele de forma privativa, conforme determinam a Constituição Federal e demais leis do ordenamento jurídico brasileiro.

Em virtude disso, já é possível descartar, logo de início, o modelo de intervenção que foi instituído no Estados Unidos, explicitado ao longo do trabalho, em que o poder público delegou para a iniciativa privada tudo o que engloba a administração penitenciária, desde a construção dos presídios até os trabalhos dos presos etc.

Veja-se, não se propõe aqui uma privatização completa dos presídios, uma vez que é evidentemente inconstitucional, mas sim sugere-se o estabelecimento de uma parceria entre o Estado e as empresas privadas, chamada Parceria Público-Privada, comumente chamadas de PPP's, assemelhando-se ao que foi implantado, com bastante sucesso, na França.

Nesse modelo, seriam apenas delegados às empresas aqueles serviços que não fossem exclusivamente públicos, mas que ainda assim se incluem na esfera do sistema carcerário, como hotelaria, vestimenta, alimentação, alojamentos e celas, higiene, entre outros. O Estado se beneficiaria do capital privado, porém continuaria sendo titular dos poderes e serviços característicos da persecução penal, quais sejam condenações e absolvições, definição de pena e regime de pena, transferência de presos, punições, tomada de trabalho dos presos etc.

Conforme demonstrado ao longo dos capítulos, não há lei ou norma constitucional que proíba a delegação nesses termos, desde que sejam seguidos todas as determinações legais e os trâmites corretos, como por exemplo a obrigatoriedade do processo licitatório quando do estabelecimento de Parcerias Público-Privadas.

Assim, conclui-se que a intervenção da iniciativa privada no sistema carcerário brasileiro pode sim ser constitucional, desde que se atenha a apenas serviços secundários da administração penitenciária, acima mencionados, sobretudo no que diz respeito à hotelaria, não havendo, nesse caso, nenhum óbice constitucional ou até mesmo legal.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Sistema Penitenciário no Brasil: problemas e desafios. São Paulo: *Revista USP*, 1991.

ALVES, Domitila Duarte. Serviços Públicos. In: *Revista Científica Semana Acadêmica*, 2014. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_servicos_publicos.pdf. Acesso em: 29 jun 2020.

ASSIS, Rafael Damasceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. In: *Direitonet*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 15 mai 2020.

_____. Privatização de prisões e adoção de um modelo de gestão privatizada. In: *Direitonet*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3483/Privatizacao-de-prisoas-e-adoacao-de-um-modelo-de-gestao-privatizada>. Acesso em: 20 mai 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil De 1988*. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mar 2020.

_____. *LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm. Acesso em: 15 fev 2020.

_____. *Lei Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Presidência da República, Casa Civil, subchefia de assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm. Acesso em: 30 jun 2020.

_____. *LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Presidência da República,

Casa civil, subchefia de assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 20 mai 2020.

_____. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Presidência da república, Casa civil, subchefia dos assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 30 mai 2020.

CABRAL, Sandro. *Além das grades: Uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional*. Salvador: UFBA, 2006. Tese (Doutorado em Administração) – Núcleo de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal da Bahia, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, S.A, 2015.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Privatização de presídios, uma breve reflexão*. In: *Themis*. Fortaleza, v. 2, n.2: 1999.

ESTADÃO. A falência do sistema prisional. In: *opinião estadão*, São Paulo. Maio 2010. Disponível em: <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,a-falencia-do-sistema-prisional-imp-,545374>. Acesso em: 13 mai 2020.

FARIA, José Eduardo. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A Gestão da Violência no Capitalismo*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 23. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

FREITAS, Juliana Santos de. *A intervenção da iniciativa privada é a solução para atingir a finalidade da pena?*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Manual de execução penal: teoria e prática*.

3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *A privatização dos Estabelecimentos Penais diante da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)*. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24082/privatizacao_estabelecimentos_pe_nais_diante.pdf?sequence=1. Acesso em: 01 jul 2020.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra. Ed., 2001.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A realidade carcerária do Brasil em números. In: *Justificando*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/07/02/realidade-carceraria-do-brasil-em-numeros/>. Acesso em: 20 mai 2020.

MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN – 2014)*. Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça).

MURARO, Celia Cristina. As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12136. Acesso em: 20 jun 2020.

NEVES, Letícia Mota de Freitas. *A permissão de serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro*. In: *Conteúdo Jurídico*. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41573/a-permissao-de-servicos-publicos-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 13 jul 2020.

OSTERMANN, Fabio Maia. *A privatização de presídios como alternativa ao Caos Prisional*. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/resseveraverumgaudium/article/view/64733>. Acesso em: 30 jun 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Laís da Silva; ELIAS, Larissa Machado; PAIXÃO, Alessandro Gonçalves da. As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro. *Revista Jurídica*, Anápolis/GO, Ano XV, n. 24, v1, jan. – jun. 2015, UniEVANGÉLICA. Disponível em: <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1265>. Acesso em: 10 mar 2020.

ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso. In: *Direitonet*, São Paulo, jan 2015. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-presos>. Acesso em: 20 mai 2020.

SANTOS, Thandara. *Os dados sobre o sistema prisional e suas dissonâncias*. In: *G1*. Fev, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/os-dados-sobre-o-sistema-prisional-e-suas-dissonancias.ghtml>. Acesso em: 10 ago 2020.

SILVA, Laís Alexandre da. Violência e sistema prisional: um reflexo da desigualdade social. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em : http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12534. Acesso em: 20 mai 2020.

THEODORO, Fernanda Borges. *Análise Crítica da Jurisprudência Tributária do Supremo Tribunal Federal*. 1. ed. Salvador: Juspodivum, 2017.

VIANA, Hiuri Batista. *Terceirização dos Presídios e sua Constitucionalidade*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Unievangélica, Anápolis, 2018.

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

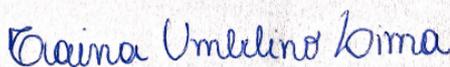
APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante TAINÃ UMBELINO LIMA do Curso de Direito, matrícula 2016.1.0001.2254-5, telefone: (62) 99994.4545, e-mail umbelinotaina@gmail.com, na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei n° 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO, gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 02 de dezembro de 2020.

Assinatura do(s) autor(es):



Nome completo do autor: TAINÃ UMBELINO LIMA

Assinatura do professor-orientador:



Nome completo do professor-orientador: ROBERTA CRISTINA DE MORAIS SIQUEIRA