

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS**

**GUSTAVO CARVALHO HAMADE**

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA  
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Uberlândia - MG

2019

GUSTAVO CARVALHO HAMADE

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA  
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, campus de Uberlândia.

Orientador: Professor Dr. Edihermes Marques Coelho

Uberlândia – MG

2019

**GUSTAVO CARVALHO HAMADE**

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO  
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Uberlândia – MG, 05 de dezembro de 2019

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho  
Universidade Federal de Uberlândia

---

Prof. Ms. Karlos Alves Barbosa

---

Luiz Felipe Borges Silva

## RESUMO

Este trabalho visa tratar sobre a implementação de parcerias público-privadas na administração do sistema penitenciário brasileiro. O atual modelo utilizado demonstra-se falido e ineficaz, com presídios em péssimas condições e superlotados, dificultando a ressocialização do detento. Diante dessa clara violação aos direitos fundamentais dos presos, que sofrem com a falta de recursos públicos para realização dos investimentos necessários, surge como alternativa a participação do setor privado para alcançar um padrão mais desejável no atendimento aos apenados. Cumpre ressaltar que a titularidade, responsabilidade, fiscalização e execução da pena continuam sendo privativas do Estado, sendo que o setor privado atua buscando a melhoria das condições oferecidas aos presos. O que se busca com o presente trabalho é demonstrar a possibilidade de melhorar o sistema carcerário brasileiro, garantindo os direitos inerentes aos presos, para que o mesmo possa ser de fato reabilitado e reinserido no seio da sociedade.

**Palavras-chave:** Parcerias Público-Privadas – Sistema penitenciário – Ressocialização – Direitos fundamentais – Presos – Pena – Setor privado

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	6
2 SERVIÇOS PÚBLICOS.....	8
2.1 Formas de prestação do Serviço Público.....	11
2.2 Concessão, Permissão e Autorização de Serviços Públicos .....	12
2.3 Parceria Público-Privada: Conceito, Características e Modalidades.....	13
2.4 Experiências Internacionais e Nacionais de Parcerias Público-Privadas .....	16
2.4.1 Estados Unidos, Inglaterra e França .....	17
2.4.2 Experiências Nacionais .....	20
3 SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	26
3.1 Crimes e punições.....	26
3.2 Pena e seus princípios .....	28
3.2.1 Conceito, características e espécies .....	28
3.2.2 Princípios constitucionais e infraconstitucionais das penas .....	31
3.3 Sistema penitenciário brasileiro e sua realidade .....	32
4 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO .....	37
4.1 As Parcerias Público-Privadas e os princípios da Administração Pública.....	37
4.2 As parcerias público-privadas e a Lei de Execuções Penais .....	38
4.3 As parcerias público-privadas e as garantias constitucionais do preso.....	39
5 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E SISTEMA PRISIONAL: VANTAGENS E DESVANTAGENS DA IMPLEMENTAÇÃO.....	41
6 CONCLUSÃO .....	45
REFERÊNCIAS.....	46

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema as Parcerias Público-Privadas no sistema penitenciário brasileiro. Essa temática reflete diretamente no Direito Administrativo e no Direito Penal, possibilitando com que particulares realizem parcerias com o Estado para melhor prestação dos serviços públicos. Serão apontados os pontos positivos e negativos da parceria, analisando como base os exemplos internacionais e nacionais.

O tema escolhido se deu pela situação dos presos no Brasil atualmente, que vivem de forma deplorável. Presídios com superlotação, condições precárias de higiene, violações aos direitos fundamentais dos presos, condições deficientes de trabalho, entre outros problemas que existem fundamentalmente por conta da falta de recursos do Estado. Assim, a possibilidade de participação do setor privado nos presídios brasileiros é uma alternativa viável para redução desses problemas, permanecendo com o Estado a titularidade, responsabilidade, fiscalização e execução da pena.

A atividade de execução da pena pode ser subdividida em três partes: função jurisdicional, que trata da aplicação da pena pelo magistrado; função administrativo-jurisdicional, desempenhada pelo servidor competente, ela advém do poder coercitivo do estado; e a função administrativa, que é a que pode ser ocupada pelo setor privado, sem qualquer violação à Constituição.

O presente trabalho é dotado de importante relevância social, uma vez que cerca de 70% dos presos no sistema tradicional retornam ao mundo do crime, contra cerca de 5% nas prisões que possuem apoio do setor privado. Ademais, a atual conjuntura não favorece ao preso uma oportunidade de ressocialização que é possibilitado nos estabelecimentos prisionais que utilizam o modelo de cogestão. Nesse modelo, por exemplo, o preso pode trabalhar, desenvolvendo suas habilidades e facilitando para que seja reinserido ao mercado de trabalho no fim da pena.

O estudo perpassará por uma verificação da atuação estatal na imposição e administração das penas, suas limitações e os desafios a serem solucionados. Serão desenvolvidas pesquisas pelo método de análise bibliográfica e documental, bem como outros instrumentos e fontes de coleta de dados, como legislação e doutrinas. Também serão levantados dados e fatos através de documentos oferecidos pelo Estado para esclarecer como vem sendo implantados essas parcerias no país.

Para se compreender a conjuntura, o capítulo 2 tratará sobre serviços públicos, formas de prestação e de delegação para o setor privado, após será comentado sobre as parcerias público-privadas e suas experiências no âmbito internacional e nacional.

O capítulo 3 será sobre o sistema penitenciário, trataremos sobre os crimes, a pena e seus princípios e a sobre a realidade atual do sistema prisional brasileiro.

No capítulo 4 abordaremos a legalidade da parceria público privada sob a ótica do direito administrativo e da Lei de Execução Penal.

Por fim, o capítulo 5 tratará das desvantagens e vantagens da adoção da implementação das parcerias no sistema penitenciário, com base em tudo o que foi abordado.

Por fim, cumpre ressaltar que o que se pretende é apresentar uma maneira alternativa para melhoria do sistema carcerário brasileiro, inserindo na administração dos presídios o setor privado, para garantir ao preso seus direitos fundamentais e a possibilidade de ser reabilitado e reinserido na sociedade.

## 2 SERVIÇOS PÚBLICOS

É dever do Estado prestar serviço público de excelência aos seus cidadãos que obrigatoriamente pagam 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>1</sup>

Essa obrigação que o Estado possui de desenvolver atividades para a população, com o objetivo de satisfazer o interesse público é realizada através dos serviços públicos. A renomada administrativista 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>2</sup>

Para iniciar os estudos acerca do tema, reputa-se importante a leitura do art. 175 da CF/88, ainda que se trate de uma disposição genérica, vejamos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.  
Parágrafo único. A lei disporá sobre:  
I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;  
II - os direitos dos usuários;

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 319-320;

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106;



- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Nos termos literais do *caput* do art. 175 da Constituição de 1988, incumbe ao poder público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos.

Não faz sentido imaginar que o ente federativo constitucionalmente competente para prestar determinado serviço público precise celebrar um contrato de concessão ou de permissão para transferir tal incumbência a uma entidade da sua própria administração indireta.<sup>3</sup>

Esse raciocínio, porém, não vale para entidades da administração indireta de um ente federativo diferente daquele cuja a esfera de competências constitucionais está inserido o serviço público a ser prestado. Por exemplo, tem-se uma sociedade de economia mista com competência legal para realizar o serviço de coleta domiciliar de lixo urbano instituída pelo Município X. Caso o Município Y queira delegar o serviço público de coleta de lixo de sua competência, e a sociedade de economia mista do Município X tenha intenção de assumir essa incumbência, ela estará, perante o Município Y, na mesma situação de um particular qualquer, ou seja, deverá participar da licitação que o Município Y terá que promover, em pé de igualdade com os demais concorrentes, e, somente se vencer a disputa, celebrará, então, com o Município Y, um contrato de concessão de serviço público, como qualquer outro, sem peculiaridade alguma.<sup>4</sup>

Assim, temos que a prestação direta de serviço público é efetuada pela própria administração pública, tanto pelos órgãos da administração direta como pelas entidades da administração indireta; e a prestação indireta é, tão somente, a sua execução por particulares, mediante delegação, nas modalidades de concessão ou de permissão de serviço público, ambas obrigatoriamente precedidas de licitação (em algumas hipóteses é possível ocorrer a delegação por meio de ato administrativo de autorização de serviço público).

---

<sup>3</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 849;

<sup>4</sup> Idem;

A regra geral decorrente do art. 175 da Constituição Federal é que as atividades enquadradas como serviços públicos sejam de titularidade exclusiva do Estado, restando afastada a livre iniciativa; se esses serviços puderem ser prestados por particulares, forçosamente serão mediante delegação (prestação indireta). Todavia, atividades pertinentes aos direitos fundamentais sociais, como por exemplo saúde e educação, embora devam ser executadas efetivamente pelo Estado como serviço público, não são de sua titularidade exclusiva, podendo ser desempenhadas por particulares, sem que seja aplicado o regime de delegação.<sup>5</sup>

Nessa hipótese, não se trata de uma prestação indireta pelo Estado, mas da prestação de um serviço privado por um particular, sob o regime de direito privado. Para prestação desses serviços, é necessário a anuência prévia do poder público, chamada de autorização. Assim, a administração exerce seu poder de polícia, por meio de controle que deve ser rigoroso, uma vez que são atividades importantes para a sociedade, mas não tão rigorosos quanto se deve ser quando o serviço é prestado pelo poder público.

A delegação do poder público é um instrumento contratual de concessão ou permissão de serviço público, que sempre será precedido de licitação ou de autorização quando assim admitido. O particular assume apenas a condição de executor da atividade, enquanto o Estado continua com a titularidade do serviço público, pois é seu dever. Assim, é permitido ao Estado a ampla interferência na prestação do serviço, inclusive é admitido a retomada compulsória da execução.

