



As parcerias

Rafaella Brustolin

Público-Privadas e o **Sistema Penitenciário Brasileiro**

Uma alternativa viável diante ao colapso
hodierno do cárcere no Brasil



A caótica situação carcerária brasileira atual representa matéria de ordem pública em nosso país. A condição em que se encontram os diversos estabelecimentos prisionais revela precariedade material e estrutural não condizente com o disposto na Lei Federal que os disciplina. Deste modo, os objetivos traçados pela Constituição Federal e pela Lei de Execuções Penais revelam-se inalcançáveis, não havendo o cumprimento de sua devida função social. Desarte, é de interesse de toda a coletividade a busca pela evolução no gerenciamento e administração de todo o sistema prisional. Neste contexto discute-se a possibilidade da adoção de Parcerias Público-Privadas em âmbito penitenciário. Tais parcerias buscam o aperfeiçoamento da gestão e administração de presídios de modo a permitir que o particular, por meio de uma concessão administrativa, realize tal tarefa sem que haja a transferência do poder punitivo do Estado. No modelo, ao particular fica o encargo de sua gestão, construção e manutenção, por meio de atos materiais acessórios, havendo a cooperação e comprometimento entre o Público e o Privado a despeito das metas e resultados acordados no contrato firmado entre ambos. Por tratar-se de inovação contratual em cenário brasileiro e versar acerca da possibilidade de delegação de atividades tipicamente estatais (em sentido amplo), faz-se de extrema importância seu estudo e compreensão. Por este mesmo motivo, junto desta nova possibilidade de delegação, devem ser buscadas respostas aos seguintes questionamentos: As Parcerias Público-Privadas são eficazes na busca da promoção de melhores condições ao indivíduo apenado e sua ressocialização pós-cumprimento da pena? A concessão administrativa em âmbito penitenciário é constitucionalmente aceita em nosso ordenamento jurídico? Neste modelo, haveria a transferência do poder de império do Estado a particulares?



**As Parcerias Público-Privadas e
o Sistema Penitenciário Brasileiro**

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Prof. Dr. Fernando Borges Mânica

Universidade Positivo

Prof. Dr. Fernando Borges Mânica

Universidade Positivo

Prof. Ms. Fernando Menegat

Universidade Positivo

As Parcerias Público-Privadas e o Sistema Penitenciário Brasileiro

**Uma alternativa viável diante ao
colapso hodierno do cárcere no Brasil**

Rafaella Brustolin



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BRUSTOLIN, Rafaella

As Parcerias Público-Privadas e o Sistema Penitenciário Brasileiro: uma alternativa viável diante ao colapso hodierno do cárcere no Brasil [recurso eletrônico] / Rafaella Brustolin -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

129 p.

ISBN - 978-85-5696-724-4

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Parcerias Público-Privadas; 2. Sistema Penitenciário Brasileiro; 3. Ressocialização; 4. Princípio da Eficiência; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

“O grau de civilização de uma sociedade pode ser medido pela maneira como tratam seus prisioneiros”

Fidor Dostoiévski

Lista de siglas

AEPV	Agentes de Escolta e Vigilância Penitenciária
APAC	Associação de Proteção e Assistência aos Condenados
ASP	Agentes de Segurança Penitenciária
FBAC	Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados
GPA	Concessionária Gestores Prisionais Associados S.A.
LEP	Lei de Execução Penal
ONU	Organização das Nações Unidas
PMI	Projeto de Manifestação de Interesse
PPP	Parceria Público-Privada
SAP	Secretaria de Administração Penitenciária
VfM	Value for Money

Sumário

1	13
Introdução	
2.....	17
As Parcerias Público-Privadas	
2.1 Panorama Histórico e a Lei n. 11.079/2004	17
2.2 A concessão do serviço público e os modelos de concessão admitidos pelas PPPs... 27	
2.3 Diretrizes e Inovações da Lei das PPPs.....	35
3.....	47
O Sistema Penitenciário Brasileiro	
3.1 A Execução Penal e Lei nº 7.210/1984.....	47
3.2 Estrutura e Organização dos Estabelecimentos Penais	57
3.3 Tratamento Penitenciário Ressocializador: Direitos do Preso, Assistência e Trabalho.....	69
4.....	79
As Parcerias Público-Privadas no Sistema Penitenciário	
4.1. A indelegabilidade das funções regulatória, jurisdicional, de polícia e outras atividades exclusivas do Estado.....	79
4.2 As atividades passíveis de delegação em âmbito penitenciário	88
4.3 Experiência Nacional e Internacional.....	100
5.....	117
Desafios e perspectivas	
Referências.....	121

Introdução

A caótica situação carcerária brasileira atual representa matéria de ordem pública em nosso país. A condição em que se encontram os diversos estabelecimentos prisionais revela precariedade material e estrutural não condizente com o disposto na Lei Federal que os disciplina. Deste modo, os objetivos traçados pela Constituição Federal e pela Lei de Execuções Penais revelam-se inalcançáveis, não havendo o cumprimento de sua devida função social. Dessarte, é de interesse de toda a coletividade a busca pela evolução no gerenciamento e administração de todo o sistema prisional.

Neste contexto discute-se a possibilidade da adoção de Parcerias Público-Privadas em âmbito penitenciário. Tais parcerias buscam o aperfeiçoamento da gestão e administração de presídios de modo a permitir que o particular, por meio de uma concessão administrativa, realize tal tarefa sem que haja a transferência do poder punitivo do Estado. No modelo, ao particular fica o encargo de sua gestão, construção e manutenção, por meio de atos materiais acessórios, havendo a cooperação e comprometimento entre o Público e o Privado a despeito das metas e resultados acordados no contrato firmado entre ambos.

Por tratar-se de inovação contratual em cenário brasileiro e versar acerca da possibilidade de delegação de atividades tipicamente estatais (em sentido amplo), faz-se de extrema importância seu estudo e compreensão. Por este mesmo motivo, junto desta nova possibilidade de delegação, devem ser buscadas respostas aos seguintes questionamentos: As Parcerias Público-Privadas são eficazes na busca da promoção de melhores condições ao indivíduo apenado e sua ressocialização pós-

cumprimento da pena? A concessão administrativa em âmbito penitenciário é constitucionalmente aceita em nosso ordenamento jurídico? Neste modelo, haveria a transferência do poder de império do Estado a particulares?

Elege-se como foco de pesquisa, em essência, a análise da possibilidade de participação privada em estabelecimentos prisionais e seus limites. Para isso, far-se-á necessária a compreensão, outrossim, do modelo de Parcerias Público-Privadas segundo a Lei Federal nº 11.079/2004, suas diretrizes e inovações e da execução de penas no país, segundo a Lei nº 7.210/1984 e seu escopo principal.

Para tanto, no Capítulo 2, buscar-se-á compreender a atuação das Parcerias Público-Privadas no ordenamento jurídico brasileiro. O ponto 2.1 tratar-se-á acerca de seu histórico internacional e nacional, sobretudo com o advento de sua lei federal, bem como sua conceituação. O ponto 2.2 discutir-se-á acerca dos modelos de concessão aceitos e seus possíveis objetos. Já o ponto 2.3 tratar-se-á acerca da estruturação de tais parcerias e das inovações trazidas pela Lei nº 11.079/2004.

No Capítulo 3 tratar-se-á, de maneira sucinta, a despeito da Execução Penal no Brasil. Em seu tópico 3.1, buscar-se-á compreender a evolução histórica do cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como sua disciplina em Lei Federal brasileira, além de atentar-se ao seu escopo. No ponto 3.2, atentar-se-á a elencar os requisitos necessários aos estabelecimentos penais, para que, quando objeto de Parceria Público-Privada, todos seus objetivos possam ser viabilizados em preenchimento a tais requisitos. Além disso, versar-se-á acerca da questão da superlotação carcerária brasileira. No tópico 3.3, estudar-se-á o chamado tratamento penitenciário ressocializador, tido como objetivo da pena privativa de liberdade e raramente observado na realidade fática do país. Esta possibilidade de tratamento deve ser trazida de maneira efetiva nos contratos de PPPs em âmbito penitenciário.

