



Centro Universitário de Brasília

Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

Miguel Fernandes de Carvalho Freitas

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DOS SERVIÇOS DE
ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA**

Brasília

2017

Miguel Fernandes de Carvalho Freitas

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DOS SERVIÇOS DE
ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/FAJS) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Graduação em Direito.

Orientadora: Dra. Raquel Tiveron

Brasília

2017

Resumo

Há bastante tempo existe emblemática discussão doutrinária acerca da (im)possibilidade constitucional da concessão dos serviços públicos de administração dos estabelecimentos prisionais (em outros termos, dos serviços que visam a manter a higiene, no ambiente prisional, dos carcerários sob a custódia do Estado). Parte dos doutrinadores refutam inflexivelmente tal possibilidade, alegando tratar-se de serviço público propriamente dito e, por isso, indelegável; em contrapartida, outras vezes se mostram favoráveis à juridicidade da delegação. Aliados a ambos os posicionamentos, delineiam-se fatores prós e contra a concessão, a partir das experiências observadas no País, que geraram tanto resultados positivos quanto negativos, volatilizando a opinião pública sobre o assunto. Por fim, surge o verdadeiro cerne desse trabalho acadêmico: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Na qualidade de órgão de cúpula do Judiciário e guardião da Constituição da República, é salutar que se analise os pareceres da Corte Constitucional a respeito de um tema com tamanha relevância social, que trata de matéria constitucional deveras emblemática.

Palavras-chave:

Parceria Público-Privada. Delegabilidade de serviços públicos.

SUMÁRIO

Introdução.....	4
1 Capítulo I: Das estatísticas que comprovam o calamitoso estado de falência do sistema prisional nacional.....	6
2 Capítulo II: Noções introdutórias sobre a concessão especial, consoante as leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04, o processo licitatório e o contrato administrativo celebrado entre o Poder Público e a concessionária, segundo a lei nº 8.666/93.....	10
3 Capítulo IV: Das razões por que, sob as atuais circunstâncias fáticas, o regime de concessão especial apresenta-se como a solução mais eficaz.....	17
3.1 Das principais críticas sobre a parceria público-privada da administração prisional.....	17
3.2 Do discernimento entre a titularidade do <i>jus puniendi</i> , que deve ser exclusiva do Estado, e a concessão dos serviços de administração prisional.....	21
3.3 Do nefasto domínio exercido pelas organizações criminosas sobre o ambiente interno prisional como efeito da ingerência estatal.....	25
3.4 Das potenciais melhorias de condições proporcionáveis pela iniciativa privada ao se tornar concessionária da administração prisional.....	28
4 Da experiência brasileira.....	31
5 Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.....	40
Conclusões.....	48

Introdução

Analisa-se, na presente monografia, a possibilidade de concessão dos serviços referentes à execução penal como forma de superar as atuais condições desumanas que caracterizam o sistema penitenciário brasileiro. É incontestável a afirmação de que o sistema prisional brasileiro é extremamente falho e, de modo algum, cumpre a sua finalidade última de ressocializar o condenado. Se o não atendimento de sua finalidade já se mostra um aspecto pejorativo, há também o agravante de que as péssimas circunstâncias a que o apenado é submetido durante o cárcere, obrigado a conviver com integrantes de organizações criminosas (seus companheiros de cela), colaboram para que, ao término do cumprimento da pena, o egresso do sistema penitenciário saia mais propenso à criminalidade do que quando nele ingressou. As referidas proposições mostram-se ainda mais gravames ao se constatar que aproximadamente 40% (quarenta por cento) dos carcerários no país cumprem prisão provisória, segundo dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional¹.

O sádico estado de falência do sistema penitenciário brasileiro não é novidade; pelo contrário, configura-se quase como um “mal crônico” característico do sistema punitivo nacional. Na realidade, ainda que hoje as circunstâncias do cárcere sejam inquestionavelmente ruins, foram piores no passado recente. Exemplo disso foi o incidente na Casa de Detenção de São Paulo (ou, como popularmente era conhecida, “Carandiru”), em 2 de outubro de 1992, quando um batalhão da Polícia Militar do Estado de São Paulo, com a intenção de suprimir uma rebelião que já vinha protraindo-se há dias, invadiu o complexo penitenciário e assassinou 111 reclusos. É, no mínimo, lamentável pensar que, após tanto tempo desde que esse massacre tenha ocorrido, ainda hoje é possível que ocorra uma tragédia semelhante – ou, quiçá, ainda pior -, em razão das condições de encarceramento sub-humanas a que são submetidos os apenados em todo o país – com exceções de impossibilidade dificilmente mencionáveis.

Após rápida demonstração estatística, no primeiro capítulo, demonstrando a falência inquestionável do sistema carcerário, são apresentados, no segundo capítulo, diversos conceitos fundamentais sobre o regime público de concessão especial (parceria público-privada), com base nas leis nº 8.666/93, 8.987/95 e 11.079/04, principais diplomas normativos que regem o regime jurídico sobre concessões públicas.

¹ DE MOURA, Tatiana Whately; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN – 2014)*. Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça.

Em seguida, no terceiro capítulo, ponderam-se as principais críticas relativas à possibilidade de concessão especial dos serviços referentes à administração prisional, emanados tanto por juristas quanto pelos demais membros da sociedade civil. Os apontamentos apresentados no terceiro capítulo foram extraídos de discussões doutrinárias, restringindo-se, neste momento, apenas às teses que obstaculizam a viabilidade de concessão dos serviços públicos de administração penitenciária a um ente privado a título de concessão.

Com fulcro principalmente nas questões de fato e de direito aptas a sustentar a concessão especial dos serviços relativos à execução penal, no quarto capítulo são levantadas algumas ponderações sobre aspectos negativos relacionados à prestação dos referidos serviços diretamente pela Administração, como ocorre, via de regra, atualmente. Na primeira seção, procura-se evidenciar a não confusão entre a titularidade do *jus puniendi*, que deve ser sempre exclusiva do Estado, e os serviços relativos à administração prisional. Na segunda seção, aponta-se uma lamentável realidade presente nas penitenciárias brasileiras: o domínio sobre elas exercido por parte das organizações criminosas. Por fim, na terceira e última seção, apresentam-se eventuais aprimoramentos que podem ser gerados se o exercício dos serviços de administração prisional forem delegados à iniciativa privada sob regime de concessão especial.

No capítulo final da presente monografia, trata-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema trazido a análise. Na qualidade de órgão de cúpula do Poder Judiciário, a Corte Excelsa tem a função de intérprete última da Constituição em controle difuso, assim como de hermenêuta constitucional em controle concentrado. Desse modo, ao se tratar de matéria de relevância constitucional, como a presente matéria se delinea, é salutar que se perquiram sobre o posicionamento da Corte Constitucional, na atribuição de estabelecer se temas de relevância constitucional encontram-se devidamente em observância às previsões da Carta Magna, a que devem vincular-se todos os temas juridicamente deliberáveis.

As disposições finais da presente monografia são apontadas na conclusão, em que se apresentam os argumentos que defendem o posicionamento concebido como mais lúcido e eficaz na modesta perspectiva do presente autor, como é da natureza de projetos acadêmicos. Em que pese a tentativa de permanecer totalmente neutro ao longo do excerto, é inerente à própria essência científico-defensiva que, nas disposições conclusivas, adote-se posicionamento iminentemente parcial, a fim de evidenciar proposições particulares acerca de predileção conceitual relativa a determinada corrente teórica especificamente considerada, com todas as vênias possivelmente concessíveis a eventuais posições adversas.

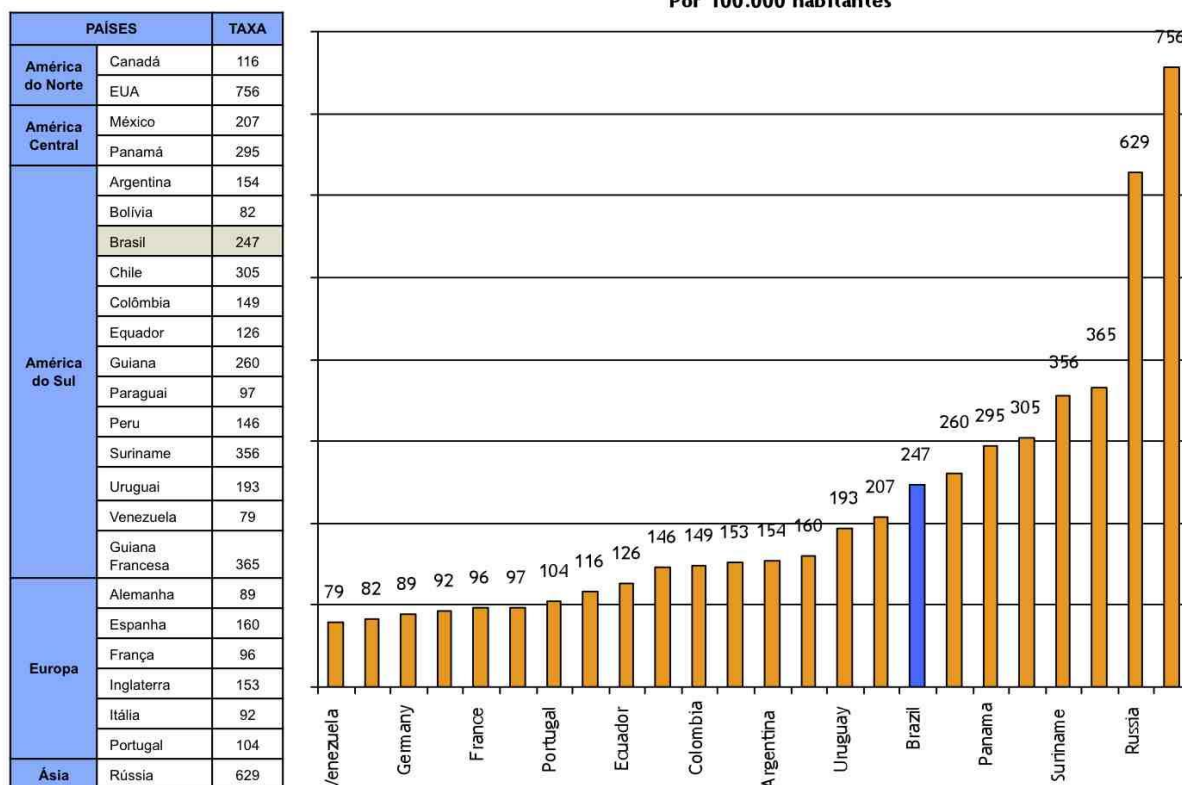
1. Das estatísticas que comprovam o calamitoso estado de falência do sistema prisional nacional

Em 22 de setembro de 2012, o periódico britânico *The Economist* publicou uma reportagem sob o título *Prisons in Latin America: A Journey into Hell (Prisões na América Latina: Uma Jornada pelo Inferno)*. No referido artigo, o periódico denunciou as drásticas condições de encarceramento caracterizadoras dos sistemas prisionais dos países latino-americanos. Em especial, o periódico mencionou o sistema prisional brasileiro, citando como exemplo a penitenciária Romeu Gonçalves de Abrantes em João Pessoa-PB.

De fato, com fundamento em estatísticas do Ministério da Justiça, o Brasil desponta como um dos países com maior coeficiente de população prisional em relação ao contingente total populacional, conforme se depreende do quadro a seguir apresentado². Ao se analisar as informações nele contidas, percebe-se que o Brasil possui um dos mais acentuados indicadores relacionais de população carcerária para cada cem mil habitantes no mundo, figurando na sétima posição.

TAXA DE ENCARCERAMENTO

Por 100.000 habitantes

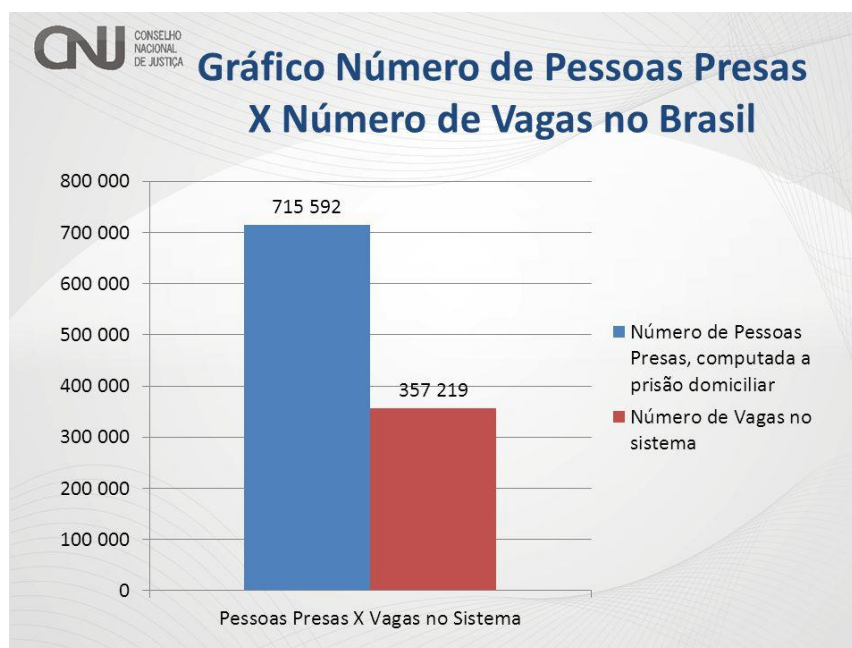


Fonte: LONDON. King's College, International Centre for Prison Studies - <http://www.kcl.ac.uk/schools/law/research/icps/> - acesso em 14/09/2009; e Ministério da Justiça.

² DE MOURA, Tatiana Whately; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN – 2014)*. Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça.

Desafortunadamente, por falta de planejamento por parte do Estado na gestão prisional, o aumento paulatino do encarceramento não acompanhou o logicamente esperado aumento do número de vagas no sistema penitenciário. A crescente tendência de encarceramento em massa gerou um déficit de vagas no sistema prisional que corresponde a menos da metade das que seriam necessárias para suprir a corrente demanda de lotação.

A partir de minuciosa análise de indicadores estatísticos, percebe-se que a situação do sistema é preocupantemente crítica. Os esforços empreendidos pelo Estado não lograram êxito em proporcionar um número de vagas no sistema compatível com a real demanda exigida por um poder punitivo cada vez mais voraz, como tem se mostrado o sistema brasileiro atualmente. Em parte, a insuficiência de vagas deve-se à limitação orçamentária do Estado – certamente, esse é um argumento válido na crise financeira atual. Porém, mesmo em épocas de prosperidade, os resultados práticos não foram melhores (como há poucos anos atrás, no ápice de bonança arrecadatória durante o *boom* das *commodities*). Na verdade, outros fatores relevantes que impedem a existência de um sistema prisional que atenda às necessidades da população carcerária são o mau gerenciamento dos recursos públicos, a corrupção e a falta de interesse político. Um levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça corrobora a constatação de insuficiência quantitativa de vagas no sistema penitenciário, conforme se observa no quadro a seguir exposto³. Observa-se nitidamente que o aumento do número de vagas cresceu em estrondoso descompasso deficitário em relação à acentuação nominal da população carcerária brasileira.



³ Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em 19 mar 2017.

O periódico *The Economist* apresentou as principais consequências do abandono do sistema prisional, por parte do Estado e da sociedade, quais sejam, rebeliões (geradoras de massacres) e incêndios. “*Such conditions are closer to the rule than the exception in Latin America’s jails*”⁴ (Tais condições aproximam-se mais da regra do que da exceção nas prisões latino-americanas), afirmou o periódico.