Com relação à qualidade do serviço prestado, a administração pública deve observar os princípios da continuidade, impessoalidade, eficiência, modicidade e cortesia. Há duas importantes exceções ao princípio da continuidade, onde haverá interrupção da prestação do serviço público, elas estão previstas nos incisos I e II do art. 6º §3º da Lei 8.987, são as situações de emergência após aviso prévio por motivo de ordem técnica ou de segurança das instalações ou se houver inadimplemento do usuário.

---

<sup>5</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 828;

## 2.1 Formas de prestação do Serviço Público

Com relação a forma de realização do serviço público, o Estado possui meios de aceleração, simplificação e especialização, que contribuem para efetividade e concretização do seu dever. A prestação pode se dar de forma centralizada, descentralizada e desconcentrada.

A prestação centralizada é aquela em que o serviço é prestado pela administração direta. O Estado, atuando como titular e prestador do próprio serviço, exerce as suas atividades administrativas diretamente, sem desvirtuar sua competência para pessoa diversa.

Na prestação descentralizada, o serviço será prestado por entidades da administração indireta. Há duas modalidades de descentralização, a primeira é denominada de descentralização por serviços, se dá quando uma lei específica cria diretamente uma entidade com personalidade jurídica própria, ou autoriza a criação da entidade, e atribui a ela titularidade de um determinado serviço público. São exemplos de serviços descentralizados o serviço postal prestado pela ECT, os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário realizados por empresas públicas ou por sociedades de economia mista estaduais, entre outros.

A outra modalidade é a descentralização por colaboração, quando temos a prestação de um serviço público por um particular, pessoa não integrante da administração pública. A delegação pode se dar por concessão, permissão e em alguns casos por autorização. A delegação sempre será temporária, mediante remuneração pelo poder público, que mantém a titularidade do serviço e deve exercer controle rigoroso de fiscalização para que seja oferecido um serviço adequado.

Por fim, na prestação desconcentrada, o serviço é prestado por um órgão, com competência específica, integrante da estrutura da pessoa jurídica que detém a titularidade do serviço, trata-se de mera distribuição interna de competência para descongestionar as atribuições. Se subdivide em prestação desconcentrada centralizada, quando o órgão com competência específica para prestar o serviço integra a administração direta do ente federado; e prestação desconcentrada descentralizada, quando o órgão com competência específica para prestar o serviço integra a estrutura

de uma entidade da administração indireta do ente federado constitucionalmente competente.

As formas de descentralização por delegação são caracterizadas pela temporalidade, sendo extinta pelo término do prazo ou por circunstâncias que ensejem a antecipação. As formas de extinção são: advento do termo contratual, ou seja, chegou ao fim o prazo estabelecido no contrato; encampação, que é a retomada do serviço pelo poder concedente por interesse público, antes do prazo final; caducidade, extinção em razão da inexecução total ou parcial do contrato por parte da concessionária; rescisão, que se dá por desrespeito às normas contratuais, sempre será feita judicialmente; anulação, trata-se da extinção em decorrência de vício, por motivo de ilegitimidade ou ilegalidade; e por falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

## **2.2 Concessão, Permissão e Autorização de Serviços Públicos**

Conforme visto, o art. 175 da Constituição Federal previu a edição de lei para dispor acerca de seus incisos, respaldado por isso, a União editou a Lei 8.987/1995, essa é a lei de normas gerais sobre os regimes de concessão e de permissão de serviços públicos.

Cumprir pontuar que a lei, em quase sua totalidade, trata apenas da concessão, pois as regras aplicáveis às permissões são praticamente as mesmas, visto que ambas são contratos administrativos. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou afastando qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão.<sup>6</sup>

A concessão, conceituada na lei 8.987/95, é a delegação da prestação de serviço público, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

---

<sup>6</sup> STF. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADIMC 1.491/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ: 08/05/2014 STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630106>. Acesso em 09 ago 19;

Já a permissão é uma delegação a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Por fim, a autorização é um ato administrativo, por meio do qual a administração pública possibilita ao particular a realização de alguma atividade de predominante interesse deste, ou a utilização de um bem público. Trata-se de ato unilateral, discricionário, precário e que não há licitação. É utilizada de forma restrita, como nas hipóteses do art. 21, incisos XI e XII da Constituição Federal, para descentralização de telecomunicação, de radiodifusão sonora de sons e imagens, de instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites do Estado ou Território, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, e os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Para que haja a execução indireta de serviços públicos, seja por concessão, seja por permissão, é necessário a edição de lei autorizativa. No caso de serviços de saneamento básico e limpeza urbana, bem como serviços públicos que são indicados como passíveis de serem prestados mediante delegação, é dispensado a exigência de lei para execução indireta.

### **2.3 Parceria Público-Privada: Conceito, Características e Modalidades**

As Parcerias Público-Privadas (PPP's) estão em destaque atualmente por conta da incapacidade financeira do Estado em implantar serviços públicos e geri-los adequadamente. Este é o modelo que se busca para obter recursos visando a melhoria e a ampliação da infraestrutura dos serviços prestados pelo Estado, possibilitando crescimento sem o aumento das dívidas.

Tendo em vista a impossibilidade de maior arrecadação de capital do setor privado por meio de recursos tributários e a ausência de fundos por parte do Estado para investimento em infraestrutura, se torna fundamental o estudo e o emprego das

PPP's como forma de captação de recursos das esferas privadas na forma de investimentos.<sup>7</sup>

A Lei 11.079/2004 dispõe as normas gerais sobre o tema, o contrato administrativo de PPP é uma espécie de concessão, possuindo dois tipos que serão trabalhados adiante, as modalidades patrocinada e administrativa.

As parcerias público-privadas têm como objetivo atrair o setor privado, nacional e estrangeiro, basicamente para investimentos em projeto de infraestrutura de grande vulto, necessários ao desenvolvimento do País, cujos recursos envolvidos excedem a capacidade financeira do setor público. Para tanto, é oferecido ao parceiro privado um retorno mínimo sobre o capital investido, é uma contraprestação paga pela administração pública contratante.<sup>8</sup>

Tanto a Lei 11.079/2004 como a Lei que alterou a redação de alguns artigos posteriormente (Lei. 12.766/2012), demonstraram preocupação em conter eventual desequilíbrio nas contas da Administração Pública, uma vez que esses contratos de PPP tem vigência muito longa. Conforme a leitura dos seguintes arts. 22 e 28, vemos as precauções que devem ser observadas para realização de tal contrato:

Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco

---

<sup>7</sup> CAMACHO, Bruno Sanna. Parcerias público-privadas - Conceito, princípios e situações práticas. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI62352,41046->

Parcerias+publicoprivadas+Conceito+principios+e+situacoes+praticas> Acesso em: 10 ago 2019;

<sup>8</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 905;

por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios (Redação dada pela Lei nº 12.766 de 2012)

O art. 4º é importante, uma vez que traz, genericamente, as diretrizes a serem observadas na contratação de PPP's, como eficiência, respeito aos destinatários dos serviços, transparência, entre outros. Cabe a nós o enfoque no inciso III, que vem afirmar a impossibilidade da delegação de funções de regulação, de atividade jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de atividades exclusivas do Estado.

A Lei veda, em seu art. 2º, §4º a celebração de parceria público-privada em que o valor do contrato seja inferior a dez milhões de reais; cujo período máximo de prestação do serviço seja inferior a cinco anos, sendo que o período máximo é de trinta e cinco anos; e que tenha como objetivo único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Quanto as modalidades de contratação, a Lei dispõe que há dois tipos: a concessão patrocinada, que é a delegação de serviços públicos ou obras públicas quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada do usuário, uma contraprestação do ente público concedente. Se a contraprestação da administração ultrapassar 70% do valor da remuneração do parceiro privado, existirá a necessidade de autorização legislativa específica. É aplicado, de forma subsidiária, as normas da lei 8789/95; e a concessão administrativa, que é um contrato de prestação de serviço em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta e que necessariamente envolve a prestação de serviço, execução de obra, fornecimento e instalação de bens. Nessa modalidade, a relação da empresa contratada é diretamente com a Administração Pública, não tendo com os administrados qualquer relação. Porém, frise-se que nessa modalidade tem características especiais que é o grande investimento disponibilizado pelo contratado e que a lei exige expressamente que o contrato não pode ser somente de serviço, devendo ser mesclado coma execução de obra e fornecimento de bens.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 328;

A contraprestação pela Administração Pública será feita mediante ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da administração pública, outorga de direitos sobre os bens públicos dominicais ou por outros meios admitidos em lei. A lei permite que o contrato preveja o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável, vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos contratualmente. Poderá também ser concedido um aporte de recursos ao parceiro privado para realizar obras ou adquirir bens reversíveis, desde que tais gastos estejam autorizados pelo edital de licitação. Caso houver extinção, o parceiro privado não receberá indenização pela não amortização ou depreciação de parcelas referentes a esses bens. Normalmente, o pagamento da contraprestação é feito após a disponibilização do serviço.

Por fim, é importante pontuar que a contratação de parceria público-privada sempre será precedida de licitação na modalidade concorrência, sendo possível a adoção de alguns elementos do pregão, como a possibilidade de lances verbais e a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento. É condição para abertura da licitação que o objeto da parceria público-privada esteja previsto no plano plurianual em vigor no âmbito de onde o contrato será celebrado. O julgamento poderá adotar como critérios a menor tarifa, a combinação de menor tarifa com a melhor técnica, o menor valor da contraprestação da administração pública ou a combinação do menor valor da contraprestação da administração pública e a melhor técnica.

