

**WILQUER COELHO DOS SANTOS**

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA  
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

WILQUER COELHO DOS SANTOS

**Parceria Público-Privada no Sistema Penitenciário  
Brasileiro**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Gabriel Haddad Teixeira

Brasília  
2017

A todos os que não se deixam vitimar e assumem a liberdade de escolha, trabalhando com ardor e amor para alcançar seus objetivos.

## **AGRADECIMENTOS**

É difícil agradecer a todas as pessoas que de algum modo, nos momentos serenos ou apreensivos, fizeram ou fazem parte da minha vida, por isso primeiramente agradeço a todos de coração.

Agradeço à minha mãe Maria dos Anjos, mulher guerreira, vencedora, meu exemplo de vida, que, juntamente com meu pai de criação, Nascimento Almeida, nada me deixaram faltar. Sou grato pelos conselhos, pelo amor, pela honestidade, pelo afeto, pela amizade. Saiba que nunca deixarei de amar vocês. Muito obrigado nunca será suficiente para demonstrar a grandeza do que recebi dos Senhores. Um dia espero recompensar à altura.

Ao meu irmão Wanderson Coelho dos Santos, que sempre esteve comigo, muitas histórias compartilhadas, muito companheirismo, aprendizado e crescimento. Sou grato por tê-lo como irmão mais velho e pelo pronto auxílio na revisão deste trabalho.

Agradeço ao professor Gabriel Haddad Teixeira, pela gentileza, disponibilidade e paciência com que conduziu sua orientação, que resultou no aprimoramento do trabalho em tela.

Ao professor André Pires Gontijo, por se disponibilizar e encaminhar materiais que me foram úteis a elaboração deste trabalho.

Agradeço aos professores que desempenharam com dedicação as aulas ministradas, em especial aos docentes Marlon Barreto, Eleonora Saraiva, Danilo Porfírio, Carmen Lobato, Maurício Muriack, Edgar Leite, Eneida Taquary, Henri Olivier, Gabriel Haddad, Einsten Taquary, Míria Soares, Mauro Serpa, Camila Sales, Júlio Hott, Paulo Lima, Anna Porto, Marlon Tomazette e Roberta Cordeiro.

E, finalmente, agradeço a todos que se fizeram presente e jamais deixaram de acreditar na minha vitória.

## RESUMO

Este trabalho trata da implantação das parcerias público-privadas na administração do sistema penitenciário no Brasil. O sistema prisional brasileiro, que é desestruturado, descumpridor das leis e garantias fundamentais dos presos e, que sofre com a escassez de recursos públicos para realizar de forma efetiva os investimentos nos setores de responsabilidade estatal, faz surgir a ideia da participação do setor privado nesse sistema, objetivando a melhoria deste; a titularidade, responsabilidade, fiscalização e a execução da pena, continuam sendo privativas do Estado. Para fiel compreensão, o primeiro capítulo aborda sobre as espécies dos serviços públicos e suas delegações; o segundo, sobre a realidade do sistema penitenciário brasileiro e o último capítulo abrange a parceria público-privada nos presídios, mostrando a legalidade, as experiências em outros países e no Brasil, com a apresentação das vantagens e desvantagens da implantação dessas parcerias. O que se pretende com o presente trabalho é dar uma alternativa aos crescentes problemas carcerários enfrentados por nosso país, visando a garantia dos direitos inerentes ao preso, para que o mesmo possa ser de fato reabilitado e reinserido no seio da sociedade.

**Palavras-Chave:** Serviços Públicos. Sistema penitenciário. Parceria Público-Privada.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA.....</b>	<b>9</b>
1.1 Serviços Públicos .....	9
1.2 Formas de prestação do Serviço Público .....	14
1.3 Antecedentes históricos da descentralização dos Serviços Públicos.....	15
1.4 Permissão: Conceito e Características .....	17
1.5 Concessão: Conceito, Características e Modalidades.....	19
1.6 Parceria Público-Privada: Conceito, Características e Modalidades .....	22
1.7 Necessidade Prévia de Licitação .....	24
<b>2 SISTEMA PENITENCIÁRIO.....</b>	<b>27</b>
2.1 Breve conceito e características do delito.....	27
2.2 Pena: Conceito, Características e Espécies .....	29
2.3 Princípios da Pena .....	31
2.4 Realidade do sistema penitenciário brasileiro .....	37
2.5 Proposta da parceria público-privada nas penitenciárias .....	40
<b>3 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO .....</b>	<b>42</b>
3.1 A proposta de implementação da parceria público-privada no sistema prisional brasileiro sob a ótica do direito administrativo .....	42
3.2 Quanto à legalidade da proposta de implementação da parceria público- privada no sistema prisional brasileiro .....	44
3.3 Experiências de outros países com parceria público-privada no sistema prisional .....	48
3.4 Experiências no Brasil com parceria público-privada no sistema prisional	52
3.5 Reflexão sobre as vantagens e desvantagens da implantação da parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro.....	57
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>66</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema as parcerias Público-Privadas no Sistema Penitenciário Brasileiro. Esse assunto é tratado no Direito Administrativo e no Direito Penal, e visa regular como devem ser feitas as parcerias de particulares com o Estado em relação aos presídios brasileiros, uma vez que não existe lei específica regulamentadora e apresenta vantagens e desvantagens na implantação dessas parcerias.

O tema desenvolvido foi escolhido haja vista a situação do sistema prisional no Brasil, que está cada vez mais preocupante. Superlotação, degradação das condições de alojamento, presídios desestruturados e ineficientes, descumprimento de leis e garantias fundamentais dos presos, escassez de recursos públicos para realização de investimentos no setor, falta de higiene, condições deficientes de trabalho, deficiências no serviço médico, entre outros. Sendo assim, surge a ideia da participação do setor privado nos presídios brasileiros, fomentando a melhoria destes, pois, se o Estado é ineficiente na prestação do serviço, nada mais coerente do que a parceria com entes privados para administração dos presídios, permanecendo a titularidade, responsabilidade, fiscalização e execução da pena, sob a tutela do Estado.

Nesse diapasão, deve-se reconhecer a atividade da execução da pena como desempenho de funções complexas, fazendo-se a devida distinção entre a função jurisdicional, função administrativo-jurisdicional e da função administrativa. A primeira, de aplicação de pena pelo juiz, ao lado da atividade administrativo-jurisdicional, desempenhada pelo servidor competente, é decorrência direta do poder coercitivo do Estado, função exclusiva dele. Já a atividade administrativa, como o provimento de estrutura material adequada, admite sua transferência aos privados.

Para compreender a conjuntura, o capítulo 1 apresenta breve enfoque sobre o conceito de serviços públicos e suas formas de prestação, em seguida adentra-se na abordagem histórica das descentralizações dos serviços para o setor privado, aprofundando-se, por fim, nos conceitos e características da permissão, concessão e da parceria público-privada, com a explicação do meio em que se realizam, que é a licitação.

O capítulo 2 apresenta de forma sucinta o conceito e as características de delito, e a consequência deste, a pena. Neste aspecto, foi necessário conceituar as características e espécies, abordando todos os princípios da pena e os direitos inerentes aos encarcerados, para abordar a atual conjuntura do sistema penitenciário brasileiro, analisando a discrepância entre a teoria e a realidade. Em meio à crise dos presídios, apresenta-se a análise da proposta da parceria público-privada como medida alternativa para se contornar o problema.

O capítulo 3 aborda a implantação da parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro sob a ótica do direito administrativo e a legalidade dessa implantação, comprovando que no Brasil é legalmente possível. Apresenta-se, também, as experiências no Reino Unido (pioneiro na implementação do presídio privado), Estados Unidos (país com maior número de penitenciárias sob o regime privado total ou parcialmente), Inglaterra (principal expoente nas Parcerias Público-Privada), França (país que adota um modelo mais próximo ao que pode ser adotado no Brasil) e Chile (por ser recente e o primeiro país da América do Sul com experiência em Parceria Público-Privada em presídio) e experiências nos Estados brasileiros que terceirizaram algumas funções nos presídios e o caso de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, que teve a primeira parceria público-privada para construção e administração de penitenciária. O capítulo finaliza com a reflexão das vantagens e desvantagens da parceria público-privada nos presídios.

Portanto, de um modo geral, o que se pretende com o presente trabalho é dar uma alternativa aos crescentes problemas carcerários enfrentados por nosso país, visando a garantia dos direitos inerentes ao preso, para que o mesmo possa ser de fato reabilitado e reinserido no seio da sociedade.



## 1 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Com o déficit de infraestrutura e problemas orçamentários, viu-se que certos serviços públicos são executados de maneira mais eficiente por empresas privadas, resultando em redução no comprometimento da aplicação do orçamento público<sup>1</sup>. Uma das maneiras de transferir a execução do serviço público à empresa privada é por meio da Parceria público-privada. Para seu fiel entendimento, faz-se necessário abordar sobre vários aspectos dos serviços públicos e suas delegações.

Para compreender esse aspecto, apresenta-se inicialmente breve enfoque sobre o conceito de serviços públicos e suas formas de prestação, em seguida, adentra-se na abordagem histórica das descentralizações dos serviços para o setor privado. Por fim, conceitos e características da permissão, concessão e da parceria público-privada, com a explicação do meio em que se realizam, através da licitação.

### 1.1 Serviços Públicos

É dever do Estado prestar serviço público de excelência aos seus cidadãos que obrigatoriamente pagam seus impostos. Prima-se pelo tripé básico de sustentação e desenvolvimento da sociedade, composto por segurança, saúde e educação. Gerir esse tripé seria altamente viável e eficiente se o Estado executasse aquilo que lhe é próprio como obrigação, com fiscalização em todos os níveis, planejamento, desenvolvimento e aplicação dos recursos humanos e orçamentários<sup>2</sup>.

Os cidadãos necessitam, para o desempenho de atividades na sociedade, de dignidade, comodidades e utilidades. Algumas das necessidades conseguem ser alcançadas através dos recursos que cada administrado possui. No entanto, outras necessidades fogem do alcance da sociedade, passando a ser de incumbência do Estado, realizando todas as atividades através dos serviços públicos.

O regime jurídico administrativo, aplicável também ao serviço público, tem fundamento em dois postulados básicos e implícitos, que é a prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses dos particulares (princípio da supremacia do interesse público) e a superioridade do poder público nas relações

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.487.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 319-320

jurídicas mantidas com os particulares (princípio da indisponibilidade do interesse público). Desses postulados derivam todas as prerrogativas especiais de que dispõe a administração pública, as quais são conferidas tão-somente na estrita medida em que são necessárias à satisfação dos fins públicos, cuja persecução o ordenamento jurídico lhe impõe<sup>3</sup>.

Com o passar dos anos, as necessidades dos cidadãos foram aumentando, e a incumbência de satisfação foi dada ao Estado, ou seja, a este ficou a obrigação de executar atividades de interesse público, focando principalmente na existência digna, harmoniosa e sustentável da sociedade. As atividades prestadas pelo Estado, que possui regime jurídico próprio, começaram a ser conhecidas como serviços públicos.

Pode-se conceituar serviço público como sendo toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo, ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo<sup>4</sup>.

Para ser considerado serviço público, deve ser analisado se são atividades econômicas que concomitantemente sejam essenciais para atender o mínimo de condições dignas de vida, desde que, não sejam satisfeitas pela própria sociedade, através do mercado ou do terceiro setor. Contudo, apenas esses elementos não são suficientes, é imprescindível que também seja a atividade qualificada no ordenamento jurídico, seja pela Constituição ou por lei infraconstitucional, mediante a retirada da atividade do mercado ou da imposição da obrigação de sua prestação ao Estado<sup>5</sup>.

O Poder Público possui a titularidade dos serviços públicos de forma geral, isto quer dizer que as atividades não são livres à iniciativa privada. Porém, para melhor prestação do serviço, pode o Estado decidir, dentro dos moldes legais, se vai prestar diretamente ou indiretamente, nesse último caso, mediante concessão ou permissão, delegando assim os serviços, contudo, mantendo a titularidade<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 215

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 687.

<sup>5</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 382

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 108.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua serviço público como:

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público<sup>7</sup>.

Tem que ser analisado também os três aspectos que o serviço público comporta: material, formal e orgânico. Em se tratando de aspecto material, também conhecido como objetivo, o serviço público é uma atividade que tem como escopo a satisfação das necessidades coletivas. No aspecto formal, o serviço público é desempenhado sob o regime de Direito Público, de forma direta ou pelos seus delegados, para satisfação dos interesses da sociedade. Em sentido orgânico, conhecido também como subjetivo, o serviço público é prestado pelo Estado, direta ou indiretamente, destinados aos interesses da coletividade<sup>8</sup>.

Para o desenvolvimento do serviço público, mesmo que não sendo prestado diretamente, é necessário que seja regulado pelo Estado, não pode, pois, considerar serviço público como uma escolha da Administração Pública, e sim um dever, a fim de satisfazer as necessidades coletivas, garantindo a comodidade e utilidade pública<sup>9</sup>.

Em outro conceito o serviço público é um conjunto de atividades que são de competência do Estado, realizadas diretamente ou indiretamente, a fim de satisfazer a coletividade. É importante frisar que o serviço público pode ser classificado conforme a sua imprescindibilidade na vida humana, podendo ser essenciais, úteis, individuais, gerais e industriais, devendo ser sempre adequados, contínuos (quando essenciais), seguros e eficientes<sup>10</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro deixou claro quanto aos serviços públicos essenciais, disposto na Lei de Greve, na seguinte ordem: tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, e uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos

---

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106.

<sup>8</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 356.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 108-109.

<sup>10</sup> GASPARINI, Diogenes, *op. cit.*, p. 356.

e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; e compensação bancária<sup>11</sup>.

Os serviços essenciais são sempre contínuos, ou seja, não podem ser interrompidos. Tal direito é assegurado na Constituição Federal e também no Código de Defesa do Consumidor, não aceitando interpretação extensiva, pois, não há como assegurar a dignidade da pessoa humana, a vida sustentável, a saúde e segurança, se tais serviços não forem considerados contínuos. Contudo, existem duas exceções para interrupção dos serviços essenciais, disposta no inciso I e II do § 3º do art. 6º da lei 8.987, que são em situação de emergência após prévio aviso por motivo de ordem técnica ou de segurança das instalações ou com inadimplemento do usuário<sup>12</sup>.

Contudo há uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial quanto a legalidade e legitimidade da disposição supramencionada, pois, alguns doutrinadores, de forma minoritária, entendem que se houver inadimplência do usuário, não se pode interromper o serviço se não por sentença judicial, exatamente por ser considerado essencial e contínuo. Outra parte da doutrina e jurisprudência, sendo majoritária, entende que é possível interromper o fornecimento dos serviços por parte do prestador sem necessidade de recorrer às vias judiciais, desde que não contrarie os interesses da coletividade e que o usuário seja previamente notificado, como disposto no texto legal ora mencionado.