Outra grave consequência observada pela revista britânica é o domínio do ambiente interno das prisões por organizações criminosas. Essa nefasta situação, resultante do abandono pelo Poder Público, é bem sintetizada no seguinte trecho da reportagem:

*“A principal razão para a violência é que muitas prisões são, na prática, controladas por grupos criminosos, que as usam como refúgio para organizar novos crimes no lado de fora. Muitas mortes resultam de confrontos entre grupos rivais sobre o lucrativo negócio de extorquir dinheiro dos colegas reclusos e o tráfico de drogas e armas dentro das cadeias. Um prisioneiro paga por tudo dentro da prisão, inclusive por um lugar para dormir e, até mesmo, pelo direito de viver”*⁵.

Segundo pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça, em 2014, o Brasil possuía a terceira maior população carcerária no mundo (715.655 presos), atrás apenas da China (1.701.344) e dos Estados Unidos da América (2.228.424)⁶. O sistema prisional nacional possui um déficit de 244 mil vagas⁷. Do total de carcerários, 39% são presos provisórios⁸.



⁴ *The Economist*. *Prisons in Latin America: A Journey into Hell*. Londres, 22 de setembro de 2012.

⁵ Ibidem. Tradução própria. Texto original: *The main reason for the violence is that many jails are in practice run by gangs, which use them as refuges where they can organise further crimes on the outside. Many deaths result from clashes between rival gangs over the lucrative businesses of extorting money out of fellow inmates and trafficking drugs and weapons into jail. A prisoner pays for everything inside, including a place to sleep and even the right to live.*

⁶ DE MOURA, Tatiana Whately; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN – 2014)*. Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

Há superlotação em todas as unidades federativas. A média nacional é de 66% sobre o número de vagas existentes⁹. Porém, em certos lugares, esse indicador pode aumentar, como em Pernambuco, onde o percentual é de 184%¹⁰. Entre 2005 e 2015, o número de carcerários praticamente dobrou, saltando de cerca de 300 mil presos para mais de 600 mil¹¹.

Em contrapartida, o número de vagas não teve um aumento proporcional. Mesmo com os esforços empreendidos por certas unidades federativas para tentar ampliar a capacidade total de lotação do sistema penitenciário, (segundo dados de 2014) há apenas 371 mil vagas disponíveis¹². A principal causa certamente é a falta de interesse do Poder Público em aprimorar o sistema, conglobada com uma tendência crescente na sociedade brasileira de almejar resolver os problemas sociais de modo judicializado. Certamente, no âmbito penal, o encarceramento é uma consequência lógica desse processo.

É oportuno salientar uma excelente constatação do desembargador José Renato Nalini (ex-presidente do TJSP):

“Trancar todo mundo, prender, é uma solução simplista, egoísta, que não resolve o problema. Temos que fazer com que as pessoas repensem essa tática de querer construir cada vez mais presídios e criar feras, que saem com raiva e dispostas a se vingar do mundo. Somos o 4º país que mais prende. Não queremos chegar ao primeiro lugar.”¹³

Para finalizar esta parte do excerto, é oportuno mencionar um elucidador comentário da socióloga Camila Nunes Dias (professora da Universidade Federal do ABC):

“As prisões têm se deteriorado pelo próprio processo de encarceramento. Com a ampliação do número de presos, o Estado é incapaz de acompanhar esse aumento, em termos de expansão de vagas, e há automaticamente uma deterioração das condições das prisões, tanto física como moral. O espaço hoje é desumano, a comida é um horror. Há uma piora na qualidade de todos os serviços e deficiência na assistência jurídica, social, médica.”¹⁴

É conclusivo que, embora tenha ocorrido um perceptível empreendimento estatal para atender à demanda galopante por novas vagas nos últimos anos, o modelo empregado não tem se mostrado capaz de suplantar as contingências relativas à necessidade de ampliação locacional a ser realizada pela administração prisional.

⁹ DE MOURA, Tatiana Whately; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN – 2014). Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

¹³ Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em 19 mar 2017.

¹⁴ Ibidem.

2. Noções introdutórias sobre a concessão especial, consoante as leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04, o processo licitatório e o contrato administrativo firmado entre o Poder Público e a concessionária, segundo a lei nº 8.666/93

De modo sucinto, a atividade administrativa – consubstanciada pela prestação de serviços públicos – pode realizar-se de modo centralizado ou descentralizado¹⁵. É prestada de modo centralizado quando o próprio ente político assume o exercício da atividade administrativa que lhe é atribuída constitucional ou legalmente¹⁶. Em outras palavras, o serviço é prestado pela própria Administração Direta do respectivo ente federativo materialmente responsável pela realização da atividade administrativa.

Não obstante, em virtude da evidente incapacidade técnica de a Administração Direta realizar todas as atividades de sua alçada, é possível a transferência de suas respectivas atribuições para uma pessoa jurídica – que detém capacidade operacional mais proficiente para executar satisfatoriamente a atividade administrativa a si atribuída. Assim sendo, a descentralização pode realizar-se por outorga ou por delegação¹⁷.

Além da descentralização por outorga, o Estado também pode proceder à descentralização por delegação ou colaboração¹⁸. A descentralização por delegação ocorre quando o Poder Público transfere a um ente particular o exercício de determinado serviço público, permanecendo, contudo, com a titularidade da respectiva atividade administrativa. A delegação pode ocorrer sob as modalidades de autorização, permissão ou concessão.

A autorização de uso é ato administrativo discricionário, unilateral e precário, porém, se concedida com prazo certo, confere ao ato certo grau de estabilidade, gerando para o particular o direito de ser indenizado caso a Administração tenha que revogá-la antes de seu termo¹⁹. A permissão é a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente a pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco; é formalizada por contrato de adesão²⁰. A concessão é a delegação de serviço público, pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre

¹⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 467.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 190.

²⁰ *Ibidem*. p. 533.

capacidade para desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; é formalizada por contrato administrativo de concessão²¹.

A concessão pode ocorrer sob as formas de concessão comum (regida pela lei nº 8.987/95) ou concessão especial, também denominada parceria público-privada (instituída pela lei nº 11.079/04). A concessão de serviço público, segundo o art. 2º, I, da lei nº 8.987/95, é “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”²².

Por seu turno, a concessão especial pode revestir-se sob a forma patrocinada ou administrativa. Segundo redação do art. 2º, § 1º, da lei nº 11.079/04, “concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. E, de acordo com o art. 2º, § 2º, do mesmo diploma normativo, “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Evidentemente, em razão dos conceitos precedentemente apresentados, a concessão dos serviços relativos à administração prisional deve ocorrer sob a forma de parceria público-privada, na modalidade de concessão especial administrativa²³.

Aplicam-se à parceria público-privada os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (expressos no caput do art. 37 da CF), assim como todos os demais princípios, explícita ou implicitamente, previstos no texto constitucional e na lei de licitações e contratos administrativos (lei 8.666 /93)²⁴. Por decerto, também se aplicam às parcerias público-privadas, por sua natureza jurídica de concessão especial, as disposições da lei nº 8.987/95.

Consoante elaboração doutrinária, é possível enumerar as modalidades de contratos administrativos: contrato de colaboração, contrato de atribuição, contrato de fornecimento,

²¹ BRASIL. Lei 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. Diário Oficial da União, Brasília, 13 fev. 1995. Seção 2. p. 48.

²² NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 469.

²³ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 507.

²⁴ DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *DIREITO ADMINISTRATIVO*. 24ª Edição. Editora Atlas. 2013. São Paulo. p. 316.

contrato de serviço, contrato de gerenciamento, contrato de obra pública, contrato de gestão e contrato de concessão. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o contrato de concessão é o contrato administrativo por excelência²⁵.

O contrato de concessão, aplicável à parceria público-privada e objeto de análise do presente excerto, regulado pela lei nº 8.987/95, pode ocorrer sob as seguintes modalidades:

- a) Concessão de obra pública: é o ajuste por meio do qual o Poder Público transfere ao particular, através de remuneração indireta e por um prazo determinado, a execução de uma determinada obra pública, objetivando que esta seja realizada por conta e risco do contratado²⁶;
- b) Concessão de serviço público: é o contrato por meio do qual o Poder Público transfere ao particular a execução de serviços a ela atribuídos²⁷;
- c) Concessão de uso de bem público²⁸.

O contrato de concessão gerador de parceria público-privada para o serviço de administração penitenciária é classificado como um contrato de concessão especial administrativa de serviço público²⁹. Por isso, mostra-se salutar que, na hipótese de concessão do serviço de administração prisional, celebrar-se-ia entre o Poder Público e a concessionária uma parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa de serviço público, com contraprestação contratual por parte da Administração.

De acordo com o art. 2º da lei nº 8.987/95, a concessão de serviço público depende de licitação na modalidade concorrência. A capacidade de desempenho será demonstrada durante a licitação – mais especificamente na fase de habilitação. A própria concessionária responde pelos prejuízos causados a terceiros (sendo possível que a Administração seja responsabilizada subsidiariamente, após o esgotamento de recursos da concessionária), observando-se que a relação contratual de concessão terá prazo previamente determinado³⁰.

²⁵ DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. DIREITO ADMINISTRATIVO. 24ª Edição. Editora Atlas. 2013. São Paulo. p. 300.

²⁶ Ibidem. p. 340.

²⁷ Ibidem. p. 341.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem. p. 323.

³⁰ BRASIL. Lei 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. Diário Oficial da União, Brasília, 13 fev. 1995. Seção 2. p. 48.

Segundo o art. 175, parágrafo único, da CF, “a lei disporá sobre a obrigação de manter serviço adequado”³¹. Por conseguinte, o art. 6º da lei nº 8.987/95 estabelece que “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço público adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato”³².

Por força do princípio da continuidade de prestação do serviço público, em regra, a execução de um serviço público não pode ser interrompida³³. Logo, por força do art. 37, VII, da CF, a greve de servidores públicos não pode implicar a paralisação total da atividade, sob pena de tornar-se inconstitucional. Não se consideram hipóteses de descontinuidade as previstas pelo art. 6º, §3º, da lei nº 8.987/95³⁴.

Na hipótese do serviço de administração penitenciária, caso haja greve dos servidores da concessionária, por se tratar de serviço essencial, “os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”³⁵, conforme dispõe o art. 11 da lei nº 7.783/89.

O parágrafo único do art. 11 da lei nº 7.783/89 estabelece que “são necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”³⁶. Ora, a atividade de segurança penitenciária, por se tratar de função atrelada à segurança pública, trata-se de atividade essencial, razão pela qual, na hipótese de exercício do direito de greve, deve-se garantir a continuidade da prestação desse importante serviço público à coletividade.

De acordo com o art. 31 da lei nº 8.987/95, são encargos da concessionária: prestar serviço adequado, na forma prevista em lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato; manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; prestar contas de gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato; cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; permitir aos

³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

³² BRASIL. Lei 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. Diário Oficial da União, Brasília, 13 fev. 1995. Seção 2. p. 48.

³³ DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *DIREITO ADMINISTRATIVO*. 24ª Edição. Editora Atlas. 2013. São Paulo. p. 298.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ BRASIL. Lei 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 jun. 1989. Seção 1. p. 10561.

³⁶ *Ibidem*.

encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis; promover desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato; zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Posto isso, na concessão do serviço de administração penitenciária, deve a concessionária zelar pela segurança e bem-estar dos carcerários, manter a adequada infraestrutura das instalações nos ambientes prisionais, propiciar o trabalho interno e externo e oferecer cursos de aprendizagem e aperfeiçoamento técnico para permitir a ressocialização dos reclusos. Também deve a concessionária, de ofício ou por requisição da Administração, prestar contas da gestão de suas atividades, viabilizando o livre acesso aos agentes estatais fiscalizadores e zelar pela higidez dos bens atrelados ao serviço de administração prisional.

Segundo o art. 29 da lei nº 8.987/95, são encargos do poder concedente: regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; extinguir a concessão, nos casos previstos em lei e na forma prevista no contrato; homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma da lei, das normas pertinentes e do contrato; cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados em até 30 dias das providências tomadas; declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação; incentivar a competitividade; estimular a formação de associação de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Na condição de titular do serviço público de execução penal, a Administração Pública deve regulamentar a prestação do serviço de administração penitenciária e manter permanentemente a fiscalização sobre a qualidade da situação no cárcere, a fim de que sejam

assegurados aos carcerários os seus direitos e garantias fundamentais. Em caso de inadimplemento total ou parcial por parte da concessionária – como, por exemplo, o não atendimento aos padrões de higiene nos presídios -, deve a Administração aplicar as penalidades legais e contratuais, ou, se julgar conveniente, extinguir a concessão, por meio de sua prerrogativa de autoexecutoriedade. Na hipótese de superveniência de circunstâncias que gerem desequilíbrio contratual objetivo ou subjetivo, como áleas financeiras (situação recorrente em uma economia instável como a brasileira), deve a Administração homologar reajustes e proceder à revisão de tarifas. Também é importante que o poder concedente estimule o aumento da qualidade e da produtividade, além da preservação do meio ambiente – como, por exemplo, incentivando o aprimoramento da eficiência do trabalho prisional externo e interno e realizando publicidade, no ambiente interno dos presídios, a fim de evitar desperdícios e fomentar a preservação ecológica.

Para assegurar a execução do serviço e o cumprimento das normas contratuais, o poder concedente pode intervir na execução do contrato, por meio de decreto (de acordo com o art. 32, parágrafo único, da lei nº 8.987/95)³⁷. “Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de 30 dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito à ampla defesa” (art. 33 da Lei 8987/95)³⁸. O procedimento deverá ser concluído no prazo de 180 dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção (art. 33, §2º da lei 8987/95). “Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares, será declarada a sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo do seu direito a indenização” (art. 33, §1º da Lei 8987/95)³⁹.

A possibilidade de intervenção do poder concedente – sendo possível, inclusive, a extinção do contrato de concessão, em razão da prerrogativa de autoexecutoriedade – é de suma importância na hipótese de descumprimento dos termos e cláusulas contratuais por parte da concessionária. Ocorrendo, fortuitamente, alguma das hipóteses de extinção do contrato antes do advento de seu termo final por iniciativa do poder concedente (como a encampação, a caducidade ou a anulação), o Estado poderá utilizar de seu preexistente aparato de segurança prisional – composto por um efetivo selecionado de agentes penitenciários, munidos de

³⁷ BRASIL. Lei 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. Diário Oficial da União, Brasília, 13 fev. 1995. Seção 2. P. 48.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

instrumentos para o exercício da função – para fazer cumprir adequadamente o serviço público de administração prisional.

É possível também a subconcessão, mediante autorização do poder concedente e existência de previsão anterior no contrato de concessão e no edital de licitação permitindo que o objeto seja transferido a terceiro, por meio da abertura de licitação para a subconcessão, na modalidade de concorrência⁴⁰. Para a transferência de atividades acessórias a terceiros não é preciso que haja autorização do Poder Público, previsão anterior no contrato ou licitação.

Por enumeração do art. 35 da lei nº 8.987/95, são modalidades de extinção do contrato de concessão: o advento do termo contratual, a encampação, a caducidade, a rescisão, a anulação e a falência ou extinção da empresa concessionária ou falecimento ou incapacidade do titular – no caso de empresário individual⁴¹.

Por fim, cabe salientar as principais características da parceria público-privada: contrato de prestação de obras ou serviços cujo valor não seja inferior a 20 milhões de reais, com duração mínima de 5 e máxima de 35 anos, firmado entre pessoa jurídica de direito privado e a Administração Pública⁴². Diverge, também, da concessão comum pela forma de remuneração do concessionário, realizada segundo os moldes da modalidade de concessão especial adotada.