## **2.4 Experiências Internacionais e Nacionais de Parcerias Público-Privadas**

As parcerias público-privadas surgiram quando houve necessidade do Estado em buscar parceiros para o atendimento de demandas da sociedade, para o acréscimo de infraestrutura nos serviços públicos. A gestão e a operação de prisões com atores privados apresentam diferentes modalidades, desde a privatização completa, a exemplo dos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália e África do Sul; passando pelos modelos de gestão compartilhada, inspirados sobretudo pelas iniciativas francesas iniciadas em 1990, em que funcionários do governo e de organizações privadas atuam conjuntamente na provisão dos serviços prisionais. A opção por uma ou outra modalidade representa,



dessa maneira, uma escolha estratégica realizada por parte dos governos, com implicações distintas no desempenho deste serviço público.<sup>10</sup>

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>11</sup>

#### 2.4.1 Estados Unidos, Inglaterra e França

O Estados Unidos, em meados de 1980, foi pioneiro na ideia de privatizar prisões para combater a crise do encarceramento em massa. Atualmente, há no território americano mais da metade dos presídios privados do mundo, que atende 7% dos condenados, quase a totalidade dos menores infratores que cumprem pena no país.

Há três modelos de privatização de prisão no modelo americano, o arrendamento das prisões, a administração privada das penitenciárias e a contratação de serviços específicos com particulares. Em geral, a privatização de presídios de acordo com o modelo americano se dá com a retirada do Estado do controle direto sobre a execução penal, atuando o Poder Judiciário e os Departamentos de Justiça dos Estados como meros fiscais do cumprimento dos contratos. Questões disciplinares e referentes ao trabalho do preso ficam a cargo exclusivamente da empresa contratada, tendo o Estado a função de fiscalizar e coibir a ocorrência de eventuais desrespeitos a direitos do preso estabelecidos no contrato.

A Suprema Corte já se manifestou acerca das privatizações dos presídios na súmula 1981, alegando que 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>10</sup> CABRAL, Sandro and LAZZARINI, Sergio G.. Impactos da participação privada no sistema prisional: evidências a partir da terceirização de prisões no Paraná. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-65552010000300002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552010000300002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)> Acesso em 11 ago 2019;

<sup>11</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>> Acesso em 11 ago 2019;

Há críticas alegando que os presídios privados trazem gastos excessivos e que as empresas administradoras obtêm ganho exagerado, além do que a economia entre um presídio mantido pelo Estado e um privado é ínfima. A principal diferença e ponto positivo para os presídios privados 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, ou seja, é uma alternativa mais barata e eficiente.

A experiência inglesa iniciou-se com o surgimento da Private Finance Initiative (FPI), a versão inglesa da PPP, em 1992, concomitantemente com uma crise no sistema prisional, devido ao quadro de presídios lotados e seu alto custo de manutenção. Existem cerca de 138 presídios na Inglaterra, dos quais dez são estabelecimentos privados.<sup>12</sup>

As empresas são responsáveis por todos os setores, exceto o transporte de presos para audiência ou julgamentos, que é feito por outra empresa privada de segurança. Os guardas prisionais não trabalham armados, não há cerca elétrica e nem guarita, apenas monitoramento por câmera de televisão e alarmes. Cada cela abriga dois detentos, sendo que aquele que é preso pela primeira vez nunca fica na cela com um reincidente. Há aparelhos de segurança como detectores de metais para revista, que são realizadas inclusive em advogados, a única exceção é a família real.

Assim como ocorre nas PPP's, o modelo inglês também deve ter prazo determinado, assim as empresas que construíram os presídios tiveram como contraprestação o recebimento de valores do Estado por prazo de 25 anos. O dinheiro da contraprestação devida à empresa privada era arrecadado por meio de impostos ou empréstimos do mercado.

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>13</sup>

---

<sup>12</sup> Disponível em <<https://www.jota.info/especiais/uma-comparacao-entre-o-sistema-carcerario-brasileiro-e-ingles-20072015>> Acesso em: 11 ago 2019;

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/ppp-prisional-experiencia-internacional-mostra-que-custo-pode-ser-20-menor/>>. Acesso em: 11 ago 2019;

Atualmente, o país sofre com a crise no sistema prisional, uma vez que a população carcerária dobrou desde a década de 1990 e o número de carcereiros caiu em um terço desde 2010, e também uma crise nos serviços públicos prestados por empresas privadas. Diante disso, o governo retomou da iniciativa privada o presídio de Birmingham, sob o argumento de que havia um estado de crise na prisão, onde os prisioneiros usavam drogas livremente e administravam a prisão, além da condição degradante, com vômito, sangue e fezes de rato no chão. Porém, segundo o ministro das prisões Rory Stewart há boas prisões dirigidas pela iniciativa privada no país, e que em breve a prisão de Birmingham começará a ter os padrões vistos em outros lugares.<sup>14</sup>

O país também vivia um problema com a superlotação dos presídios e uma crise com relação a sua política criminal adotada. Assim, em 1987 foi promulgada a Lei 87/432 que implementou o sistema de dupla responsabilidade nas penitenciárias, cabendo ao Estado e ao grupo privado o gerenciamento e a administração conjunta do sistema prisional.

Cabe ao Estado a indicação do diretor-geral do estabelecimento, a segurança externa e interna da prisão e a administração da pena do condenado, já a iniciativa privada gerencia todos os serviços de segurança interna e hotelaria, como vestuário, trabalho, educação, lazer, alimentação, transporte, assistência social jurídica, entre outras tarefas.

Na França, a privatização foi a solução adotada diante à crise de superlotação no sistema penitenciário. No modelo adotado, há uma dupla gestão do estabelecimento prisional entre o Estado e o grupo privado.

Era função do Estado a indicação de diretor-geral do estabelecimento e a responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão, bem como a relação com o juízo da execução penal, já ao ente privado caberia gerir o trabalho, educação, transporte, alimentação, lazer, entre outras obrigações, sendo pago uma contraprestação pelo Estado. Portanto, no modelo francês todos os serviços penitenciários poderiam ser privatizados, exceto a direção, a secretaria e a segurança.

---

<sup>14</sup> Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/08/reino-unido-retoma-da-iniciativa-privada-presidio-mergulhado-no-caos.shtml>> Acesso em: 11 ago 2019;

## 2.4.2 Experiências Nacionais

Tendo como base os ideais adotados na França, Inglaterra e Estados Unidos, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC), órgão do Ministério da Justiça, propôs em 1992 a adoção do sistema de gerenciamento privado das prisões no Brasil.

O projeto brasileiro buscava a redução de custos, a introdução de um modelo administrativo de gestão moderna para atender o preso de forma humana, com respeito a sua integridade física e moral e principalmente evitar a superlotação que atinge o sistema carcerário.

Haveria concorrência pública e os direitos e obrigações das partes seriam regulados por contrato. O setor privado passaria a prover serviços penitenciários internos tais como alimentação, saúde, trabalho e educação aos detentos, além de poder construir e administrar os estabelecimentos. A administração se faria em sistema de gestão mista, ficando a supervisão geral dos estabelecimentos com o setor público, cuja atribuição básica seria a de supervisionar o efetivo cumprimento dos termos fixados em contrato.<sup>15</sup>

A Ordem dos Advogados do Brasil não apoiou a proposta, alegando que seria um retrocesso na política criminal do país, uma experiência longe de ser moderna uma vez que a execução da pena seria uma função intransferível. Apontavam ainda que a proposta daria margem para uma exploração exagerada do trabalho prisional e que violaria os direitos e garantias constitucionais dos presos. Por falta de apoio, a proposta foi arquivada.

Mesmo com o arquivamento da proposta, não demorou muito para que o sistema fosse adotado no Brasil. Em 1999, o estado do Paraná foi o pioneiro, com implementação do sistema compartilhado para administração da penitenciária de Guarapuava. O estado administrava o presídio, era incumbido da tutela prisional, enquanto os serviços de segurança interna, assistência médica, psicológica, jurídica e social eram prestados por ente privado.

---

<sup>15</sup> SILVA, Cosmo Sobral da; BEZERRA, Everaldo Batista. A terceirização de presídios a partir do estudo de uma penitenciária do Ceará. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 645, 14 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6541>>. Acesso em 24 ago 2019;

A unidade foi concebida e projetada objetivando o cumprimento das metas de ressocialização do interno e a interiorização das unidades penais (preso próximo da família e local de origem), política adotada pelo governo do estado do Paraná, que busca oferecer novas alternativas para os apenados, proporcionando-lhes trabalho e profissionalização, viabilizando, além de melhores condições para sua reintegração à sociedade, o benefício da redução da pena. Seu projeto arquitetônico privilegia uma área para indústria de mais de 1.800m<sup>2</sup>.<sup>16</sup>

A grande parte dos criminosos que estavam em Guarapuava praticaram delitos de maior potencial ofensivo, como homicídio (35% do total), tráfico de entorpecentes (21% do total), latrocínio (20% do total) e estupro (15% do total). Para os demais crimes, restam apenas 9%. Dos ingressos no estabelecimento criminal, 181 (cento e oitenta e um) são primários, e 58 (cinquenta e oito) reincidentes. A média de idade concentra-se entre 21 e 35 anos, abarcando 145 (cento e quarenta e cinco) detentos (60% do total). Quanto à reincidência criminal, destaca-se que com os egressos do presídio de Guarapuava - em 2005 - era de 6%. Em Maringá, no mesmo Estado, tal índice alcançava 30%. A média nacional é de 70% de reincidência criminal.<sup>17</sup>

Houve adoção do modelo em prisões localizadas em outras cidades do estado (Curitiba, Londrina, Foz do Iguaçu e Cascavel). Os contratos de concessão foram cumpridos até o seu vencimento, em 2006. Posteriormente, por falta de interesse do governador, houve a retomada do controle exclusivamente pelo poder público.