Por fim, no Capítulo 4 discutir-se-á acerca do modelo de Parceria Público-Privada em âmbito Penitenciário e, dentro deste, suas

possibilidades constitucionalmente aceitas. No tópico 4.1 delimitar-se-ão, em sentido amplo, as vedações constitucionais dos poderes típicos estatais às delegações aos particulares. No ponto 4.2, tratar-se-ão, em sentido estrito, acerca das possibilidades, dentro de um estabelecimento prisional, de delegação de atividades à particulares. E, por fim, no tópico 4.3 analisar-se-á, em caso concreto, as experiências internacionais, principalmente acerca dos modelos estadunidense e francês, bem como a experiência nacional com contratos desta espécie.

Ao final, serão tecidas conclusões acerca da viabilidade do modelo. Quanto ao problema multifário que a execução da pena atual representa ao Estado brasileiro, necessário frisar que o estudo não objetiva a resolução deste complexo panorama, mas sim a discussão acerca de uma possibilidade, a curto prazo, de evoluções neste quadro, com vistas à efetivação dos princípios constitucionais elencados pela Carta Magna.

As Parcerias Público-Privadas

2.1 Panorama Histórico e a Lei n. 11.079/2004

O modelo de Parcerias Público-Privadas desenvolveu-se em contexto histórico marcado pela contraposição da grande necessidade de desenvolvimento estrutural dos países com a falta de capital que pudesse ser investido pela Administração Pública para alcançar este escopo. Como reflexo desse contexto, no Brasil, ocorreu, na década de 1980, a chamada Reforma da Administração Pública, também conhecida como Reforma Gerencial.¹

A reforma Gerencial marcou uma mudança de paradigma da Administração pública brasileira.² Com fortes influências do direito anglo-saxão, esta mudança pautou-se como uma resposta do próprio Estado ao seu crescimento descomedido. Este decorreu do advento do modelo de Estado Democrático Social, o qual tem como um de seus preceitos a responsabilidade de prestação de diversos serviços públicos, como o de previdência, assistência social, saúde e educação. Este acúmulo

¹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades Duarte; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p.69-86, jan/abr. 2014.

² As chamadas mudanças de paradigmas da Administração Pública ocorreram em diferentes momentos históricos buscando modelos de atuação do Poder Público para com o privado que melhor atendessem os interesses da sociedade ao dado momento histórico, tratando de modos organizacionais da administração pública, com a finalidade de superar os problemas e as ineficácias dos modelos antecedentes. A chamada Reforma Burocrática instituiu o modelo de mesmo nome a partir de 1934, superando o até então modelo patrimonialista, o qual definia as monarquias absolutistas em que se confundia o privado e o público por conta do interesse do monarca. O modelo burocrático perdurou até 1995, momento em que se fez essencial uma mudança de paradigma à estrutura administrativa do Brasil. In: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades Duarte; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p.69-86, jan/abr. 2014.

de responsabilidades gerou para o país gastos acima de sua capacidade, o que não pôde ser sustentado por muito tempo.

O até então vigente modelo burocrático de Administração Pública (Estado-Social) entrou em declínio devido às conjunturas políticas, econômicas e sociais do país.³ Tal modelo apresentou pujantes problemas em sua sustentação, principalmente em relação a questões como os entraves às demandas sociais, a prestação excessivamente onerosa de serviços públicos, dentre outros. Segundo Luiz Carlos Bresser-Pereira:

O modelo burocrático de administração pública entrou em colapso quando o poder estatal se fragilizou e a ideologia das privatizações se fez mais presente junto com a escassez dos recursos públicos. Portanto, nesta circunstância se fez necessária a reforma gerencial, a qual foi responsável por fornecer mais flexibilidade aos regulamentos e processos burocráticos e conferiu mais autonomia às agências governamentais.⁴

Desta maneira, os serviços então prestados tornaram-se ineficientes e insuficientes a atender a demanda nacional, surgindo a necessidade de mudanças estruturais na atuação da Administração. A reforma proposta buscava implantar novo conceito de organização e gerência do Estado, conseqüentemente, desatravancando e otimizando a máquina estatal, e, desta maneira, incorporando a eficiência como princípio a ser veemente seguido pela Administração Pública.⁵

³ O modelo burocrático continha em seus princípios a agilidade, eficiência e qualidade. No entanto, tais objetivos não se concretizaram, apresentando diversos impasses. A partir do momento em que o Estado liberal do século XIX cedeu lugar ao Estado social e econômico do século XX, observou-se que o modelo não assegurava nem baixos preços para os serviços públicos, nem rapidez. Na verdade, a administração burocrática revelou-se morosa e cara. In: DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades Duarte; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p.69-86, jan/abr. 2014.

⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado**. In: Luiz Carlos Bresser-Pereira, Jorge Wilhelm and Loudes Sola, orgs., **Sociedade e Estado em transformação**. UNESP/ENAP, 1999. p.6.

⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os Primeiros Passos da Reforma Gerencial de 1995**. In: D'INCAO, Maria Ângela; MARTINS, Hermínio (Org.). **Democracia, crise e reforma: estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso**. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p.171-212.

Com vistas à atender estes objetivos, era curial grande modificação estrutural, de modo a efetivamente instaurar-se o *Welfare State*⁶ ou estado social, em vez do até então Estado-Providência. Tal modelo propagou-se no período pós-guerras em grande parte dos países desenvolvidos e buscou a concretização do Estado prestador, aliado ao crescimento econômico e a efetivação dos direitos sociais, com possibilidades de colaborações entre o público e o privado.

O trespasse de exercícios e execuções de funções públicas ao privado encontrou embasamento na busca da eficiência e qualidade das atribuições estatais com vistas à garantia dos princípios do *Welfare State*. Além da excelência do serviço, seria possível a diminuição de gastos com os quais o poder Público não tinha mais possibilidades de arcar, ocasionando a diminuição da função prestacionista para um modelo meramente gerencial. O Estado não deixou de garantir os direitos sociais e as suas demais atribuições, pois continuou a fiscalizar os particulares que, em determinado momento, lhe fizeram as vezes.⁷

Segundo Augusto Neves Dal Pozzo e Pedro Jatene, fundamental à concretização dos direitos sociais insculpidos como valores fundamentais do Estado Democrático de Direito seria o desenvolvimento de infraestrutura pública, posto que conferiria ao cidadão a adequada prestação de serviços públicos. Deste modo, como o aparato estatal não tem condições de desenvolvimento estrutural vigoroso, a ele era

⁶ Pelos princípios do Estado de bem-estar social, todo o indivíduo teria o direito, desde seu nascimento até sua morte, a um conjunto de bens e serviços que deveriam ter seu fornecimento garantido seja diretamente através do Estado ou indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. Esses direitos incluiriam a educação em todos os níveis, a assistência médica gratuita, o auxílio ao desempregado, a garantia de uma renda mínima, recursos adicionais para a criação dos filhos etc. Tal modelo apresentou-se no contexto brasileiro em cenário de Ditadura militar, no entanto, entrou em crise nos anos 70. Apenas com a promoção do Estado Democrático de Direito, com a Constituição Federal de 1988 que se pôde buscar a efetivação latente de seus princípios, por meio de novos arranjos contratuais desenvolvidos por parte da Administração Pública. In: **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p.69-86, jan/abr. 2014.

⁷ Expressão retirada do conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello aos Serviços Públicos: "Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público---portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais---, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo." BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo** 14ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p.620.

imprescindível a colaboração do setor privado, sem lhe tirar a titularidade da função, mas permitindo a realização de uma série de atividades em regime de colaboração.⁸

Neste contexto, surgiu no Brasil o chamado processo de desestatização, promovido simultaneamente em inúmeros países, o qual resultou na venda de empresas estatais e transferência da prestação de serviços públicos e execuções públicas ao setor privado. Com a quebra de monopólios, a desregulação de mercado e a flexibilização de barreiras regulatórias, além da diminuição dos gastos estatais, com vistas à eficiência e à qualidade dos serviços prestados, passou-se ao privado inúmeras tarefas antes realizadas pelo Estado.⁹

Neste sentido, no desígnio de legitimação de tamanhas mudanças, foi introduzida a Constituição Federal a Emenda nº 19, a qual insculpiu ao ordenamento brasileiro o princípio da eficiência, incontestavelmente aceito como justificativa ao modelo administrativo gerencial.