Neste contexto, há de se analisar a harmonia do interesse da coletividade com os direitos individuais. O artigo que refere da interrupção não é inconstitucional, pois os serviços essenciais são remunerados e considerado uma relação de consumo, não sendo justo que o usuário inadimplente usufrua de forma igual ao consumidor que cumpre com as obrigações. Se a corrente minoritária fosse acatada, geraria um caos na Administração e nos cofres públicos, mesmo que tal interrupção fosse apenas por ordem judicial e, nesse caso, seria caos de demanda no Poder Judiciário, sem contar com a morosidade processual<sup>13</sup>.

Os serviços públicos considerados úteis são aqueles que a Administração reconhece a sua conveniência para a coletividade, porém, não são considerados

---

<sup>11</sup> BRASIL. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2017. Art. 10.

<sup>12</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 357.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 364-365.

necessários ou essenciais, podendo ser prestado diretamente ou indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão, através do controle do Poder Público, mas por conta e risco dos delegatários, os quais exercem por meio de remuneração dos usuários<sup>14</sup>.

Já os serviços públicos individuais são os que a Administração Pública exerce com usuários determinados e a prestação pode ser mensurada individualmente. São serviços facultativos, individuais e mensuráveis, devendo ser remunerados por taxa ou tarifa paga pelo usuário. Exemplo de serviços públicos individuais são os de telefone, iluminação residencial, água<sup>15</sup>.

Os serviços públicos gerais, diferentemente do que foi exposto acima, são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, pois visa atender a coletividade como um todo, dessa forma não podem ser individualizados ou mensurados para cada um, sendo então remunerado por tributos gerais. Exemplos de serviços públicos gerais são os de saúde, segurança, iluminação pública. Já os serviços industriais são aqueles que produzem remuneração da utilidade consumida<sup>16</sup>.

A Administração Pública direta ou indireta, ao prestar o serviço público, deve ater-se no disposto na CF/88 juntamente com a Lei 8.987/95, os quais estabelecem que devem se obedecer aos princípios da continuidade, impessoalidade, eficiência, modicidade e cortesia. Juntamente com essa disposição, vale acrescentar o art. 175, inc. IV da CF/88, o qual discorre que toda concessão ou permissão tem a obrigação de manter um serviço adequado<sup>17</sup>.

O princípio da continuidade, conhecido também como princípio da permanência, consiste na prestação ininterrupta do serviço público, ou seja, é vetado ao Poder Público parar totalmente o desempenho das atividades, porém não significa que o serviço deve ser prestado diariamente por período integral e sim na exata medida necessária para que se atenda os interesses da coletividade<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 322.

<sup>15</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 354.

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 323.

<sup>17</sup> GASPARINI, Diogenes, *op. cit.*, p. 356.

<sup>18</sup> FREIRE, Elias Sampaio. **Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2007. p. 224.

No princípio da impessoalidade, também conhecido como generalidade, cada usuário deve ser satisfeito na prestação do serviço, tendo o direito de utilizar sem se submeter a tratamento diferenciado, seja por discriminação, abuso ou privilégio, atingindo o maior número de usuários, de forma isonômica<sup>19</sup>.

Quanto à eficiência, é entendido que é dever do Estado prestar seus serviços da maneira mais eficiente possível, exigindo atualização técnica da prestação do serviço, avaliando o melhor custo e benefício, ou seja, mais proveitosa com menor custo possível, com taxas e tarifas de preço acessíveis aos usuários<sup>20</sup>.

No princípio da modicidade, os serviços públicos devem ser prestados a preços razoáveis e módicos. Para a sua fixação, deverá analisar, previamente, a condição econômica do usuário, a fim de evitar que este seja excluído dos benefícios da prestação do serviço por falta de condições de pagar o exigido. Já no princípio da cortesia, é garantido ao usuário o direito de ser tratado com urbanidade, educação e cortesia<sup>21</sup>.

## 1.2 Formas de prestação do Serviço Público

O Estado, ao prestar ou executar os serviços públicos, pode organizar-se da maneira que melhor convier para atender os interesses da coletividade, respeitando os limites impostos pela Constituição. Neste sentido, há uma divisão nas formas de realização dos serviços públicos, sendo elas centralizadas, concentradas, desconcentradas e descentralizadas.

Quando a prestação ou execução do serviço for desempenhada diretamente pela própria entidade Estatal, ou seja, realizada por meio dos órgãos que integram a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios, por sua conta e risco, ao mesmo tempo sendo o titular e o executor do serviço público, tem-se a Administração Direta ou serviço público centralizado<sup>22</sup>.

A Administração Pública, ao ser exercida por um órgão, normalmente é dividida estruturalmente por este, sendo departamentos ou seções, cada um com atribuições específicas. Contudo, pode ocorrer que um órgão não se subdivide em sua estrutura

---

<sup>19</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 358.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 357.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 359.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 370.

interna, exercendo todas as suas atividades na mesma unidade, neste caso, diz-se que a realização dos serviços públicos está sendo de forma concentrada<sup>23</sup>.

Na desconcentração do serviço público, que é um processo interno, a Administração, responsável por prestar ou executar os serviços, divide sua própria estrutura, transformando um órgão em dois ou mais, destinando funções específicas para cada departamento ou seção, tornando o serviço especializado, mais célere e eficiente<sup>24</sup>.

Quando a Administração direta transfere a execução dos serviços para a administração indireta, sem relação de hierarquia, tem-se a chamada descentralização. Diferentemente da forma acima mencionada, não tem distribuição interna de competência e sim a outorga ou delegação – detendo neste a titularidade – dos serviços do ente público para outra pessoa, física ou jurídica, mantendo, ainda assim, o caráter público do serviço<sup>25</sup>.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida por pessoa ou pessoas distintas da Administração. O Estado atua indiretamente, pois o faz através de outras pessoas, seres juridicamente distintos dele, ainda que sejam criaturas suas e por isso mesmo se constituam<sup>26</sup>.

### 1.3 Antecedentes históricos da descentralização dos Serviços Públicos

Originariamente, à época do Estado liberal, a prestação do serviço público era realizada diretamente pelo Estado, pois, era visto como indelegáveis, que implicam autoridade e a prevalência do interesse público sobre o individual. À essa época diferenciava-se o serviço público da atividade particular, pois àquela só podia ser prestada diretamente pela Administração, enquanto esta era prestada pelo ente privado<sup>27</sup>.

As crises econômicas trouxeram grande necessidade em adotar medidas para manter o desenvolvimento sustentável da sociedade, ou a resolução de deficiências

---

<sup>23</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 348-349.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 348.

<sup>25</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 371.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.155.

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 486.

da execução direta dos serviços públicos. Com a obrigação de cumprir com as responsabilidades, o Poder Público sentiu-se no dever de encontrar meios de gerir as funções unicamente por ele exercidas. Houve então, a delegação da execução de serviço público às empresas privadas, que passaram a desenvolver as atividades que antes eram prestadas de forma direta.

A delegação da execução dos serviços públicos, inicialmente, se deu por concessão, sendo procedimento vantajoso para a Administração Pública, pois, os serviços eram executados, mantendo a titularidade do Estado, sem dispor dos recursos públicos e sem se submeter aos riscos do empreendimento. Contudo, com o passar dos anos, para assegurar os interesses gerais, foi necessária a interferência do Poder Público na empresa concessionária, passando o Estado então, a correr os riscos do empreendimento, acarretando em um declínio e perda de interesse na concessão<sup>28</sup>.

Foi necessário buscar novos meios de descentralização. O mais adequado foi a prestação dos serviços públicos próprios do Estado realizados por meio das Autarquias, pois, elas detinham capacidade pública similar ao da Administração Pública, mas mostravam-se mais especializadas no desempenho da atividade econômica e de índole administrativa. Para a atividade comercial ou industrial, o mais adequado foi a forma empresarial<sup>29</sup>.

Com a redução das concessões, surgiram as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Estas se mostraram de suma importância para a Administração, pois, atuavam sob o mesmo regime das empresas privadas e executavam o serviço público na atividade industrial ou comercial, auxiliando o Estado a acumular recursos financeiros que sozinho não conseguiria<sup>30</sup>.

Contudo, no início do século XXI, surgiram os efeitos negativos das sociedades de economia mista. O Estado, ao prestar ou executar um serviço, prioriza a fixação de preços mais baixos e acessíveis para a população, com pouco custo e muito benefício, visando ao interesse geral. Já as sociedades de economia mista objetivam lucro, não concordando com preços mais baixos. Daí, surgiu o conflito de interesses

---

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 486.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 487.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 487.



entre a Administração Pública e o particular. Nesse sentido, intervieram as empresas públicas<sup>31</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve maior necessidade de intervenção e atuação do Estado no domínio econômico, pois, a atuação não ficou restrita apenas às atividades centralizadas da Administração, mas também as atividades industriais e comerciais de natureza privada que não eram desempenhadas de forma satisfatória, sendo estas apenas subsidiada pelo Estado quando apresentava deficiência, detendo este a titularidade. Desse modo, houve o reaparecimento da sociedade de economia mista<sup>32</sup>.

Para ter um maior controle do Estado sob a empresa particular, e acompanhando a tendência em outros países, ressurgiu a concessão, pois, a simples delegação dos serviços a uma empresa privada não era suficiente, uma vez que, por vezes era apresentada deficiente. Atualmente, tem maior vigência as privatizações, transferindo os serviços às empresas privadas, na forma de concessão ou permissão, diminuindo a atuação direta do Estado, mas mantendo a este a titularidade do serviço público<sup>33</sup>.

#### 1.4 Permissão: Conceito e Características

Uma das modalidades de prestação indireta dos serviços públicos é por meio do instituto da permissão. O conceito tradicionalmente acolhido na doutrina é que, permissão é o ato unilateral e precário - apesar da Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 175, § único, inciso I<sup>34</sup>, tratar equivocadamente como sendo de natureza contratual - através do qual o Poder Público transfere a alguém o

---

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 487.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 487.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 488.

<sup>34</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 06 fev. 2017.

desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários<sup>35</sup>.

Um conceito adotado de forma majoritária na doutrina é que permissão é um ato administrativo negocial, precário e discricionário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesses coletivos, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração<sup>36</sup>.

Para Maria Sylvia Di Pietro, a permissão do serviço público é considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que exerça em seu próprio nome por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelo usuário, através da tarifa. O que diferencia da concessão do serviço público é sua forma de constituição, pois, a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral; e na precariedade existente na permissão e não na concessão<sup>37</sup>.

A autora supramencionada sintetiza que a permissão do serviço público é contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (tendo em vista o artigo 175, § único, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e artigo 40 da Lei nº 8.987/95<sup>38</sup> - Lei da Concessão e Permissão), embora tratado pela doutrina como ato unilateral, discricionário, gratuito ou oneroso. Conforme disposto na CF/88, a permissão depende sempre de licitação, seu objeto é a execução de serviço público, continuando a titularidade do serviço à concedente, porém é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, sujeitando-se às condições estabelecidas pela Administração e sua fiscalização<sup>39</sup>.

Como ato precário, pode ser alterado ou revogado a qualquer momento pela Administração, por motivo de interesse público, sem dar direito à indenização. A permissão não tem prazo estabelecido, contudo tem a doutrina admitindo a

---

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 559.

<sup>36</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 186.

<sup>37</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 314.

<sup>38</sup> “Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm)>. Acesso em: 06 fev. 2017.

<sup>39</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 314.

possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação antes do termo estabelecido dará ao permissionário direito à indenização. A fixação de prazo aproxima da tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos. Sendo assim, as permissões com prazo desnaturam o instituto.<sup>40</sup> Vale destacar que pode ser transferido a execução do serviço público à pessoa física ou jurídica, diferentemente da concessão, que somente pode ser feita à pessoa jurídica.

### **1.5 Concessão: Conceito, Características e Modalidades**

Como já abordado anteriormente, os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Poder Público, o que se denomina de prestação de serviço centralizada. Mas também podem ser transferidos a particulares, para estes executarem, contudo, a titularidade e o controle continuam sendo do Estado, descentralizando assim os serviços, mediante a concessão. Vale destacar, antes de tudo, que o Estado só concede serviços que são de exclusividade do Poder Público.

A concessão da execução dos serviços públicos não retira a natureza pública, pois, o ente privado possui apenas o exercício, de forma temporária, enquanto ao Estado permanece a titularidade e o controle sobre a iniciativa privada, amparado por previsão constitucional. Findando a concessão, os bens dispostos no serviço voltam a integrar o Poder Público. Trata-se de um acordo de vontades, podendo ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresa.

Não há uma definição unificada pela doutrina sobre o conceito de concessão. Existem doutrinadores que adotam o sentido mais amplo, outros adotam um menos amplo (mas não chega a ser restrita), e outra parcela que adota a definição restrita.

A definição mais ampla segue a doutrina italiana, que entende concessão como qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, por meio do qual a Administração Pública outorga direitos e poderes ao particular, entretanto, essa teoria não é bem aceita no direito brasileiro, pois este é mais influenciado pelo direito francês<sup>41</sup>.

Aqueles que utilizam uma concepção menos ampla distinguem a concessão translativa da constitutiva, reconhecendo três tipos de concessão: de serviço público,

---

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 314-315.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 300.

de obra pública e de uso de bem público. A concessão translativa importa a passagem de um bem ou de um direito que são derivados do Estado, porém transferidos ao concessionário (quem recebe a concessão). A concessão constitutiva ocorre quando o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo<sup>42</sup>.

Concessão, definida pelos doutrinadores que utilizam um conceito mais restrito, é a transferência, mediante contrato administrativo, da execução de um serviço público, remunerado através do sistema de tarifa paga pelos usuários, para que execute conforme estipulação, tendo prazo final definido. Dessa forma, o Estado se isenta da prestação de serviços públicos dispendiosos de sua titularidade, porém mantém os controles públicos sobre ele<sup>43</sup>.

A concessão, ainda no sentido restrito, é descentralização dos serviços públicos, pois, a execução é atribuída a um ente privado para que execute. Desloca-se a atividade, ou tão somente o exercício. O serviço vai do Estado, titular, ao administrado, que o executa e explora<sup>44</sup>.

Segundo Maria Sylvia Z. Di Pietro, utilizando uma definição restrita:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o executem seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente a exploração do serviço<sup>45</sup>.