Após o pioneirismo do estado do Paraná, o Ceará adotou o mesmo modelo para administração da Penitenciária Industrial Regional do Cariri, em Juazeiro do Norte, no ano de 2000. Foi cedido à administração privada o serviço de vigilância dos detentos e de hotelaria. Em 2002, houve a criação da Penitenciária Industrial Regional de Sobral e o Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II, nos mesmos moldes da prisão de Juazeiro, porém foram feitos com dispensa de licitação, violando a Lei 8.666/93.

Assim, em 2005, o Ministério Público Federal juntamente com a Ordem dos Advogados do Brasil interpôs Ação Civil Pública alegando que a execução penal e a

---

<sup>16</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>>. Acesso em 24 ago 2019;

<sup>17</sup> MEDINA OSÓRIO, Fábio; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Sistema Penitenciário e Parcerias Público-Privadas: *Novos Horizontes*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7643>>. Acesso em 24 ago 2019;

gestão de unidades prisionais são atividades típicas do Estado, logo são indelegáveis à iniciativa privada, além disso foram feitos sem observar a necessidade de licitação e geravam elevado custo ao governo. O juiz Marcus Vinícius Parente Rebouças, da 3ª Vara Federal, determinou em 19 de julho de 2007, 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).

A partir do ano de 2003, a Bahia também passou a adotar o sistema de gestão compartilhada, inicialmente em Valença, hoje há nove funcionando nesse modelo, juntamente com o Amazonas é o estado com maior número de presídios nesses moldes. 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 o agente penitenciário. A guarda das muralhas é feita pela Polícia Militar do Estado.

Nesse ano o Ministério Público do Trabalho, por meio de Ação Civil Pública, ordenou o fechamento de dois presídios que atuavam no modelo de cogestão na Bahia por conta da terceirização do cargo de agente penitenciário, uma vez que esses cargos, conforme a Constituição Federal, só podem ser criados por lei e preenchidos por pessoas aprovadas em concurso público.<sup>18</sup>

O estado do Amazonas é, juntamente com a Bahia, os que mais investem em prisão no modelo de cogestão, atualmente são 8 presídios dessa forma. Em 2007, após firmar parceria com a empresa Companhia Nacional de Administração Penitenciária (CONAP) para terceirizar serviço de três presídios, houve uma inspeção 25 dias após uma rebelião que ocorreu em um dos locais terceirizados. O governo à época, a OAB e o Ministério Público constataram que a situação das prisões era precária, por conta da falta de preparo dos agentes da CONAP em administrar o local.

Atualmente há problema semelhante, recentemente a empresa Umanizzare, que administra maior parte dos presídios em cogestão no estado, deixou a administração do Complexo Penitenciário Anísio Jobim. O local sofre defeitos crônicos como rebelião,

---

<sup>18</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/08/03/na-bahia-dois-presidios-novos-estao-fechados-devido-a-impasse-na-justica.ghtml>> Acesso em 24 ago 2019;

morte dentro do complexo, falta de água e superlotação, são 1055 internos em um presídio com capacidade para no máximo 454 pessoas.<sup>19</sup>

O sistema de cogestão responsável pela administração prisional no Amazonas representa uma despesa milionária para a sociedade amazonense. De acordo com o relatório de prestação de contas do estado ao tribunal estadual de contas, o governo do Amazonas desembolsou R\$ 326,3 milhões em 2016 para cumprir o contrato de cogestão prisional com a empresa Umanizzare. Para gerir cinco das 12 unidades do sistema prisional do estado, que tem cerca de 10 mil presos, a companhia se tornou a principal recebedora de recursos do estado do Amazonas.<sup>20</sup>

No presente, outros estados que ainda não foram mencionados, como Santa Catarina, Sergipe, Tocantins, Espírito Santo e Alagoas adotam o modelo de cogestão de presídios. Há que se diferenciar o modelo de cogestão com o modelo de parceria público-privada, que é o modelo adotado somente em um presídio atualmente, o de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais.

No modelo de cogestão, a empresa que vence a licitação assume um presídio já construído, ficando responsável por sua manutenção, a segurança é feita por agentes penitenciários contratados da iniciativa privada em alguns casos, em outros o serviço de vigilância, atendimento dos presos e alimentação ficam a cargo da empresa, com o poder público sendo responsável pelos agentes de segurança, por fim, a gestão é realizada pelo poder público.

Já no modelo de parceria público-privada a empresa fica responsável por construir o presídio, a segurança interna é feita por funcionários contratados pela empresa, só podendo utilizar cassetetes e algemas, em caso de urgência o poder público pode intervir no interior das unidades, a gestão é realizada de forma compartilhada entre o estado e a empresa privada, de forma espelhada, para uma mesma função há um funcionário do estado e um da empresa.

---

<sup>19</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2019/07/13/umanizzare-deixa-gestao-do-compaj-no-am-nova-empresa-assume-apos-governo-dispensar-licitacao-de-r-3209-milhoes.ghtml>> Acesso em 29 de ago 2019;

<sup>20</sup> Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84466-grupo-do-cnj-apresenta-primeiro-relato-sobre-situacao-carceraria-do-amazonas?acm=\\_9666](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84466-grupo-do-cnj-apresenta-primeiro-relato-sobre-situacao-carceraria-do-amazonas?acm=_9666)> Acesso em 29 ago 2019;

Em 2008, o estado do Pernambuco colocou em consulta pública um projeto para construção do presídio de Itaquitinga, adotando o modelo de parceria público-privada. A construção deveria ficar pronta dois anos depois, em 2010, e os gastos deveriam chegar a R\$ 248 milhões de reais.

Devido as infrações contratuais e inadimplências por parte da Reintegra Brasil S.A, consórcio responsável pela execução das obras civis e operações no Centro Integrado de Ressocialização de Itaquitinga, o governo declarou a caducidade do contrato. Assim, o poder público tomou a posse do empreendimento com 65% das obras concluídas e com oito anos de atraso, em 2018, inaugurou o complexo prisional.<sup>21</sup>

Também no ano de 2008, o estado de Minas Gerais abriu consulta pública para construir um complexo prisional no modelo de parceria público-privada, em Ribeirão das Neves. O complexo funciona desde 2013 e abriga 2.164 presos em três unidades, duas de regime fechado e uma de regime aberto. Há previsão para construção de mais duas unidades, uma de regime fechado e uma de semiaberto, que quando estiverem prontas ampliarão a capacidade para 3.800 detentos.

Para a concessionária, entre outras responsabilidades, estão a de prestar serviços nas áreas jurídica, psicológica, médica, odontológica, psiquiátrica, assistencial, pedagógica, esportiva, social e religiosa, para o desenvolvimento e acompanhamento dos sentenciados, em conformidade com o disposto na Lei de Execução Penal.<sup>22</sup>

O Poder Público permanece responsável pelas atividades de segurança armada nas muralhas e pela segurança externa à unidade, bem como pela supervisão, controle e monitoramento de todas as atividades. O diretor de segurança também permanece como um agente governamental e tem exclusivamente as responsabilidades de monitorar e supervisionar os padrões de segurança da unidade, além de aplicar eventuais sanções administrativas aos internos. O governo do Estado também se responsabiliza por administrar as transferências de internos relacionadas à unidade, vedada expressamente qualquer forma de superlotação.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/apos-quase-oito-anos-primeira-unidade-de-complexo-prisional-na-zona-da-mata-norte-e-inaugurada.ghtml>> Acesso em 29 ago 2019;

<sup>22</sup> Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13521/as-parcerias-publico-privadas-no-sistema-penitenciario-brasileiro/2>> Acesso em 29 ago 2019;

<sup>23</sup> Idem;



A remuneração do parceiro privado será vinculada à disponibilidade da vaga prisional e aos indicadores de desempenho dos serviços prestados. Os indicadores compreendem medições das atividades de assistência e apoio ao interno, bem como dos padrões de segurança praticados. Dentre os indicadores que foram definidos estão: o número de fugas; o número de rebeliões e/ou motins; o nível educacional dos internos; a proporção dos internos que trabalham; a quantidade e qualidade dos serviços de saúde prestados; a quantidade e qualidade da assistência jurídica e psicológica aos internos.<sup>24</sup>

Essa questão de a remuneração do parceiro privado estar, também, vinculada à qualidade dos serviços prestados tem duas finalidades: primeiro quanto menor for o número de fugas/motins/rebeliões, quanto maior for o nível educacional dos internos, quanto maior for a proporção dos internos que trabalham ou quanto maior for a qualidade dos serviços de saúde, assistência jurídica e psicológica, entre outros, maior será a remuneração da concessionária; segundo quanto melhor for a qualidade dos serviços prestados pela concessionária, melhor será o reingresso desse detento na vida em sociedade e menor será o índice de reincidência criminal.<sup>25</sup>

De acordo com a concessionária, o custo efetivo de cada um dos internos, por mês, é de R\$ 1,9 mil, enquanto nas unidades geridas pelo poder público o custo é em média de R\$ 2,8 mil por mês. O Estado, entretanto, repassa R\$ 3,8 mil, por preso, à empresa. A diferença é para pagar a estrutura construída que, ao final do contrato, ficará como propriedade pública. Ao longo dos 30 anos de operação, é a concessionária que deve trocar tudo o que sofrer eventuais danos, seja pela utilização ou em possíveis motins de presos.<sup>26</sup>

Por fim, a definição sobre quem é encaminhado para o presídio de Ribeirão da Neves é do governo de Minas Gerais, sendo que apenas homens já sentenciados podem ir para o complexo. Com isso, não é excluída a possibilidade de que presos integrantes de facções sejam abarcados por esse modelo

---

<sup>24</sup> Idem;

<sup>25</sup> Idem

<sup>26</sup> Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/parana/ribeirao-das-neves-unica-ppp-penitenciaria-do-brasil/>> Acesso em 29 ago 2019;

### 3 SISTEMA PENITENCIÁRIO

O sistema penitenciário tem como principal finalidade proteger a sociedade de transgressores, com o seu encarceramento, de maneira que traga um sentimento de segurança para população e possibilite a educação do acusado, com sua ressocialização posterior. O assunto é de grande relevância para o Brasil, uma vez que se trata do terceiro país com mais presos no mundo, na proporção de 335 presos a cada 100 mil pessoas. A superlotação aliada a falta de higiene e a péssima estrutura dos presídios faz com que seja necessário a adoção de medidas alternativas para o cumprimento da pena de forma digna e proporcional ao delito, e ao fim o preso seja reinserido na sociedade.