No contrato de parceria público-privada, devem constar algumas obrigações, como penalidades aplicáveis à Administração e à concessionária em caso de inadimplência, proporcional à gravidade cometida; formas de remuneração e de atualização dos valores assumidos no contrato; critérios para a avaliação de desempenho da concessionária; apresentação pela concessionária de garantias de execução suficientes para a realização da obra ou serviço.

As referidas garantias são extremamente importantes para assegurar o efetivo adimplemento das cláusulas e termos do contrato administrativo de concessão. Em uma tarefa árdua, executável a longo prazo, como a de administração penitenciária, que envolve a garantia de segurança pública e bem-estar social, é fundamental que haja elementos que permitam ao poder concedente prever se as obrigações contratuais serão realmente adimplidas pela concessionária.

⁴⁰ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 495.

⁴¹ BRASIL. Lei 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. Diário Oficial da União, Brasília, 13 fev. 1995. Seção 2. p. 48.

⁴² NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 510.

3. Das razões por que, sob as atuais circunstâncias fáticas, o regime de concessão especial apresenta-se como a solução mais eficaz

3.1. Das principais críticas a respeito da parceria público-privada referente à administração prisional

A concessão do serviço de administração penitenciária tem sofrido inúmeras críticas por parte de juristas e membros da sociedade civil de modo geral. Alguns consideram que o serviço seja indelegável, por entenderem que ele se insere no âmbito da segurança pública, cuja prestação deve ser exclusivamente exercida pelo Estado.

José Eduardo Faria, em “*Privatização de Presídios e Criminalidade: A Gestão da Violência no Capitalismo*”, critica a possibilidade de concessão dos serviços de administração prisional, afirmando que:

“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?”⁴³.

Em 07 de março de 2016, numa audiência realizada na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, representantes de movimentos sociais, dos agentes penitenciários e da sociedade civil opuseram-se ao projeto de lei do Senado (PLS) 513/2011, que define normas para a concessão da administração de presídios, por meio do regime de parceria público-privada para a construção e gestão de estabelecimentos penais.

Esses grupos e entidades de classe solicitaram que a proposta fosse arquivada ou passasse por um debate mais amplo. Atualmente, o projeto do senador Vicentinho Alves encontra-se na Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional - o que, teoricamente, garante uma votação célere. Por razões de convicções sociológicas, ou por interesses de classe subliminares, eles alegam que a concessão é incompatível com o regime jurídico pátrio, embora reconheçam que o sistema prisional enfrenta problemas como a superlotação, celas sem condições mínimas de higiene, além do domínio dos presídios por facções criminosas.

O assessor jurídico da Pastoral Carcerária, Paulo César Malvezzi Filho, argumentou que “não há concessão referente a esse projeto; não há meio termo, não há substitutivo e não há

⁴³ FARIA, José Eduardo. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A Gestão da Violência no Capitalismo*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 16-17.

caminho alternativo. O caminho é derrotar esse projeto”⁴⁴. Também inconformado com o referido projeto de lei, o diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional, Renato Campos Pinto De Vitto, afirmou que “esse não é um debate que deve ser feito de forma açodada. A inclusão desse tema na Agenda Brasil certamente não é um ganho para o estado brasileiro”⁴⁵.

Não obstante as convicções pessoais dos debatedores acima mencionadas mereçam ser escutadas, em respeito ao princípio da liberdade de expressão e da livre convicção política, elas não são embasadas por nenhum fundamento constitucional, legal ou jurisprudencial plausível. Baseiam-se, na realidade, em conclusões de cunho sociológico, ou, por vezes, na defesa de interesses classistas.

A par da falta de amparo jurídico, é oportuno elencar duras críticas referentes à hegemonia exercida por grandes pessoas jurídicas empresariais da área de segurança privada, em países como os Estados Unidos, onde há uma longa tradição de concessão dos serviços de administração prisional. “*Nos EUA, duas empresas (Correction Corporation of America e Wackenhut Corrections Corporation) controlam dois terços do ‘mercado’ de encarceramento privado*”⁴⁶.

É oportuno reproduzir uma consideração de João Marcello Araújo Júnior, que afirma:

*“Ao princípio ético da liberdade individual, corresponde a garantia constitucional do direito à liberdade. Essa garantia reconhece, no âmbito da ordem jurídica, o comando ético segundo o qual não será moralmente válido a um homem exercer sobre outro qualquer espécie de poder, que se manifeste pela força. A única coação moralmente válida é a exercida pelo Estado através da imposição e execução de penas ou outras sanções. Portanto, o Estado, seja do ponto de vista moral, seja do ponto de vista jurídico, não está legitimado para transferir a uma pessoa, natural ou jurídica, o poder de coação de que está investido e que é exclusivamente seu, por ser, tal poder, violador do direito de liberdade.”*⁴⁷

Por fim, é conveniente ressaltar um trecho de um artigo de autoria não divulgada, publicado no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que expressou antagonismo à concessão dos serviços relativos à administração prisional, concluindo que:

“O fato é que os presídios privados só dão lucro na exata medida em que existe um mecanismo regulador estatal. Os operários são selecionados e trabalham somente sob a ameaça de retorno ao presídio público. Penitenciárias públicas e privadas são modelos simbióticos. A suposta qualidade de uma depende da suposta ineficiência da outra. O sistema privado só se viabiliza economicamente se houver a ineficiência do

⁴⁴ Senado Federal. “Especialistas condenam proposta de privatização de presídios”. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/07/especialistas-condenam-proposta-de-privatizacao-de-presidios>>. Acesso em 19 mar 2017.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ ARAÚJO Jr., João Marcello (org.). *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 12-13.

público. A pergunta final passa a ser: é razoável que, para a satisfação dos interesses de alguns poucos presos, tenhamos que sacrificar todos os demais? ”⁴⁸.

O transcrito argumento, embora desfrute de certa legitimidade sociológica para a sua defesa, não merece prosperar, pois não existe necessariamente uma relação simbiótica de dependência entre penitenciárias públicas e privadas, no sentido de que “*o sistema privado só se viabiliza economicamente se houver a ineficiência do público*”, conforme defendeu o anônimo autor do supramencionado excerto.

É evidente que, no Brasil, tal argumento é defensável, uma vez que aqueles que apoiam a tese de concessão dos serviços relacionados à execução penal quase sempre o fazem tendo como base o argumento de falência do sistema penitenciário nacional. Porém, em outros países com longa tradição de concessão da administração prisional, como os EUA e a Holanda, onde as penitenciárias públicas são de excelente qualidade, tanto no que se refere às condições de encarceramento quanto à segurança interna, a razão que justifica a concessão não deriva da ineficiência do sistema público, embasando-se intrinsecamente em razões funcionais.

Nos Estados Unidos da América, tanto a União quanto os Estados-membros concederam diversas penitenciárias federais e estaduais, respectivamente, como forma de desonerar os custos de manutenção da máquina estatal. Além disso, o Estado norte-americano também emprega a concessão do sistema prisional como forma de incentivo à atividade econômica, em que pese, na prática, haver um domínio de fato pelas gigantes do ramo de segurança privada, que oferecem serviços de qualidade mais baratos que o de pessoas jurídicas empresariais de menor porte.

Um aspecto bastante discutível no que se refere à concessão da administração prisional é o custo de manutenção dos carcerários sob custódia do poder punitivo estatal. Segundo dados levantados pelo Ministério da Justiça, para se manter um carcerário no Brasil despende-se, em média, R\$ 2.400,00 por mês⁴⁹. É um investimento relativamente elevado, se considerada a realidade econômica nacional. Para se ter uma ideia do descompasso para com a realidade econômica do país, é oportuno ressaltar um dado divulgado pela Receita Federal, em 2015, com base na apuração do imposto de renda declarado por pessoas físicas. De acordo com o levantamento estatístico divulgado pelo Ministério da Fazenda, 82% da população brasileira

⁴⁸ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. “*Privatização de Presídios*”. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3623-Privatizacao-de-presidios. Acesso em 19 mar 2017.

⁴⁹ Conselho Nacional de Justiça. “*Cármem Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil*”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em 19 mar 2017.

recebia, em 2015, salário mensal inferior a R\$ 2.400,00⁵⁰. A partir de uma interpretação meticulosa e reflexiva da estatística apresentada, é possível inferir que um carcerário sob a custódia estatal usufrui, de modo indireto, de um investimento estatal cujo valor agregado virtualmente ultrapassa a remuneração mensal da maior parcela da população nacional.

A indignação com os custos elevados para a manutenção do carcerário sob custódia estatal já foi tema, inclusive, de uma declaração pública da atual presidente do STF, ministra Carmen Lúcia, que afirmou: “*Um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa pátria amada.*”⁵¹.

Haja vista que o relativo alto custo de manutenção é assunto polêmico no âmbito de deliberações sociais, configura-se um ponto em desfavor da concessão da administração prisional, pois, nas experiências brasileiras relativas à concessão de presídios, o custo de manutenção do carcerário tornou-se mais elevado do que nas penitenciárias administradas imediatamente pelo Poder Público. No Estado do Amazonas, seis penitenciárias estaduais foram concedidas à pessoa jurídica empresarial Umanizzare, que administra os serviços como limpeza, fornecimento de alimentação, assistência material, assistência jurídica e monitoramento eletrônico. Os carcerários mantidos nas penitenciárias amazonenses concedidas custam mensalmente ao Estado R\$ 3.800,00 (mais caro, inclusive, do que o custo de um carcerário num presídio federal de segurança máxima)⁵².

Apesar do alto custo, a eficiência da concessionária não tem se mostrado satisfatória, visto que, em janeiro de 2017, em um dos presídios concedidos, o Complexo Penitenciário Anísio Jobim, houve um massacre amplamente divulgado em cadeia nacional, que resultou no assassinato de 56 carcerários. Não obstante, tendo em vista que os resultados têm se mostrado assimétricos pelo país, é salutar indagar se o cerne da problemática de eficiência se encontra na concessão em si própria ou no modelo que tem sido empregado em determinadas localidades, que tem gerado distorções especificamente observadas em detrimento de resultados de sucesso constatados em outras experiências em localidades geograficamente diversas?

⁵⁰ Ministério da Fazenda. “*Relatório da distribuição pessoal da renda e da riqueza da população brasileira*”. Disponível em: <http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/distribuicao-pessoal-da-renda-e-da-riqueza-da-populacao-brasileira/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>. Acesso em 19 mar 2017.

⁵¹ Conselho Nacional de Justiça. “*Cármem Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil*”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custam-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em 19 mar 2017.

⁵² *Ibidem*.

3.2. Do discernimento entre a titularidade do *jus puniendi*, que deve ser exclusiva do Estado, e a concessão dos serviços de administração prisional

Eventual possibilidade de o serviço de administração prisional ser delegado à iniciativa privada em nada se confunde com o exercício do *jus puniendi*, cujo titular deve ser sempre o Estado-juiz. Apenas o Estado, e mais ninguém, pode investigar um crime, oferecer denúncia, acusar o denunciado, e, sobretudo (em quaisquer modalidades de crime ou contravenção penal), condenar ou absolver o acusado. Em contínuo raciocínio lógico-dedutivo, é o Estado o responsável pela execução da pena: é o juiz da Vara de Execuções Penais quem decide se o condenado deve progredir de regime, ser punido por prática de falta grave e julgar eventuais medidas processuais que lhe sejam favoráveis (como, por exemplo, a revisão criminal ou o *habeas corpus*), ouvido o Ministério Público, sendo cabível agravo em execução, previsto no artigo 197 da lei nº 7.210/84, contra suas decisões. Além disso, a fiscalização do sistema prisional deve ser periodicamente realizada pelo Ministério Público, que deve zelar pela mínima razoabilidade de subsistência digna nos presídios.

Inquestionavelmente, as atribuições mencionadas não podem, de modo algum, ser delegadas, uma vez que são funções exclusivas do Estado. Nesse sentido, inclusive, se posicionou o STF, no julgamento da ADI nº 477, que se embasou nas premissas do ministro Moreira Alves sobre os serviços públicos indelegáveis. Segundo a doutrina de Moreira Alves, “*os serviços públicos propriamente estatais, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania, visualizada esta sob o ponto de vista interno e externo, são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los*”⁵³.

Para saber se o serviço de administração prisional poderia ser delegado à iniciativa privada, basta indagar se os serviços prestados pelos agentes penitenciários se inserem no âmbito da segurança pública. A resposta parece ser negativa. Prova disso é a proposta de emenda à Constituição nº 308, em tramitação no Congresso Nacional desde 2004, que pretende criar a polícia penal. Atualmente, os agentes penitenciários não são constitucionalmente classificados como servidores integrantes do sistema de segurança pública.

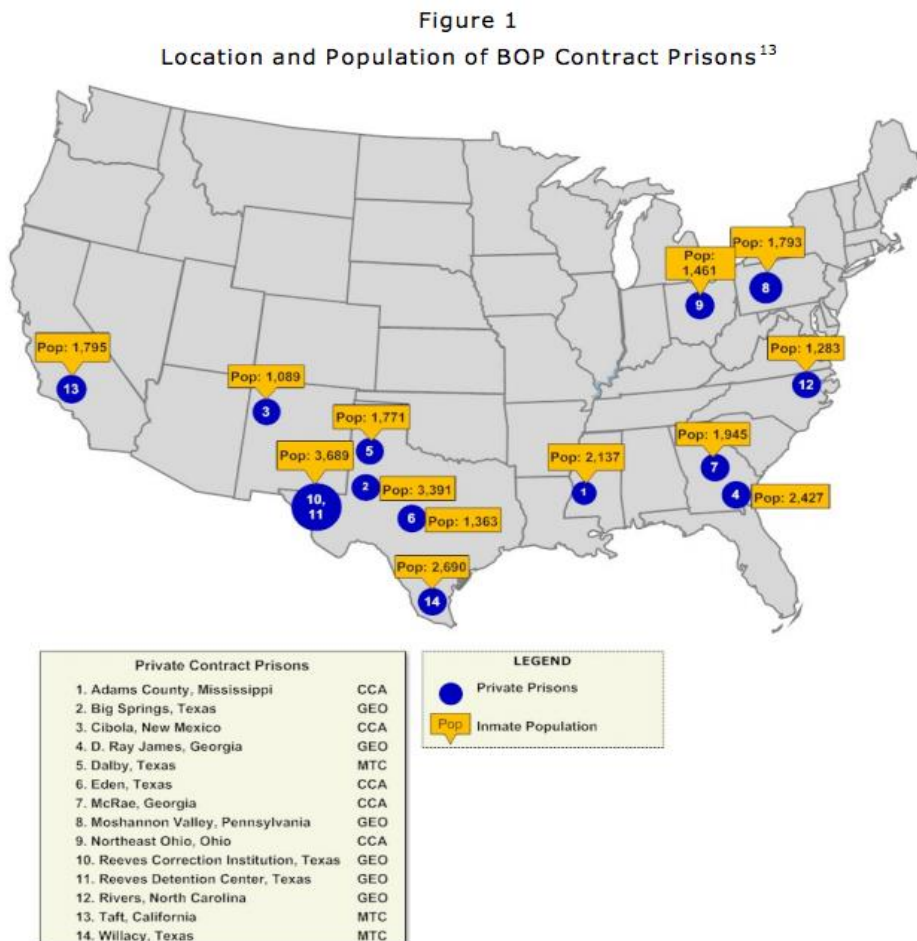
É essencial esclarecer enfaticamente essa distinção entre a titularidade do poder punitivo, monopolizada pelo Estado, e a mera delegação do exercício da administração prisional a uma concessionária de serviço público, haja vista que, atualmente, existem no mundo dois

⁵³ Supremo Tribunal Federal. “*A Constituição e o Supremo*”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201380>. Acesso em 19 mar 2017.

modelos básicos de concessão de estabelecimentos prisionais: o sistema norte-americano e o francês, que divergem justamente quanto à forma de delegabilidade do poder punitivo estatal.