No direito brasileiro prevalece a definição menos ampla de concessão, que reconhece os três tipos de concessões: de serviço público, de obra pública e de uso de bem público. A concessão de serviço público em sentido amplo é a delegação do Poder Público para pessoa jurídica ou consórcio, da execução de um serviço público. Já no que concerne à concessão de obra pública, o poder público transfere a execução de uma obra pública, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra. Na concessão de uso de bem público, o Estado concede o uso de um bem imóvel a um particular, podendo ser de forma remunerada ou gratuita<sup>46</sup>.

Existe uma classificação básica de concessão de serviços públicos, que são divididas em duas categorias: concessões comuns e concessões especiais. As

---

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 300-301.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 300.

<sup>44</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 421.

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 306.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 301-302.

concessões comuns são reguladas pela Lei 8.987/95, que também é dividida em duas modalidades: concessões de serviço público simples, que tem a mesma definição clássica de concessões, porém, acrescido do fato que também há a delegação da construção da obra pública. A lei supramencionada incluiu uma forma diferente das que foram abordadas, denominada de “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública”<sup>47</sup>.

Na concessão de serviço público precedida de execução de obra pública, o Estado concede uma obra pública e a exploração, ou seja, transfere para pessoa jurídica ou o consórcio construção da obra, transferindo também para o construtor a execução ou exploração. O Poder Público não oferece nenhuma remuneração ao concessionário, todos os recursos pecuniários advêm de tarifas pagas pelos usuários<sup>48</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua concessão de serviço público precedida da execução de obra pública como sendo:

[...] o contrato administrativo através do qual o Poder Público ajusta com pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de determinada obra pública, por sua conta e risco, delegando ao construtor, após a conclusão, sua exploração por determinado prazo. Nessa forma pretende o Estado livrar-se do dispêndio que as obras públicas acarretam, deixando todo o investimento a cargo do concessionário, como este investe, é justo que lhe permita explorá-la para recuperar o capital investido<sup>49</sup>.

Já na segunda categoria de concessões de serviços públicos, que são as concessões especiais, incide o que se denomina de Parceria público-privada, regida pela Lei 11.079/04, que tem como característica, diferentemente da concessão comum, a contraprestação pecuniária do concedente (Estado) para o concessionário. As concessões especiais também são divididas em duas modalidades: concessões patrocinadas e concessões administrativas, que serão abordadas no próximo tópico<sup>50</sup>.

O concessionário, ao executar o serviço, tem a responsabilidade objetiva civil e administrativa sobre ele, ou seja, assume com todos os riscos do empreendimento, se por ventura causar prejuízos ao Estado, usuários ou a terceiros, tendo a obrigação de repará-los.

---

<sup>47</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 368.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 372.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 373.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 368.

É de suma importância diferenciar também a concessão da permissão, que tem conceitos similares. A permissão de serviço público é considerada um ato unilateral no qual a Administração Pública transfere ao ente privado a execução de determinado serviço, mediante tarifa paga pelo usuário. Contudo a concessão trata-se de um acordo de vontades, podendo ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresa, enquanto que na permissão é um ato unilateral precário, podendo ser firmado com pessoa física ou jurídica<sup>51</sup>.

### 1.6 Parceria Público-Privada: Conceito, Características e Modalidades

No ano de 2004 criou-se a Lei 11.079, alterada pela Lei 11.409/11, e pela Medida Provisória 575/12, que se converteu na Lei 12.766/12, no qual se instituiu uma nova modalidade de concessão de serviço público ou obra pública. De acordo com esta Lei, a parceria "é o contrato administrativo de concessão" efetuado na modalidade patrocinada ou na modalidade administrativa<sup>52</sup>.

Conforme definição legal, a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas que envolve adicionalmente a tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Já na concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens<sup>53</sup>.

Maria Sylvania define a concessão patrocinada como sendo um

[...] contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou o parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ou parceiro privado<sup>54</sup>.

Ao contrário do que ocorre na concessão patrocinada, que tem por objeto a execução do serviço público, a concessão administrativa tem por objeto a prestação de serviço, no qual o concessionário, da mesma forma que na empreitada (contudo

---

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 314.

<sup>52</sup> BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2017. Art. 2º.

<sup>53</sup> *Ibidem*, Art. 2º, §2ª e 3º.

<sup>54</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *op. cit.*, p. 319.

sujeitando-se as normas da Lei 11.079/04), vai assumir apenas a execução material de uma atividade ou a gestão de serviço prestado à Administração Pública, esta que detém a titularidade<sup>55</sup>.

Tanto na parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa quanto na concessão patrocinada, há a previsão de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, sob pena de se configurar a concessão comum, regida pela Lei 8.987/95. Na concessão patrocinada a contraprestação do parceiro público é um adicional à tarifa paga pelo usuário, enquanto que na concessão administrativa ela constituirá a forma básica de remuneração.<sup>56</sup>

As duas modalidades, obedecendo os requisitos da Lei 11.079/04, trazem a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, o compartilhamento de ganhos econômicos, além da garantia de concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas. O parceiro privado deve garantir a execução do contrato, o cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas<sup>57</sup>.

A Administração Pública está sujeita à penalidade, cujo objetivo é indenizar o contratado pelos prejuízos eventualmente causados pelo poder concedente, chamando-se de multa ressarcitória. Qualquer outro tipo de penalidade é inconcebível de ser imposta à Administração Pública, pois, a sanção resultaria aplicada ao próprio Estado, que detém com exclusividade o poder sancionatório<sup>58</sup>.

Tanto na concessão patrocinada, quanto na concessão administrativa, há uma delimitação do prazo contratual, o qual não pode ser inferior à cinco nem superior a trinta e cinco anos, admitindo a lei eventual prorrogação. Além do limite temporal, existe uma exigência mínima do valor do contrato da parceria público-privada, a saber que é vedado a celebração cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). A lei veda também a contratação que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Todos dispostos no §4º, do art. 2º, da Lei 11.079/04<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 325.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 326-328.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 328.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 328-329.

## 1.7 Necessidade Prévia de Licitação

Diferentemente do que ocorre com os particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem alienar, adquirir, locar bens, contratar a execução de obras e serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei, denominado de licitação.<sup>60</sup>

A licitação é um procedimento administrativo, mediante o qual a Administração Pública escolhe a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, propiciando igual oportunidade a todos os interessados e atua como um fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Ou seja, tem dupla finalidade: obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados, assegurando igual oportunidade a todos.<sup>61</sup>

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação é, em síntese

[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir<sup>62</sup>.

A escolha dessa melhor proposta, feita segundo critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre as apresentadas, por interessados que pretendem contratar, com a entidade obrigada a licitar e que atenderam ao seu chamamento, promovido mediante instrumento convocatório disciplinar de todo o procedimento. Assim, não pode ser aproveitada qualquer proposta, ainda que seja melhor que a melhor das apresentadas, se não integrar esse procedimento<sup>63</sup>. A Constituição Federal impõe, em seu inciso XXI do art. 37, que:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e

<sup>60</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 532.

<sup>61</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 266.

<sup>62</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 532.

<sup>63</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 532.



econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações<sup>64</sup>.

Não obstante a disposição Constitucional, o artigo 10 da Lei 11.079/04, dispõe da obrigatoriedade de licitação para a contratação de parceria público-privada, na modalidade concorrência, condicionando a abertura do procedimento à observância de determinadas formalidades dispostas em lei, em resumo: a autorização da autoridade competente, devidamente motivada com a demonstração da conveniência e oportunidade da contratação; demonstração de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal; licença ambiental prévia ou diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, sempre que o objeto do contrato exigir<sup>65</sup>.

A modalidade concorrência, exigida para contratação de parceria público-privada, está prevista no inciso I do art. 22 da Lei federal de Licitações e Contratos da Administração Pública e definida no §1º do referido artigo. É a modalidade de licitação, em tese, obrigatória para as alienações imobiliárias, as concessões de uso, serviço e obras públicas, o registro de preços e para os contratos de grande vulto<sup>66</sup>, aberta com publicidade, que admite qualquer licitante cuja habilitação será apurada no início do procedimento<sup>67</sup>.

A licitação está totalmente vinculada aos princípios, pois, deve ocorrer com total observância do procedimento estabelecido em Lei (princípio da legalidade); sem qualquer favoritismo ou discriminações impertinentes (impressoalidade); implicando no dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem o certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia (igualdade/competitividade); devendo ser efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados (publicidade); desenrolado na conformidade de padrões éticos prezáveis (moralidade); além disso, há o dever de respeitar às condições prefixadas

---

<sup>64</sup> BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

<sup>65</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 329.

<sup>66</sup> Entende-se como contrato de grande vulto, disposto no art. 23, I e II, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, o montante superior a R\$ 1.500.000,00, se objetivar obras e serviços de engenharia, e o montante acima de R\$ 650.000,00, se visar a realização de compras e serviços diversos de engenharia.

<sup>67</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 532.

no edital, garantindo ainda a possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios mencionados<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 541-542.

## 2 SISTEMA PENITENCIÁRIO

O sistema penitenciário tem como escopo a punição do delito, educação do delinquente, focando a ressocialização do preso na sociedade. O assunto tem grande relevância no Brasil, visto que se encontram vários problemas. A superlotação, a má remuneração dos agentes penitenciários, a falta de higiene, a péssima estrutura dos presídios, levam às dificuldades da aplicação dos princípios e garantias direcionadas ao preso, sendo necessária a adoção de medidas alternativas, o que poder-se-ia sugerir a parceria público-privada, para sanar o problema dos presídios e garantir os direitos do preso, para que este cumpra pena de maneira digna e proporcional ao delito, à fim de que seja reintegrado à sociedade<sup>69</sup>.

Para compreensão do direito de punir, este capítulo apresenta de forma sucinta o conceito e características do delito, depois adentra na consequência deste, que é a pena. Neste aspecto, foi necessário conceituar, apresentar as características e espécies, abordando todos os princípios da pena e os direitos inerentes aos encarcerados, para então, abordar a atual conjuntura do sistema penitenciário brasileiro, analisando a discrepância entre a teoria e a realidade. Em meio à crise dos presídios, apresenta-se, no último tópico, a análise da proposta da parceria público-privada como medida alternativa para contornar o problema.

### 2.1 Breve conceito e características do delito

Antes de adentrar no ponto principal do presente capítulo, que é sobre o sistema penitenciário, cabe trazer um breve conceito do que enseja a punição, ou seja, o delito. Inicialmente, é importante frisar que a sociedade é criadora inaugural deste, uma vez que define quais condutas são inaceitáveis e merecedoras de pena, cabendo ao legislador criar lei que permite a aplicação dos anseios sociais à reprovação de uma determinada ação<sup>70</sup>.

Para José Antonio Paganella, o delito é a conduta humana que o legislador sanciona como uma pena. Segundo a técnica jurídica, com a ação ou omissão típica,

---

<sup>69</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**: A gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 64.

<sup>70</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.172.

antijurídica e culpável, da qual a pena é a sua consequência. Segundo o referido autor, tal definição satisfaz aos juristas porque aponta as características mais fundamentais do delito, quais sejam os juízos de desvalor que recaem sobre o fato humano (injusto ou antijuridicidade) e o seu autor (culpabilidade)<sup>71</sup>.

O delito apresenta o aspecto formal, material, analítico. O formal é apresentado como sendo do ponto de vista do direito positivo, ou seja, que a lei penal vigente incrimina<sup>72</sup>. Observa-se o princípio da legalidade penal, baseado na Constituição Federal, o qual dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine”<sup>73</sup>. Preocupa-se com o aspecto externo, nominal. Entram aqui definições como a de que crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena<sup>74</sup>.

O aspecto material diz respeito ao conteúdo do ilícito penal, ou seja, o que determinada sociedade, em dado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei penal<sup>75</sup>. Segundo ensina Claus Roxin, o conceito material de crime é prévio à disposição no Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que o Direito Penal deve punir e o que deve deixar impune<sup>76</sup>.

O aspecto analítico é aquele que busca estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade é propiciar a correta e mais justa decisão sobre infração penal e seu autor, fazendo com o que o julgador desenvolva seu raciocínio em etapas e, leve em consideração que para existência da infração penal é necessário que o fato seja típico e ilícito<sup>77</sup>.

Vale frisar que o sujeito ativo no delito é sempre a pessoa física. Animais irracionais e coisas não podem ser sujeitos ativos do crime, pois lhe faltam o elemento vontade. A pessoa jurídica também não possui vontade própria, suscetível de

---

<sup>71</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 77.

<sup>72</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 201.

<sup>73</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017. Art. 5º, inciso XXXIX.

<sup>74</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 2.

<sup>75</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 202.

<sup>76</sup> ROXIN, Claus, 2006, p. 51 *apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 39.

<sup>77</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: vol. I, parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 130.

configurar dolo e culpa, indispensáveis presenças para o direito penal moderno, que é a culpabilidade.

O delito existe porque há o bem jurídico penal (objeto), ou seja, um ente material ou imaterial extraído do contexto social (vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, entre outros), de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial para coexistência e desenvolvimento digno do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido<sup>78</sup>.

É imprescindível no Estado Democrático de Direito a investigação ontológica do tipo incriminador. Crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo, de maneira formal, uma vez que, nenhuma conduta pode ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade<sup>79</sup>.

## 2.2 Pena: Conceito, Características e Espécies

Visto o breve conceito de delito, vale adentrar na pena, que apenas existe por conta do crime. Para Guilherme de Souza Nucci, a pena é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cujo objetivo é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes<sup>80</sup>.

A pena é um sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, mediante uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na privação de um bem jurídico, com finalidade de retribuição punitiva ao delinquente, promovendo a sua readaptação social e prevenindo novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade<sup>81</sup>.

Segundo Michel Foucault, a pena será o sinal de que, caso o sujeito pratique determinado delito, o mesmo terá consciência que será punido de acordo com a lei vigente. Essa ideia faz com que o homem pense antes de agir, pois uma ação pode causar reações indesejáveis. “Os que abusam da liberdade pública serão privados da

---

<sup>78</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 219.

<sup>79</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: vol. I, parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 24.

<sup>80</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 391.

<sup>81</sup> CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 379.

sua; serão retirados direitos civis dos que abusarem das vantagens da lei e dos privilégios das funções públicas [...]"<sup>82</sup>.

Conforme complementa Foucault, a pena é uma mecânica de sinais, dos interesses e de duração. O condenado poderia ser útil para a sociedade se fosse visto como "uma espécie de propriedade rentável: um escravo posto a serviço de todos", ou seja, após a prisão toda a sociedade poderia estar usufruindo de um "objeto" que receberá como pena o papel de "maquina" de produção para uma sociedade<sup>83</sup>. Tal afirmação será reanalisada no próximo capítulo.