#### 3.1 Crimes e punições

O crime é um todo unitário, porém, para efeitos de estudo é possível dividir suas características para melhor análise, ou seja, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. Deve ser apreciado nessa ordem, onde cada elemento é um antecedente lógico e necessário para apreciação do elemento seguinte. Assim ensinou Welzel:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.<sup>27</sup>

Com relação aos termos crimes, delitos e contravenção, nosso sistema jurídico-penal adotou um critério bipartido, onde crime e delitos são sinônimos, e contravenção seria diferenciada. Infração penal seria o gênero, que abrange delitos, crimes e contravenções penais.

Basicamente, encontramos a distinção entre crime e contravenção no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, temos a seguinte redação:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou

---

<sup>27</sup> WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, p. 57;

cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Portanto, de forma simplista, crime seria aquela infração mais grave, enquanto as contravenções penais seriam os delitos-anões, são menos graves, que não ofendam bens jurídicos tão importantes como aqueles protegidos quando se cria a figura de um delito. Uma distinção importante a ser feita é que não se pune a tentativa de contravenção penal.

Nosso Código Penal não fornece um conceito de crime, apenas pontua, em sua Lei de Introdução, que ao crime é reservada uma pena de reclusão ou detenção, quer alternativamente quer cumulativamente com a pena de multa. Assim, o conceito atribuído a crime é doutrinário, podendo ser pontuado três diferentes conceitos: formal, material e analítico.

Sob o aspecto formal, crime seria toda a conduta que atentasse frontalmente com a lei penal editada pelo Estado, já considerando a aspecto material, crime seria aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.

Esses conceitos não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão da ilicitude ou dirimente a culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier ataca-lo, em face do princípio da legalidade.<sup>28</sup>

Assim, surgiu o conceito analítico, ante a incapacidade dos conceitos formal e material em conceituar o crime. Esse conceito, que é adotado amplamente, busca estabelecer os elementos estruturais do crime e considera três notas fundamentais, a ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). Uma corrente minoritária coloca a culpabilidade como parte do delito, mas esta deve ser

---

<sup>28</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 195;

considerada somente como sua consequência, outros consideram crime como fato típico e antijurídico, sendo que a culpabilidade é um pressuposto para aplicação da pena, sendo também uma corrente minoritária.

Quanto ao sujeito ativo do crime sempre será pessoa física, animais irracionais e coisas não podem ser sujeitos ativos de crime pois falta o elemento vontade. A pessoa jurídica também não possui vontade própria, suscetível de configurar dolo e culpa, indispensáveis presenças para configurar a culpabilidade.

Por fim, cumpre ressaltar que é essencial no Estado Democrático de Direito a investigação ontológica do tipo incriminador. Ainda que a escolha de quais bens devam ser protegidos pelo Direito Penal seja política, nenhuma conduta pode ser considerada criminosa se, de algum modo, não coloca em perigo valores fundamentais da sociedade.

### **3.2 Pena e seus princípios**

A pena é a consequência imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, possibilita ao Estado fazer valer o seu *ius puniendi*. Embora o Estado tenha o dever de aplicar a sanção àquele que praticou determinada infração, violando o sistema jurídico-penal, a pena deverá sempre observar os princípios expressos e implícitos na Constituição Federal.

A Constituição, visando proteger o direito dos cidadãos, proibiu algumas penas anteriormente aplicadas, por considera-las que ofendiam a dignidade da pessoa humana, além de ferir, em algumas hipóteses, à sua função preventiva. Assim, o inciso XLVII do art. 5º da CF prevê a vedação à pena de morte, à pena de caráter perpétuo, aos trabalhos forçados, ao banimento e as penas cruéis.

A sanção penal é gênero cujo há duas espécies, a pena e a medida de segurança, aqui vamos nos ater ao estudo da primeira, é a que nos interessa.

#### **3.2.1 Conceito, características e espécies**

Para Cleber Masson, pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu

responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.<sup>29</sup>

O bem jurídico de que o condenado pode ser privado ou sofrer limitações varia: liberdade (pena privativa de liberdade), patrimônio (multa, prestação pecuniária e perda de bens e valores), vida (pena de morte, na excepcional hipótese do art. 5º XLVII, “a”, da CF) ou outro direito qualquer, em conformidade com a legislação em vigor (penas restritivas de direito)

O Código Penal, em seu art. 59, prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.

Há diversas teorias que procuram dar respostas às questões sobre a pena e o direito de punir, sendo que destacamos três delas: a teoria absoluta, a relativa e a mista. São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim e si própria, ou seja, como castigo, reação, reparação ou retribuição do crime, justificada pelo seu intrínseco valor axiológico. Em contrário, são relativas todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.

A teoria relativa se fundamenta no critério da prevenção que se biparte em geral e especial, e ainda se subdividem em positivo e negativo. O geral negativo significa o poder intimidativo que ela representa em toda a sociedade, destinatária da norma penal. O geral positivo demonstra a e reafirma a existência e eficiência do direito penal. No aspecto especial positivo importa na intimidação ao autor do delito para que não o cometa novamente, 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.

A teoria adotada pelo nosso código penal, em seu art. 59, foi a teoria mista ou unificadora da pena, pois a parte final do caput conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa.

---

<sup>29</sup> MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 604;

Quanto as espécies de penas, o art. 32 do Código Penal prevê que elas podem ser: privativas de liberdade, restritiva de direitos e multa.

As penas privativas de liberdade previstas pelo Código Penal para os crimes ou delitos são as de reclusão e detenção, e devem ser cumpridas em estabelecimento prisional. A pena de reclusão são aplicáveis àqueles crimes de maior gravidade (estupro, homicídio doloso, roubo, tráfico de drogas, entre outros) e são cumpridos em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já as penas de detenção são aplicáveis a crimes de menor gravidade (homicídio culposo, dano, lesão corporal, entre outros) e são cumpridos, normalmente, em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência para o regime fechado. Cumpre ressaltar que a Lei de Contravenções Penais prevê sua pena privativa de liberdade, a prisão simples, que ocorre sem rigor penitenciário em estabelecimento especial, sendo admitidos somente os regimes semiaberto e aberto.

As penas restritivas de direito são as sanções penais impostas em substituição à pena privativa de liberdade e consiste na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado. Trata-se de espécie de pena alternativa que será aplicada aos crimes que possuem pena mais branda. O rol das penas restritivas está elencado no art. 43 do Código Penal, são as seguintes: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana.

Por fim, a pena de multa constitui em uma modalidade pecuniária, imposta pelo Estado às pessoas condenadas pela prática de infrações penais. Trata-se de uma retribuição não correspondente ao valor do dano causado, considerada como sanção de natureza patrimonial, por representar pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória, esse pagamento será remetido ao fundo penitenciário. A pena de multa atende a necessidade atual de descarcerização, punindo o autor com o pagamento de importância determinada pelo juiz, cujo valor deverá obedecer aos limites mínimo e máximo ditados pelo Código penal.

### 3.2.2 Princípios constitucionais e infraconstitucionais das penas

Os princípios aplicados à pena 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>30</sup>

Inicialmente, observa-se o princípio da legalidade, emanado do brocardo *nulla poena sine lege*, ou seja, somente a lei pode cominar a pena, assim, não há crime sem a prévia previsão legal. Esse princípio foi previsto como cláusula pétrea no art. 5º XXXIX da CF e também encontra amparo no art. 1º do Código Penal, ele protege contra qualquer forma de tirania e arbítrio daqueles que detêm o poder de punir, garantindo a convivência em sociedade sem o risco de ter a liberdade cerceada pelo Estado, a não ser em hipóteses previamente estabelecidas.

O princípio da proporcionalidade é de extrema importância, pois deve ser observado tanto na esfera legislativa como na penal. Para o legislador esse princípio impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que deseja atingir. Na esfera penal deve ser observado pelo magistrado no momento da dosimetria da pena, como prevê o art. 59 do CP, sendo a pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, vedando a desproporcionalidade entre a pena e o fato cometido.

Segundo o princípio da humanidade ou humanização das penas, a pena deve respeitar os direitos fundamentais do condenado, enquanto ser humano. A finalidade da pena é a reeducação e a reinserção do condenado na sociedade, não pode, assim, violar a sua integridade física ou moral (art. 5º, XLIX da CF). Da mesma forma, o Estado não pode dispensar nenhum tipo de tratamento cruel, desumano ou degradante ao preso. Com esse propósito, o art. 5º, XLVII, da CF, proíbe as penas de morte, de trabalho forçado, de banimento e cruéis, bem como a prisão perpétua.

---

<sup>30</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;

Para o princípio da personalidade, intransmissibilidade, intranscendência ou responsabilidade pessoal, a pena não pode, em hipótese alguma, ultrapassar a pessoa do condenado (art. 5º, XLV da CF). É vedado alcançar, portanto, familiares do acusado ou pessoas alheias à infração penal. Em síntese, esse postulado impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. É possível, porém, que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, compreendidos como efeitos da condenação, sejam, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, XLV da CF). A pena de multa não poderá ser cobrada dos sucessores do condenado.