De acordo com Fernando Vernalha Guimarães:

Nesse domínio, verifica-se ainda, a busca do Estado pelo instrumentário do Direito privado. O progressivo recurso a formas de direito privado na atuação estatal, caracterizando o que se batizou no passado de fuga para o direito privado, introduz o direito administrativo numa renovada esfera de relação com o privado. O clássico conceito de contrato administrativo evoluiu para novos instrumentos de parcerização entre o público e o privado.¹⁰

⁸ DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. **Os Principais Atrativos das Parcerias Público-Privadas para o Desenvolvimento de Infraestrutura Pública e a Necessidade de Planejamento Adequado para sua Implementação**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. **Parcerias Público - Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.52.

⁹ O Estado Brasileiro iniciou seu movimento de privatização ao final de 1979, a partir do Programa Nacional de Desburocratização, criado pelo Decreto n. 83.740/79. Também houve, no início da Década de 90, o Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei n. 8.031/90. Entretanto, ambos não demonstraram resultados expressivos. Somente a partir de 1995, após mudanças específicas na condução do PND e sob um suficiente planejamento estatal, em movimento apoiado e seguido pela maioria dos Estados-Membros, com a criação inclusive de programas locais, iniciando-se um efetivo e denso processo de privatização de empresas do Estado e de transferência da prestação direta de serviços à esfera privada. In: VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **PPP: Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva 2012.p. 21-40.

¹⁰ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **PPP: Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.17.

Como resultado da desvinculação direta da administração dos serviços que até então eram prestados por ela, surgiu a necessidade de criar novos mecanismos para que a prestação destes pudesse ser delegada aos particulares.¹¹ A nova forma de prestação dar-se-ia mediante concessões, permissões, conforme prevê o Art. 175 da Constituição.¹²

Neste contexto, o aludido dispositivo foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que tratou das possibilidades de concessões e permissões dos serviços públicos para a iniciativa privada, mantendo ao Estado a titularidade dos serviços. O modelo trazido pela Lei pressupõe contratos administrativos entre o público e o privado, mais especificamente contratos de concessão em sentido amplo¹³, em que a contraprestação é obtida pelo concessionário contratado (ente privado) sempre e unicamente por pagamento pelos *usuários* do serviço, por meio de cobrança de tarifas. Este modelo restou conhecido como concessões comuns.¹⁴

Ainda em consonâncias com as diretrizes da Reforma Gerencial,¹⁵ no ano de 2004 elaborou-se a Lei nº 11.079,¹⁶ de 30 de dezembro de

¹¹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades Duarte; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.265, p.69-86, jan/abr. 2014.

¹² 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.

¹³ De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "À vista do que foi dito, pode-se definir concessão, em sentido amplo, como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, obra pública ou de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p.336.

¹⁴ Lei nº 8.987/1995: Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. § 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

¹⁵ Note-se que o Artigo 4º da Lei nº 11.079/2004 faz questão de legitimar a parceria público-privada instituindo como diretriz para sua celebração a busca pela "eficiência no cumprimento das missões do Estado", traço claro dos objetivos da Reforma Gerencial.

2004, a qual trouxe ao direito brasileiro novo modelo de contrato de concessão pública, denominado Parceria Público-Privada. Esta lei regulamentou a possibilidade de realização de determinados arranjos que não eram possíveis anteriormente. Sua legislação específica tem como objetivo a transferência das mãos do Estado a prestação exclusiva de serviços geralmente onerosos, no entanto, diversamente do proposto pelas concessões comuns, em arranjo contratual em que cabe ao parceiro público a remuneração parcial ou integral do particular contratado.

A definição legal do instituto da parceria público-privada consta no art. 2º da Lei Federal nº 11.079/2004, o qual conceitua também suas modalidades e algumas vedações à seu objeto.¹⁷ Nas palavras de Marçal Justen Filho:

Parceria Público-Privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.¹⁸

¹⁶ Importante salientar que já existiam, no direito brasileiro, em legislação infraconstitucional, dispositivos acerca da celebração de parcerias entre o público e o privado, tendo estes base no Artigo 24, §3º. Os Estados de Minas Gerais, com a Lei nº. 14.868/03, de Santa Catarina, com a Lei nº. 12.930/04, e de São Paulo, com a Lei nº. 11.688/04 são exemplos de estados que possuem lei estadual com regras específicas sobre o tema. No entanto, com o advento da lei federal específica, as normas que regulam as parcerias público-privadas integram um plexo normativo amplo, sem derrogar regras específicas, e, por isso, não podem ser analisadas de forma isolada. In: TALAMINI, Eduardo; SPEZIA JUSTEN, Monica (Coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.12.

¹⁷ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. §1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. §2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. §3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. §4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); II - cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 549.

Assim definem-se as parcerias público-privadas como contratos que estabelecem vínculo obrigacional entre a Administração Pública e a iniciativa privada com o objetivo da implementação ou gestão, total ou parcial, de obras, serviços ou atividades de interesse público, em que o parceiro privado assume a responsabilidade pelo financiamento, investimento e exploração do serviço, atentando-se, além dos princípios administrativos gerais, aos princípios específicos desse tipo de parceria, dispostos em sua Lei federal.

A aludida lei, no entanto, não tratou de criar novo modelo contratual. Em verdade, desenvolveu um modelo especial de concessão pública, em que ofereceu-se ao parceiro privado mais atrativos, diversamente do que previa a Lei nº 8.987/95. Este modelo especial consagrou as modalidades de parceria patrocinada e administrativa, as quais representam sentido estrito do conceito de parceria público-privada.

Neste sentido, Carlos Ari Sunfeld leciona:

Desse modo, é evidente que a Lei das PPPs não é uma lei geral de parcerias, e sim uma lei sobre duas de suas espécies: a concessão patrocinada e administrativa. Todavia, como a retórica governamental tinha associado definitivamente em nome genérico- “Lei das PPPs”- a esse texto normativo que, em verdade, tratava de contratos específicos, a versão final da lei teve o cuidado de evitar que se tomasse por geral algo que não o era. Como? Definindo as parcerias público-privadas como contratos de concessão patrocinada e administrativa. Portanto, especificamente para a disciplina desta lei, PPPs são esses dois contratos e nada mais. Surgiu assim, a parceria público-privada em sentido estrito.¹⁹

Deste modo, a natureza jurídica da parceria formada é de contrato administrativo de concessão. Defini-las como tal significa buscar compreendê-las junto a todos os preceitos fundamentais dos contratos

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.24.

administrativos, como a *lex inter partes* e a *pacta sunt servanda*, além da boa-fé.²⁰

A lei e o modelo trazido em seu conteúdo, entretanto, trouxeram inovações ao direito brasileiro. A maior delas diz respeito à oferta ao parceiro privado de um retorno mínimo de seu investimento, que representa a contraprestação paga pela Administração. Em ambos os modelos de parcerias há o aporte do dinheiro público. A principal diferença entre ambas reside na contraprestação, a qual no modelo patrocinado é somada à contraprestação estatal as tarifas pagas pelo usuário e no modelo administrativo é unicamente estatal, sendo a administração usuária direta ou indireta dos serviços.

Deste modo, as PPPs destinam-se àqueles serviços e/ou obras públicas cuja exploração pelo contratado: (a) não é suficiente para remunerá-lo (ex.: ampliação e administração de rodovias ou ferrovias de baixo movimento) ou (b) sequer envolve contraprestação por seus usuários (ex.: construção e gerenciamento de presídios ou hospitais públicos). Desta maneira, afora tratar-se de casos em que se requerem investimentos e/ou especialidade além das possibilidades do Estado, as PPPs têm um componente a mais, representado pela incapacidade de o empreendimento, por si, pagar o investidor privado.