O Estado possui a função de proteção dos bens jurídicos penais da sociedade, mediante aplicação de sanções penais aos infratores, assim como, de forma preventiva, através da intimidação dos demais indivíduos da sociedade diante do risco de também sofrerem a sanção. A aplicação das sanções corresponde à sistematização e os critérios objetivos da ciência penal, ou seja, adstrito à norma, evitando assim o arbítrio e a subjetividade ilimitada que foram tão presentes em épocas passadas<sup>84</sup>.

O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos: geral e especial, que também se subdividem em outros dois, o negativo e positivo. O geral negativo significa o poder intimidativo que ela representa a toda sociedade, destinatária da norma penal. O geral positivo demonstra a e reafirma a existência e eficiência do direito penal. No aspecto especial positivo significa a intimidação ao autor do delito para que não torne a cometer novamente o delito, recolhendo-o ao cárcere, quando preciso e evitando a prática de outras infrações penais. O especial positivo consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena<sup>85</sup>.

O atual sistema normativo brasileiro afirma sobre o caráter punitivo e reeducativo da pena, pois, no Código Penal dispõe, no artigo 59 e seus incisos<sup>86</sup>, que

---

<sup>82</sup> FOUCAULT; Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 1984. p. 88.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>84</sup> SANTANA, Dinamares Fontes de. **Tipos de penas existentes no Brasil**: privativa de liberdade, restritivas de direito e pena de multa. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35736&seo=1>>. Acesso em: 25 maio 2017.

<sup>85</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 391.

<sup>86</sup> "Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

o juiz deve estabelecer a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ademais, ainda é disposto no artigo 10 da Lei de Execução Penal que "a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade"<sup>87</sup>.

No Brasil existem três tipos de pena: a privativa de liberdade, a restritiva de direito e a pecuniária. As penas privativas de liberdade são aquelas em que o indivíduo perde a liberdade, podendo ficar em regime de reclusão ou detenção. A reclusão deve ser cumprida em regime fechado (estabelecimento penal de segurança máxima ou média), semiaberto (colônia agrícola, industrial ou similar) e aberto (trabalha ou estuda de dia e casa de albergado à noite e nas folgas). A detenção é cumprida em regime semiaberto ou aberto<sup>88</sup>. As penas restritivas de direitos são as seguintes: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, prestação pecuniária e perda de bens e valores. A pena pecuniária é a multa<sup>89</sup>.

A pena envolve a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Deve ficar claro que esta é uma necessidade social, indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobretudo em um estado constitucional e democrático, sempre justa, adstrita à culpabilidade do autor do fato punível. A teoria da pena contém uma realidade muito complexa, não podendo ser reduzida em um único ponto de vista<sup>90</sup>.

### 2.3 Princípios da pena

O Direito Penal, assim como os demais ramos do ordenamento jurídico, fundamenta-se em determinados princípios como elementos essenciais e diretores, sejam em nível constitucional, seja não constitucional. Os princípios aplicados à pena

---

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível". BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2017.

<sup>87</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 391.

<sup>88</sup> SANTANA, Dinamires Fontes de. **Tipos de penas existentes no Brasil**: privativa de liberdade, restritivas de direito e pena de multa. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35736&seo=1>>. Acesso em: 25 maio 2017.

<sup>89</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, p. 400.

<sup>90</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 456.

constituem como uma limitação do poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, exigindo-se um Estado democrático e social de Direito, servindo de fundamento e de limite à responsabilidade penal. Com isso, os princípios possuem aplicação direta, imediata, tratando-se de uma forma prática de proteger o indivíduo contra o Poder Estatal<sup>91</sup>.

De início, observa-se o princípio da legalidade, que sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime nem pena sem prévia previsão legal. Isso vale dizer que a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior. Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa<sup>92</sup>.

Tal princípio está previsto no artigo 1º do Código Penal com o enunciado “não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal”, com idêntica previsão no texto Constitucional, no art. 5º, inciso XXXIX, além de estar protegida na Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU). Este princípio cumpre a função de limitação das fontes formais do Direito Penal e a garantia da liberdade pessoal do cidadão<sup>93</sup>.

Para Capez, este princípio corresponde a uma aspiração fundamental do homem, qual seja, de ter uma proteção contra qualquer forma de tirania e arbítrio dos detentores do exercício do poder, garantindo a convivência em sociedade sem o risco de ter a liberdade cerceada pelo Estado, a não ser pelas hipóteses previamente estabelecidas<sup>94</sup>.

Em outro plano, têm-se o princípio da dignidade da pessoa humana. Com o advento da Constituição Federal de 1988, este princípio foi tratado como a categoria de valor fundamentador do sistema de direitos fundamentais. Este princípio deve plasmar todo o ordenamento jurídico positivo, considerado como validade de uma norma, ou seja, se não respeitar a condição de homem como pessoa, a norma infringe o texto constitucional e não tem validade<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.105.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>94</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: vol. I, parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 55.

<sup>95</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 110-111.



No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa que constitui um Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que reflete em todo o sistema legal. O Estado e a sociedade estão centrados na pessoa e objetivam seu respeito e a promoção de uma vida digna, visto que o direito penal é o meio mais gravoso de intervenção estatal<sup>96</sup>.

Outro princípio de extrema relevância é o da proporcionalidade. Na esfera legislativa, este princípio impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, de forma que, somente presente esta condição se poderá admitir a limitação a algum direito individual<sup>97</sup>. Na esfera penal, o referido princípio, que pode ser visto no Código Penal brasileiro, cujo artigo 59 determina a fixação da pena-base conforme seja "necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime", deixando claro que é vedado a desproporcionalidade da pena ao fato praticado<sup>98</sup>.

Assim considerando, o princípio em tela tem função de determinar a medida da tutela penal que seja equivalente à afronta do bem jurídico, devendo existir entre o delito e a pena uma medida de justo equilíbrio, ou seja, a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade da lesão ao bem jurídico representada pelo delito<sup>99</sup>.

Outro princípio a ser observado na aplicação da pena é o da culpabilidade. A responsabilidade penal, diferentemente do que ocorre em outras áreas do direito, tem por pressuposto a culpabilidade do agente. Este princípio atua com fundamento e limite para a imposição e mensuração de penas, ante a fórmula empregada no artigo 29 do Código Penal<sup>100</sup>, tendo grande conexão com os demais princípios, fornecendo a razão para que o juiz, ao considerar as diferenças de cada acusado, realize em concreto, pelo fato cometido, a justiça distributiva<sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> ROSSETO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 87.

<sup>97</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.117.

<sup>98</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 74-75.

<sup>99</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 118.

<sup>100</sup> "Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade."

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2017.

<sup>101</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, *op. cit.*, p. 67.

Para Enio Luiz Rosseto, o referido princípio, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, retira a legitimidade de toda a pena que não tenha por pressuposto a culpabilidade do autor e que exceda sua equivalência à gravidade. Em síntese, apenas é punível o autor, se atuou com culpa e a gravidade da pena que se aplique deve ser equivalente à culpabilidade<sup>102</sup>.

O postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade é uma expressão de justiça peculiar ao Estado democrático de Direito, o qual limita a aplicação da pena apenas ao suficiente para reprovação do fato ao seu autor, reafirmando o caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano<sup>103</sup>.

Necessário se faz também, no momento da punição estatal, respeitar o princípio da humanidade. Este princípio dispõe que o objetivo da pena não é o sofrimento ou degradação do apenado, ditando a inconstitucionalidade de qualquer pena de morte, que crie um impedimento físico permanente (amputação, castração, intervenção neurológica, entre outros), de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis, tendo previsão no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal<sup>104</sup> e, o §2º do artigo 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos também estabelece que "ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes"<sup>105</sup>.

O princípio da humanidade impõe que a finalidade da pena é a reeducação e a reinserção do condenado, de maneira que a pena não pode atentar contra a incolumidade do apenado, mantendo a integração social, prevendo que ao longo do cumprimento da pena o condenado tenha assistência material, jurídica e educacional,

---

<sup>102</sup> ROSSETO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112.

<sup>103</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 111.

<sup>104</sup> "Art. 5º, XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis".

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2017.

<sup>105</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 165.

tendo previsão na Lei de Execução Penal. Dessa forma, reafirma o entendimento que a pena tem finalidades construtivas e integradoras<sup>106</sup>.

Em outro prisma, existe o princípio da pessoalidade, que garante que só o autor da infração penal pode ser apenado, evitando a punição por fato alheio, condenando apenas a ação ou omissão praticada pelo agente, não podendo ser transmitida à terceiros. Tal proteção encontra-se baseada em texto constitucional, previsto no inciso XLV do artigo 5º, dispondo que:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido<sup>107</sup>.

Disposto também no §3º do artigo 5º da Declaração Universal de Direitos Humanos na seguinte forma: "a pena não pode passar da pessoa do delinquente"<sup>108</sup>. O princípio em tela impõe-se pela finalidade retributiva da pena, que deve recair sobre quem praticou o fato punível<sup>109</sup>.

Outro princípio relevante é o da individualização das penas, disposto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal<sup>110</sup>, que se ignorem as diferenças. Individualiza-se a pena, precisamente, pois, cada acusado é revestido por um fato com singularidades próprias. Ao legislador incumbe definir o crime, indicar as espécies de penas e apontar os limites; ao juiz, tomar a pena cominada, mensurá-la dentro dos limites e presidir o processo executório da pena que vier a ser concretizada<sup>111</sup>.

Como abordado no parágrafo *supra*, a individualização da pena obedece a três fases distintas: legislativa, judicial e executória. Na primeira delas, a lei fixa para cada

<sup>106</sup> ROSSETO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 92.

<sup>107</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

<sup>108</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 116.

<sup>109</sup> ROSSETO, Enio Luiz, *op. cit.*, p. 98.

<sup>110</sup> "Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos".

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

<sup>111</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 69.

tipo penal a pena proporcional a importância do bem tutelado; na segunda, o julgador, tendo em conta as particularidades da espécie concreta e determinados fatores previstos em lei, fixa a pena aplicável, dentro do limite legal; e a terceira, é na fase de execução da pena, que diz respeito a uma ordem administrativa, dando ao sentenciado à execução da pena conforme suas condições pessoais, ou seja, progressão e regressão é dado de maneira individualizada<sup>112</sup>.

Em síntese, a pena deve estar proporcionada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente<sup>113</sup>.

O Estado deve observar também o princípio da intervenção mínima, que consiste que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. A intervenção da lei penal deverá ser feita na medida em que for capaz de ter eficiência, isto porque a sanção penal está revestida de grande gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais<sup>114</sup>.

Conforme Jose Antonio, o princípio da intervenção mínima do direito penal deveria intervir apenas em último caso e na defesa dos bens jurídicos relevantes, e não de qualquer bem jurídico suscetível, mas só depois que constatar a ineficácia dos demais ramos do direito<sup>115</sup>.

Este princípio assegura que somente haverá direito penal nos casos em que a lei descreve como crime e, quando nada disser, não haverá espaço para atuação criminal, garantindo assim a proteção do cidadão em face do poder punitivo estatal. Configura como caráter subsidiário da dignidade da pessoa humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito, sendo exigência para a distribuição mais equilibrada da justiça<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 117.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>115</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 64.

<sup>116</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: vol. I, parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 34.

## 2.4 Realidade do sistema penitenciário brasileiro

Como já explicitado no tópico anterior, o encarcerado no Brasil tem previsão de garantias de sua integridade física e moral em diversas legislações, tanto nacional quanto internacional. Todos estatutos demonstram a preocupação com os direitos do preso, os princípios a ele inerente e as disposições dos direitos humanos. Contudo, a realidade é bem diferente<sup>117</sup>.

Infelizmente, aposta-se massivamente na eficiência das penas privativas de liberdade, todavia, nada se faz para melhorar o sistema prisional. Os funcionários penitenciários são mal remunerados, os direitos dos condenados não são respeitados, sendo esta a maior causa de descontentamento e de rebeliões. Dessa forma, é impossível cogitar o caráter ressocializador da pena<sup>118</sup>.

Na atual conjuntura brasileira a situação dos presídios é preocupante, pois apresenta maus tratos verbais ou de fato aos encarcerados; superpopulação carcerária; falta de higiene; condições deficientes de trabalho; deficiências no serviço médico, que pode chegar em muitos casos, a sua absoluta inexistência; regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originado pela corrupção de alguns funcionários penitenciários que permitem e até participam do tráfico; abusos sexuais; ambiente propício à violência<sup>119</sup>.

Os dados de 2014, do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Conselho Nacional de Justiça, mostram que são 711.463 presos que se encontram cumprindo penas no país (levando em consideração que são 147.937 presos em regime domiciliar), existindo um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário, ultrapassando os números da Rússia e passando a ter a terceira maior população carcerária do mundo, segundo os dados do Centro Internacional de Estudos Prisionais, do *King's College*, de Londres. Há superlotação em todas as unidades da federação, a média no país é de 66%. O modelo de encarceramento praticado, infelizmente, alimenta um ciclo de violências que se projetam para toda a

---

<sup>117</sup> RANGEL, Anna Judith. **Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais**. Disponível em:

<<https://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

<sup>118</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 117.

<sup>119</sup> ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 26

sociedade, reforçado por um ambiente degradante em estabelecimentos que minimamente estimulam qualquer proposta de transformação daqueles que ali estão<sup>120</sup>.

A inobservância dos direitos dos presos são fatos que, dramaticamente, evidenciam as mais variadas formas de violência, demonstrando as deficiências da pena privativa de liberdade. Através da conflitividade carcerária, os detentos demonstram à sociedade as condições desumanas que a vida carcerária lhes oferece, evidenciando que o encarceramento nas condições atuais serve apenas para agravar o problema<sup>121</sup>.

O desrespeito aos direitos do preso, seja relativo à integridade física e moral, a negligência médica, a alimentação deficiente, os castigos cruéis e desnecessários, significa a imposição de uma pena que excede de longe da prevista em lei e aplicada por sentença judicial. Os direitos constitucionais da pessoa encarcerada não são respeitados em nenhuma de suas cláusulas<sup>122</sup>.

Da maneira em que é executada, é fácil perceber que o princípio da humanidade e da garantia da individualização da pena, que propõem tratamento digno e execução diferenciada, constitui algo distante da realidade, muito embora há existência da previsão legal na Lei de Execuções Penais<sup>123</sup>.