O princípio da intervenção mínima prevê que a pena é legítima unicamente nos casos estritamente necessários para tutela de um bem jurídico penalmente previsto. 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

Outro princípio relevante é o da individualização das penas, disposto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Dispõe que a pena deve ser individualizada, 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. Sua finalidade reside na fuga da padronização da pena, que prescindia da figura do juiz.

Por fim, o princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade decorre do princípio da legalidade e sustenta que a pena, se presentes os requisitos necessários para a condenação, não pode deixar de ser aplicada e integralmente cumprida. É, contudo, mitigado por alguns institutos penais, como a prescrição, o perdão judicial, o sursis, o livramento condicional, entre outros.

### **3.3 Sistema penitenciário brasileiro e sua realidade**

No que diz respeito a legislação pátria, grande parte dos direitos dos presos encontram-se no art. 5º da CF e na Lei de Execução Penal, que objetivam efetivar as



disposições da sentença criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, como previsto no art. 1º da LEP. Porém, como sabemos, a realidade é de superlotação, falta de condições para reabilitação do condenado, corrupção, entre outros problemas.

Nos últimos anos o país apostou muito na eficácia das penas privativas de liberdade, mas pouco se fez para melhorar o sistema prisional. Com essa condição de desrespeito aos condenados, cada vez é mais comum a causa de descontentamento e rebeliões, sendo praticamente inexistente o caráter ressocializador da pena. O crescimento vertiginoso da população prisional e o déficit de vaga, em confronto com o histórico de esforços do Poder Público para a produção de novos presídios é um dado revelador de que esse não pode ser o único componente fundamental das políticas penitenciárias, senão apenas mais um, dentro de um mosaico bem mais amplo e diferenciado. Os dados revelam que, por exemplo, elevada parcela da população prisional é composta por presos reincidentes, o que aponta, dentre outras coisas, para o papel deficitário que vem sendo desempenhado nos sistemas penitenciários locais.<sup>31</sup>

O Brasil, ostenta hoje, a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas de Estados Unidos e China. O último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), de junho de 2017, apontou que o Brasil possuía 726.354 presos, para um total de 423.242 vagas, tendo um déficit de 303.112 vagas, desse total, 235.241 eram presos provisórios, ou seja, 32,39% dos detentos brasileiros ainda aguardam sua condenação privados de sua liberdade.<sup>32</sup>

O G1, nos últimos anos, vem fazendo levantamento acerca do número de presos no país. Segundo apurado, em 2018 tínhamos 686.594 presos para um total de 407.309 vagas, onde 34,4% eram presos provisórios, no ano de 2019 aumentou-se o número de vagas para 415.960, porém o número de presos aumentou mais proporcionalmente, passou para 704.395, sendo 35,9% deles presos provisórios.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/aceso-a-informacao/auditorias/2010relatorio\\_gestao\\_2010\\_depen\\_snj.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/aceso-a-informacao/auditorias/2010relatorio_gestao_2010_depen_snj.pdf)> Acesso em 11 set 2019;

<sup>32</sup> Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>> Acesso em 11 set 2019;

<sup>33</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>> Acesso em 11 set 2019;

Pelos recentes números divulgados pelo Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que é alimentado pelos dados dos tribunais estaduais, temos 812.564 presos, considerando os em regime fechado, semiaberto e os que cumprem pena em abrigo. São 337.126 presos provisórios e 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento.<sup>34</sup>

Segundo os últimos dados do Infopen, dos 726.354 mil presos que foi informado no relatório, 43,57% dos presos sentenciados cumprem pena em regime fechado, 16,72% já foram sentenciados e cumprem em regime semiaberto, 6,02% são presos sentenciados em regime aberto, 0,34 cumprem medida de segurança de internação e 0,06% de tratamento ambulatorial, 33,29% são presos provisórios, um número que assusta e vem aumentando cada vez mais.

Conforme levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e do Ministério da Justiça, 37,2% dos casos de prisão provisória no Brasil terminam com a soltura dos encarcerados, são absolvidos ou cumprem penas alternativas. Contextualizando com os números do Infopen, estima-se que dos 235.241 presos provisoriamente no país, cerca de 87.510 estão injustamente nessa situação.

Ainda de acordo com o relatório do Infopen, todos os estados brasileiros estão com superlotação em seus presídios, sendo a média do geral do país 71,62% além da capacidade, com os estados do Paraná e Pernambuco apresentando as piores situações. Quanto ao perfil dos presos temos que 685.929 são homens e 37.828 são mulheres, sendo a quarta maior população carcerária feminina do mundo, a maioria absoluta é jovem, cerca de 54,06% possuem entre 18 e 29 anos, a maioria possuem cor de pele parda (44,83%), seguido por brancos (34,38%) e negros (16,83%), com relação a escolaridade mais da metade dos presos (51,3%) possuem apenas ensino fundamental incompleto. Os crimes mais cometidos pelos homens são roubo (31,88%) e tráfico de drogas (29,26%), já pelas mulheres temos tráfico de drogas (64,48%) e roubo (15,72%).

Segundo o levantamento do G1, dos 737.892 presos em 2019, apenas 139.511 trabalham (18,9%) e 92.945 estudam (12,6%), números baixos e diretamente ligados com a dificuldade de reinserção na sociedade, uma vez que estimular o trabalho e a

---

<sup>34</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>> Acesso em 11 set 2019

educação na prisão faz com que o detento saia dali com algumas habilidades que possibilite sua realocação no mercado de trabalho, diminuindo a reincidência. Recentemente foi divulgado um estudo feito pela Comissão de Sentenciamento dos EUA apontando que a educação na cadeia reduz em 43% o risco de retorno a prisão.<sup>35</sup>

Com relação ao número de reincidentes, temos uma polêmica. Inicialmente, para compreender melhor, cumpre alertar que temos pelo menos quatro interpretações possíveis para o conceito de reincidência: reincidência genérica: ocorre quando há mais de um ato criminal, independentemente de condenação, ou mesmo autuação, em ambos os casos; reincidência legal: segundo a legislação, é a condenação judicial por novo crime até cinco anos após a extinção da pena anterior; reincidência penitenciária: quando um egresso retorna ao sistema penitenciário após uma pena ou medida de segurança; e reincidência criminal: quando há mais de uma condenação, independentemente do prazo legal estabelecido pela legislação brasileira.

Renomados juristas como Gilmar Mendes e César Peluso já se manifestaram dizendo que o número de reincidentes no Brasil era próximo a 70%, número que leva em consideração a reincidência penitenciária, não considerando o prazo de cinco anos do Código Penal. No ano de 2015, uma pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontou que 24,4% dos presos reincidem no prazo de cinco anos, ou seja, foi adotado o critério de reincidência legal.

A solução imediata, mas insuficiente e pouco eficaz, seria a construção de mais presídios, ou disponibilização de vagas, com a doação de um sistema prisional que concretizasse a reabilitação e impedisse a reincidência, nos termos idealizados na legislação vigente. Para amenizar a superlotação dos presídios seria necessária a realização de mutirões para verificar a situação dos detentos, fazer uma reavaliação dos processos criminais, com o objetivo de averiguar aqueles que fazem jus a concessão de benefícios como a progressão de regime ou liberdade condicional. Ainda assim, essa alternativa seria apenas paliativa ante a inexistência de projetos de ressocialização, pois

---

<sup>35</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/videos/v/eua-educacao-na-cadeia-reduz-em-43-risco-de-retorno-a-prisao/7570403/>> 11 set 2019;

os detentos, uma vez soltos, acabam retornando para a criminalidade e assim para o sistema penitenciário, na forma de um ciclo vicioso.<sup>36</sup>

A superlotação, a falta de programas de trabalho, educação e profissionalização, acaba incentivando o sedentarismo e o uso de drogas, que em conjunto com a falta de higiene, os ambientes precários e insalubres dos presídios, a proliferação de diversas doenças (tuberculose, pneumonia, hepatite e doenças sexualmente transmissíveis), torna ineficazes quaisquer medidas que não venham acompanhadas de um projeto completo de mudança do sistema carcerário e da população presa.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> 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;

<sup>37</sup> Idem;

## 4 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo, será analisado a legalidade da realização da Parcerias Público-Privadas no sistema penitenciário brasileiro, sob a ótica do direito administrativo e do direito penal, à luz da LEP.

### 4.1 As Parcerias Público-Privadas e os princípios da Administração Pública

Diante da crise penitenciária que vive o Brasil, é possível que o Estado delegue para a iniciativa privada, mediante parceria público-privada na sua modalidade administrativa, o dever de manutenção e administração do presídio. Assim, o Estado ficaria livre de gastos dispendiosos desse serviço público de sua titularidade, e ainda assim manteria os controles políticos sobre ele.

Deve-se atentar para os requisitos legais trazidos pela lei 11.079/04, quais sejam: o contrato para manutenção e administração dos presídios não pode ser inferior a 5 (cinco) e nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, admitindo eventual prorrogação, além da exigência mínima do valor do contrato, sendo vedado a celebração de contrato em valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Portanto, sob a ótica do direito administrativo não há óbice para a realização de parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro, desde que observado o disposto na lei 11.079/04 e que o parceiro privado garanta a execução do contrato e o cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas. Esse modelo inclusive privilegia os princípios da administração pública, dando mais força para que o Estado seja eficiente na prestação do serviço. O art. 4º da lei das PPP's traz os princípios constitucionais da administração pública, que serão observados também na realização das parcerias:

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.