De acordo com Rafael Wallbach Shwind, quanto às inovações da lei, em primeiro lugar, instituíram-se normas que disciplinam o oferecimento, pela entidade pública, de garantia pelas contraprestações assumidas pelo Estado em adição à cobrança de tarifas, no caso das concessões patrocinadas. Em segundo lugar, fazia-se necessário permitir a aplicação da lógica contratual das concessões a outros objetos que não necessariamente a exploração de serviços públicos que admitem a cobrança de tarifas. Assim, uma sistemática equivalente poderia ser utilizada em contratos que tivessem como objeto a prestação de serviços

²⁰ Curial salientar a necessidade da previsão de cláusulas que atendam a mutabilidade presente em contratos a longo prazo como o das Parcerias Público-Privadas.

nos quais o Estado fosse usuário direto ou indireto, no caso das concessões administrativas.²¹

O estudo das Parcerias Público-Privadas pode ocorrer por diferentes ângulos, sob os quais pode-se observar o modelo, de acordo com Marçal Justen Filho. Sob determinado ângulo as PPPs podem representar forma de “privatização”²² em que concede-se ao parceiro privado a exploração de atividade titularizada pelo Estado, cominados à prestação do serviço e exploração. Entretanto, não representa a ausência de recursos públicos, visto que os investimentos necessários serão cedidos pelo parceiro público, no entanto estes serão somados ao investimento privado e suas avançadas técnicas infraestruturais.

Também, observa-se o modelo como instrumento para viabilizar o atendimento a relevantes necessidades de interesse coletivo, insuscetíveis de satisfação mediante a atuação isolada do poder público. Além destes, as PPPs também assumem caráter de arranjo financeiro peculiar, na qual envolve-se a antecipação de investimentos privados para a constituição de infraestrutura e a execução de atividades do Estado, as quais serão compensadas por contraprestações públicas diferidas durante o curso do contrato de parceria.

Por fim, a concepção do modelo de PPPs também difere-se no sentido de que os modelos de concessão comum adotam a lógica do usuário-pagador. Paga-se pelo serviço público pela intensidade do consumo. As PPPs propõem uma neutralização deste enfoque, com os dois modelos acima mencionados e a contraprestação estatal absolutamente necessária.²³

²¹ WALLBACH SCHWIND, Rafael. **Remuneração do Particular nas Concessões e Parcerias Público-Privadas**. p.26. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-085755/publico/Dissertacao_Rafael_Wallbach_Schwind_Integral.pdf>. Acesso em 5 de Outubro de 2015.

²² Expressão utilizada pelo autor. No entanto, ao contrário do que ocorre nas privatizações, as parcerias público-privadas não importam em alienação definitiva do controle da política pública. Ademais, os contratos de parceria possuem maior abrangência em relação aos objetos cuja delegação é permitida. Portanto, privatização e parceria público-privada são contratos administrativos distintos e não se confundem.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução: Reflexões Iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.35.

O estudo das PPPs apresenta, assim, não só uma dimensão jurídica, que se evidencia na evolução construtiva dos instrumentos de parceria entre o setor público e privado, mas também uma dimensão econômica, retratada na sua vocação a configurar um certo modo de financiamento de infraestrutura pública, e outra política, por significar a PPP uma técnica afetada à política desenvolvimentista.²⁴

Ademais, segundo Fernão Justen Oliveira, a tensão resultante da contraposição entre o desenvolvimento econômico e o equilíbrio das finanças públicas, estabeleceu-se vigorosamente no Brasil atual, de modo que equacionar a escala de necessidades fundamentais comuns a todos os integrantes da sociedade e a manutenção dos benefícios coletivos advindos da estabilidade financeira do Estado está no cerne de uma parceria público-privada como processo sócio-econômico. A universalização do suprimento de necessidades essenciais das pessoas através de um processo integrado por atribuições compartilhadas ou repartidas entre os agentes sociais mais aptos para desempenhar cada tarefa com máxima.²⁵

Segundo Gesner de Oliveira, em análise econômica:

No Brasil, metade dos investimentos em infraestrutura é realizada pelo setor público, a outra metade é realizada pelo setor privado, totalizando apenas 2% do PIB. Considerando a constrição sofrida pelo setor público e o fato de que a taxa média de investimento de economias emergentes em infraestrutura é de 3% e a dos latino-americanos Chile e Colômbia é de 6% natural que se conclua que o aumento do investimento nacional passa diretamente pela atração de capital privado, se mantidas as constrições sobre a capacidade pública.²⁶

²⁴ Dá-se o nome de desenvolvimentismo a qualquer tipo de política econômica baseada na meta de crescimento da produção industrial e da infra-estrutura, com participação ativa do estado, como base da economia e o conseqüente aumento do consumo. In: OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei n. 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.33 a 37.

²⁵ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei n. 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.81 a 85.

²⁶ OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (orgs.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.p.16-17.

O modelo, portanto, pode incrementar o desenvolvimento do Estado com suas vantagens contratuais, assim como abarcar outros objetos antes não admitidos. Por meio das concessões administrativas, por exemplo, regem-se os contratos de Parcerias Público-Privadas em âmbito penitenciário, enfoque principal do presente estudo, tratado especificamente no Capítulo 4.

Deste modo, nos próximos tópicos do presente trabalho, analisar-se-ão as peculiaridades deste modelo contratual, bem como suas especificações de acordo com a Lei federal nº 11.079/2004.

2.2 A concessão do serviço público e os modelos de concessão admitidos pelas PPPs

Conforme mencionado em tópico anterior, o contrato de Parceria Público-Privada pressupõe a transferência da prestação de um serviço público ou atividade estatal a um particular, por meio de uma concessão. Neste tópico tratar-se-ão das concessões, bem como dos seus possíveis objetos nos contratos de Parcerias Público-Privadas.

A concessão é a forma mais comumente utilizada pela Administração Pública para transferir ao particular a execução de serviços e obras públicas. É o meio de o Estado descentralizar a prestação de serviços, ou dito de outro modo, o meio do Estado prestar de forma indireta um serviço público.

Da divergência entre a doutrina resultam três diferentes formas de compreensão da concessão. A primeira, em sentido mais amplo – utilizada pelos italianos – abrange qualquer tipo de ato unilateral ou bilateral, no qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular. A segunda é uma acepção menos ampla, que realiza a diferenciação entre concessão translativa e constitutiva ²⁷. Por sua vez, a

²⁷ A distinção entre concessão translativa e constitutiva se dá da seguinte forma: na primeira categoria estão localizados os atos nos quais a Administração Pública transmite a um particular os poderes de uso especial sobre bens públicos (concessão de terras, por exemplo) ou o investe na situação de titular de um serviço público (concessão do serviço de transporte coletivo e de eletricidade, por exemplo). A concessão constitutiva, por seu

acepção restrita só considera concessão a delegação ao particular para prestação de serviços públicos e admite três tipos de concessão: de serviço, de obra pública e de uso de bem público.²⁸

A definição mais utilizada e que será adotada nessa pesquisa como conceito de concessão é a que define-a como o contrato administrativo²⁹ pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de serviço público³⁰, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, proporcionando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração de serviço, o qual estará sujeito a fiscalização do poder concedente.³¹

Deste modo, observa-se, em nosso ordenamento jurídico a existência de dois modelos de concessões: as concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/1995 e as concessões especiais, sendo estas a concessão

turno, enquadra os atos nos quais o Poder Concedente confere ao particular o direito de utilização sobre bens dominiais com compressão (diminuição) dos direitos da Administração (uso privativo de domínio público, exploração de águas públicas ou jazigos minerais). In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p.335.

²⁸ Especialmente em relação a natureza dos serviços públicos suscetíveis de concessão deve-se ressaltar que só haverá concessão de serviço público quando o este for privativo e sua prestação não tenha sido reservada exclusivamente ao Poder Público. Atribuir a qualidade de ser “privativo” ao serviço público significa que o Estado não pode transferir a titularidade ao particular. Por sua vez, ser o serviço público de prestação “exclusiva” da Administração, não permite que o serviço seja concedido, conforme previsão constitucional do art. 21, X – caso do serviço postal e do correio aéreo nacional. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p.336.