Não é novidade se deparar com notícias sobre presídios superlotados, com detentos amontoados em celas, dormindo no piso, sem colchões e agasalhos. Os conflitos interpessoais são resolvidos pelos próprios apenados, haja vista a insuficiência de funcionários e o perigo constante de motins, que os fazem de reféns. Desta forma, os presos são submetidos aos fatores de maior degradação humana<sup>124</sup>.

A prisão, sem dúvidas, está em crise. Essa crise abrange também o objeto preventivo e ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que, grande parte dos questionamentos e críticas que são feitos ao sistema prisional referem-se à impossibilidade de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

---

<sup>120</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

<sup>121</sup> MATTOS, Renata Soares Bonavides. **Direitos do presidiário e suas violações**. São Paulo: Método, 2001. p. 125.

<sup>122</sup> FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 86.

<sup>123</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 162.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 164.

No sistema carcerário prevalece a posse e o exercício do poder Estatal. Trata-se de um poder excessivamente coercitivo, no qual todos os objetivos que caracterizam a ressocialização do delinquente são contrariados, o que leva a crer que são necessárias, urgentemente, políticas diversas para que se mude a atual realidade das penitenciárias<sup>125</sup>.

Não restam dúvidas de que os protestos reivindicatórios massivos produzidos nas prisões, de forma violenta e agressiva, refletem as deficiências efetivas do regime penitenciário, fazendo o encarcerado de vítima da força superior à que estão submetidos, sendo refém de um sistema prisional desumano e precário, podendo tal fato ser constatado facilmente por um mero visitante do cárcere<sup>126</sup>.

A humanização constitui um projeto permanente da modernidade no Brasil, entretanto, continua no rol dos que mais violam os direitos humanos no interior das penitenciárias. As regras mínimas estabelecidas pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Lei de Execuções Penais no tocante aos direitos dos presos são descumpridos pelas administrações carcerárias. Assim, a proposta de reintegração harmônica do condenado ao mundo livre, ainda funciona como carta de intenções<sup>127</sup>.

A *Magna Carta* impõe a todas autoridades o respeito à integridade física e moral do presidiário<sup>128</sup>. Este talvez, seja o artigo que revele o caráter retórico ou a ineficiência dos princípios. A integridade física é frequentemente atingida; a moral do detento é desrespeitada a partir do momento em que este entra na prisão<sup>129</sup>.

Nesse diapasão, tem-se entendimento jurisprudencial reconhecendo o direito do preso contra qualquer tipo de agressão, abaixo exposto:

As pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm direito subjetivo público à proteção contra qualquer agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, ou ainda, da parte de estranhos<sup>130</sup>

<sup>125</sup> MATTOS, Renata Soares Bonavides. **Direitos do presidiário e suas violações**. São Paulo: Método, 2001. p. 124.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>127</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.162.

<sup>128</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2017. Art. 5º, inciso XLIX.

<sup>129</sup> FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 87.

<sup>130</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. 3ª Câmara, Ap 35.793, Relator Cid Pedrosa, julgado em 10/12/91, p. 5 e Repert. IOB de Jurispr. 3/6/731 *apud* MATTOS, Renata Soares Bonavides. **Direitos do presidiário e suas violações**. São Paulo: Método, 2001. p. 128

É evidente que, todo dano que venha sofrer o preso deve ser suportado pelo Estado. Na teoria, se mostra uma grande preocupação com os presos, porém, na realidade as leis são dadas como inexistentes. O abuso de autoridade e desrespeito chegou ao ponto de clamar por providências mais enérgicas e reformulação imediata de todo o sistema prisional<sup>131</sup>.

O Estado, a fim de defender e garantir os direitos fundamentais do preso, deve aceitar, no meio da crise econômica, que a parceria público-privada é uma medida necessária para contornar o problema<sup>132</sup>.

## 2.5 Proposta da parceria público-privada nas penitenciárias

Além das péssimas condições do sistema carcerário, ora apresentadas, tem-se a insuficiência da receita do Estado para minimizar a situação com a construção de novas penitenciárias e melhorias das existentes. Nesse aspecto, várias alternativas vêm sendo propostas, uma delas é a ideia da parceria público-privada<sup>133</sup>.

No Brasil, tem sido proposto um programa de parceria público-privada baseado numa gestão mista, ou seja, envolve de um lado a administração pública e de outro a iniciativa privada, cabendo a esta, entre outras coisas, a construção, manutenção e funcionamento do estabelecimento prisional. No caso dos presídios, utiliza-se a modalidade de concessão administrativa, pois, haverá repasse financeiro do Estado, sem cobrança de tarifa dos usuários<sup>134</sup>.

Nesse projeto, os servidores do sistema penitenciário continuariam sendo servidores estatais – contudo há outro projeto propondo os servidores de empresa privada, para reduzir o investimento do setor público. A empresa privada construiria a prisão, dentro dos parâmetros da Administração, e gerenciaria o centro penal. Também poderia explorar o trabalho remunerado dos presos, assim sendo, cada detento contribuiria para manutenção do estabelecimento (conforme disposição de Foucault)<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 96.

<sup>132</sup> MATTOS, Renata Soares Bonavides. **Direitos do presidiário e suas violações**. São Paulo: Método, 2001. p. 128.

<sup>133</sup> ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 24.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 31.



Conforme Augusto Thompson, qualquer proposta da reforma penitenciária, respeitando as balizas que decorem, necessariamente, terá de se atingir a dois alvos fundamentais: propiciar à penitenciária condições de se realizar a regeneração dos presos e; dotar o conjunto prisional de suficiente número de vagas para recolher os detentos. É notório que o Estado está enfraquecido para ajeitar todo o sistema<sup>136</sup>.

As parcerias público-privadas vieram para agregar ao princípio da legalidade e ao princípio da eficiência da Administração Pública, ambos expressos no art. 37 da Constituição Federal<sup>137</sup>. Visa-se assim reforçar a presença do Estado com as parcerias, no intuito de haver cooperação, comprometimento com metas e resultados<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> THOMPSON, Augusto. **A questão da Penitenciária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1

<sup>137</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 jul. 2017.

<sup>138</sup> MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 5.

### **3 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

É precisamente no contexto de superlotação dos presídios, da escalada dos gastos, de degradação das condições de alojamento, de presídios desestruturados e ineficientes, descumpridor de leis e garantias fundamentais dos presos, que se recusa a autorizar os recursos necessários à construção de novos estabelecimentos, que a parceria público-privada tem sido proposta e apresentada como solução à crise do sistema prisional brasileiro, mostrando ser possível oferecer ao preso condições dignas para cumprir a pena e, assim alcançar a ressocialização<sup>139</sup>.

Este capítulo apresenta sobre a implantação da parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro sob a ótica do direito administrativo e a legalidade dessa proposta, verificando se no Brasil é legalmente possível. Apresenta-se, também, as experiências internacionais e nacionais, finalizando com a reflexão das vantagens e desvantagens da parceria público-privada nos presídios.

#### **3.1 A proposta de implementação da parceria público-privada no sistema prisional brasileiro sob a ótica do direito administrativo**

A participação do setor privado no sistema prisional é uma prática recorrente em outros países, que serão abordados posteriormente. Contudo, no Brasil, é algo novo e muito discutido. No Direito Administrativo, mostra-se que a parceria público-privada no sistema prisional é possível. Vale frisar, à fim de tornar mais claro o entendimento, o disposto no primeiro capítulo do presente trabalho.

A princípio, cabe ressaltar que o encarceramento é um serviço público, pois, conforme definição já citada da Maria Sylvania, serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas”, ficando claro que a manutenção e administração de um presídio é serviço público, visto que, é exercido diretamente pelo Estado, objetivando satisfazer ou assegurar as

---

<sup>139</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**: A gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 64.

necessidades coletivas e, atende todos os princípios abordados no presente trabalho<sup>140</sup>.

No que concerne à descentralização do serviço público, tem-se que é legalmente viável a concessão da manutenção e administração do presídio para o ente privado. Como já abordado, concessão é a transferência, mediante contrato administrativo, da execução de um serviço público, remunerado por meio do sistema de tarifa paga pelos usuários, para que execute conforme estipulação, tendo prazo final definido. Dessa forma, o Estado se isenta da prestação de serviços públicos dispendiosos de sua titularidade, porém mantém os controles públicos sobre ele<sup>141</sup>. No entanto, como se trata de presídio, a empresa privada não será remunerada pelo usuário e sim diretamente pelo Poder Público, caracterizando uma parceria público-privada.

A parceria público-privada trata-se, como já visto, de uma modalidade de concessão, que pode ser administrativa ou patrocinada. Na patrocinada, em síntese, a pessoa jurídica de direito privado é remunerada por tarifas pagas pelos usuários. Na administrativa, há a previsão de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, constituindo como forma básica de remuneração<sup>142</sup>. Para manutenção e administração dos presídios, é evidente que se qualifica como uma parceria público-privada na modalidade administrativa.

Atendendo os requisitos legais da parceria público-privada, o contrato para manutenção e administração dos presídios não pode ser inferior a cinco nem superior a trinta e cinco anos, admitindo a lei eventual prorrogação. Além do limite temporal, existe uma exigência mínima do valor do contrato da parceria público-privada, a saber que é vedado a celebração cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)<sup>143</sup>.

Quanto ao Direito Administrativo, não há óbice para parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro, pois está de acordo com todas as diretrizes doutrinárias abordadas, além de trazer a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, o compartilhamento de ganhos econômicos, além da garantia de concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de

---

<sup>140</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 300.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 328.

parcerias público-privadas. O parceiro privado deve garantir a execução do contrato, o cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas<sup>144</sup>.

Ademais, o contrato de parceria público-privada no sistema penitenciário é uma alternativa viável, pois assegura os princípios administrativos do serviço público, dispostos na Constituição Federal e no art. 4º da Lei 11.079/2004, *in verbis*:

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

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

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

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

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria<sup>145</sup>.

Diante da crise econômica e péssima administração dos presídios, é possível delegar para a iniciativa privada, à fim de que se possa prestar um serviço de eficiência, garantindo os direitos e princípios inerentes aos presos, afastando a responsabilidade direta do Poder Público, porém, mantendo a este a titularidade do serviço<sup>146</sup>.

### **3.2 Quanto à legalidade da proposta de implementação da parceria público-privada no sistema prisional brasileiro**

Embora já exista parceria público-privada em presídio brasileiro, não há lei nacional específica que regule a gestão privada nas penitenciárias. Contudo, a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210 de 1984) são omissas quanto ao encarceramento ser exclusivamente responsabilidade do poder público. O Decreto Lei n.º 3.689 de 1941, também não contém nenhuma norma que impeça a

---

<sup>144</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 326.

<sup>145</sup> BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 09 jul. 2017.

<sup>146</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade: A gestão da violência no capitalismo global**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 64.

delegação da responsabilidade prisional. Sendo assim, não havendo impedimento, verifica-se que as prisões privadas são possíveis no Brasil<sup>147</sup>.

A Lei 11.079/2004 tem uma única vedação em relação ao objeto das Parcerias Públicas Privadas, elencada no art. 2º, §4º, inc. III:

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:  
[...]  
III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública<sup>148</sup>.

A Lei de Execução Penal, nos artigos 73 e 74, não proíbe a privatização dos estabelecimentos prisionais:

Do Departamento Penitenciário Local:  
Art. 73 – a legislação local poderá criar Departamento Penitenciário ou órgão similar, com as atribuições que estabelecer.  
Art. 74 – o Departamento Penitenciário local, ou órgão similar, tem por finalidade supervisionar e coordena.<sup>149</sup>

Independente do sistema ser público ou misto, deverá haver supervisão do Departamento Penitenciário Nacional, de acordo com a atribuição prevista no artigo 72, inciso II, da Lei de Execução Penal: “Art. 72. São atribuições do Departamento Penitenciário Nacional: [...] II - inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais; [...]”<sup>150</sup>. Não há, na Lei, dispositivo que proíba a possibilidade da gerência e operação material dos estabelecimentos penais serem exercidas por entidade privada. Contudo, o controle e fiscalização do cumprimento e das condições da pena continuam a ser exercidos pelo juiz da execução, e a realização da atividade administrativa-judiciária pelos demais órgãos da execução penal<sup>151</sup>.

De acordo com o artigo 24, inciso I da Constituição Federal, é competência concorrente da União, Estados, Municípios e Distrito Federal legislar sobre direito penitenciário. As Parcerias público-privadas estão reguladas na Lei 11.079/2004, e há

<sup>147</sup> MIRANDA, Fátima. **Privatização no sistema carcerário brasileiro**. Disponível em: <<https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/251309464/privatizacao-no-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

<sup>148</sup> BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 09 jul. 2017.

<sup>149</sup> *Ibidem*.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 6.

legislações específicas nos Estados brasileiros para regular cada situação. No caso dos presídios, utiliza-se a modalidade de concessão administrativa, pois haverá repasse financeiro do Estado, sem cobrança de tarifas aos usuários<sup>152</sup>.

Ainda de acordo com a Constituição que, em seu art. 5º, inciso XLIX, estabelece que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. No inciso III do mesmo artigo consta, ainda, a garantia de que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Em acréscimo, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 3º determina que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” e o artigo 11 prescreve um rol de assistências em que o preso tem direito, mas não são fornecidas: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Como já visto no último capítulo, é evidente que esses dispositivos estão sendo violados pelo atual sistema.

É importante esclarecer que, em um sistema prisional privado, a responsabilidade pela sentença penal continua sendo exclusiva do poder público, bem como o acompanhamento da execução penal, sendo como responsabilidade do privado o confinamento. Não pode haver confusão entre a função jurisdicional do Estado e a administração da penitenciária<sup>153</sup>. Nesse diapasão, afirma D’Urso:

Não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função material da execução penal, vale dizer, o administrador particular será responsável pela comida, pela limpeza, pelas roupas, pela chamada hotelaria, enfim, por serviços que são indispensáveis num presídio. Já a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que, por meio de seu órgão-juiz, determinará quando o homem poderá ser preso, quanto tempo assim ficará, quando e como ocorrerá a punição e quando o homem poderá sair da cadeia, numa preservação do poder de império do Estado, que é o único legitimado para o uso da força, dentro da observância da lei<sup>154</sup>.

Assim também se posiciona Mirabete, que separa as atividades inerentes a execução penal, destacando as atividades administrativas em sentido amplo. Estas podem ser classificadas em duas modalidades: atividades administrativas em sentido

---

<sup>152</sup> MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 6.

<sup>153</sup> OSTERMANN, Fábio Maia. **A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional**. 2012. 32 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Cap. 4.