No sistema norte-americano, o carcerário é entregue integralmente à custódia da concessionária (a entidade privada que administra o estabelecimento prisional onde ele cumpre prisão provisória ou definitiva). Em outras palavras, durante a execução da pena o carcerário em um estabelecimento prisional concedido norte-americano fica inteiramente sob a égide da entidade privada administradora do estabelecimento de execução penal. O modelo norte-americano contrapõe-se à dogmática pertinente à Constituição da República de 1988, não sendo sua aplicação juridicamente viável, uma vez que é constitucionalmente estabelecido (e isso é uma premissa indiscutível) que o exercício do poder jurisdicional em matéria penal é absolutamente exclusivo do Estado. O único legitimado a exercer o *jus puniendi* é o Estado – proposição aceita de modo inexorável – para alcançar a finalidade de pacificação social.

No modelo francês, que delineia outro viés de políticas públicas criminais, cujo exemplo se mostra recomendável ao sistema brasileiro, o Estado participa de uma cogestão da



Source: BOP

Mapa das Penitenciárias Privadas nos EUA

Em vários Estados norte-americanos, a administração de algumas penitenciárias foram concedidas à iniciativa privada. O gráfico ao lado mostra as principais penitenciárias privadas e suas respectivas populações carcerárias.

administração penitenciária. Numa posição intermediária entre a gestão puramente estatal e a delegação quase integral moldada pelo sistema norte-americano, o modelo francês é compatível com as premissas referentes à Constituição Federal de 1988 – os motivos que embasam essa afirmativa serão minuciosamente abordados posteriormente – e se configura como um notável exemplo proveniente de uma das nações que mais colaboraram para com a dogmática racional jurídico-política criminal moderna.

Nas prisões francesas concedidas, o concessionário administra os serviços do estabelecimento prisional que atendam às necessidades básicas dos carcerários (como alimentação, vestuário, higiene, saúde, lazer etc.), ao passo que o Estado gerencia a pena: cuida do carcerário sob o aspecto jurídico-normativo, pune-o se praticar faltas ou premia-o quando merecer. No monopólio indelegável da função jurisdicional, o Estado determina, orientado pelos princípios constitucionais pertinentes, se o acusado ou condenado deve permanecer encarcerado ou ser libertado. Trata-se, na verdade, de uma delegação dos serviços administrativos prisionais, cujo ônus é suportado unicamente pelo Estado; o carcerário com a remuneração auferida pelo trabalho prisional ressarcir prejuízos causados por seu crime, auxilia sua família e poupa o saldo remanescente para usufruir quando for libertado do sistema punitivo estatal, a fim de alcançar a finalidade última da pena: a reinserção social do condenado.

A decisão pela concessão de presídios é uma alternativa para tentar solucionar a crise atualmente existente no sistema prisional francês. Na França, hoje, há 63 mil detentos, embora haja apenas 52 mil vagas no sistema prisional do país⁵⁴. As celas das penitenciárias francesas, com apenas 10,5 metros quadrados em média, são, em sua maioria, superlotadas e as instalações sanitárias são obscenamente miseráveis (relativamente, ante os padrões da União Europeia, visto que, se comparadas às prisões dos países subdesenvolvidos, não são tão desumanas). Um vídeo divulgado em 2009 teve ampla repercussão no país, ao mostrar, numa cela na penitenciária de Fleury-Mérogis (a maior da Europa), em Paris, um chuveiro que despejava apenas água gelada, num banheiro pestado de lixo com um basculante quebrado em pleno inverno europeu. A situação é tão drástica que, em 2008, 115 carcerários se suicidaram nas prisões francesas, enquanto 1.200 tentaram se matar, mas sobreviveram⁵⁵.

⁵⁴ Deustcher Welle. “*Penitenciárias francesas estão em estado precário, denuncia inspetor geral*”. Disponível em <http://www.dw.com/pt-br/penitenciaras-francesas-estao-em-estado-precario-denuncia-inspetor-geral/a-4170970>. Acesso em 19 mar 2017.

⁵⁵ *Ibidem*.

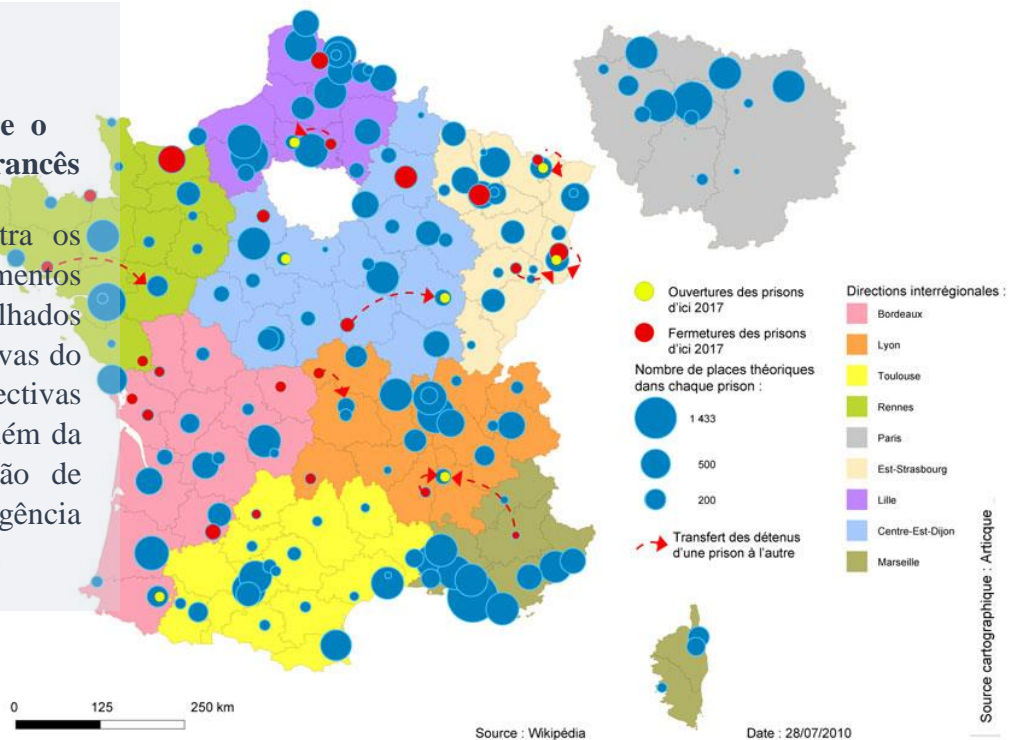
Na França, novas prisões em parcerias público-privadas (PPP) têm sido construídas há quase trinta anos. Após a abertura do primeiro centro de detenção privada em Bapaume, em 1980, mais e mais prisões têm sido geridas, em parte ou totalmente, por grupos privados. Em 19 de Fevereiro de 2008, Rachia Dati, ministra da Justiça francesa, assinou a primeira parceria com a Bouygues para a construção, gestão e manutenção de três novas prisões, alegando a “redução do custo global”⁵⁶.

La répartition des prisons selon le nombre de places théoriques, en France en 2010, - Les fermetures prévues d'ici 2017-

ARTICQUE
GROUPE ARTICQUE SOLUTIONS

Mapa Estatístico sobre o Sistema Penitenciário Francês

O gráfico ao lado mostra os principais estabelecimentos penais da França, espalhados pelas regiões administrativas do país, suas respectivas populações carcerárias, além da necessidade de realocação de detentos devido à contingência de superlotação sistêmica.



Em suma, o modelo francês de concessões do serviço de administração prisional mostra-se uma solução juridicamente viável para o problema de falência carcerária apresentado pelo sistema punitivo brasileiro. Entrementes, é essencial que sejam feitas adaptações estruturais legislativas, a fim de prevenir eventuais inconstitucionalidades na potencial implantação desse modelo no sistema penitenciário nacional. As experiências observadas na França têm se mostrado satisfatórias, embora haja certa resistência da comunidade jurídica local, para evitar a incorporação de um escopo mercadológico à execução penal.

⁵⁶ La Tribune. “Aux États-Unis, la fin des prisons privées”. Disponível em <http://www.latribune.fr/economie/international/aux-etats-unis-la-fin-des-prisons-privées-593233.html>. Acesso em 19 mar 2017.

3.3. Do nefasto domínio exercido pelas organizações criminosas sobre o ambiente interno prisional como efeito da ingerência estatal

Em 16 de junho de 2016, realizou-se uma gigantesca operação para desarticular a maior organização criminosa do Estado do Rio de Janeiro, que exigiu a atuação de mais de 400 policiais de todos os departamentos da delegacia Vicente de Carvalho, além da Coordenadoria de Recursos Especiais da Polícia Civil do Rio de Janeiro. Ao todo, dezoito mandados de prisão foram cumpridos contra criminosos que já estavam presos.

Porém, o mais impactante é que esses criminosos eram apenas instrumentos, atuando em conluio com os verdadeiros chefes das facções criminosas, que gerenciam as empreitadas delitivas do interior dos presídios.

Presenciou-se, em 2013, o alarmante absurdo que representou o domínio das organizações criminosas sobre o sistema prisional maranhense. Durante dias, o terror assustou a sociedade maranhense. Em função do alarde, o próprio Conselho Nacional de Justiça reconheceu expressamente o completo descontrole do Estado sob o sistema penitenciário do Maranhão. O juiz auxiliar da presidência do CNJ, Douglas de Melo Martins, coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do CNJ, disse:

*“O sistema prisional maranhense, como o do restante do país, está controlado por facções do crime organizado que, quando decidem enfrentar as instituições e o Poder do Estado, quem paga o preço são pessoas que nada tem que ver com isso. Pessoas que, muitas vezes, cometeram crimes menores e que acabam se tornando vítimas do sistema prisional”.*⁵⁷

A rebelião que ocorreu no presídio de Pedrinhas, e alarmou o país, foi resultado direto desse domínio exercido pelas facções criminosas sobre o sistema prisional maranhense. Segundo nota divulgada em 10 de junho de 2013, pela Secretaria de Estado de Justiça e Administração Penitenciária, informações preliminares indicaram que a rebelião foi consequência de peleja entre facções criminosas e da prisão de dezesseis integrantes de uma delas⁵⁸. Apesar da notoriedade, o incidente em Pedrinhas não foi um caso isolado.

Em Porto Alegre, eventos recentes tornaram mais notório o controle do ambiente interno prisional pelas organizações criminosas que aterrorizam o Rio Grande do Sul. O domínio das facções criminosas no interior do Presídio Central da cidade, que antes era omitido, tornou-se

⁵⁷ Empresa Brasileira de Comunicações. “*Facções criminosas controlam sistema prisional maranhense, aponta CNJ*”. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/10/faccoes-criminosas-controlam-sistema-prisional-maranhense-aponta-cnj>. Acesso em 19 mar 2017.

⁵⁸ Ibidem.

perceptível, depois que foram retiradas as celas do interior das galerias, uma vez que a existência de celas naquele ambiente passou a ser inviável, em razão do grande contingente de apenados que habitam o Presídio Central de Porto Alegre. Há, na verdade, uma forma de administração compartilhada entre presos e seguranças, que apenas cuidam dos corredores, deixando a administração das celas por conta das facções criminosas e de seus “plantões” (reclusos que cuidam da abertura das celas sob ordem da administração do presídio); tais grupos criminosos dominaram inteiramente a prisão.⁵⁹

É notório o abandono por parte do Estado, que acabou permitindo que as facções criminosas dominassem o presídio, acarretando seu fomento e fortalecimento. O resultado disso é que essas facções se tornaram um fator comum. O efeito mais assustador é que elas tomam, inclusive, decisões internas que seriam de cunho dos administradores do presídio. A transferência de presos para outra galeria, por exemplo, é decidida e executada pelos chefes das facções. Quem deveria decidir se um preso deve ir para outra galeria deveria ser a administração do presídio; porém, na prática, quem acaba decidindo isso são os próprios presidiários.⁶⁰

Como se pode perceber, as facções têm o domínio total sobre o presídio e são contra as tarefas administrativas realizadas por seus integrantes. Sob a perspectiva de que as tarefas devem ser realizadas pela polícia penal, e não pelos detentos, quem aceita realizar o trabalho juntamente com a administração, como forma de remição de pena, é rejeitado pelo restante dos presos, passando a correr riscos dentro da prisão. E outros, por medo, negam-se a trabalhar no ambiente interno prisional.⁶¹

Além disso, existe, no ambiente interno das prisões, um sistema punitivo paralelo ao sistema estatal, que sanciona aqueles que forem de encontro aos “preceitos de moralidade” do grupo criminoso dominante. O que acontece, na prática, é que, além da pena imposta pelo Estado, o carcerário é submetido a um verdadeiro “tribunal de exceção”, instaurado pelos seus colegas reclusos. Os estupradores, por exemplo, são violentados sexualmente como punição pelo seu ato. Os “caguetes” (forma vulgar de se referir aos delatores) são assassinados dentro

⁵⁹ Associação do Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS. Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul- AMPRS. Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul – ADEPERGS. Conselho Regional de medicina do Estado do Rio Grande do Sul – CREMERS, Conselho da Comunidade para Assistência aos Apenados das Casas Prisionais Pertencentes às Jurisdições da Vara De Execuções Criminais e Vara De Execução De Penas e Medidas Alternativas De Porto Alegre. Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia – IBAPE. Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais – ITEC. Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. *Violação dos direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA)*.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem. p. 23.

dos presídios, enforcados em suas celas. Isso demonstra o poder que os grupos criminosos exercem no ambiente interno dos prisões.

A par do lamentável domínio exercido pelas facções criminosas sob o gerenciamento estatal, viabilizado pela omissão do próprio Estado, que negligencia as necessidades notórias de inserção de investimentos em infraestrutura no sistema prisional, a concessão para um ente privado possivelmente sanaria – ainda que de forma mínima – os déficits decorrentes da má administração estatal. Isso poderia ser concretizado por meio de certas medidas por parte da concessionária:

- 1) Ampliação do número de celas, para seccionar os integrantes das facções criminosas. O famoso ditado de que “a união faz a força” é verídico, uma vez que a aglomeração de desígnios equivalentes no sentido de domínio dos mecanismos de controle enseja a formação de um grupo que efetivamente concentra o poder de ação no interior do sistema. A solução com efeitos mais rapidamente perceptíveis é a segregação dos portadores de desígnios convergentes, a fim de impedir a comunicação e trocas de influência, impedindo o domínio sistemático.
- 2) Incremento da segurança interna e disponibilização para o trabalho prisional. Ambas as medidas permitem a formação categórica do sistema de vigilância por parte do verdadeiro detentor do *jus puniendi*: o Estado, que atuaria por intermédio da concessionária do serviço de administração prisional. A partir de um amplo e implacável sistema de vigilância interna, tornar-se-ia inviável aos presidiários integrantes de facções criminosas reunirem-se para concretizar seus desígnios convergentes de consecução de objetivos ilegais.
- 3) Implementação de mecanismos eletrônicos integrados que impeçam a comunicação dos carcerários com o ambiente externo ao presídio. É factual que os líderes de organizações criminosas, aprisionados provisoriamente ou a título de execução de condenação penal, comandam as atividades das organizações criminosas fora dos presídios. Por isso, é imperativo que seja obstado definitivamente o acesso à comunicação com os membros das facções criminosas no ambiente externo ao cárcere, hipótese que certamente seria de contribuição inestimável para a manutenção da higidez da segurança pública.

3.4. Das potenciais melhorias de condições proporcionáveis pela iniciativa privada ao se tornar concessionária da administração prisional

Os índices que serão apresentados a seguir comprovam, estatisticamente, como a gerência do sistema prisional pelo próprio Estado tem sido ineficiente quanto ao atendimento das necessidades mínimo-existenciais dos carcerários.