²⁹ Há divergência na doutrina a respeito da natureza jurídica da concessão. A corrente majoritária considera que a concessão é um ato unilateral (portanto a concessão é contrato administrativo); a segunda vertente considera a concessão como contrato bilateral; por último existe a teoria mista na qual a concessão é formada por um ato unilateral do poder concedente e um contrato entre este e o particular e está regida pelo direito comum. Consideração interessante sobre esse assunto é feita por Romeu BACELLAR quando diz que “Pensamos que o contrato é uma categoria jurídica que não pertence – em termos de exclusividade – nem ao direito privado nem ao direito público. Insere-se no direito e como tal deve ser estudado. Quando o estudo do contrato desenvolve-se na esfera do direito público, mais propriamente no campo de atuação do direito administrativo, é inobjetável a sua subordinação às regras e peculiares do regime jurídico administrativo”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público**. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, v. 34, p. 7, 2000.

³⁰ A concessão não se dará exclusivamente com os serviços públicos. Poderá também ocorrer com o serviço público precedido de execução de obra pública e com o uso de bem público, bem como concessão de exploração de atividade econômica.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. Dialética: São Paulo, 2003. p. 332 - 333.

patrocinada e a concessão administrativa, previstas pela Lei nº 11.079/2004.

As semelhanças entre as modalidades comum³² e patrocinada de concessão são inúmeras de maneira que se pode afirmar que esta se rege subsidiariamente pela lei nº. 8.987/1995, quanto àquilo que não for disciplinado em sua Lei Federal.³³

Concessão comum é a modalidade em que os investimentos realizados pelo concessionário para viabilizar o fornecimento de um serviço de interesse público tem como contrapartida as tarifas pagas pelos usuários dos serviços. Em outras palavras, o investimento do parceiro privado é remunerado pelas tarifas pagas diretamente pelo usuário, sem que sejam necessários aportes orçamentários regulares do poder público, de acordo com os artigos da Lei 8.987/95.³⁴

Deste modo, diante similaridade das modalidades, é comum conceituar a concessão patrocinada como sendo a própria concessão de serviço ou de obra da lei 8.987, nos casos em que além da tarifa cobrada dos usuários envolver contraprestação pecuniária do contratante público. Pode-se perceber, portanto, que o regime jurídico ao qual está submetida

³² Conforme o texto do art. 2º, §3º, a concessão comum é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a lei nº. 8.987/1995.

³³ Art. 3º, §1º. As concessões patrocinadas regem-se por esta lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e nas leis que lhe são correlatas.

³⁴ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. §1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998). §2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. §3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. §4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração. Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Art. 12. (VETADO) Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

à concessão patrocinada é parcialmente diverso daquele ao qual se submete a concessão comum.³⁵

Além disso, os dois modelos apresentam mais diferenças: a) os riscos que, nas parcerias público-privadas, são repartidos com o parceiro público; b) às garantias que o poder público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto; e, c) à partilha entre as partes dos ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. Ao contrário, a remuneração do concessionário se dá de forma igual a feita na concessão comum: parte obrigatoriamente pela tarifa cobrada dos usuários (e também através das receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, para favorecer a modicidade das tarifas) e parte pelo parceiro público.

Ademais, o critério da remuneração, segundo a Lei nº 11.079/2004, deverá atender a 70% do total proveniente do parceiro público salvo em casos em que haja autorização legislativa específica. Esta contraprestação pública pode ser feita diretamente pelo parceiro público, em pecúnia, por meio de ordem bancária, ou indiretamente, pelas formas previstas no Artigo 6º.³⁶

Conforme trata Fernão Justen Oliveira, ao eger este limite para a estipulação convencional, a regra permite que a subvenção estatal seja até maior que o dobro da receita tarifária e até não impede que seja ainda ampliada, embora neste caso retire do Poder Executivo e atribua ao

³⁵ Art. 2º, §3º: não constitui parceria público-privada, a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que se trata a Lei nº. 8.987, de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

³⁶ Faz-se de extrema importância a observação da capacidade econômica dos usuários, bem como a viabilidade técnica da cobrança da tarifa. A decisão de instituir uma PPP depende de apurar os casos em que a previsão de retorno pela projeção de receita composta por uma tarifa suportável não encoraje o vulto do investimento privado. Tratam-se de situações em que o valor da tarifa necessário para satisfazer a expectativa de retorno do investidor privado resultaria em patamar insustentável para os usuários o suportarem isoladamente. Em outras palavras, “a concessão patrocinada compreende os casos conhecidos de concessão de serviço público ou de obra pública em que a fruição pelos usuários não conduz a uma remuneração apta a proporcionar a amortização do investimento. Por isso, o Estado tem de complementar o pagamento devido ao concessionário.” In: OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei n. 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.132.

Poder Legislativo a chancela da conveniência e oportunidade de aumentá-la.³⁷

Um dos principais motivos que levaram a criação da concessão patrocinada é que, diversas vezes, apenas o valor recolhido pela tarifa não é capaz de manter a empresa, devido a circunstâncias naturais dos negócios.

A concessão administrativa, por sua vez, é uma nova fórmula contratual para a Administração obter a parceria do particular. O art. 2º, § 2º, da lei 11.079 o qual descreve a concessão administrativa é criticado pela doutrina, pois o legislador não deixa clara sua conceituação deste modelo de concessão.³⁸

A conceituação desta modalidade distingue-se pela presença concomitante de três elementos: (a) a celebração de contrato de prestação de serviços, (b) a Administração como usuária direta ou indireta: e (c) a inadmissão da execução de obra ou fornecimento e instalação de bens como objeto único do contrato.

³⁷ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei n. 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.131.

³⁸ O objeto da concessão administrativa é atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público, segundo conceito de Maria Sylvania Zanella di Pietro. Entrementes, quando interpretado desta maneira, haveria uma aproximação com o contrato de prestação de serviços regido pela Lei nº 8.666/1993, sob a forma de empreitada, o que não se verifica verdadeiro. O contrato de serviços na forma de empreitada está disposto no art. 6º, VIII (“Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; c) vetado; d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada”) e art. 10 (As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: I - execução direta; II - execução indireta, nos seguintes regimes: a) empreitada por preço global; b) empreitada por preço unitário; c) vetado; d) tarefa; e) empreitada integral”). As legislações, a destarte, que regem os dois contratos são diferentes, e a concessão administrativa não pode se limitar ao fornecimento de obra, de bens e instalação de equipamentos ou execução de obra pública. Deste modo, segundo a autora, “a concessão administrativa constitui-se em um misto de empreitada (porque o serviço, mesmo que prestado a terceiros, é remunerado pela própria Administração, como se deduz do artigo 2º, § 3º) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiros - os usuários - está sujeito a algumas normas da lei nº. 8.987, sejam relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionário)”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p.291.

No entanto, a diferença mais relevante entre os modelos diz respeito aos seus possíveis objetos.

As concessões comuns e patrocinadas podem ter como objeto serviços públicos e serviços públicos precedidos da execução de obra pública.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos Administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob regime de Direito Público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.³⁹

Destarte, serviço público é modalidade de intervenção direta do Estado na ordem econômica. Quando objetos de concessão, os chamados serviços públicos podem delimitar o campo das parcerias público-privadas, sendo analisados sob duplo enfoque: estrutural e funcional. Sob o aspecto estrutural delinea-se o serviço público como atividade organizada e fornecida indistintamente à coletividade pelo Poder Público, o qual pode optar por fornecê-la diretamente ou delegá-la aos particulares. Já sob o aspecto funcional, trata-se da atividade destinada a satisfazer necessidade individual com matriz em direito fundamental.⁴⁰

A concepção tradicional sobre o serviço público deriva de formulação francesa.⁴¹ De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro trata-se de toda atividade estatal abrangendo serviços públicos em sentido amplo, ou seja, toda a atividade judiciária e administrativa, em

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo** 14ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p.620.

⁴⁰ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei n. 11079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.62.