<sup>154</sup> D'URSO, Luiz Flávio Borges, 1999, p. 75 *apud* OSTERMANN, Fábio Maia. **A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional**. 2012. 32 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Cap. 4.

estrito (judiciárias) e atividades de execução material. As primeiras, são inafastáveis e indelegáveis pelo poder estatal, incumbindo aos órgãos da execução penal elencados na LEP<sup>155</sup>. Já no que concerne às atividades de execução material, poderiam ser atribuídas a entidades privadas. Não há, portanto, qualquer divergência quanto à inadequação legal da delegação do poder jurisdicional à iniciativa privada. Importante frisar que não existe qualquer impedimento legal à participação de empresas privadas em atividades materiais essenciais ao bom andamento e à qualidade da execução da pena<sup>156</sup>.

A empresa tem seu papel restrito ao estabelecido em contrato ou edital, sendo a direção do estabelecimento penitenciário necessariamente uma função do Estado. Além de não proibir a participação da iniciativa privada na execução penal, a LEP ainda faz menção à participação da comunidade na execução penal: “Art. 4. O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”<sup>157</sup>.

Inegável o fato de que empresas são partes integrantes da comunidade. Ressalta-se que a empresa não tem qualquer autonomia para exercer o *jus puniendi* contra o preso, cabendo-lhe apenas a função de custódia do mesmo – sendo punível o excesso doloso ou culposo. A proposta de parceria público-privada não representa, portanto, a “quebra do monopólio estatal da atividade legítima de coerção física penal sobre o particular”, como afirma Luiz Antônio Chies<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> “Art. 61. São órgãos da execução penal: I - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; II - o Juízo da Execução; III - o Ministério Público; IV - o Conselho Penitenciário; V - os Departamentos Penitenciários; VI - o Patronato; VII - o Conselho da Comunidade; VIII - a Defensoria Pública”.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 08 jul. 2017.

<sup>156</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, 1993, p. 61-71 *apud* OSTERMANN, Fábio Maia. **A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional.** 2012. 32 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Cap. 4.

<sup>157</sup> BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>158</sup> CHIES, Luiz Antônio Bogo, 2000 *apud* OSTERMANN, Fábio Maia. **A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional.** 2012. 32 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Cap. 4.

### 3.3 Experiências de outros países com a parceria público-privada no sistema prisional

Este tópico terá como foco as experiências no Reino Unido (pioneiro na implementação do presídio privado), Estados Unidos (país com maior número de penitenciárias sob o regime privado total ou parcialmente), Inglaterra (principal expoente nas Parcerias Público-Privada), França (país que adota um modelo mais próximo ao que pode ser adotado no Brasil) e Chile (por ser recente e o primeiro país da América do Sul com experiência em Parceria Público-Privada em presídio).

As parcerias público-privadas em outros países iniciaram no fim do século passado. A cogestão entre o empregador privado e o Poder Público existem na França, Portugal, Itália, Reino Unido, Chile, Holanda, Austrália e Estados Unidos. O conceito formal de parceria público-privada depende de cada país em que está inserida, podendo significar contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa no Brasil, *private finance initiative* (iniciativa financeira privada) na Inglaterra, *purchase-of-services contracts* (contratos de aquisição de serviços) nos Estados Unidos<sup>159</sup>.

Com relação ao sistema carcerário, existem cerca de 200 presídios privados no mundo, sendo a metade deles nos Estados Unidos. O início da experiência americana com a privatização de presídios se deu na década de 1980. Hoje, esse modelo penitenciário atende 7% dos condenados. Já na Inglaterra, 10% da população carcerária está em penitenciárias com administração terceirizada. Na Austrália, que é a recordista mundial, esse percentual sobe para 17%. África do Sul, Canadá, Bélgica e Chile também aderiram à privatização. Um levantamento do governo australiano mostra que um preso em regime privatizado pode custar menos que na cadeia pública - lá, o custo cai de US\$ 55 mil para US\$ 34 mil. Para os donos dos presídios, os números da privatização nos Estados Unidos sugerem que o negócio não é ruim. O valor de mercado da Correction Corporation of America, a maior empresa do ramo, saltou de US\$ 200 milhões para US\$ 1 bilhão em cinco anos<sup>160</sup>.

O conceito de *Private Finance Initiative* (iniciativa financeira privada) foi introduzido no Reino Unido no ano de 1992. No começo, devido à falta de

---

<sup>159</sup> SANTOS, Jorge Amaral dos. As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13521>> apud MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 3.

<sup>160</sup> *Ibidem*, Cap. 3.



coordenação, houveram muitos problemas, principalmente por que muitos projetos estavam sendo feitos simultaneamente e de forma célere. Com a correção dos problemas, conseguiu-se coordenar os projetos, admitindo a parceria público-privada outros modelos além dos típicos “construir, conceber, operar e financiar”. Segundo informações obtidas da Confederação Nacional da Indústria (CNI) junto ao *International Financial Services* de Londres, no período de pouco mais de dez anos desde a introdução do sistema, o governo britânico assinou mais de 500 projetos de *Private Finance Initiative*, que ultrapassam 70 bilhões de dólares em investimento. A iniciativa de parceria recebeu avaliações internas positivas<sup>161</sup>.

Na Inglaterra, uma das razões da adoção do sistema prisional privado foi a superlotação dos presídios, em 1992. Dos cento e trinta e oito presídios ingleses, nove são privados. Diferentemente do modelo norte-americano, na Inglaterra centraliza o poder nas mãos do Estado e é financiado com dinheiro arrecadado através de impostos ou de empréstimos ao mercado<sup>162</sup>.

No sistema penitenciário privado inglês as empresas construíram as penitenciárias, e tiveram como contrapartida o recebimento de valores do governo por um período determinado de vinte e cinco anos. A empresa tem responsabilidade por todos os setores do presídio, porém, o transporte de presos para audiência ou julgamentos é executada por uma empresa privada de segurança, que não é a mesma que gerencia o estabelecimento prisional. Não há guaritas nem cercas elétricas, os guardas trabalham desarmados. Os presídios são monitorados por câmeras de TV móveis nas partes interna e externa. Além de aparelhos de segurança como os detectores de metais, a revista pessoal é feita em todas as autoridades inclusive nos advogados, sendo que, no Reino Unido apenas a Família Real está isenta da revista ao entrar em um presídio. Cada cela abriga, na maioria dos presídios, dois detentos. Os primários não ficam na mesma cela que o reincidente<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. 2013. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. Cap. 2.

<sup>162</sup> MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 3.

<sup>163</sup> SANTOS, Jorge Amaral dos. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13521>> *apud* MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 3.

Os custos das penitenciárias privadas inglesas chegam a ser 20% menor do que presídios públicos, segundo Herb Nahapiet, dirigente da Kalyx, empresa gestora do grupo Sodexo, que administra presídios na Inglaterra e em outros cinco países. O modelo atrai investidores para participar de áreas que dão muita mão-de-obra e custos para o Estado<sup>164</sup>.

Nos Estados Unidos, a experiência com os presídios privados surgiu na década de oitenta, e teve como objetivo reduzir os custos do setor público com a construção de penitenciárias e introduzir técnicas de gestão empresarial para garantir a eficiência e gerar lucro para as empresas<sup>165</sup>.

Hoje, há cerca de 150 prisões privadas em 28 Estados dos EUA. As duas maiores empresas são a *Corrections Corporation of America* e a *Wackenhut Corrections Corporation*. A Suprema Corte deixou claro que não há impedimento para implantação dos presídios privados, disposto na súmula 1981 com a seguinte redação: “não há obstáculo constitucional para impedir a implantação das prisões privadas, cabendo a cada Estado avaliar as vantagens advindas dessas experiências, em termos de qualidade e segurança, nos domínios da execução penal”<sup>166</sup>.

A redução de custos para os cofres públicos é de 1% em relação a um presídio mantido pelo Estado. Por isso, há severas críticas em relação aos gastos excessivos que traz o presídio privado e os grandes ganhos das empresas administradoras do sistema. O principal ponto positivo apontado é que uma unidade privada de trezentos e cinquenta vagas é entregue em cinco meses, custando catorze mil dólares por vaga. Já quando feita pelo governo, o custo é de vinte e seis mil dólares por vaga e é entregue em dois anos. Por se apresentar como alternativa mais barata e eficiente, a quantidade destas experiências tem se multiplicado dentro e fora dos EUA<sup>167</sup>.

Na França, a ideia de delegar ao setor privado surgiu devido à crise no sistema e a superlotação dos presídios. Muitos projetos tramitaram até a promulgação, em

---

<sup>164</sup> Agência Indusnet Fiesp. **PPP prisional**: Experiência internacional mostra que custo pode ser 20% menor. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/ppp-prisional-experiencia-internacional-mostra-que-custo-pode-ser-20-menor/>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

<sup>165</sup> MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 3.

<sup>166</sup> OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. 2013. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. Cap. 2.

<sup>167</sup> *Ibidem*, cap. 2.

1987, da Lei 87/432, que autorizou a cogestão das penitenciárias, por meio do processo licitatório<sup>168</sup>. Vale expor o art. 2º da referida Lei, *in verbis*:

Art. 2º: O Estado pode confiar a uma pessoa de direito público ou privado ou a um grupo de pessoas de direito público ou privado uma missão versando ao mesmo tempo sobre a construção e a adaptação de estabelecimentos penitenciários<sup>169</sup>.

Há dupla gestão, ou seja, cabe ao Estado e à empresa privada o gerenciamento e administração do estabelecimento prisional, não se admitindo a gestão integralmente feita pelo setor privado, apenas é aceito a gestão mista. O modelo de privatização do sistema prisional teve início em 2004. O setor privado, que abriga 6% da população carcerária, ficou responsável pela edificação e promoção do trabalho, educação, transporte, lazer, alimentação, assistência social, jurídica e espiritual, e a saúde física e mental do preso. O Estado, ficou responsável pela indicação do Diretor Geral do estabelecimento, serviço administrativo, fornecimento de agentes penitenciários e a segurança externa e interna do estabelecimento. Segundo a lei, a empresa privada é remunerada pelo Estado com base na relação preso/dia<sup>170</sup>.

Na América do Sul, a primeira experiência com a parceria público-privada para presídio foi no Chile, no ano de 2005, utilizada como uma das alternativas para diminuir a superpopulação nos presídios e déficit de infraestrutura no cárcere. A Siges, filial da Sodexo, venceu a licitação internacional e tem concessão para operar durante vinte anos – de 2005 a 2025. Foram construídos três presídios, com cerca de 1.800 detentos cada um<sup>171</sup>.

Hoje, o Chile conta com seis estabelecimentos concessionados, que respondem por 20% da população carcerária do país. O estado paga 7,5% a mais sobre os custos do sistema tradicional para obter uma concessão, afirmou Marco Botto, do Ministério de Obras Públicas do Chile. Porém, segundo ele, tem-se os

---

<sup>168</sup> OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. 2013. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. Cap. 2.

<sup>169</sup> JUNIOR, Gercí. **Privatização e terceirização do sistema penitenciário**. Disponível em: <<https://gercijr.jusbrasil.com.br/artigos/141496246/privatizacao-e-terceirizacao-do-sistema-penitenciario>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

<sup>170</sup> MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 3.

<sup>171</sup> Agência Indusnet Fiesp. **PPP prisional: Experiência internacional mostra que custo pode ser 20% menor**. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/ppp-prisional-experiencia-internacional-mostra-que-custo-pode-ser-20-menor/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

benefícios de um padrão que o sistema público não oferece, pois, seria preciso injetar 30% mais recursos do orçamento público para alcançar a eficiência privada. No modelo chileno, cada preso custa nove dólares por dia<sup>172</sup>.

### 3.4 Experiências no Brasil com parceria público-privada no sistema prisional

Este tópico apresenta sobre as experiências nos Estados brasileiros que terceirizaram algumas funções nos presídios e o caso de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, que teve a primeira parceria público-privada para construção e administração de penitenciária, nos moldes da Lei 11.079/2004.

A parceria público-privada nos presídios brasileiros, entendida como política penal destinada ao enfrentamento da crise do sistema penitenciário, ganhou foros de legitimidade e tem sido defendida por advogados no Brasil a partir da visão das experiências internacionais<sup>173</sup>.

No ano de 1992, foi proposto, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão do Ministério da Justiça, a adoção do sistema de gerenciamento privado das prisões no Brasil. A ideia surgiu após a adoção desse sistema nas prisões da Inglaterra, Estados Unidos, França e Austrália. Os objetivos principais eram reduzir os encargos públicos, introduzir no sistema prisional um modelo administrativo de gestão moderna, atender ao mandamento constitucional de respeito à integridade física e moral do preso e aliviar a situação de superlotação que atinge todo o sistema carcerário<sup>174</sup>.

O principal argumento da proposta estava em torno da redução de custos que a privatização acarretaria para o Estado e para os contribuintes. Contudo, houve uma forte oposição à proposta do governo. A Ordem dos Advogados do Brasil se pôs contra a proposta de privatização, sob o argumento de se constituir um retrocesso em termos de desenvolvimento da política criminal; que a execução da pena é função pública intransferível; que a política de privatização carcerária daria margem a uma contínua exploração do trabalho prisional e que tal proposta violaria direitos e garantias

---

<sup>172</sup> Agência Indusnet Fiesp. **PPP prisional:** Experiência internacional mostra que custo pode ser 20% menor. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/ppp-prisional-experiencia-internacional-mostra-que-custo-pode-ser-20-menor/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

<sup>173</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade:** A gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 161.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 161.

constitucionais dos presos. Em decorrência de toda essa divergência de posicionamento ideológico, a proposta do Ministério da Justiça apresentada em 1992 foi arquivada<sup>175</sup>.

Em 12 de novembro de 1999, baseando principalmente no modelo Francês, o Brasil teve a primeira experiência de administração prisional com relevante participação da iniciativa privada, em que foi inaugurada a Prisão Industrial de Guarapuava (PIG), localizada no Município de Guarapuava, no Estado do Paraná. Foram terceirizadas atividades como alimentação, vestuário, higiene, assistência jurídica, médica, odontológica e psicológica, bem como a segurança interna. O governo do Paraná ficou, por sua vez, encarregado da nomeação do diretor, do vice-diretor e do diretor de disciplina, que supervisionam a qualidade de trabalho da empresa contratada e fazem valer o cumprimento da Lei de Execuções Penais<sup>176</sup>.

A política adotada era para cumprir as metas de ressocialização e interiorização das unidades penais, assim sendo, o preso ficava próximo da família e cidade de origem. Essa política buscava oferecer trabalho e profissionalização para os detentos, o que lhes dão o benefício da remição – de acordo com a Lei de Execuções penais, em seu art. 126 § 1º, a cada três dias trabalhados desconta-se um dia da pena – e a reinserção na sociedade<sup>177</sup>.