Estatísticas fornecidas pelo Conselho Nacional de Justiça mostram que há quase dois presos por vaga no sistema⁶². Diante desse dado, é possível argumentar que a situação prisional é precária porque houve negligência na construção de presídios e abertura de novas vagas. No entanto, a realidade dos dados se impõe. O relatório do Departamento Penitenciário Nacional informa que de 2000 a 2014 o número de vagas triplicou e, mesmo assim, o déficit do período mais do que dobrou⁶³.

O referido dado mostra que a máquina estatal, embora tenha se esforçado para empreender um projeto de construção gradativa de unidades prisionais para atender à crescente demanda por vagas, não conseguiu agir de modo eficiente de forma a alcançar o referido objetivo. Tal dificuldade, possivelmente, ocorre porque o Departamento Penitenciário Nacional (órgão da União responsável pela administração penitenciária) não realiza um efetivo planejamento, a médio e longo prazo, para que o número de vagas no sistema acompanhe proporcionalmente a crescente demanda por ocupação delas.

O encarceramento em massa que vem ocorrendo no Brasil não gerou qualquer impacto positivo sobre os indicadores de violência. Muito pelo contrário. Não à toa, Estados Unidos, China e Rússia, que representam respectivamente as três maiores populações carcerárias no mundo, vêm reduzindo sua taxa de aprisionamento (relação de pessoas presas a cada 100.000 habitantes). Na contramão da tendência mundial, o Brasil testemunhou um impressionante aumento de 33% (trinta e três por cento) de sua taxa de aprisionamento em cinco anos, chegando hoje à média de quase 300 pessoas presas para cada cem mil habitantes⁶⁴.

Segundo o relatório do próprio Ministério da Justiça, a taxa de mortes intencionais no sistema prisional é de 8,4 mortes para cada dez mil pessoas presas em um semestre, o que corresponderia a 167,5 mortes intencionais para cada cem mil pessoas privadas de liberdade

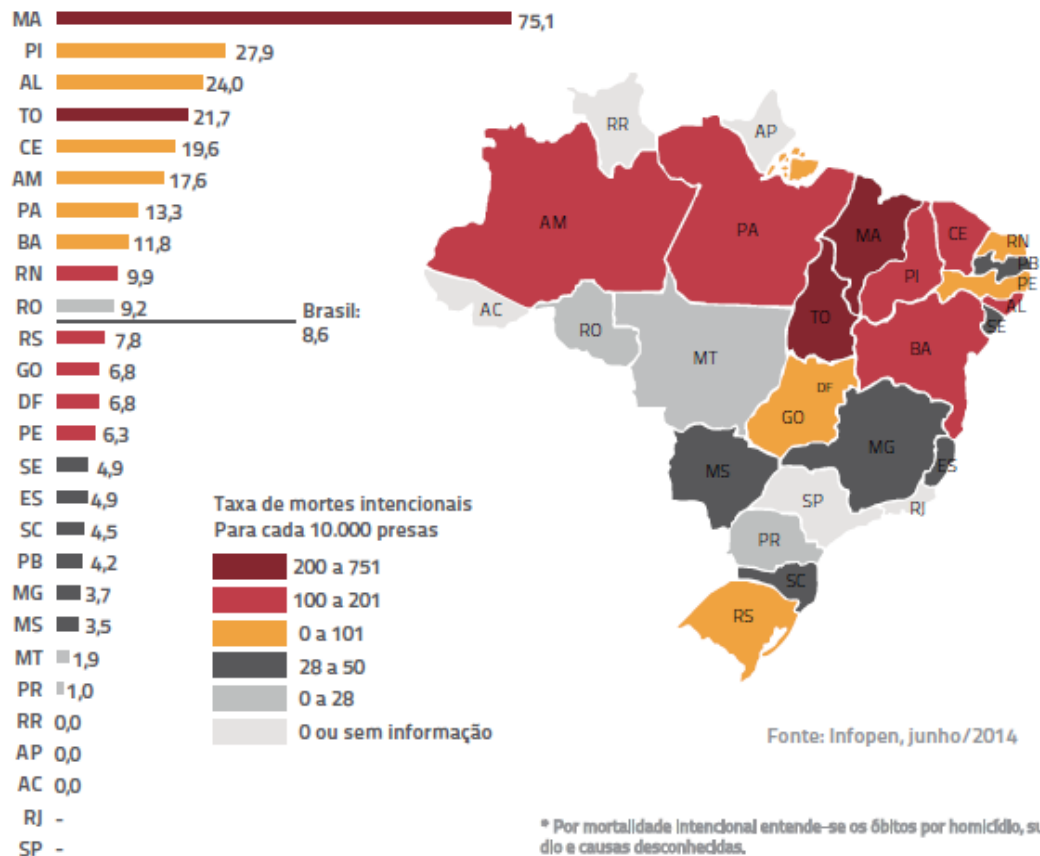
⁶² DE MOURA, Tatiana Whately; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN – 2014)*. Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça).

⁶³ DE MOURA, Tatiana Whately; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN – 2014)*. Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça). p. 4.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 2.

em um ano. Esse valor é mais do que seis vezes o valor da taxa de crimes letais intencionais verificada no Brasil em 2013⁶⁵.

Taxa de mortalidade intencional no primeiro semestre de 2014 para cada dez mil pessoas privadas de liberdade*



Em apenas 38% das unidades prisionais brasileiras – universo daquelas que forneceram esta informação ao Depen – há 7.399 pessoas mantidas ilegalmente em regime fechado, enquanto já deveriam estar no regime intermediário. Este número corresponde a 13% do total de presos em regime fechado nessas unidades, de modo que, “se projetarmos essa proporção para o contingente total de pessoas em regime fechado no Brasil, poderíamos inferir que há cerca de 32.460 pessoas que teriam o direito de progredir para o regime semiaberto, mas que não tiveram tal direito assegurado por falta de vagas”⁶⁶, contribuindo para a superlotação carcerária.

Bastaria, pois, que a primeira instância judiciária seguisse a orientação jurisprudencial do STF, consubstanciada no enunciado da Súmula Vinculante nº 56, autorizando que essas

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ DE MOURA, Tatiana Whately; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN – 2014)*. Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça). Pg. 11.

peças aguardassem em regime aberto a disponibilização de vagas, que mais de três dezenas de milhares de pessoas seriam retiradas dos presídios brasileiros.

É imperativo concluir que, até hoje, as penitenciárias brasileiras são verdadeiras “caixas-pretas”, no sentido de que não existe a devida transparência do que realmente ocorre no interior delas; são cobertas por uma “névoa de sigilo” inadmissível. Menos de 40% das unidades prisionais contam com módulo de saúde e, mesmo assim, em qualidade insuficiente. São apenas 449 clínicos gerais para os mais de 600 mil presos, ou seja, cada médico precisa atender mais de 1.300 pessoas espalhadas pelo Brasil⁶⁷.

O relapso estatal em zelar pela saúde e bem-estar dos carcerários reflete um descaso da própria sociedade para com eles, haja vista que o Estado é um ente abstrato, reflexo da própria essência da sociedade que o criou e por ele é administrada. Na realidade, essa não é uma tendência exclusiva da sociedade brasileira, mas, sim, um fenômeno social observado ao redor do mundo. Em sua clássica obra “*Vigiar e Punir*”, Michel Foucault aborda detalhadamente essa cruel tendência da sociedade francesa a sua época:

*“Desde então, o escândalo e a luz serão partilhados de outra forma; é a própria condenação que marcará o delinquente com sinal negativo, e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo”.*⁶⁸

A despeito disso, é possível pleitear-se uma melhoria fática na calamitosa situação do sistema penitenciário nacional através da concessão de referido serviço público. Ao contrário do aparato estatal, que atualmente gerencia quase integralmente o sistema, a administração por parte de um ente privado geraria, inexoravelmente, um incremento de qualidade pela simples razão de ser da atividade empresarial: auferir lucro.

Para atender aos requisitos exigidos pelo contrato de parceria público-privada, a concessionária naturalmente faria com que a realidade interna dos presídios fosse alterada positivamente, atendendo, de todo modo, as necessidades mínimo-existenciais dos carcerários – não por razões humanitárias, mas, sim, pelo motivo de atender ao apelo mercadológico de cumprir as exigências de seu cliente: a Administração Pública.

⁶⁷ DE MOURA, Tatiana Whately; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN – 2014). Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça). p.109.

⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Rio de Janeiro: Vozes, 33ª edição. p.13.

4. Da experiência brasileira

A aplicação da ideia de concessão da administração de presídios no Brasil é relativamente recente. A primeira experiência concretizada em território nacional ocorreu, em novembro de 1999, na Penitenciária Industrial de Guarapuava/PR (PIG). A penitenciária apenas não foi completamente concedida porque a legislação brasileira não permite que o Estado disponha da tutela do carcerário. Compete ao Estado indicar a direção da unidade, que faz o controle e a supervisão do trabalho, ou seja, fiscaliza se o contrato é validamente cumprido. O contrato de concessão da PIG tem validade por três anos, renováveis por um período de mais dois anos. A concessionária recebe cerca de R\$ 280 mil por mês do Estado. A PIG, desde a sua inauguração até hoje, custou R\$ 5,32 milhões aos cofres públicos (dos quais 80% dos recursos foram oriundos da União; o remanescente foi integralizado pelo Estado do Paraná)⁶⁹.

Durante muitos anos, a penitenciária de Guarapuava mostrou-se um verdadeiro modelo para o Brasil, tendo servido como incentivo para motivar a propagação da adoção do modelo de concessão da administração prisional para outros estabelecimentos de execução penal ao redor do país. Porém, recentemente, a PIG parece ter perdido o brilho que, outrora, irradiava a envolvente proposta de concessão dos estabelecimentos prisionais. Em 7 de setembro de 2014, houve uma rebelião na PIG, em que foram feitos reféns 12 agentes penitenciários e 160 detentos, exigindo melhorias quanto à superlotação e às condições degradantes do estabelecimento. Após nove horas de negociações com o Comando de Operações Especiais da Polícia Militar do Paraná, o motim foi encerrado.

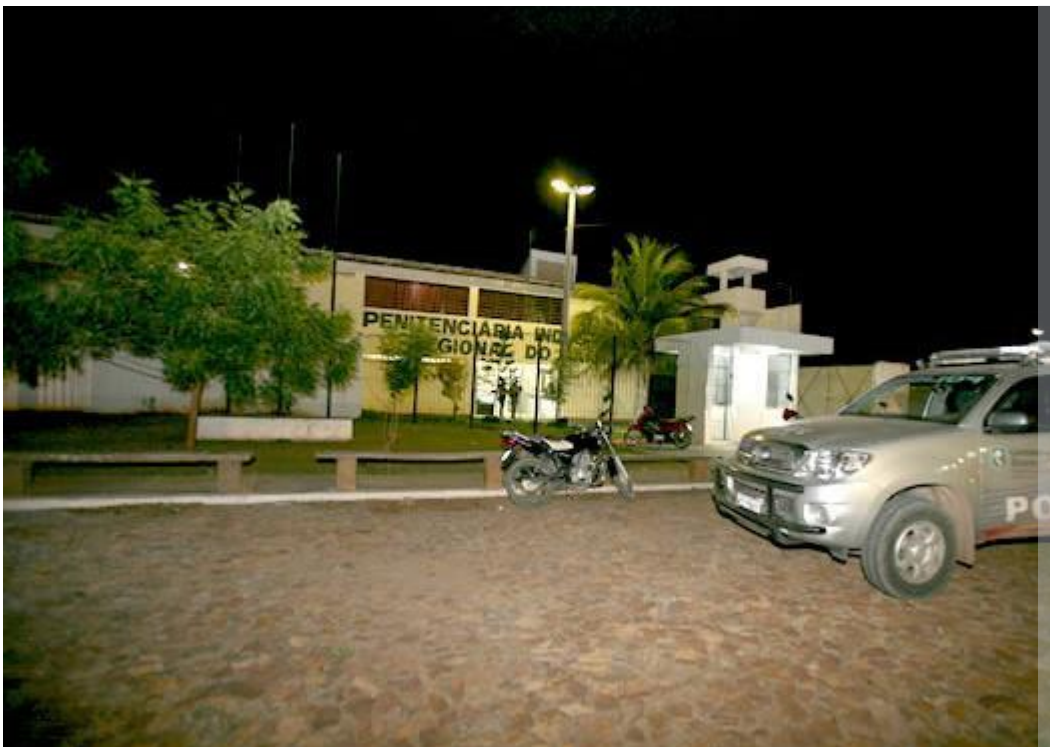


Entrada da Penitenciária Industrial de Guarapuava

Embora tenha sido um modelo de gestão durante muitos anos, atualmente encontra-se em estado de decadência estrutural.

⁶⁹ Departamento Penitenciário do Paraná. *Penitenciária Industrial de Guarapuava*. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=36>. Acesso em 19 mar 2017.

Em seguida à concessão da Penitenciária Industrial de Guarapuava, observou-se a segunda experiência congênere no sistema prisional brasileiro: a concessão da Penitenciária Industrial Regional Cariri (PIRC), em Juazeiro do Norte/RN. Já no momento de sua inauguração, em 17 de novembro de 2000, o Estado do Ceará concedeu-a à Companhia Nacional de Administração Prisional Ltda (CONAP). Assim como a PIG, a PIRC, durante muito tempo, foi um modelo para o sistema penitenciário brasileiro, contudo recentemente o referido estabelecimento tem apresentado certos problemas que evidenciam a situação de decadência estrutural que o tem acometido. Em 26 de novembro de 2016, registrou-se um motim em que os detentos atearam fogo em seus colchões para chamar a atenção das autoridades quanto ao estado deplorável a que são submetidos. O incêndio alcançou tamanha proporção que foi necessária a atuação do Corpo de Bombeiros, o que chamou a atenção da mídia e ensejou a repercussão nacional do incidente. Se já não bastasse, também foi descoberto um túnel, escavado de modo oculto pelos carcerários insurgentes em relação ao sistema.

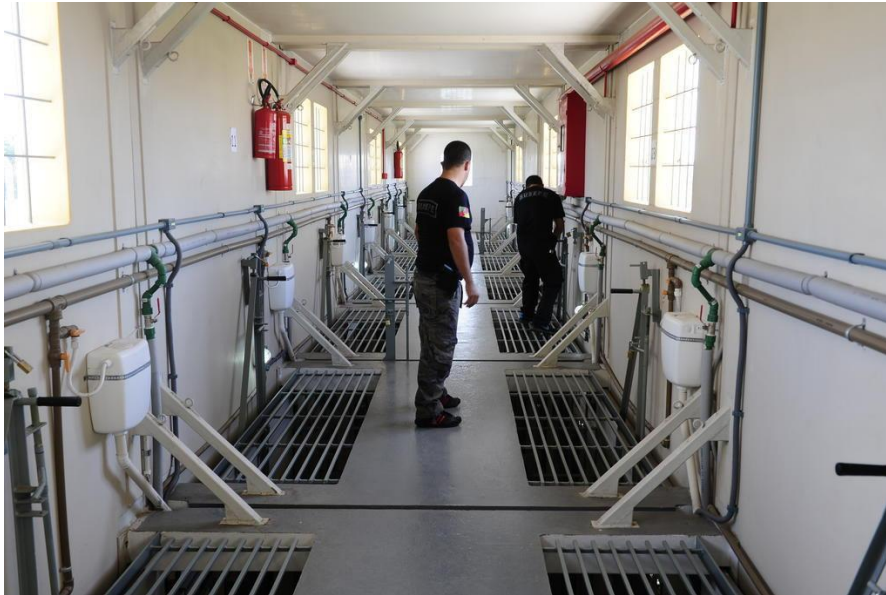


Entrada da Penitenciária Regional Cariri

Apesar de já ter se mostrado um modelo de gestão prisional no passado, atualmente enfrenta sérios problemas estruturais que incitam a reflexão sobre o desempenho da concessionária.