⁴¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **Teoria dos serviços públicos e sua transformação**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20.

virtude do fato de que o objetivo maior do Estado é proporcionar aos cidadãos a satisfação de suas necessidades.⁴²

Já as concessões administrativas poderão ser diferenciadas das comuns e patrocinadas de acordo com o regime jurídico de sua atividade-objeto. Ainda de acordo com o Artigo 2º da lei nº 11.079/2004, seu objeto é a prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Deste modo, o objeto da concessão administrativa envolve prestação de serviços de que a Administração seja usuária direta ou indireta, podendo abranger a execução de obra ou fornecimento de bens. Trata-se, portanto, de definição ampla, que pressupõe a prestação de serviços prestados direta ou indiretamente à Administração. Quando prestados diretamente, serão serviços gerais tomados pela Administração (à semelhança do que se passa com a prestação de serviços regulada pela Lei nº 8.666/93). Já quando prestados indiretamente à Administração estarão endereçados diretamente aos administrados, figurando, daí, a Administração como usuária indireta. Nessa hipótese, o objeto da concessão administrativa poderá envolver a prestação de serviços públicos econômicos (passíveis da aplicação do sistema tarifário) ou de outros serviços não tarifáveis (técnica ou juridicamente) prestados aos usuários, mas tomados (remunerados) pela Administração.⁴³

Estes serviços podem ser classificados em serviços administrativos, sendo estes aqueles prestados diretamente à Administração, e serviços públicos tarifáveis ou econômicos, sendo estes aqueles tomados indiretamente pela Administração.⁴⁴

As concessões administrativas de serviços administrativos podem envolver serviços de uso restrito pela Administração ou outros de que se utiliza diretamente a coletividade. A concessão para manutenção de

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p.99-104.

⁴³ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **PPP: Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva 2012. p.168-169.

⁴⁴ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **PPP: Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva 2012. p. 170.

estabelecimento prisional, principal foco deste estudo, figura como um exemplo deste modelo, no qual, tais serviços não podem ser considerados fruíveis pelos administrados. Os presidiários, *in casu*, encontram-se em condição de custodiados do Estado, e a atividade prestada é feita diretamente à Administração.

Já os serviços públicos tarifáveis ou econômicos figuram em condição técnica plena para figurarem-se conforme a concessão comum de serviços públicos ou a concessão patrocinada, mas, por uma decisão política do Estado, opta-se pela desoneração dos usuários do serviço, com o financiamento inteiramente custeado pela Administração. Esta figura na relação como usuária indireta.

Por fim, há a possibilidade da concessão administrativa para a delegação da gestão de serviços sociais e serviços públicos não econômicos, instaurando relação triangular, onde a Administração é usuária indireta dos serviços prestados e a população usuária direta. Estes serviços não são considerados plenamente públicos, mas sim sociais, havendo, segundo a Constituição, a necessidade de sua gratuidade, como é o caso da saúde e educação.⁴⁵

Deste modo, percebe-se que os objetos possíveis de concessão entre o poder público e o particular não se restringem aos serviços públicos. O modelo de concessão administrativa permite, como outra espécie do gênero concessão,⁴⁶ a concessão de exploração de atividade administrativa utilizada diretamente pelo Estado. Além desta, é possível

⁴⁵ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **PPP: Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva 2012. p.180.

⁴⁶ O contrato de PPP ainda prevê, segundo a Lei nº 11.079/2004, vedações ao objeto de contrato de parceria público-privada contratos com valor inferior a R\$ 20.000.000,00, cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos ou que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública de modo que o objeto do contrato é dito complexo por abranger execuções de obras ou fornecimento e instalação de bens. Além destes, outra vedação à concessão objeto deste contrato, trazida pelo Artigo 4º inciso III, diz respeito à impossibilidade de delegação das atividades jurisdicionais, de regulação, do exercício do poder de polícia, bem como as demais atividades exclusivas do Estado. Este constitui ponto de grandes divergências e indagações por grande parte da doutrina, a qual discute quais os limites para a delegação de atos meramente de execução, gestão e acessórios ao poder imperativo do aparato estatal. Tal ponto, especialmente na questão dos estabelecimentos prisionais, será discutido no Capítulo 4 do presente estudo.

adotar como objeto a concessão do uso do bem público e a concessão de obra pública.⁴⁷

Portanto, a criação dessa nova fórmula contratual – a concessão administrativa – viabilizou um arranjo para a obtenção de serviços para o Estado antes impossível: aquele em que o particular investe financeiramente na criação de infra-estrutura pública necessária à existência do serviço e ajuda a concebê-la.⁴⁸

2.3 Diretrizes e Inovações da Lei das PPPs

A Lei federal nº 11.079/2004 contém em seus dispositivos normas gerais, aplicáveis e obrigatórias à União, Estados, Distrito Federal e Municípios e normas federais aplicáveis apenas à União. Estas, por sua vez, não têm aplicação obrigatória aos demais entes da federação, os quais poderão disciplinar a matéria dentro de sua própria competência legislativa resultante do Artigo 22, XXVII da Constituição Federal, observadas as normas gerais contidas nos demais dispositivos da lei.

Deste modo, a análise dos dispositivos trazidos pela Lei faz-se de extrema importância para a compreensão de suas diretrizes e de sua aplicação prática. Por este motivo, tratar-se-á de seus dispositivos mais relevantes e das peculiaridades da lei federal neste tópico.

Necessária a percepção, preliminarmente, de todas as particularidades que envolvem uma modelagem de um projeto de infraestrutura por meio das parcerias público-privadas e a forma como se faça o melhor uso possível delas. Em suma, uma PPP é interessante

⁴⁷ A concessão de uso de bem público se dá por contrato administrativo pelo qual o poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica. A concessão pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, mas deverá ser sempre precedida de autorização legal e, normalmente, de concorrência para o contrato. A concessão de obra pública, por sua vez, vislumbra acerca de um contrato administrativo pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários de obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona. In: VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **PPP: Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva 2012. p.320.

⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.p.29.

para o poder público quando vem inserida no âmbito de uma política abrangente, respaldada por um arcabouço jurídico e institucional apropriado que possibilite a elaboração de projetos pertinentes e resultados factíveis.

Observa-se a presença da chamada lógica “Value For Money”, a qual busca consagrar o objetivo que a Administração persegue durante o processo de elaboração e pré-contratação de uma PPP. Este objetivo, de acordo com a expressão, deve atender às necessidades da Administração a qual profere decisão de submeter ou não o projeto pesquisado a um contrato de PPP, de maneira que tal decisão leve a mais eficiente utilização dos fundos públicos.

Diz-se também que a técnica de Value for Money (VfM) busca identificar para o governo se a participação do setor privado cria valor suficiente para compensar o custo incremental de financiamento privado nos arranjos de PPP.⁴⁹ O VfM deve conter análises criteriosas pautadas em aspectos tanto quantitativos quanto qualitativos a fim de guiar o ente público em sua tomada também condiciona a contratação de PPPs à observação da sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria, que são outros aspectos relevantes que devem pautar o estudo de VfM de decisão. No Brasil, a importância dos estudos de VfM tem fulcro no marco legal das PPPs, já que os arts. 4º e 10 da Lei Federal no 11.079/2004 condicionam a abertura da licitação à demonstração da conveniência e da oportunidade da contratação na forma de PPP.⁵⁰

De acordo com Fernão Justen Filho:

(...) Adota-se um padrão de desempenho ótimo, excluída a PPP, que servirá como termo de comparação, denominado Public Sector Comparator (PSC). A decisão de realizar projeto por meio de PPP requer a prévia investigação das melhores condições econômicas passíveis de serem obtidas pelo Poder

⁴⁹ FLORES, J. L. **The Value of the “Value for Money” Approach When There’s no Money**. Smart Lessons: IFC Advisory services in Public-Private Partnerships. IFC Publications, 2010.

⁵⁰ Art. 10, I, “a” “(...) O estudo técnico que demonstre (...) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante a identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de Parceria Público-Privada”.