A experiência obteve êxito, pois, o índice reincidência de seus egressos foi de apenas 6% no ano de 2005, enquanto que a média brasileira era de 70% de reincidência criminal. Com essa experiência de cogestão em Guarapuava, o governo optou por expandir tal modelo para outros cinco estabelecimentos penais: Casa de Custódia de Curitiba, Casa de Custódia de Londrina, Penitenciária Estadual de Piraquara, Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu e Penitenciária Industrial de Cascavel. As seis unidades terceirizadas chegaram a abrigar 2.638 detentos, ou 29,2% da população carcerária do Paraná (9.033 pessoas)<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 4.

<sup>176</sup> OSÓRIO, Fabio Medina; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **Sistema penitenciário e parcerias público-privadas: novos horizontes**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7643&p=1C>> *apud* OSTERMANN, Fábio Maia. **A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional**. 2012. 32 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Cap. 3.

<sup>177</sup> MOURA, Viviane Braga de, *op. cit.*, cap. 4.

<sup>178</sup> OSTERMANN, Fábio Maia. **A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional**. 2012. 32 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Cap. 3.

Surgiram nos demais Estados brasileiros diversos estabelecimentos semelhantes, localizados: no Amazonas: na cidade de Manaus, na Bahia: nas cidades de Juazeiro, Serrinha, Valença, Lauro de Freitas e Itabuna, no Ceará: nas cidades de Sobral, Fortaleza, Juazeiro do Norte e Itaitinga, no Espírito Santo: nas cidades de Cachoeiro de Itapemirim, Colatina e Viana, em Minas Gerais: na cidade de Ribeirão das Neves, em Pernambuco: na cidade de Itaquitinga, e em Santa Catarina: na cidade de Joinville<sup>179</sup>.

Fato curioso foi no Estado do Ceará, que aprovou a instituição de parceria público-privada nos presídios. A primeira experiência ocorreu na Penitenciária Industrial Regional do Cariri, em Juazeiro do Norte, sendo implementada a partir do ano 2000, onde até o serviço de vigilância dos detentos, atinente ao poder de polícia do Estado, é prestado por empresa privada. A área externa da penitenciária é vigiada por policiais militares<sup>180</sup>.

Luiz Flávio Borges D'Urso, advogado criminalista, que presidiu o Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária de São Paulo e foi membro do Conselho Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e ex-presidente da OAB/SP, emitiu a seguinte opinião:

Registro que sou amplamente favorável à privatização, no modelo francês e as duas experiências brasileiras, uma no Paraná há um ano e outra no Ceará, há dois meses, há de se reconhecer que são um sucesso, não registram uma rebelião ou fuga e todos que orbitam em torno dessas unidades, revelam que a 'utopia' de tratar o preso adequadamente pode se transformar em realidade no Brasil. [...] Das modalidades que o mundo conhece, a aplicada pela França é a que tem obtido melhores resultados e testemunho que, em visita oficial aos estabelecimentos franceses, o que vi foi animador. Trata-se de verdadeira terceirização, na qual o administrador privado, juntamente com o Estado fazem parceria administrativa, inovando o sistema prisional. Já o modelo americano, o qual também visitei, tal seria inaplicável ao Brasil, porquanto a entrega do homem preso ao particular é total, fato que afrontaria a Constituição brasileira. [...] De minha parte, não me acomodo e continuo a defender essa experiência no Brasil, até porque não admito que a situação atual se perpetue, gerando mais criminalidade, sugando nossos preciosos recursos, para piorar o homem preso que retornará, para nos dar o "troco"<sup>181</sup>.

O governo do Ceará inaugurou, em 2002, a Penitenciária Industrial Regional de Sobral e o Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II, com contrato de parceria

---

<sup>179</sup> MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 4.

<sup>180</sup> *Ibidem*, cap. 4.

<sup>181</sup> D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Privatização das Prisões Mais Uma Vez a Polêmica**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10717-10717-1-PB.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

público-privada. Estes contratos foram feitos por meio de dispensa de licitação, infringindo assim a Lei 8.666/93. Contudo, em 19 de julho de 2007, o juiz Marcus Vinícius Parente Rebouças, da 3ª Vara Federal, determinou, a suspensão do contrato firmado entre o Estado do Ceará e a Companhia Nacional de Administração Prisional Ltda. (CONAP), empresa responsável pela administração de três unidades prisionais do Estado: Penitenciária Industrial Regional de Sobral (PIRS), Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC) e Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II (IPPOO II), alegando ainda que a manutenção do sistema penitenciário é função típica do Estado, de forma que o seu exercício deve ser incumbido a órgãos ou entidades públicas, sendo indelegável ou intransferível a particulares<sup>182</sup>.

Nas unidades prisionais da Bahia, conta-se com a gestão compartilhada, iniciada em janeiro de 2003, em Valença, sendo cinco unidades assim administradas. O Estado é responsável pela indicação do diretor geral, do diretor adjunto e do chefe de segurança. A empresa é responsável por todas as outras funções, até do agente penitenciário, porém, a guarda das muralhas é feita pela Polícia Militar<sup>183</sup>.

Em 2005 foi inaugurada a primeira penitenciária no modelo de cogestão no Espírito Santo. Todas as necessidades dos presos, incluindo quatro alimentações diárias e atendimentos médicos estavam sendo oferecidas e o presídio não estava superlotado, considerando as condições do presídio superiores às administradas exclusivamente pelo Estado<sup>184</sup>.

No Amazonas, foi firmada parceria para três penitenciárias em Manaus: Complexo Penitenciário Unidade Prisional do Puraquequara, Instituto Penal Antônio Trindade, e o Complexo Penitenciário Anísio Jobim. Contudo, em outubro de 2007, houve uma rebelião e durante uma inspeção surpresa e, vinte e cinco dias depois, houve uma inspeção surpresa do Corregedor de Justiça, representantes da OAB e do Ministério Público, no qual constataram falha da empresa administradora do presídio, pois o presídio apresentava péssimas condições, com falta de tratamento adequado, falta de assistência técnica e de higiene<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 4.

<sup>183</sup> *Ibidem*, cap. 4.

<sup>184</sup> *Ibidem*, cap. 4.

<sup>185</sup> *Ibidem*, cap. 4.

O marco principal no Brasil foi no dia 28 de janeiro de 2013, em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte, Minas Gerais, na qual se teve a primeira experiência em parceria público-privada em penitenciária, com a inauguração de um novo presídio, construído na forma de concessão administrativa, com base na Lei nº 11.079/04<sup>186</sup>.

A penitenciária foi construída por um consórcio de cinco empresas – uma sociedade com propósito específico, na forma de sociedade anônima, com a exclusiva finalidade de explorar o objeto da concessão administrativa, ou seja, o presídio. O consórcio Gestores Prisionais Associados (GPA), vencedor da licitação, foi o responsável por construir e administrar o complexo, obedecendo 380 indicadores de desempenho definidos no contrato pelo governo mineiro, com prazo de 27 anos, válido até 2036, podendo ser prorrogado até 2044, onde completa 35 anos<sup>187</sup>.

Ao contrário das terceirizações utilizadas em outros presídios brasileiros, em que a iniciativa privada recebe a prisão a ser administrada, na parceria público-privada a empresa parceira tem de construir o presídio, instalar bens e prover serviços com recursos próprios ou financiados. O custo da obra é ressarcido aos poucos à iniciativa privada com as mensalidades que o Estado paga pelo serviço de gestão<sup>188</sup>.

Vale ressaltar que o contrato deixou expresso que os serviços devem ser prestados ininterruptamente, de maneira adequada, que propicie ao sentenciado de forma ampla e total as assistências devidas. Cabe à contratada prestar aos encarcerados assistência jurídica, médica, social, material, educacional, profissionalizante, cultural, recreativa, além de assistência ao trabalho, à fim de que o preso possa reintegrar à sociedade. O Estado ficou na incumbência de remunerar a concessionária; indicar equipe de fiscalização dos serviços; fornecer elementos técnicos necessários ao desenvolvimento da concessão; orientar e prestar informações para o bom andamento da exploração; nomear o Diretor Público de Segurança de cada unidade; disponibilizar o imóvel onde será localizado o complexo; transferência e transporte dos sentenciados e; segurança externa do estabelecimento<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. 2013. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. Cap. 2.

<sup>187</sup> *Ibidem*, cap. 2.

<sup>188</sup> *Ibidem*, cap. 2.

<sup>189</sup> *Ibidem*, cap. 2.



O valor estimado do contrato é de R\$ 2.111.476.080 (dois bilhões, cento e onze milhões e quatrocentos e setenta e seis mil, setecentos e oitenta reais), calculado ao longo do período da concessão administrativa. Ademais, a concessionária deve compartilhar com o poder concedente, em partes iguais, os ganhos econômicos que obter. Ressalta-se que a concessionária responde por qualquer prejuízo causado, além de poder ser aplicada multa, repasse inferior do que o estabelecido ou extinção do contrato por qualquer descordo com padrão exigido, voltando os serviços ao poder concedente. Dessa forma, evita a ocorrência de abusos aos direitos humanos<sup>190</sup>.

São 2.016 presos condenados nos regimes fechado e semiaberto. Não são aceitos estupradores nem integrantes de facções. Cada preso custa, em média, R\$ 3.500 por mês. Metade do valor é o custo real do preso. Quando a construção for paga, o valor passa a ser o lucro da concessionária. Nos presídios administrados pelo governo de Minas, cada detento custa, em média, R\$ 2.700 por mês. A outra metade é referente à construção do complexo<sup>191</sup>.

Nas celas ficam, no máximo, quatro detentos. Em quatro anos de funcionamento, apenas um preso conseguiu fugir do complexo. A tecnologia é um diferencial, pois tudo é automatizado, são quase 800 câmeras para acompanhar o que os detentos fazem. Até o comando para os presos saírem das celas é automatizado. Os consultórios médicos, psicológicos e odontológicos são bem equipados, os presos têm total acesso e incentivo aos estudos, trabalhos, cursos profissionalizantes, oficinas de arte e cinema<sup>192</sup>.

### **3.5 Reflexão sobre as vantagens e desvantagens da implantação da parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro.**

O Estado, ao contratar a execução do serviço ao setor privado, mantém responsabilidade por seu financiamento, controle, avaliação e regulação, contudo, se beneficia do acesso à novas tecnologias, redução de gastos com pessoal, se isenta

---

<sup>190</sup> OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. 2013. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. Cap. 2.

<sup>191</sup> G1. Jornal Nacional. **MG tem primeiro presídio construído e administrado por empresa**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/mg-tem-primeiro-presidio-construido-e-administrado-por-empresa.html>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

<sup>192</sup> *Ibidem*.

da burocracia da compra de materiais e dos atrasos recorrentes dos cronogramas, fundamentalmente na construção de novos estabelecimentos<sup>193</sup>.

A empresa privada pode fazer obras e comprar bens sem burocracia e com preços mais acessíveis do que o Poder Público, que ainda se submete às licitações. Em caso de falta praticada pelo empregado de empresa privada, como corrupção ou maus-tratos, o mesmo pode ser dispensado imediatamente, fato que não ocorre com os empregados públicos que são submetidos à legislação específica, que prevê diversos procedimentos antes de uma demissão, o que quase nunca acontece. Somado a isto, por se tratar de contratos administrativos, em caso de má administração dos presídios, os contratos podem ser rescindidos unilateralmente, desde que por ato fundamentado e observado o devido processo legal. Assim o interesse público se sobrepõe aos interesses particulares<sup>194</sup>.

As vantagens estão presentes no sentido de aumentar a capacidade de vagas no sistema prisional; proporcionar um cumprimento de pena de maneira digna; estabelecer parcerias com a sociedade no sentido de proporcionar trabalho ao apenado e com isso facilitar seu retorno à sociedade, além de desonerar o Estado no tocante a investimentos em curto prazo. Havendo cumprimento das obrigações impostas a ambos os lados da parceria, tendo em vista o objetivo de recepcionar na comunidade um ex-presidiário ressocializado, esse modelo de gestão prisional poderá trazer muitos benefícios para a sociedade<sup>195</sup>.

De acordo com Eugênio Coutinho Ricas, secretário de justiça do Espírito Santo, a parceria público-privada nos presídios é bem-sucedida no Brasil, trazendo alguns benefícios:

É uma cogestão, a gente terceirizou uma parte da mão de obra. O Estado continua presente na gestão prisional, ele não abre mão por completo. Não é um ente externo controlando totalmente o presídio. Eu considero isso positivo. Por serem tratadas de empresas privadas, elas têm facilidade de aquisição de alguns materiais. No setor público, tudo que for comprar precisa de licitação. A empresa privada também tem mais velocidade na contratação e na demissão de pessoal,

---

<sup>193</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**: A gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 65.

<sup>194</sup> MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 4.

<sup>195</sup> MURARO, Celia Cristina. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12136](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12136)>. Acesso em: 14 jul. 2017.

enquanto o Estado tem que fazer um concurso público. São mecanismos de controle que proporcionam uma gestão mais eficaz<sup>196</sup>.

Para Fátima Miranda, a vantagem da parceria público-privada nas prisões é o cumprimento da lei, que dá assim, comprovadamente, efetivas condições ao preso de cumprir a pena e retornar à sociedade sem reincidir, ao contrário do que vem acontecendo com o sistema prisional público, que somente agrava a situação do apenado<sup>197</sup>.

A ex-secretária nacional de Justiça, Elizabeth Sussekind, afirma que os presídios privados são mais eficazes, alegando que as penitenciárias de Guarapuava e do Cariri oferecem aos detentos apenas o que determina a Lei de Execução Penal, mas que nenhuma outra penitenciária do país consegue oferecer por inteiro:

Um agente penitenciário corrupto, se for público, no máximo é transferido. Se for privado, é demitido na hora. Há quem diga que custam mais, mas isso só acontece porque oferecem mais. Fui secretária e cansei de entregar alvará de soltura a quem ficou preso por quatro anos e saiu da cadeia sem saber assinar o nome. Eles colocavam a digital no alvará porque o Estado foi incapaz de alfabetizá-los<sup>198</sup>.