Não obstante, os resultados surtidos desde o início da experiência brasileira, que já se estende há quase 18 anos (desde a concessão da PIG, em 1999), têm se mostrado assimétricos nas diferentes localidades em que foi instaurado em diversas unidades federativas do país. Um exemplo favorável à concessão é a Penitenciária Estadual de Venâncio Aires, no Rio Grande do Sul, concedida, desde a sua inauguração, em 2014, ao Instituto Nacional de Administração Prisional (INAP), uma pessoa jurídica empresarial paranaense que atua na área de segurança.

Os seguintes retratos da Penitenciária Estadual de Venâncio Aires ilustram as circunstâncias a que são submetidos os carcerários:



Sanitários dos carcerários sob inspeção



Corredor principal de acesso às celas

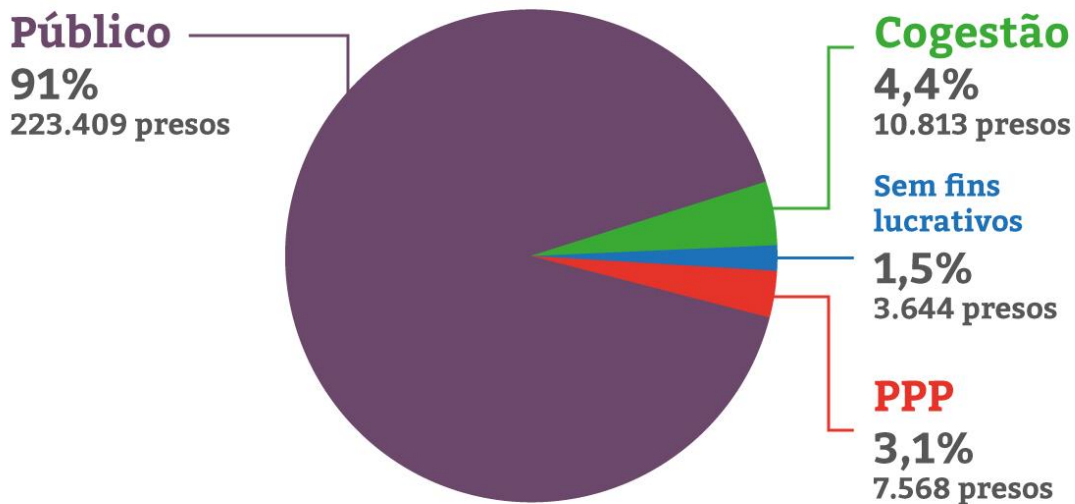


Celas que garantem o mínimo-existencial ao carcerário, conforme previsão constitucional e legal

Por razões de economicidade conceitual, não é possível realizar uma análise individualizada de todos os casos experimentais ocorridos no sistema prisional nacional. Contudo, a fim de expor genericamente os principais resultados obtidos nos quase 18 anos de experiência em relação à concessão da administração prisional, podem ser analisadas estatísticas sobre os estabelecimentos prisionais concedidos, fornecidas pelo Departamento Penitenciário Nacional:

Quantidade de pessoas presas por sistema prisional*

*A planilha do INFOPEN não representa a soma total da população carcerária estimada em mais de 600 mil detentos.



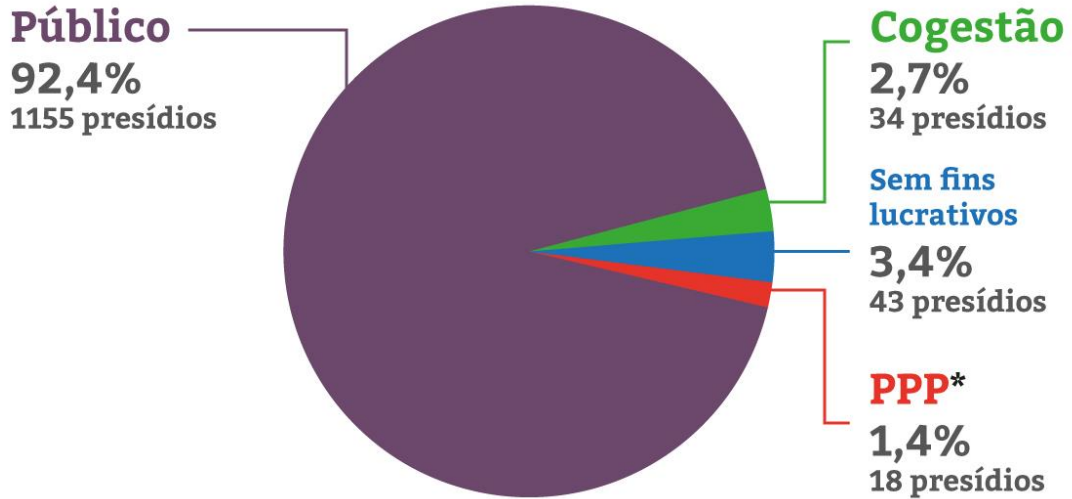
Mortalidade de presos por capacidade de cada sistema prisional*

* A taxa é calculada a cada 100 mil presos segundo o tipo de gestão.

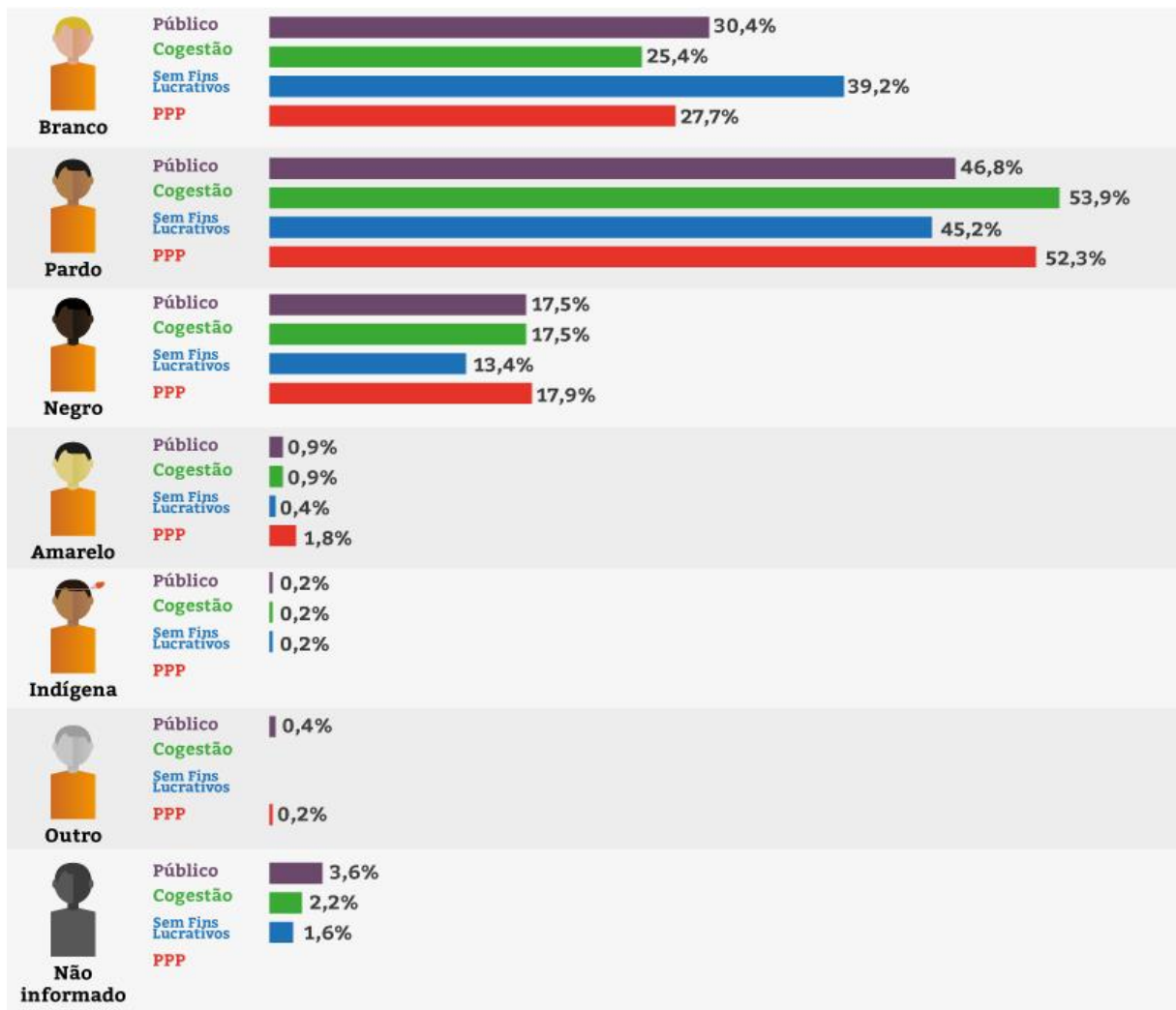


Quantidade de presídios por sistema prisional*

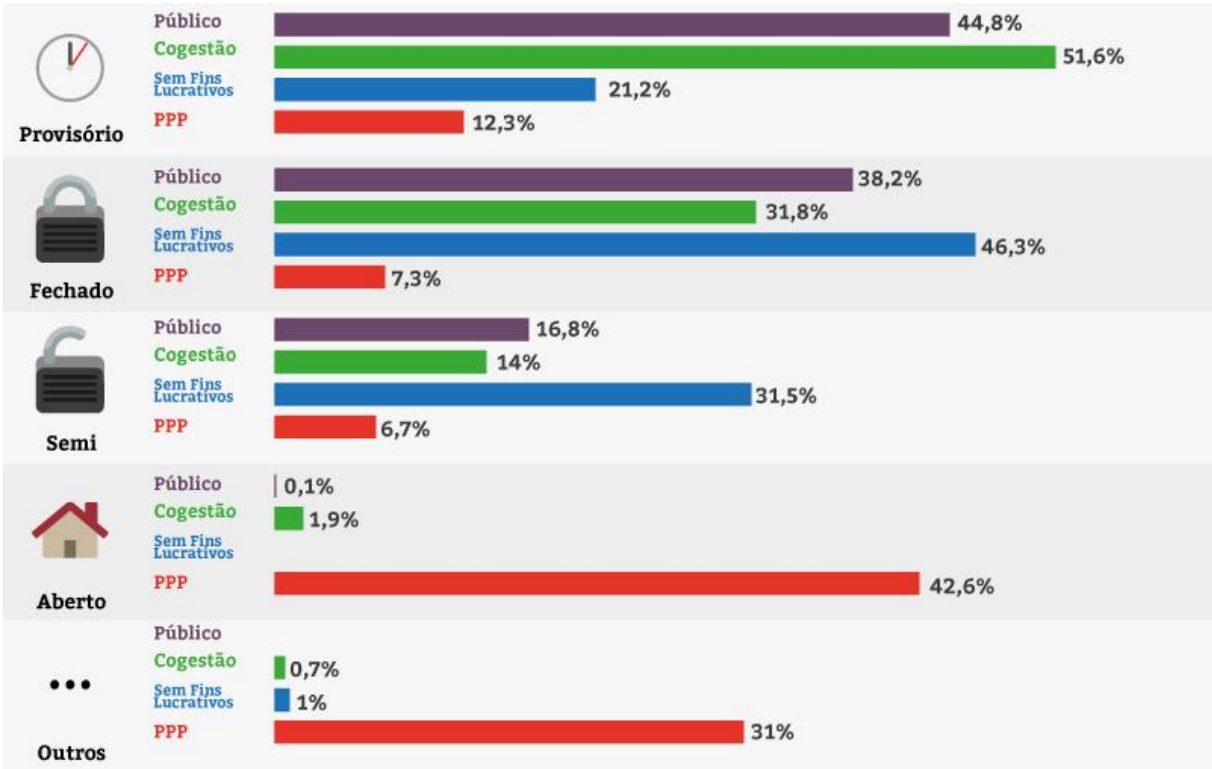
* Segundo o Ministério da Justiça, no entanto, atualmente existe uma única penitenciária no modelo de PPP, em Ribeirão das Neves, Minas Gerais.



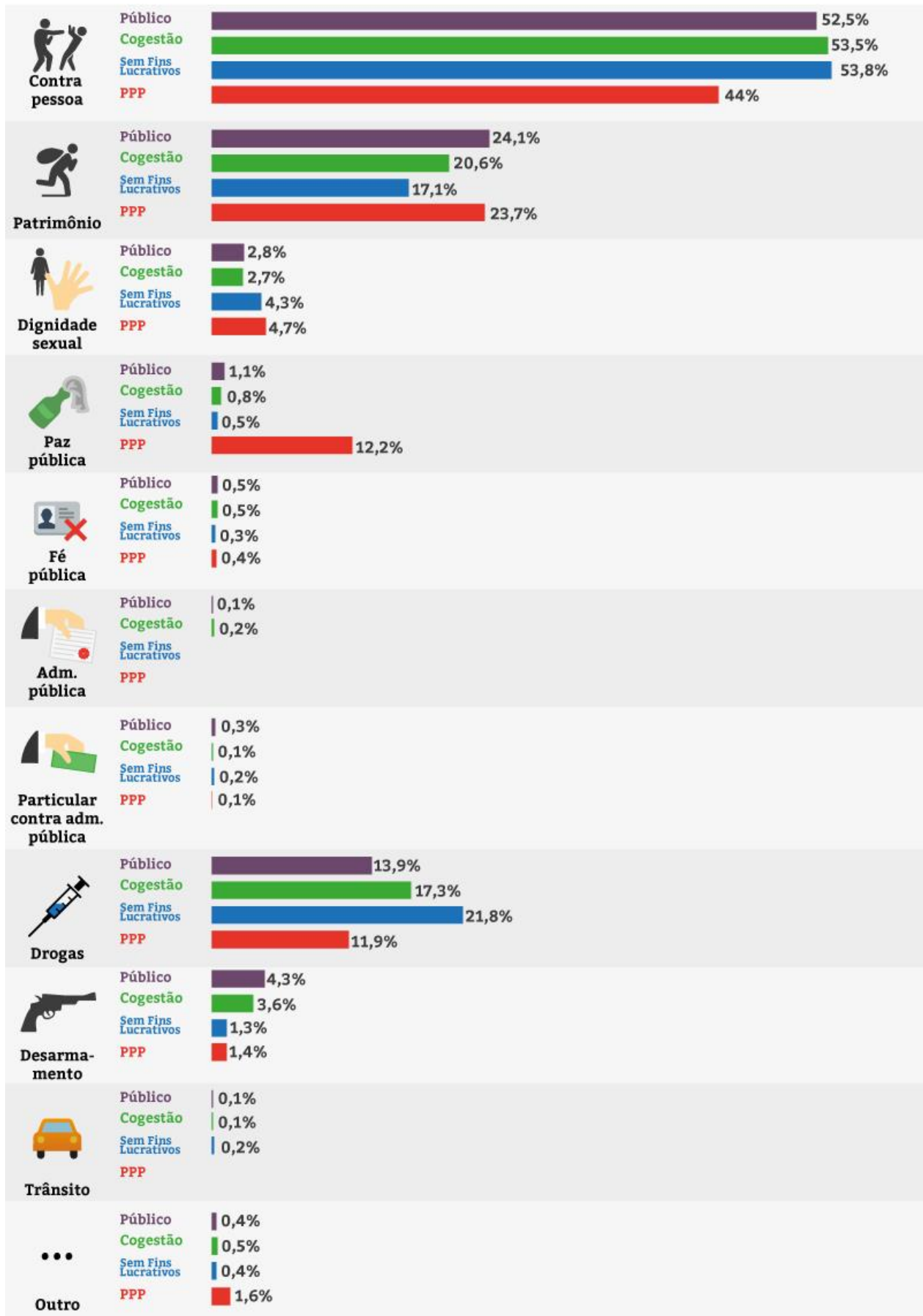
Presos por sistema prisional de acordo com a etnia



Presos de acordo com o tipo de regime prisional



Presos de acordo com o crime cometido



As estatísticas anteriormente apresentadas, extraídas de levantamento realizado pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN), órgão do Ministério da Justiça⁷⁰, em 2014, permitem concluir algumas premissas a partir de critérios objetivos de análise das informações veiculadas. Do total do contingente de ocupantes de vagas no sistema prisional nacional, apenas 9% estão alocados em estabelecimentos não administrados diretamente pelo Poder Público (4,4% em estabelecimentos que adotam o modelo de cogestão, 1,5% em instituições sem fins lucrativos e 3,1% em estabelecimentos que adotam o regime de PPP). Em relação à quantidade de presídios, 92,4% estão sob administração direta do Poder Público, 2,7% são estabelecimentos que adotam o modelo de cogestão, 3,4% são instituições sem fins lucrativos e 1,4% são estabelecimentos sob regime de Parceria Público-Privada.