Público, sem a participação da iniciativa privada, para o empreendimento em questão. Isso envolve inclusive a aptidão do Poder Público para realizar, sem a participação da iniciativa privada, o mesmo projeto em questão. É por intermédio da investigação do Value For Money que se obtém a dimensão das vantagens socioeconômicas a serem alcançadas por meio de um contrato de PPP.⁵¹

Ainda em momento preambular à instauração de uma Parceria Público-Privada, há a figura do chamado PMI, ou Procedimento de Manifestação de Interesse. Este é o procedimento realizado para a recepção de levantamentos, projetos, estudos e investigações realizados por entes da iniciativa privada, sob autorização para tanto, da Administração, para a implementação, avaliação e modelagem de projetos de concessão (comum, administrativa ou patrocinada), com possibilidade de ressarcimento dos custos de sua realização pelo futuro vencedor da licitação da concessão.⁵²

Dessarte, o PMI é procedimento administrativo, inaugurado e conduzido por órgão público, seja da administração direta ou indireta, para obter informações técnicas sobre determinado negócio de interesse público e privado. Além disso, serve também como mecanismo de participação dos particulares na estruturação de projetos de infraestrutura. Sua instauração pode derivar de solicitação pública, ou, a depender do modo como esta regulado, originar-se de manifestação espontânea e independente de particulares.⁵³

O curso natural da tramitação de um PMI compreende as fases de (i) divulgação da solicitação e chamamento de contribuições de particulares; (ii) análise das contribuições e definição do projeto selecionado; e (iii) incorporação e aproveitamento da contribuição, com a

⁵¹ JUSTEN DE OLIVEIRA, Fernão. **Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei n. 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.155.

⁵² GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti; SAADI, Mário. **O Procedimento de Manifestação de Interesse**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.154-155.

⁵³ Vale ressaltar que o PMI não cria obrigação alguma para a Administração interessada até que formalize ato de escolha e homologação da contribuição provida e autorizada pelo interessado privado.

definição do ressarcimento do particular pela transferência dos direitos sobre o projeto. Caso seja bem sucedida, a PMI servirá a instruir e aparelhar subsequentemente um processo de licitação de PPP ou de concessão.

Para as PPPs, a fundamentação legal do PMI decorre de disposições feitas às concessões comuns.⁵⁴ Tais regras são por igual e plenamente aplicáveis às PPPs, por força do caput e do §1º do art. 3º da Lei nº 11.079/2004. No plano federal, o Decreto nº 8.428/2015 reformulou a disciplina sobre os procedimentos de manifestação de interesse em âmbito federal, a qual cuidou de regulamentar o caput e o §1º do art. 3º da Lei nº 11.079/2004, estabelecendo critérios e requisitos para o PMI. À semelhança da União, diversos estados já editaram seus regulamentos acerca do PMI.⁵⁵

Além dos PMI, há, no ordenamento jurídico brasileiro, as chamadas propostas não solicitadas, ou PNS. Estas amparam os particulares com interesse imediato no objeto do contrato e que, potencialmente, figurarão como licitantes no certame de uma Parceria Público-Privada.

A diferença fundamental entre ambos reside na iniciativa da participação administrativa.⁵⁶ No PMI a iniciativa é do Poder Público, o qual publica ato – geralmente intitulado “chamamento público”- convidando a apresentação de projetos, estudos, dados, levantamentos e demais informações úteis à modelagem do projeto. Já no caso das

⁵⁴ Decorrem do artigo 31 da Lei nº 9.074/95, que admitiu que os autores ou os responsáveis economicamente pelos projetos básico e executivo disputem as licitações para concessões e permissões decorrentes, assim como do artigo 21 da Lei n. 8.987/95, que estabeleceu que os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

⁵⁵ É o caso, a exemplo, dos Estados de Minas Gerais (Decreto 44.465/07), Ceará (Decreto 30.328/10), Rio de Janeiro (Decreto 43.277/11), Bahia (Decreto 12.653/11, alterado pelo Decreto 12.679/11), Espírito Santo (Decreto 2.889/11, alterado pelo Decreto 2.889-R); São Paulo (Decreto 57.289/11), Paraná (Decreto 6.823 /12), Santa Catarina (Decreto 962/12), entre outros.

⁵⁶ De acordo com o Decreto Lei 8.428/2015, o PNS rege-se de acordo com o disposto em seu Art. 3º: O PMI será aberto mediante chamamento público, a ser promovido pelo órgão ou pela entidade que detenha a competência prevista no art. 2º, de ofício ou por provocação de pessoa física ou jurídica interessada. Parágrafo único. A proposta de abertura de PMI por pessoa física ou jurídica interessada será dirigida à autoridade referida no art. 2º e deverá conter a descrição do projeto, com o detalhamento das necessidades públicas a serem atendidas e do escopo dos projetos, levantamentos, investigações e estudos necessários.

propostas não solicitadas, incube ao particular interessado a apresentação destes dados, por vontade e interesse próprios.⁵⁷

Outro dispositivo marcante do contrato das parcerias público-privadas se observa no Art. 4º, inciso VI da Lei nº 11.079/2004, a qual disciplina a repartição objetiva de riscos entre os parceiros público e privado. Além deste, o inciso III do Artigo 5º da mesma Lei delimitou como cláusula essencial a "repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária."

Nota-se, em análise a tais dispositivos, que as PPPs tentam reduzir o risco que o setor privado incorreria em uma concessão tradicional ou em uma licitação, por meio do estabelecimento de diretrizes impondo a efetiva divisão de riscos em tais negócios.

Na sistemática da lei, o administrador público deve, em cada licitação, divulgar aos concorrentes a minuta do contrato de PPP, incluindo a repartição de riscos. Cabe então aos licitantes formular uma proposta técnica e financeira compatível com essa repartição.⁵⁸

Tal inovação, sem dúvida alguma, tende a criar um ambiente mais seguro para intensificar a participação do setor privado em tais contratos, ao minimizar os impactos dos diversos riscos a eles inerentes. Todavia, para que efetivamente se alcance o objetivo almejado pela inovação introduzida pelas PPPs, é importante que haja normas regulamentando tal assunto de forma mais objetiva, bem como que as cláusulas contratuais sejam claras quanto à atribuição de cada risco específico à determinada parte.⁵⁹

⁵⁷ DE PALMA, Juliana Bonacorsi. **Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP.** In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11079/2004.* 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.121.

⁵⁸ PINTO, Marcos Barbosa. **A Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas.** Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006. Disponível em <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/.../RB%2025_final.PDF> Acesso em 5 de outubro de 2015.

⁵⁹ Esta distribuição dos riscos obedece a uma racionalidade jurídico-econômica, pautada por princípios da Administração Pública como a eficiência e a economicidade, e caracteriza tais riscos como de assunção ou *ex ante*, ou de materialização, ou *ex post*. Os riscos de assunção tratam-se da alocação principalmente ao parceiro público da partilha e exige de outros a partilha entre as partes. Desta forma ocorre com o risco da inflação (nos casos onde

O legislador brasileiro preferiu deixar a definição dos parâmetros de repartição de risco mais adequados a critério da administração pública – ou melhor, das partes, pois um contrato de PPP não se forma sem consenso. Com isso, ganha-se em flexibilidade, já que a repartição de riscos pode variar conforme as exigências de cada caso; sem perda de previsibilidade, visto que o parceiro privado conhece e concorda de antemão com esses parâmetros, estabelecidos no contrato.⁶⁰

De acordo com Fernando Vernalha Guimarães, pelo fato de o contrato em questão ser de longo prazo, existem maiores possibilidades de gerar economia que pode favorecer, inclusive, o parceiro público, buscando contratos mais eficientes.⁶¹ Os critérios de alocação de riscos devem, acima de tudo, designar-se em conformidade com o equilíbrio jurídico-econômico. Por isto, faz-se fundamental distribuí-los ao parceiro que detenha melhores condições de seu gerenciamento.

O referido autor leciona:

Esta orientação está alinhada na premissa fundamental costumeiramente utilizada para nortear a alocação de riscos em contratos complexos e de longo prazo, como as concessões e as PPPs, a qual recomenda alocar o risco à parte que detém melhores condições para o seu gerenciamento, donde se extrai a exegese de que riscos que não possam ser adequadamente

há o pagamento de tarifas pelos usuários), o risco de alteração unilateral do contrato por parte da Administração, o risco de criação de novos encargos legais ou de modificação na alíquota de tributos os quais possam impactar os custos das PPPs e, por fim, os chamados redução de riscos de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado, sendo estes, partilhados igualmente entre as partes. Já a tutela *ex post* de riscos trata dos riscos não previstos em contrato, notados a partir do momento de sua materialização. Tal questão tem respaldo legislativo apenas na Lei 8666/1993, com aplicação subsidiária, porém com aplicação cautelosa ao modelo trazido pelas PPPs. De acordo com a alínea d do inciso II do Artigo 65 desta Lei é de responsabilidade da Administração Pública os riscos atinentes à área extraordinária e extracontratual. In: VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **Alocação de Riscos na PPP**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.234-256.