## **4.2 As parcerias público-privadas e a Lei de Execuções Penais**

A Lei de Execução Penal (LEP) foi instituída em 1984 com a finalidade de o Estado proporcionar ao indivíduo que sofreu alguma restrição quanto à sua liberdade por cometimento de algum delito, a possibilidade de reintegração na sociedade após cumprir sua pena.

Com relação à lei permitir ou não concessão ao setor privado para construção e gestão de penitenciárias há divergência. Uma corrente minoritária defende que deve ser feito uma análise literal da Lei de Execução Penal, com isso haveria proibição de que a execução do sistema carcerário seja gerenciada por empresas privadas, bem como a delegação da gestão penitenciária aos particulares. Outra interpretação, essa majoritária, acredita que como os arts. 73 e 74 da LEP não proíbem a interferência do setor privado nos presídios, é possível que seja realizado as PPP's:

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 coordenar os estabelecimentos penais da Unidade da Federação a que pertencer.

Parágrafo único. Os órgãos referidos no caput deste artigo realizarão o acompanhamento de que trata o inciso VII do caput do art. 72 desta Lei e encaminharão ao Departamento Penitenciário Nacional os resultados obtidos.

A leitura do art. 4º da LEP também leva a acreditar ser possível a realização de PPP's, vejamos:

Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Essa interpretação está de acordo com o posicionamento de Julio Fabbrini Mirabete, que ainda complementa com o seguinte argumento:

Nada impede que a lei federal ou estadual, por instrumento hábil (delegação, concessão, permissão ou privatização), encarregue uma pessoa jurídica de direito privado de exercê-la para promover a execução material das penas (...). Mas em caráter geral, por força de norma complementar estadual, nada impede que os estabelecimentos penais sejam geridos e operados por empresa privada, ressalvadas as atividades jurisdicionais e administrativas judiciárias(...). Não há dispositivo que vede a possibilidade da gerência e operação material dos estabelecimentos penais ser exercida por entidade privada. Em nenhum momento a lei federal dispõe que o diretor e os servidores devam ser obrigatoriamente servidores públicos. Embora se refira a “pessoal administrativo”, deve-se entender que essas funções podem ser exercidas por particulares, de entidade privada, quando se trata de atividades de mera execução material da pena (vigilância, instrução técnica, trabalho, assistência etc.).<sup>38</sup>

Pontua-se que o controle a fiscalização do cumprimento e das condições da pena continuam a ser exercidas pelo juiz da execução, sendo que a única atividade que não pode ser executada por particulares nos estabelecimentos penais é a aplicação de sanções disciplinares, que por influir diretamente no desenvolvimento da execução penal deve ser feita pelo Poder Público.

#### **4.3 As parcerias público-privadas e as garantias constitucionais do preso**

Com relação ao cumprimento da pena, a Constituição previu alguns direitos fundamentais aos presos em seu art. 5º, como: respeito a integridade física e moral; a pena ser cumprida em estabelecimento qualificado pela natureza do crime, da idade e do sexo; não ser submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante e às detentas o direito de permanecer com seus filhos no período de amamentação.

---

<sup>38</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. A privatização dos estabelecimentos penais diante da lei de execução penal. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, n.1, jan/jul 1993;

Porém, sabe-se que a atual situação dos presídios brasileiros não possibilita a concretização desses direitos, em virtude da crise econômica e da superlotação dos presídios. Assim, o modelo de PPP's surge como uma alternativa viável para a implantação das melhorias necessárias em busca das garantias desses direitos constitucionais, oferecendo melhores condições de higiene, educação, oportunidade de trabalho, sem superlotação e com maior possibilidade de reinserção na sociedade posteriormente.



## **5 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E SISTEMA PRISIONAL: VANTAGENS E DESVANTAGENS DA IMPLEMENTAÇÃO**

Atualmente, há grande discussão sobre a viabilidade de parceria entre o setor público e privado no sistema prisional, nesse capítulo serão abordadas as vantagens e as desvantagens de sua implementação, tendo como base o que foi visto até agora.

Com relação às vantagens do modelo, temos que a empresa privada, na maior parte das vezes, dispõe de maior habilidade para administrar, pois está liberada da morosa e complicada burocracia do setor público, sendo capaz de resolver problemas com menos custo e mais rápido. Para que esse ponto de fato se efetive, é necessário que os agentes públicos acompanhem de perto a execução do contrato e garantam que seja devidamente cumprido.

Algumas das facilidades que o fim da burocracia do setor público traz é a oportunidade de comprar bens sem se submeter às licitações e a possibilidade de demitir imediatamente agentes em caso de corrupção e maus tratos, o que não ocorre com os empregados públicos, que são submetidos à processo administrativo.

Outro ponto fundamental é a qualidade dos presídios, a participação privada propiciará, mesmo que ainda não seja de maneira extremamente eficaz, trabalho, escola, lazer, vestuário, entre outros benefícios. Essa maior proteção à dignidade do preso é um grande passo para que este não volte a delinquir, lembrando da pesquisa americana já citada, apontando que a educação na cadeia reduz em 43% o risco de retorno a prisão. Enquanto se estima que a reincidência dos criminosos seja em torno de 70%, na prisão de Guarapuava foi de 6%.

Auxiliando o Estado nesses aspectos de emprego e estudo, estará concorrendo para a satisfação do valor social do trabalho, livre iniciativa, busca do pleno emprego, tudo para que seja dada uma vida digna ao preso. Traz benefício para toda a sociedade, pois desonera o Estado e possibilita a inserção do preso no mercado de trabalho quando este cumprir sua pena.

No complexo de Ribeirão da Neves, por exemplo, o Estado é quem decide, avaliando o perfil do preso, qual atividade que será realizada por ele. A jornada de trabalho é de 6 horas, podendo se estender a 8 horas diárias de segunda à sábado com descanso aos domingos e feriados, a remuneração não pode ser inferior a  $\frac{3}{4}$  do salário

mínimo, dos quais 25% vão para o Estado, o restante é depositado na conta do preso. Considerando tais limitações, não há qualquer outro direito trabalhista envolvido, como concessão de férias com remuneração, hora extra, décimo terceiro, entre outros benefícios. Assim, como exemplo o próprio complexo, tem-se alta produção, concomitante com a qualificação e experiência profissional do detento, que possibilita, após o cumprimento da pena, sua ocupação e geração de renda para sua família.

Outro ponto de suma importância é o custo benefício deste modelo, já que Estado gasta menos e o resultado é significativamente melhor. Com relação ao modelo de Ribeirão das Neves, por exemplo, o custo efetivo de cada um dos internos é R\$ 1,9 mil contra R\$ 2,8 mil por mês nas unidades geridas pelo Estado. O poder público repassa R\$ 3,8 mil, mas essa diferença é para adquirir a estrutura construída, que ficará como propriedade pública ao fim do contrato.

Para o penalista Fernando Capez, diante da ineficácia do atual sistema prisional, a parceria público-privada acaba sendo uma necessidade:

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>39</sup>

O excelente artigo feito pelo professor adjunto da UFBA, Dr. Sandro Cabral e o professor do Insper Dr. Sergio Lazzarini, analisou os impactos da participação privada no sistema prisional paranaense, mediante um estudo empírico, chegaram a seguinte conclusão:

---

<sup>39</sup>Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5667/A-privatizacao-de-presidios-como-mecanismo-garante-dos-direitos-fundamentais-constitucionais-na-execucao-penal-uma-tendencia-factivel-ou-falaciosa>>. Acesso em: 11 set 2019.

As análises aqui empreendidas, nesse setor em que são raros os estudos da área, demonstraram que, além de apresentarem menores custos, as prisões terceirizadas são mais seguras que as prisões operadas na modalidade tradicional. As prisões terceirizadas na nossa amostra apresentam relativamente menor incidência de fugas e mortos, além de proverem mais consultas médicas. As razões para os resultados distintos estão relacionadas aos incentivos a que as operadoras privadas estão submetidas e às suas habilidades para contornar as restrições institucionais, notadamente ligadas ao número de controles administrativos para contratação de pessoal, execução de mecanismos de recompensas e punições e aos procedimentos de compras. (...) Além disso, a presença de funcionários públicos no interior das unidades terceirizadas pode ser apontada como um dos fatores preponderantes para evitar condutas dos operadores privados, de modo que os resultados obtidos refutam a hipótese de Hart et al. (1997), pela qual empresas privadas tenderiam a diminuir os indicadores de custo em detrimento da qualidade.<sup>40</sup>

Quanto as principais críticas ao modelo, temos quem acredite que se cria demasiadas facilidades para o capital privado, ou seja, haveria uma privatização dos lucros e uma estatização dos prejuízos, alegando que ainda teria um maior custo o preso nas unidades privadas do que nas públicas. Como visto no modelo de Ribeirão das Neves, o valor do preso é bem inferior do que na prisão pública, sendo repassado valor maior por conta da compra do complexo, que será feita ao fim do contrato.

Outro ponto criticado é que a preocupação da iniciativa privada é somente o lucro e não o interesse na reinserção social e recuperação do detento, muito menos o bem-estar da comunidade e que seria possível a implantação de serviço forçado, sem a livre adesão do preso. Porém, é completamente possível que haja a preocupação com o lucro, desde que seja respeitada as limitações legais e constitucionais envolvidas. Quanto à reinserção do preso, haverá interesse, pois há o desejo de demonstrar eficiência, uma vez que se isso não ocorrer o Estado não contratará mais com a empresa. Vale pontuar

---

<sup>40</sup> CABRAL, Sandro; LAZZARINI, Sérgio. Impactos da Participação Privada no Sistema Prisional: Evidências a partir da Terceirização de Prisões no Paraná. Curitiba: ANPAC, Revista de Administração Contemporânea, v. 14, n. 3, Mai./Jun. 2010. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v14n3/v14n3a02>>. Acesso 11 set. 2019.

ainda que o Estado no regime de PPP's tem a obrigação de fiscalizar a execução dos serviços públicos por particular, para evitar esse tipo de situação.