Outrossim, percebe-se que a experiência brasileira no que se refere à concessão de presídios ainda é bastante limitada, em função de que, além de a ideia ser recente, existe acentuada deliberação acadêmica e social a respeito da viabilidade jurídica do tema. Não obstante, os índices de mortalidade em relação à capacidade do sistema nos estabelecimentos sob regime de PPP têm se mostrado mais salutar do que aqueles relativos às penitenciárias sob administração direta do Poder Público. Enquanto as penitenciárias administradas diretamente pelo Poder Público apresentam indicador na ordem de 235 mortes para cada 100 mil carcerários, nos estabelecimentos sob regime de PPP referido indicador é de 52,85 mortes para cada 100 mil carcerários. Em outras palavras, há manifesta disparidade quanto ao indicador de mortalidade em relação à capacidade do sistema entre ambos os modelos de administração penitenciária.

No que se refere à etnia dos carcerários nos estabelecimentos sob os diversos modelos de administração, não se observam grandes diferenças quanto à concentração etno-demográfica entre os estabelecimentos públicos, os sem fins lucrativos e aqueles sob regime de cogestão ou em Parceria Público-Privada. Uma observação comum a todos os tipos de estabelecimentos é que a maioria dos detentos são pardos e negros; apenas uma minoria compõe-se de brancos. Em suma, isso se refere ao fato de que o grupo étnico de pardos e negros encontra-se, comparativamente ao grupo de brancos, em situação sócio-econômica menos favorecida, o que enseja o desvirtuamento para a criminalidade em decorrência da inexistência de opções dignas para o provimento do autosustento.

⁷⁰ DE MOURA, Tatiana Whately; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN – 2014). Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça).

Em relação ao tipo de regime penal a que os detentos estão submetidos, percebe-se que a maioria dos carcerários que ocupam vagas em estabelecimentos sob regime de PPP cumprem pena em regime aberto (42,6%) ou em outras situações (31%). Em vez disso, nas penitenciárias públicas a maioria dos presos estão em prisão provisória (44,8%) ou no regime fechado (38,2%); poucos estão em regime semiaberto (16,8%) e quase nenhum em regime aberto (0,1%). Tais dados mostram que, no Brasil, o estabelecimentos prisionais sob regime de PPP têm sido fundados para a finalidade de albergar detentos em regimes de execução penal menos severa; pode-se inferir que destinam-se a atender aqueles que apresentem condições que proporcionem mais reduzida periculosidade social.

Em síntese, o número total de mortes por motivos naturais, óbitos criminais, suicídios, óbitos acidentais e óbitos por causas desconhecidas nos estabelecimentos sob regime de PPP têm se mostrado mais reduzidos do que os referentes às ocorrências em penitenciárias públicas. É defensável a alegação de que o número total de óbitos tenha que ser menor nos estabelecimentos sob regime de PPP, em comparação aos estabelecimentos públicos, pois aqueles são numericamente menos presentes do que estes; sob essa ótica, proporcionalmente não haveria acentuada diferença. Porém, verifica-se que não houve óbitos acidentais ou decorrentes de causas desconhecidas, e houve apenas um suicídio, nos estabelecimentos sob o regime de PPP em 2014. Isso mostra que, em comparação com os estabelecimentos públicos, a administração dos estabelecimentos em PPP tem mostrado um melhor gerenciamento no sentido de prevenir que os carcerários seifem a sua vida ou que esta lhe seja eventualmente seifada.

Por fim, quanto ao tipo de crime em razão do qual estão encarcerados, a maioria dos reclusos nos estabelecimentos sob regime de PPP são acusados ou foram condenados por crimes contra a pessoa, a dignidade sexual, o patrimônio, a paz pública ou relacionados a drogas e entorpecentes. Com exceção dos crimes contra a paz pública (em razão dos quais 12,2% dos detentos nos estabelecimentos sob regime de PPP estão presos), não há acentuada diferenciação quanto à porcentagem dos carcerários considerados em função da natureza do crime por que são apenados.

Em suma, é inferível que, apesar de haver certas similitudes de natureza etno-demográfica e de perfil criminógeno dos reclusos nos estabelecimentos administrados pelo Poder Público ou por um concessionário, a principal diferenciação dá-se quanto aos índices de óbitos e suicídios, que indicam um melhor gerenciamento preventivo nas prisões sob administração de concessionárias em regime de Parceria Público-Privada.

5. Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema

Embora sejam aritmeticamente escassos, em termos absolutos, há seletos julgados da Corte Excelsa com louvável densidade material de conteúdo a respeito dos aspectos relativos ao contexto processual de execução penal e disposições sobre o sistema penitenciário nacional.

Recentemente, proferiram-se várias decisões em sede de controle difuso e concentrado que representam as vertentes teóricas e ideológicas adotadas pela Corte Constitucional. Em 2015, repetidas vezes o STF pronunciou-se acerca do tema. Merecem ser analisadas, nesta tese, as decisões proferidas na resolução de mérito dos Recursos Extraordinários nº 592581, 580252 e 641320, da ADPF nº 347 e da ADI nº 5170.

No tema nº 220 de repercussão geral, representado pelo RE nº 592581, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13 de agosto de 2015, deliberou-se sobre a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a realização de obras em estabelecimentos prisionais para assegurar os direitos fundamentais dos carcerários⁷¹. Por unanimidade, o Plenário estabeleceu como tese ser lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do artigo 5º, inciso XLIX, da CF, não sendo oponível à decisão o argumento de reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes Públicos⁷².

O ministro Lewandowski disse ainda que não se pode falar em desrespeito ao princípio da separação dos Poderes, e citou o princípio da inafastabilidade de jurisdição, uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais. O dispositivo constitucional (artigo 5º, inciso XXXV) diz que a lei não subtrairá à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Esse postulado, conforme ressaltou, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito⁷³.

Para Lewandowski, não cabe também falar em falta de verbas, pois o Fundo Penitenciário Nacional dispõe de verbas da ordem de R\$ 2,3 bilhões, e para usá-los basta que

⁷¹ Supremo Tribunal Federal. *Situação do sistema carcerário foi destaque da pauta do STF em 2015*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307641>. Acesso em 19 mar 2017.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592581/RS. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015.

⁷³ *Ibidem*.

os entes federados apresentem projetos e firmem convênios para realizar obras. Mas, segundo o citado ministro, não existe vontade para a implementação de políticas, seja na esfera federal ou estadual, para enfrentar o problema⁷⁴.

A referida decisão é bastante interessante para o cerne do debate que é suscitado nesta monografia, uma vez que a possibilidade de determinação judicial, acertada de modo unânime, para o aprimoramento do sistema penitenciário demonstra um incontestado reconhecimento estatal formal de que a atual situação do sistema é deficitária e afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, que se configura como o cerne axiológico constitucional.

É oportuno ressaltar, também, outra importante decisão do STF, na concessão parcial de medida cautelar na ADPF nº 347, em 9 de setembro de 2015, de relatoria do ministro Marco Aurélio de Mello, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). O objetivo da ação era a declaração pela Corte Excelsa de *status* de coisa inconstitucional do sistema penitenciário nacional e, conseqüentemente, a determinação de um plano de abrangência nacional com metas para sanar referida inconstitucionalidade.

A medida cautelar pleiteada foi parcialmente deferida, no sentido de determinar a realização de audiências de custódia e o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen)⁷⁵. O STF determinou que os juízes e Tribunais de todo o país realizassem, no prazo máximo de 90 dias (a contar do julgamento da ADPF), audiências de custódia, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas transcorridas do momento da prisão. O Plenário também entendeu que deveria ser liberado, sem qualquer restrição, o saldo acumulado do Funpen a fim de que fosse utilizado para a finalidade à qual foi criado, de modo a proibir a formação de novos contingenciamentos⁷⁶.

Em meio às ponderadas deliberações, o presidente da Corte, ministro Ricardo Lewandowski, destacou que será firmado um termo de cooperação entre o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal Superior Eleitoral para a identificação dos cerca de 600 mil presos que estão registrados no sistema prisional, por meio de cadastramento biométrico.

O relator do caso, ministro Marco Aurélio de Mello, afirmou que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecidas dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e

⁷⁴ Supremo Tribunal Federal. Situação do sistema carcerário foi destaque da pauta do STF em 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307641>. Acesso em 19 mar 2017.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal. De acordo com o relator, a violação aos direitos fundamentais nas prisões tem reflexos também na sociedade e não serve à ressocialização. “*A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social*”, disse o relator⁷⁷.

Para o ministro Marco Aurélio de Mello, o papel do Supremo diante desse quadro é retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas. “*Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional*”, concluiu⁷⁸.

Por seu turno, o RE nº 641320, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, cujo julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista pelo ministro Teori Zavascki, traz outro causídico bastante relevante. O referido recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, trazendo como questão de mérito a possibilidade de cumprimento de pena em regime prisional mais benéfico ao condenado quando não existirem vagas em estabelecimento penitenciário adequado.

O posicionamento do relator, ministro Gilmar Mendes, é de que, havendo déficit de vagas no regime semiaberto, o juiz deverá providenciá-las mediante a saída antecipada de sentenciados do referido regime, que deverão ser postos em liberdade monitorada eletronicamente. No caso de falta de vagas no regime aberto, o juiz deverá aplicar ao sentenciado o cumprimento de penas restritivas de direito, determinando a frequência em cursos regulares⁷⁹.

Em 11 de maio de 2016, ao conceder parcial provimento ao RE nº 641320, com repercussão geral, o Plenário seguiu o voto do relator, ministro Gilmar Mendes, e fixou a tese nos seguintes termos:

“a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Brasília, 9 de setembro de 2015.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Supremo Tribunal Federal. STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 19 mar 2017.

aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola’, industrial (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto) (art. 33, parágrafo 1º, alíneas ‘b’ e ‘c’); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado”⁸⁰.

O texto aprovado pelo Plenário do STF originou a edição da Súmula Vinculante nº 56, cuja redação dispõe que *“a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”⁸¹.*

No tema nº 365 de repercussão geral, representado pelo RE nº 580252, a Corte Excelsa debate a responsabilidade civil do Estado em relação ao preso submetido a condições carcerárias inadequadas. Os três votos proferidos até o momento são favoráveis à responsabilização do Estado, havendo divergência, porém, quanto à forma de indenização. Para o relator do recurso, ministro Teori Zavascki, cujo voto foi seguido pelo ministro Gilmar Mendes, a indenização deve ser paga em dinheiro. O ministro Luís Roberto Barroso propôs que, ao invés de aderir ao pagamento da indenização em pecúnia, a reparação do dano deveria ocorrer por meio de remição dos dias de pena cumpridos em condições degradantes, aplicando, por analogia, o artigo 126 da lei nº 7.210/84. O julgamento foi interrompido em 6 de maio de 2015 por pedido de vista da ministra Rosa Weber⁸².

Tramita, também, no STF, a ADI nº 5170, de relatoria da ministra Rosa Weber, em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) pede que a Corte confira interpretação conforme a Constituição aos dispositivos relativos à responsabilidade civil do Estado, para afirmar a violação de direitos fundamentais dos presos por más condições carcerárias, situação que deve ser indenizada a título de danos extrapatrimoniais. A relatora determinou a aplicação do rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999, para que a

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641320/RS. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 de maio de 2016.

⁸¹ Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 56.

⁸² Supremo Tribunal Federal. STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 19 mar 2017.

ação seja julgada pelo Plenário do STF diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido de concessão de liminar⁸³.

Segundo a OAB, após inúmeras decisões em sentido divergente, prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça (STJ) o entendimento de que não se pode obrigar o Estado a pagar indenização a detento mantido em condições indignas, pois isto ensejaria a retirada de recursos para melhoria do sistema, o que agravaria ainda mais a situação dos próprios presos. Para a OAB, somente com a interpretação conforme a Constituição aos dispositivos do Código Civil (Lei 10.406/2002) será estabelecida a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados a detentos em razão das condições a que estão submetidos nos presídios. Afirmou a OAB:

“O argumento para se promover a exclusão [da indenização] é o de que, ao invés de indenizar os presos submetidos a condições desumanas, o melhor seria aplicar os recursos públicos na melhoria dos presídios. Na verdade, porém, nem os presos são indenizados nem os presídios construídos. A responsabilização civil do Estado será um importante estímulo para que os governantes atuem no sentido de prover, nas prisões, condições adequadas a seres humanos”⁸⁴.

Em que pese o reconhecimento, em recorridas decisões, de que o sistema prisional nacional se encontra em estado precário, em 17 de fevereiro de 2016, o STF proferiu decisão denegatória do Habeas Corpus nº 126292, ao entender que a possibilidade de início da execução da pena após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Posteriormente, em 05 de outubro de 2016, houve o julgamento em Plenário, em que, por maioria, entendeu-se que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância, indeferindo as liminares pleiteadas nas ADCs nº 43 e 44.

Formou-se precedente na Suprema Corte que permite o início da execução penal antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. A decisão indica mudança no entendimento do STF, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância

⁸³ Supremo Tribunal Federal. STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 19 mar 2017.

⁸⁴ Supremo Tribunal Federal. ADI discute direito de indenização a preso em condições desumanas. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278788>. Acesso em 19 mar 2017.

encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.⁸⁵

O relator, ministro Teori Zavascki, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. No tocante ao direito internacional, o ministro citou manifestação da ministra Ellen Gracie, no julgamento do HC 85886, quando salientou que “*em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte*”. Sobre a possibilidade de se cometerem equívocos, o ministro lembrou que existem instrumentos possíveis, como medidas cautelares e mesmo o habeas corpus. Além disso, depois da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, os recursos extraordinários só podem ser conhecidos e julgados pelo STF se, além de tratarem de matéria eminentemente constitucional, apresentarem repercussão geral, extrapolando meros interesses subjetivos das partes⁸⁶.

Por fim, outro tema de suma relevância para a deliberação levantada por esta tese é a possibilidade de concessão do serviço de administração prisional, via parceria público-privada, para uma pessoa jurídica de direito privado. Tal assunto nunca foi levado a análise, especificamente, perante a Suprema Corte. Não obstante, existe um precedente da Corte em relação à possibilidade de delegação de serviços públicos de acordo com a sua natureza, conforme se depreende da *ratio decidendi* da ADI nº 447, de relatoria do ministro Octavio Gallotti, no voto do ministro Carlos Velloso, cujo julgamento ocorreu em 5 de junho de 1991.