Em outro aspecto relevante, o Estado e o consórcio buscam empresas que se interessem com o trabalho do preso. As empresas não podem contratar o trabalho deles a não ser para cuidar das próprias instalações da unidade, como elétrica e limpeza. As condições de trabalho do preso não são regidas pela CLT, mas sim pela Lei de Execução Penal<sup>199</sup>. Se a Constituição Federal diz que nenhum trabalhador

<sup>196</sup> MARTINS, Carolina. **Cinco Estados brasileiros dividem gestão de presídios com empresas privadas**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/cinco-estados-brasileiros-dividem-gestao-de-presidios-com-empresas-privadas-18012014>>. Acesso em: 19 jul. 2017

<sup>197</sup> MIRANDA, Fátima. **Privatização no sistema carcerário brasileiro**. Disponível em: <<https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/251309464/privatizacao-no-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

<sup>198</sup> FERNANES, Nelito. **Privatizar resolve?**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG76972-6009,00-PRIVATIZAR+RESOLVE.html>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

<sup>199</sup> "Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;  
b) à assistência à família;  
c) a pequenas despesas pessoais;

pode ganhar menos de um salário mínimo, a LEP afirma que os presos podem ganhar  $\frac{3}{4}$  de um salário mínimo, sem benefícios. Um preso sai até 54% mais barato do que um trabalhador não preso assalariado e com registro em carteira, economia que é mais vantajosa para o Estado, que terá o contrato com redução de custo. Ressalta-se que o lucro do consórcio não vem diretamente do trabalho dos presos, mas sim do repasse mensal do estado<sup>200</sup>.

Exemplo bem-sucedido pode ser visto no presídio de Ribeirão das Neves, pois além da alta produção, há também a qualificação e experiência profissional do detento, que possibilita, após o cumprimento da pena, sua ocupação e geração de renda para sua família. Em consonância, este deve contribuir com os altos custos que gera a sua prisão. Helbert Pitorra, coordenador de atendimento do GPA diz, em entrevista, que:

Na prática, quem coordena o trabalho dos presos orgulha-se que o complexo está virando um “polo de EPis” (equipamentos de proteção individual), ou seja, um polo na fabricação de equipamentos de segurança. Eles fabricam dentro da unidade prisional sirenes, alarmes, vários circuitos de segurança, [...] calçados de segurança como coturnos e botas de proteção [...], além de uniformes e artigos militares<sup>201</sup>.

Fernando Capez enxerga a deficiência atual no sistema prisional público, sendo adepto à parceria-público privada, apontando suas vantagens:

É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O estado não tem recursos para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é a questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível, é um fato<sup>202</sup>.

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas”.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2017.

<sup>200</sup> SACCHETTA, Paula. **Na primeira penitenciária privada do Brasil, quanto mais presos, maior o lucro**. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/01/na-primeira-penitenciaria-privada-do-brasil-quanto-mais-presos-maior-o-lucro-4542.html>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

<sup>201</sup> *Ibidem*.

<sup>202</sup> CAPEZ, Fernando, 2002 *apud* SILVA, Ricardo Dias da. **A privatização de presídios como mecanismo garante dos direitos fundamentais constitucionais na execução penal**: uma

Entretanto, alguns especialistas afirmam que para quem investe em presídios, será necessário ter cada vez mais presos, utilizando-os como fonte de lucro. Questionam eficiência dos presídios com parceria. Para Robson Sávio, coordenador do Núcleo de Estudos Sociopolíticos (Nesp) da PUC-Minas e membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a eficiência pode caracterizar um aumento das prisões ou uma ressocialização de fato do preso. Acredita ele que a privatização tende para o primeiro caso. Entre as vantagens anunciadas está, também, a melhoria na qualidade de atendimento ao preso e na infraestrutura dos presídios<sup>203</sup>.

Como se trata de investimentos, o empresário, cuja essência ambiciosa é peculiar, nunca estará disposto a diminuir seus lucros, sob pena de o empreendimento não ser vantajoso. É lógico que o Brasil irá presenciar empresários despreocupados com prisões ilegais e intransigentes em pactuar com custos adicionais decorrentes de melhorias prisionais<sup>204</sup>.

Outro ponto criticado é a terceirização do cargo de agente penitenciário e o acesso de informações de inteligência de segurança pública que terá a empresa privada, conforme Séfora Char, Procuradora do Ministério Público do Trabalho (MPT) na Bahia:

A terceirização do cargo de agente penitenciário é ilícita. É um cargo público previsto em lei, logo a administração pública não pode terceirizar. Agentes penitenciários devem ter uma função de segurança pública. [...] A empresa terceirizada tem informações de inteligência de segurança pública. Ela está tendo acesso a informações secretas, para depois poder até 'quarterizar' esse serviço, o que deixa a situação bem mais vulnerável<sup>205</sup>.

José Luiz Quadros de Magalhães, professor de Direito Constitucional da UFMG, é contra a adoção de parceria público-privada para presídios e acredita que é desvantajoso

---

tendência factível ou falaciosa?. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7551#\\_ftn12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7551#_ftn12)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>203</sup> SACCHETTA, Paula. **Na primeira penitenciária privada do Brasil, quanto mais presos, maior o lucro**. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/01/na-primeira-penitenciaria-privada-do-brasil-quanto-mais-presos-maior-o-lucro-4542.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

<sup>204</sup> SAIBRO, Henrique. **A privatização dos presídios: um business penitenciário**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-privatizacao-dos-presidios-um-business-penitenciario/>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

<sup>205</sup> TELLES, Lucas. **MPT relaciona crise em presídios com gestão terceirizada e faz alerta na BA**. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/bahia/noticia/mpt-relaciona-crise-em-presidios-com-gestao-terceirizada-e-faz-alerta-na-ba/?cHash=f3016bbd91664533b29bf0aa85db8d0a>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

para o país. Para ele, o mais importante é diminuir a criminalidade e, em consequência, o encarceramento:

Acho muito perigoso, porque está mexendo com uma atividade privada, que envolve lucro, ou seja, o objetivo de uma empresa privada é o lucro, ela vive do lucro. Se não tiver lucro, ela fecha. E esse lucro depende do encarceramento. E encarceramento depende da criminalidade. Nós temos que esvaziar essas penitenciárias de outra maneira. Temos que ter políticas inteligentes de combate à criminalidade, de combate às drogas e outra forma de ressocializar essas pessoas porque presídio não ressocializa ninguém<sup>206</sup>.

Importante aspecto a ser observado, também, é a assistência jurídica prestada aos detentos. A função é constitucionalmente reservada à Defensoria, que presta assistência gratuita às pessoas que não podem pagar um advogado. Diante de uma situação de tortura ou de violação de direitos, o apenado vai buscar o advogado contratado pela empresa demandar contra a própria empresa, é ilógico. Evidentemente isso pode ser facilmente alterado nos contratos<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> G1. Jornal Nacional. **MG tem primeiro presídio construído e administrado por empresa.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/mg-tem-primeiro-presidio-construido-e-administrado-por-empresa.html>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

<sup>207</sup> MELO, Talita. **Penitenciárias privadas:** quanto mais presos, maior o lucro. Disponível em: <<https://papodehomem.com.br/quanto-mais-presos-maior-o-lucro/>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

## CONCLUSÃO

Este trabalho teve como tema as Parcerias Público-Privadas no Sistema Penitenciário Brasileiro. Este assunto é tratado no Direito Administrativo e no Direito Penal, e visa regular como devem ser feitas as parcerias de particulares com o Estado em relação aos presídios brasileiros, uma vez que ainda não existe lei específica que regulamente.

O sistema penitenciário, no Brasil, está em estado alarmante. Superlotação, degradação das condições de alojamento, presídios desestruturados e ineficientes, descumprimento de leis e garantias fundamentais dos presos, escassez de recursos públicos, para realizar de forma efetiva os investimentos nos setores de responsabilidade estatal, falta de higiene, condições deficientes de trabalho, deficiências no serviço médico, entre outros. A ressocialização do preso é praticamente inexistente.

Com tudo isso em jogo, o Brasil continua não respeitando o tratado internacional sobre os Direitos Humanos, no que diz respeito à garantia de humanidade e respeito à pessoa privada de sua liberdade, e a situação segue insustentável, embora a utopia de se tratar o preso adequadamente tenha condições de se transformar em realidade no país.

O crescimento demasiado das atribuições do Estado e a péssima administração do governo trouxeram consequências desastrosas para os âmbitos sociais e econômicos. Diante desse cenário, formou-se a concepção de “Estado subsidiário”, ou seja, o Estado é garantidor de direitos individuais, mantenedor do bem da coletividade e passa a fomentar, fiscalizar e incentivar a iniciativa privada. A parceria com o setor privado surge como forma de diminuir o tamanho do Estado e potencializar o atendimento ao princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos.

É certo que, o Estado não consegue cuidar do preso, e que se faz necessário e urgente a melhoria do sistema prisional, através do comprometimento com metas e resultados. Delegar algumas funções do Estado ao ente privado, como ocorre em alguns países e começa a ser experimentado em alguns Estados brasileiros, parece ser uma das formas de se corrigir o caos penitenciário do país.

Conclui-se que, haveria melhoria nas condições dos presídios, pois, haveria instalações novas e/ou reformadas, adequadas a um ser humano, em boas condições sanitárias, possibilidade de atendimento médico a todos, sem necessidade de deslocamento para casos de pouca gravidade ou urgência. Haveria também estímulo ao trabalho, que apresenta atualmente quadro deficiente.

Na França, o sistema é de dupla responsabilidade ou cogestão. O Estado indica o Diretor Geral do estabelecimento e é responsável pela segurança interna e externa da prisão. A empresa privada é encarregada de proporcionar trabalho, educação, lazer, alimentação, transporte, assistência social, jurídica, espiritual e saúde física e mental dos presos.

O modelo Francês é o mais adequado para o Brasil, haja vista que, privatizar totalmente afrontaria a Constituição Federal e retiraria o Estado de qualquer poder fiscalizatório com a conseqüente perda do poder de polícia. Vale levar em consideração, também, as más experiências internacionais. A cogestão permite que o Estado mantenha sua titularidade, fiscalização e controle, sendo evidente que é o mais propício para o país.

No Brasil houve forte oposição à proposta de privatização das penitenciárias, visto que, alegam a ilegalidade da privatização dos presídios. Este argumento não tem respaldo, pois, a titularidade, responsabilidade, fiscalização e a execução da pena, continuam sendo do Estado, apenas a administração do presídio que é incumbido ao setor privado, não tendo impedimentos legais para tal implementação.

Outro ponto discutido pelos opositores da parceria público-privada é sobre o lucro dos empresários em cima do trabalho do preso durante o cumprimento da pena. Todavia, essa preocupação não tem fundamento, já que o lucro dos empresários será proveniente do Estado, de acordo com o cumprimento do contrato, e não do trabalho do preso.

Não há, portanto, qualquer óbice legal para intervenção parcial da participação do setor privado na construção e administração das penitenciárias, pois, estão vencidos os argumentos a respeito da delegação do poder disciplinar, da legalidade, do lucro. Tendo o Estado se mostrado falho tanto em cumprir as exigências da lei, quanto em garantir a reinserção do egresso na sociedade e atender ao princípio da eficiência do serviço público, se faz conveniente a participação da iniciativa privada no sistema prisional do país.



Delegar parte do serviço público para construção e administração do presídio é abrir espaço para que os direitos individuais dos condenados sejam de fato garantidos, bem como uma chance efetiva de resolver os problemas nos presídios, tais como superlotação, degradação das condições de alojamento, falta de higiene, condições deficientes de trabalho, deficiências no serviço médico. Em consonância, há possibilidade da diminuição do índice de reincidência criminal.

É um desafio a ser tentado, e que tem muitas chances de ser um sucesso, desde que haja interesse do poder público em fiscalizar tanto a implantação do sistema quanto o desenvolvimento de acordo com o estabelecido em contrato.

## REFERÊNCIAS

Agência Indusnet Fiesp. **PPP prisional**: Experiência internacional mostra que custo pode ser 20% menor. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/ppp-prisional-experiencia-internacional-mostra-que-custo-pode-ser-20-menor/>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 08 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm)>. Acesso em: 06 fev. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: vol. I, parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Privatização das Prisões Mais Uma Vez a Polêmica**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10717-10717-1-PB.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANES, Nelito. **Privatizar resolve?**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG76972-6009,00-PRIVATIZAR+RESOLVE.html>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

FOUCAULT; Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Vozes, 1984.

FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FREIRE, Elias Sampaio. **Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2007.

G1. Jornal Nacional. **MG tem primeiro presídio construído e administrado por empresa**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/mg-tem-primeiro-presidio-construido-e-administrado-por-empresa.html>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JUNIOR, Gercí. **Privatização e terceirização do sistema penitenciário**. Disponível em: <<https://gercijr.jusbrasil.com.br/artigos/141496246/privatizacao-e-terceirizacao-do-sistema-penitenciario>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

MARTINS, Carolina. **Cincos Estados brasileiros dividem gestão de presídios com empresas privadas**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/cincos-estados-brasileiros-dividem-gestao-de-presidios-com-empresas-privadas-18012014>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

MATTOS, Renata Soares Bonavides. **Direitos do presidiário e suas violações**. São Paulo: Método, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELO, Talita. **Penitenciárias privadas**: quanto mais presos, maior o lucro. Disponível em: <<https://papodehomem.com.br/quanto-mais-presos-maior-o-lucro/>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**: A gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MIRANDA, Fátima. **Privatização no sistema carcerário brasileiro**. Disponível em: <<https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/251309464/privatizacao-no-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011.

MURARO, Celia Cristina. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12136](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12136)>. Acesso em: 14 jul. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Lívia Freitas Guimarães. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. 2013. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

OSTERMANN, Fábio Maia. **A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional**. 2012. 32 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RANGEL, Anna Judith. **Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil**: perspectiva humanitária e tratados internacionais. Disponível em: <<https://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

ROSSETO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014.

SACCHETTA, Paula. **Na primeira penitenciária privada do Brasil, quanto mais presos, maior o lucro.** Disponível em:

<<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/01/na-primeira-penitenciaria-privada-do-brasil-quanto-mais-presos-maior-o-lucro-4542.html>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

SAIBRO, Henrique. **A privatização dos presídios: um business penitenciário.**

Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-privatizacao-dos-presidios-um-business-penitenciario/>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

SANTANA, Dinamares Fontes de. **Tipos de penas existentes no Brasil:** privativa de liberdade, restritivas de direito e pena de multa. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35736&seo=1>>. Acesso em: 25 maio 2017.

SILVA, Ricardo Dias da. **A privatização de presídios como mecanismo garante dos direitos fundamentais constitucionais na execução penal:** uma tendência factível ou falaciosa?.

Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7551#\\_ftn12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7551#_ftn12)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

TELLES, Lucas. **MPT relaciona crise em presídios com gestão terceirizada e faz alerta na BA.** Disponível em:

<<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/bahia/noticia/mpt-relaciona-crise-em-presidios-com-gestao-terceirizada-e-faz-alerta-na-ba/?cHash=f3016bbd91664533b29bf0aa85db8d0a>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

THOMPSON, Augusto. **A questão da Penitenciária.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.