Há ainda quem argumente que o dever constitucional de punir e recuperar os presos é exclusivo do estado. Porém, conforme já bastante debatido, é plenamente possível, tanto pela LEP como pela Constituição Federal que o ente privado exerça as atividades administrativas em caráter de cogestão com o poder público, que administra a execução da pena, de forma indelegável.

Por fim, caso a empresa alguns questionam para o fato da possibilidade de a empresa falir ou entrar em greve. A falência pode ocorrer, e para tanto o Estado deve estar preparado, com cláusulas no contrato a esse respeito, de forma que o possibilite assumir de forma imediata o controle ou oportunize outra empresa assumir. Com relação a greve, embora seja direito constitucional assegurado, não pode ser exercido no setor prisional, pois trata-se de um serviço público essencial, não podendo ser suspenso ou interrompido.

## 6 CONCLUSÃO

A atual situação dos presídios brasileiros é caótica, o nosso sistema penitenciário é desestruturado, ineficiente e não garante os direitos fundamentais dos presos. O modelo adotado, completamente falido, contribui para que o preso piore sua situação ao entrar na prisão, sendo uma verdadeira escola do crime.

Com isso, a possibilidade de ressocialização é praticamente inexistente, devolvendo ao final, um indivíduo muitas vezes pior do que quando ingressou no sistema prisional, motivo pelo qual o índice de reincidência criminal seja cerca de 70%. Há ainda, em um cenário de crise econômica que vivemos hoje, o dinheiro gasto pelo poder público, que gira em torno de 3 mil reais por cada preso.

O Estado precisa estar mais atento às questões relacionadas à execução da pena, principalmente no que se refere ao respeito à dignidade do preso, que não raras vezes é violada, em descumprimento aos preceitos da Constituição Federal, das Regras Mínimas da ONU para Tratamento dos Reclusos, da LEP e da Resolução nº 14/94 do CNPCP.

O crescimento das obrigações estatais e a péssima administração do governo trouxeram problemas econômicos e sociais de grande impacto. Assim, criou-se a ideia da possibilidade de um Estado subsidiário, onde este continua como garantidor dos direitos individuais e do bem coletivo, mas também passa a fomentar a iniciativa privada, de forma que realizem parcerias para aumentar a eficiência dos serviços públicos e diminuir seus custos.

Nesse cenário, como ficou demonstrado a incapacidade do Estado em cuidar do preso, surgiu com bastante força a possibilidade de implantação de parceria público-privada no sistema penitenciário como forma de superar a crise do sistema penitenciário. Inicialmente a medida foi adotada em países como EUA, Inglaterra e França e de forma gradativa foi também sendo utilizada no Brasil.

O sistema ainda possui suas dificuldades na implementação, porém, nos poucos locais em que foi testado concluiu-se que houve um ótimo custo benefício. Notou-se que com a melhoria das condições dos presídios, possibilidade de o preso trabalhar, estudar, viver em um local higiênico, com respeito aos seus direitos constitucionais, obteve-se um

menor índice de reincidência, além da redução dos custos do Estado e possibilidade de o preso cumprir sua pena de forma digna, beneficiando reflexamente toda a sociedade.

O modelo adotado no Brasil, com respeito a Constituição Federal, é o francês, em que prevê a gestão compartilhada. Assim, o Estado mantém sua titularidade, fiscalização e controle na execução da pena, sendo responsável pela segurança interna e externa da prisão, e pela indicação do diretor geral do estabelecimento e seu relacionamento com o juízo da execução penal. Já à iniciativa privada compete a organização do trabalho, da educação, do lazer, da alimentação, fornecimento de vestimentas e demais serviços relacionados ao preso, ou seja, os serviços de hotelaria. A empresa contratada receberá uma quantia por preso/dia em decorrência da prestação desses serviços.

Os críticos à adoção de parceria público-privada para solucionar os problemas do sistema prisional alegam que esse sistema seria voltado para o lucro das empresas, que usariam o preso, explorando-o para gerar mais lucro. Porém, o lucro das empresas advém de contraprestação do Estado, no cumprimento do contrato, e não do trabalho do preso, que seria benéfico somente a ele, no momento de reinserção na sociedade.

Portanto, 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.

Para que a parceria funcione, é essencial que o poder público exerça sua função de fiscalização, tanto na implantação como no decorrer da gestão, com intuito de evitar o que ocorreu em prisões que adotavam esse modelo nos estados do Amazonas e Ceará.

Portanto, sem dúvidas que, com o cumprimento das obrigações pelo poder público e pela empresa privada a adoção do modelo de parceria público-privada pode atenuar a crise do sistema prisional brasileiro, fazendo com que no futuro tenhamos menos presos, e lhes sejam garantido o cumprimento da pena em condições dignas.

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 se o desenvolvimento do sistema está de acordo com o esperado.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018;

*Após massacre de detentos, Umanizzare deixa gestão de presídio no Amazonas*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2019/07/13/umanizzare-deixa-gestao-do-compaj-no-am-nova-empresa-assume-apos-governo-dispensar-licitacao-de-r-3209-milhoes.ghtml>> Acesso em 29 de ago 2019;

*Após quase oito anos, primeira unidade de complexo prisional na Mata Norte de PE é inaugurada*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pe/pe/noticia/apos-quase-oito-anos-primeira-unidade-de-complexo-prisional-na-zona-da-mata-norte-e-inaugurada.ghtml>> Acesso em 29 ago 2019;

CABRAL, Sandro; LAZZARINI, Sérgio. **Impactos da Participação Privada no Sistema Prisional: Evidências a partir da Terceirização de Prisões no Paraná**. Curitiba: ANPAC, Revista de Administração Contemporânea, v. 14, n. 3, Mai./Jun. 2010. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v14n3/v14n3a02>>. Acesso 11 set. 2019.

CAMACHO, Bruno Sanna. **Parcerias público-privadas - Conceito, princípios e situações práticas**. 2008. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI62352,41046-Parcerias+publicoprivadas+Conceito+principios+e+situacoes+praticas>> Acesso em: 10 ago 2019;

*CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>> Acesso em 11 set 2019

*Como funciona o complexo de Ribeirão das Neves, única PPP penitenciária do país*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/parana/ribeirao-das-neves-unica-ppp-penitenciaria-do-brasil/>> Acesso em 29 ago 2019;



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

*EUA: educação na cadeia reduz em 43% risco de retorno à prisão*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/videos/v/eua-educacao-na-cadeia-reduz-em-43-risco-de-retorno-a-prisao/7570403/>> 11 set 2019;

FURUKAWA, Nagashi. **Uma comparação entre o sistema carcerário brasileiro e inglês**. 2015. Disponível em <<https://www.jota.info/especiais/uma-comparacao-entre-o-sistema-carcerario-brasileiro-e-ingles-20072015>> Acesso em: 11 ago 2019;

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015;

*Grupo do CNJ apresenta primeiro relato sobre situação carcerária do Amazonas*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84466-grupo-do-cnj-apresenta-primeiro-relato-sobre-situacao-carceraria-do-amazonas?acm=\\_9666](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84466-grupo-do-cnj-apresenta-primeiro-relato-sobre-situacao-carceraria-do-amazonas?acm=_9666)> Acesso em 29 ago 2019;

*Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>> Acesso em 11 set 2019;

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.;

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

MEDINA OSÓRIO, Fábio; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **Sistema Penitenciário e Parcerias Público-Privadas: Novos Horizontes**. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7643>>. Acesso em 24 ago 2019;

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **A privatização dos estabelecimentos penais diante da lei de execução penal.** 1993. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, n.1.

*Na Bahia, dois presídios novos estão fechados devido a impasse na Justiça.* Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/08/03/na-bahia-dois-presidios-novos-estao-fechados-devido-a-impasse-na-justica.ghtml>> Acesso em 24 ago 2019;

OLIVEIRA, Lívia Freitas Guimarães. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro.** 2013. Disponível em <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-30012014-161303/?&lang=br>> Acesso em 12 ago 2019

*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: 11 ago 2019;

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

*PRESTAÇÃO DE CONTAS ORDINÁRIA ANUAL RELATÓRIO DE GESTÃO DO EXERCÍCIO DE 2010.* Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/aceso-a-informacao/auditorias/2010relatorio\\_gestao\\_2010\\_depen\\_snj.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/aceso-a-informacao/auditorias/2010relatorio_gestao_2010_depen_snj.pdf)> Acesso em 11 set 2019;

*Reino Unido retoma da iniciativa privada presídio mergulhado no caos.* Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/08/reino-unido-retoma-da-iniciativa-privada-presidio-mergulhado-no-caos.shtml>> Acesso em: 11 ago 2019;

SANTOS, Jorge Amaral dos. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro.** 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13521>> Acesso em 11 ago 2019

SILVA, Andre Ricardo Dias da. **A privatização de presídios como mecanismo garante dos direitos fundamentais constitucionais na execução penal: uma tendência factível ou falaciosa?**. 2010. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5667/A-privatizacao-de-presidios-como-mecanismo-garante-dos-direitos-fundamentais-constitucionais-na-execucao-penal-uma-tendencia-factivel-ou-falaciosa>>. Acesso em: 11 set 2019.

SILVA, Cosmo Sobral da; BEZERRA, Everaldo Batista. **A terceirização de presídios a partir do estudo de uma penitenciária do Ceará**. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6541>>. Acesso em 24 ago 2019;

STF. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADIMC 1.491/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ: 08/05/2014 **STF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630106>. Acesso em 09 ago 19;

*Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>> Acesso em 11 set 2019;

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. ed. Jurídica de Chile, 1976;