Não obstante o teor do acórdão refira-se a questão de matéria tributária, há um trecho dele, no voto do ministro Carlos Velloso, que se embasou na doutrina administrativista do ministro Moreira Alves, cujo verbete será transcrito a seguir:

“(...) penso que podemos extrair as seguintes conclusões, com pequenas alterações em relação ao pensamento do eminente Min. Moreira Alves: os serviços públicos poderiam ser classificados assim: 1) serviços públicos propriamente estatais, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania, visualizada esta sob o ponto de vista interno e externo: esses serviços são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los. São remunerados, por isso mesmo, mediante taxa, mas o particular pode, de regra, optar por sua utilização ou não. (...) 2) Serviços públicos essenciais ao

⁸⁵ Supremo Tribunal Federal. *Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em 19 mar 2017.

⁸⁶ *Ibidem*.

interesse público: são serviços prestados no interesse da comunidade. São remunerados mediante taxa. (...) 3) Serviços públicos não essenciais e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, de regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser remunerados mediante preço público. Exemplo: o serviço postal, os serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição de energia elétrica, de gás, etc.⁸⁷

Portanto, segundo precedente jurisprudencial da Corte Excelsa, os serviços integrantes da segurança pública são indelegáveis; sua prestação somente é possível pelo próprio Estado. Portanto, para saber se o serviço de administração penitenciária pode ser delegado, basta perquirir se este é integrante da segurança pública. A Constituição Federal de 1988 não equiparou os agentes penitenciários ao *status* de servidores da segurança pública. Para avaliar a veracidade da premissa anterior, é bastante pertinente analisar o art. 144 da Constituição da República:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares”.

Além das forças policiais mencionadas nos incisos do *caput* do art. 144 da CF, a Emenda Constitucional nº 82 de 2014 incluiu também os agentes de segurança viária entre os integrantes da segurança pública, conforme se depreende do §10 do referido artigo:

“§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei”.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 447. Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB). Relator: ministro Octavio Gallotti. Brasília, 5 de junho de 1991.

A partir de uma análise objetiva, percebe-se que a Carta Magna não consagrou como integrantes da segurança pública os agentes prisionais, pelo exato motivo de ser omissa em relação a eles. Prova cabal disso é a proposta de Emenda à Constituição nº 308, em tramitação no Congresso Nacional desde 2004, que pretende criar a polícia penal: uma potencial nova força de segurança pública para cuidar especificamente da segurança prisional.

Ademais, o STF prolatou decisão no Agravo de Instrumento nº 810246-SP, de relatoria da ministra Carmen Lúcia, a qual pretendia modificar decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou a remessa de recurso extraordinário, com base na súmula nº 280, que diz que “*por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário*”⁸⁸. A ementa desse julgado é transcrita a seguir:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONTROVÉRSIA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO CARGO DE AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. JULGADO RECORRIDO FUNDAMENTADO EM LEIS LOCAIS: INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO”.

Na ação, objetivava o demandante obter a “*declaração de que o cargo de agente de segurança penitenciária ocupado pelo requerente é de natureza estritamente policial e, portanto, aplicável ao mesmo as regras de aposentadoria tal qual aos dos ocupantes do cargo de carcereiro policial*”.⁸⁹ O Tribunal de Justiça de São Paulo solucionou a controvérsia com base na interpretação e na aplicação das leis complementares nº 207/79 e 498/86, decidindo que o cargo de agente penitenciário não se equipara a cargo de agente policial, haja vista que não se trata estritamente de função integrante da segurança pública.

Por conseguinte, ante a ausência de previsão normativa ou de precedente jurisprudencial que equivalha a função de agente penitenciário à de policial, não se mostra juridicamente viável presumir tal equiparação. Em suma, é razoável concluir que o referido serviço não integra o rol daqueles que compõem a segurança pública. Trata-se, pois, o serviço de administração prisional de serviço público delegável, sendo possível a sua concessão a um colaborador privado, sob regime de parceria público-privada, nos moldes do regime jurídico administrativo pertinente.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 280.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento nº 810246-SP. Agravante: Celso César Cavalhieri. Agravado: Estado de São Paulo. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 5 de agosto de 2010.

Conclusões

É verossímil que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em situação de desfuncionalidade estrutural. A ânsia do poder punitivo estatal, impulsionado por exigências sociais de redução da criminalidade, que assola o cotidiano da população, não é acompanhada de investimentos proporcionais para o aprimoramento de condições de encarceramento dos apenados. O sistema penitenciário brasileiro mostra-se falido, pois, além de não alcançar o objetivo de ressocializar o condenado, proporciona que os egressos do sistema voltem ao convívio social em situação ainda mais perigosa do que quando ingressaram no cárcere – uma vez que, em razão do abandono pelo Poder Público, os apenados têm contato diário com integrantes de organizações criminosas, estando propensos a cometer novos crimes após cumprirem a condenação.

Na realidade, a principal causa que deve ser combatida para a redução da criminalidade não se trata de mecanismos repressivos - como leis penais rígidas, policiamento ostensivo e investigativo ou o incremento do cárcere -, mas, sim, de mecanismos preventivos, como a educação, oportunidades de trabalho e, de modo geral, melhorias nas condições de vida da maior parcela da população brasileira, que se encontra em estado de penúria. É verdade que nem todos os criminosos são pobres; se fosse assim, não existiriam os (popularmente conhecidos) “criminosos de colarinho branco”, indivíduos com elevado poder aquisitivo, financeiramente capazes de contratar excelentes advogados para defende-los pelos crimes praticados, que geralmente têm por objeto valores milionários. Porém, tais casos são excepcionais. A maioria esmagadora dos carcerários no Brasil são pessoas pobres que não tiveram acesso à educação, e conseqüentemente também não tiveram oportunidade de obter um emprego digno, que pudesse satisfazer suas necessidades essenciais.

Para corroborar as ideias que foram abordadas no parágrafo anterior, é oportuno mencionar um estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas, sob o título “*Crime, segurança pública e desempenho institucional em São Paulo*”, que apresentou um dado relevante: 40,3% das prisões (do total de processuais e definitivas) em São Paulo se deve ao crime de roubo⁹⁰. Isso mostra, sem dúvida, que grande parte dos que sucumbem ao crime o fazem para suprir necessidades essenciais, que não são proporcionáveis através dos meios ordinários de ocupação profissional. Ainda segundo esse estudo, antes da prisão 70% dos presos trabalhavam (em

⁹⁰ Fundação Getúlio Vargas. *Crime, segurança pública e desempenho institucional em São Paulo*. 2013. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-presos-sao-paulo-historias.pdf>. Acesso em 19 mar 2017.

empresas privadas ou como autônomos) e 30% estavam desocupados. Mais uma vez, isso corrobora o fato de que aqueles que recorrem à criminalidade o fazem por insuficiência de renda ou ausência dela. Em síntese, encarcerar cada vez mais não é a solução, pois se está atacando meramente um efeito; a verdadeira causa são as condições inadequadas a que a maior parte da população brasileira se encontra submetida. E esse é um problema que não se resolve apenas por instrumentos jurídicos, mas que deve ser pensado segunda perspectivas econômicas e gerenciais, a fim de propiciar melhorias nas condições de vida da população de modo geral.

Porém, após esse rápido desvio do foco conclusivo, ao se analisar os mecanismos repressivos relativos ao encarceramento, percebe-se que o Estado não tem investido adequadamente para o aprimoramento das condições do cárcere, por diversas razões, quais sejam: a) não priorização dos investimentos em segurança pública no aparato prisional, concentrando-o primordialmente nas forças policiais; b) mau gerenciamento dos recursos públicos; c) desvio de recursos que poderiam ser aplicados no aprimoramento do sistema prisional em razão de atividades corruptivas por parte dos gestores públicos.

Ante a possibilidade de concessão da administração prisional, várias vezes têm se levantado contrariamente a essa possibilidade, formulando inúmeras críticas à delegação dos serviços relativos à execução penal a entes da iniciativa privada. Além do argumento de que o serviço seria indelegável – premissa que, como já foi defendido ao longo do excerto, carece de amparo legal ou jurisprudencial -, alguns criticam a possibilidade de delegação, por afirmar que se trataria de atendimento a interesses comerciais de grandes pessoas jurídicas empresariais, que converteriam a massa de carcerários em mera força de trabalho menos onerosa. Ora, é salutar que toda pessoa jurídica empresarial tem, como objetivo da atividade comercial, auferir lucro – afinal, essa é a essência do próprio sistema capitalista. Porém, isso não é óbice para a concessão, desde que o Estado, ao conceder a prestação do serviço, fiscalize-o adequadamente, a fim de prevenir e impedir a exploração indevida dos recursos humanos fornecidos pelo sistema prisional por parte da concessionária.

A par das várias críticas surgidas contra a concessão dos serviços de administração prisional, há também vários argumentos que lhe são favoráveis. Em primeiro lugar, é necessário distinguir a titularidade do *jus puniendi*, que é exclusiva do Estado, do exercício de serviços relacionados à execução penal. No cumprimento da pena, a titularidade do direito de punir é exclusiva do Estado, e, mesmo com a concessão dos serviços de administração prisional para um particular, permanecerá com ele, pois o que se delega é apenas a execução dos serviços de administração penitenciária, permanecendo a titularidade com o concedente.

Por fim, embora tenham havido investimentos por parte do setor público, procurando aprimorar a situação crítica do sistema penitenciário, estes têm se mostrado insuficientes. As empreitadas realizadas pela Administração Pública não foram suficientemente eficientes para atender à crescente demanda por vagas no sistema. Diante da ineficiência estatal, a melhor solução parece ser a concessão dos serviços relativos à administração prisional a um ente privado, que poderia gerenciar melhor os recursos para aprimorar o sistema prisional nacional.

No último capítulo, trata-se do ponto principal de análise da presente tese: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Recentemente, o STF tem provido uma rica jurisprudência com relação ao sistema processual penal. Em 2015 e 2016, proferiram-se várias decisões relevantes acerca da temática. No julgamento do RE nº 592581 (tema de repercussão geral nº 220), o Plenário da Corte reconheceu, por unanimidade, a legitimidade do Poder Judiciário para impor à Administração Pública a execução de obras emergenciais nos estabelecimentos prisionais. Na ADPF nº 347, a Corte afirmou o estado de inconstitucionalidade do sistema penitenciário nacional, que trata o apenado de forma desumana. Em sede de medida cautelar, a Corte determinou, no prazo de até 90 dias a contar da decisão, a realização de audiências de custódia em todo o país, a fim de que aqueles que, por algum motivo, foram presos compareçam, em até 24 horas, à presença da autoridade judiciária. O presidente do STF também informou que será convencionada uma parceria com o TSE para que todos os carcerários no sistema prisional nacional sejam biometricamente identificados.

É bastante oportuno mencionar que, no Brasil, já existem experiências de concessão dos serviços de administração prisional, na Penitenciária Industrial de Guarapuava-PR e no Presídio Dutra Ladeira, em Ribeirão das Neves-MG. Em ambos os casos, as experiências até então observadas têm se mostrado promissoras, apresentando resultados melhores do que as demais penitenciárias, administradas pelo próprio Estado. Isso se deve a um melhor gerenciamento por parte do ente privado, que, a fim de atender às demandas contratuais com o ente público, promove significativas melhorias no ambiente interno prisional.

Em suma, tendo em vista que não há óbice legal ou jurisprudencial à concessão dos serviços relativos à execução penal, e que as experiências no Brasil têm gerado resultados promissores, percebe-se que, ante a realidade nacional, em que o Estado tem recorrentemente se mostrado incapaz de proporcionar condições adequadas aos apenados, a solução mais lúcida parece ser a Parceria Público-Privada referente aos serviços relativos à execução penal, a fim de atender ao núcleo axiológico constitucional: a dignidade humana.

Referências

ARAÚJO Jr., João Marcello (org.). *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 12-13.

Associação do Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS; Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul- AMPRS; Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul – ADEPERGS; Conselho Regional de medicina do Estado do Rio Grande do Sul – CREMERS; Conselho da Comunidade para Assistência aos Apenados das Casas Prisionais Pertencentes às Jurisdições da Vara De Execuções Criminais e Vara De Execução De Penas e Medidas Alternativas De Porto Alegre; Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia – IBAPE; Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais – ITEC; Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. *Violação dos direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA)*.

BRASIL. Lei 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. Diário Oficial da União, Brasília, 13 fev. 1995. Seção 2. p. 48.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

BRASIL. Lei 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 jun. 1989. Seção 1. p. 10561.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 447. Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB). Relator: ministro Octavio Gallotti. Brasília, 5 de junho de 1991

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Brasília, 9 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592581/RS. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641320/RS. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 56.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 280.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento nº 810246-SP. Agravante: Celso César Cavaliheri. Agravado: Estado de São Paulo. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 5 de agosto de 2010.

Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em 19 mar 2017.

Conselho Nacional de Justiça. “*Cármem Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil*”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em 19 mar 2017.

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

Departamento Penitenciário do Paraná. Penitenciária Industrial de Guarapuava. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=36>. Acesso em 19 mar 2017.

Deustcher Welle. “*Penitenciárias francesas estão em estado precário, denuncia inspetor geral*”. Disponível em <http://www.dw.com/pt-br/penitenci%C3%A1rias-francesas-est%C3%A3o-em-estado-prec%C3%A1rio-denuncia-inspetor-geral/a-4170970>. Acesso em 19 mar 2017.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *DIREITO ADMINISTRATIVO*. 24ª Edição. Editora Atlas. 2013. São Paulo. Pg. 316.

FARIA, José Eduardo. *Privatização de Presídios e Criminalidade: A Gestão da Violência no Capitalismo*. São Paulo: Max Limonad, 2000. Pp. 16-17.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Rio de Janeiro: Vozes, 33ª edição. p.13.

Fundação Getúlio Vargas. *Crime, segurança pública e desempenho institucional em São Paulo*. 2013. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-presos-sao-paulo-historias.pdf>. Acesso em 19 mar 2017.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. “*Privatização de Presídios*”. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3623-Privatizacao-de-presidios. Acesso em 19 mar 2017.

La Tribune. “*Aux États-Unis, la fin des prisons privées*”. Disponível em <http://www.latribune.fr/economie/international/aux-etats-unis-la-fin-des-prisons-privees-593233.html>. Acesso em 19 mar 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Pg. 190.

Ministério da Fazenda. “*Relatório da distribuição pessoal da renda e da riqueza da população brasileira*”. Disponível em: <http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/distribuicao-pessoal-da-renda-e-da-riqueza-da-populacao-brasileira/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>. Acesso em 19 mar 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pgs. 467, 469, 495, 507 e 510.

Senado Federal. “*Especialistas condenam proposta de privatização de presídios*”. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/07/especialistas-condenam-proposta-de-privatizacao-de-presidios>. Acesso em 19 mar 2017.

Supremo Tribunal Federal. “*A Constituição e o Supremo*”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201380>. Acesso em 19 mar 2017.

Supremo Tribunal Federal. “*Situação do sistema carcerário foi destaque da pauta do STF em 2015*”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307641>. Acesso em 19 mar 2017.

Supremo Tribunal Federal. “*STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*”. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 19 mar 2017.

Supremo Tribunal Federal. “*Plenário aprova súmula vinculante sobre regime prisional*”.

Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>. Acesso em 30 out 2016.

Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 56. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em 19 mar 2017.

Supremo Tribunal Federal. “*STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*”. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 19 mar 2017.

Supremo Tribunal Federal. “*ADI discute direito de indenização a preso em condições desumanas*”. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278788>. Acesso em 19

Supremo Tribunal Federal. “*Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância*”.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em 19 mar 2017.