⁶⁰ Em geral, os contratos brasileiros tratam de repartição de riscos de forma sumária, muitas vezes relapsa. Resolve-se a questão, normalmente, mediante aplicação do abstrato princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cujas diretrizes conformadoras estão fixadas em lei, mas cuja aplicação prática é feita pelo Judiciário a cada caso, com o auxílio da doutrina acadêmica. In: VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **Alocação de Riscos na PPP**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.234-256.

⁶¹ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **Alocação de Riscos na PPP**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.234-256.

gerenciados pelo parceiro privado devem ser retidos pelo parceiro público. Como estes riscos serão aqueles considerados imprevisíveis, o parceiro privado não terá meios para gerenciá-los adequadamente, fazendo sentido, portanto, que sejam eles alocados à responsabilidade do parceiro público.⁶²

Não somente em questão de alocação dos riscos do contrato, há, disciplinado na Lei nº 11.079/2004 a figura do equilíbrio econômico-financeiro. Este é conhecido como garantia contratual que tem como principal escopo a adequação dos termos pactuados quando da contratação às circunstâncias decorrentes do decurso do tempo, objetivando a proteção dos interesses legitimamente constituídos.⁶³

Esta constante readequação tornou-se imprescindível, principalmente nos casos em que verificam-se a existência das chamadas cláusulas exorbitantes ao parceiro público perante o privado, com vistas à recomposição das condições inicialmente estipuladas pelo contrato. Esse equilíbrio pode ser abalado com o decorrer do tempo, o que torna indispensável a minuciosa previsão de como se poderá garantir a manutenção das condições originalmente previstas.

A inovação quanto à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro presente na Lei nº 11.079/2004 está prevista no inciso III do Artigo 5º, ⁶⁴ o qual passou a atribuir aos contratantes a possibilidade de discutir todos os tipos de risco envolvidos no contrato de Parceria Público-Privada, inclusive àqueles referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, o que não ocorria nos contratos de concessão firmados no Brasil antes da instituição da lei de PPP.

⁶² VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **Alocação de Riscos na PPP**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.234-256.

⁶³ FORTINI, Cristiana; PIRES, Priscila Gianneti Campos. **Equilíbrio Econômico Financeiro nas Parcerias Público Privadas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.288.

⁶⁴ Art. 5º - As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...III - Repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Esta possibilidade garante aos parceiros público e privado maior liberdade para a discussão de suas cláusulas e elaborações de arranjos jurídico-econômicos que comportem todos os quesitos do contrato.

Outro ponto essencial à presente análise diz respeito às garantias elencadas pela Lei. De acordo com o Artigo 8º, inciso I, as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada podem ser garantidas mediante vinculação de receitas. Esta garantia tem ordem orçamentária, por meio da qual se atrela determinada receita a uma finalidade específica, de acordo com o Artigo 167 da Constituição Federal.⁶⁵

Além desta, o artigo também prevê a possibilidade da criação de Fundos Especiais, os quais poderão ter ou não origem no Orçamento Público, criados a partir de dotações específicas por meio de autorização das casas legislativas (federal, estadual ou municipal) cujo destino seja explicitamente o pagamento das Contraprestações Anuais derivadas da execução das Parcerias Público-Privadas.

Ainda a respeito das garantias, estão disciplinadas no artigo (inciso III e IV) as operações de Seguro Garantia ou de Fiança. Proporcionado por Seguradoras ou instituições nacionais ou internacionais, atuam provendo coberturas de natureza securitária ou mecanismos colaterais de fiança financeira ou para financeira, através da assunção dos riscos da execução das PPP em nome dos Parceiros Públicos. Também, há o direito de regresso contra os entes públicos no caso da ocorrência de sinistralidade (o que acarreta ao Poder Público o comprometimento de

⁶⁵ Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I - vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II - instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei (...). III - contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V - garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI - outros mecanismos admitidos em lei. Parágrafo único. (VETADO). Constituição Federal: Art. 167. São vedados: IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

margens de endividamento na Lei de Responsabilidade Fiscal ou LRF, de forma a garantir a eventual liquidez para execução das garantias/fiança).

Há também prevista a garantia em caso de constituição de empresa em que o Poder Público figure como sócio majoritário e que possua bens e direitos constitutivos de seu capital social que possa servir de lastro garantidor às Contraprestações derivadas da estruturação de PPP.⁶⁶ Ainda neste caso, a constituição de Fundo Garantidor Específico deverá atender à legislação de Fundos de Investimentos emanada da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).⁶⁷

E, por fim, quanto aos outros mecanismos admitidos em lei previstos pelo artigo, os entes públicos interessados em constituir mecanismos de garantias lastreadoras de Parcerias Público-Privadas podem abdicar de diversos mecanismos, assegurando, no entanto, as características de segurança, as quais são os principais atributos de mecanismos desta natureza.

Outra peculiaridade disciplinada na Lei de PPPs diz respeito, segundo o Artigo 9º da Lei, à criação de uma Sociedade de Propósito Específico.⁶⁸ Ao contrário do que dispõe a Lei Geral de Concessões, a qual deixa à faculdade do poder concedente a criação deste instituto, na Lei nº 11.079/2004 a criação desta sociedade se faz obrigatória. Esta pode ser qualificada como instrumental e tem como objetivo implantar e gerir o objeto da parceria exclusivamente, tal como definido em seu estatuto (lei,

⁶⁶ Ou seja, com lastro no seu capital – onde se arrolam ativos reais, ativos mobiliários ou se capitalizam direitos creditórios com legítimos efeitos comerciais, pode o Parceiro Público inclusive ser avalista ou fiador das PPP, sem que a margem orçamentária de 3% das Receitas Correntes Líquidas das PPP seja utilizada.

⁶⁷ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei n. 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.192.

⁶⁸ Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. §1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. §2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado. §3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento. §4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo. §5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento

regulamentos, edital e contrato). Será extinta necessariamente ao término do contrato do PPP.⁶⁹

A criação desta sociedade é importante para o exercício do controle do Poder concedente, o qual tem mais condições de acompanhar o exercício do particular. Além destas, segundo Egon Bockmann Moreira e Bernardo Strobel Guimarães, há relevantes vantagens de ordem gerencial e econômico-financeira.

A constituição da SPE envolve segregação patrimonial que impede o projeto concessionário de sofrer eventuais revezes que venham a atingir as sociedades que formaram a SPE. Por meio dela, o projeto concessionário torna-se empreendimento autônomo, com vida própria, a reger o comportamento das partes envolvidas.⁷⁰

A Sociedade de Propósito Específico poderá assumir forma de companhia aberta, com valores imobiliários admitidos a negociação no mercado e fica vedado à Administração titularizar a maioria do capital votante das sociedades.

Outro aspecto importante diz respeito ao processo licitatório das Parcerias Público-Privadas. Como ocorrem nos demais contratos administrativos, a escolha, pela Administração Pública, do parceiro privado nos projetos de Parceria Público-Privada far-se-á através de processo licitatório, na modalidade de concorrência.⁷¹

⁶⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Guimarães. **Sociedades de Propósito Específico na Lei de PPP (Considerações em torno do Art. 9º da Lei 11.079/2004)**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.304.

⁷⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Guimarães. **Sociedades de Propósito Específico na Lei de PPP (Considerações em torno do Art. 9º da Lei 11.079/2004)**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.499.

⁷¹ Lei nº 8.666/93: Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão. § 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

A Lei das PPPs introduz, no entanto, à modalidade de concorrência uma profusão de alterações, incluindo a adoção de mecanismos dinâmicos inspirados na modalidade de licitação do pregão.

Como alguns destes mecanismos, cita-se: (a) justificativa para a adoção do procedimento, (b) desnecessidade da existência de projeto básico para a definição do objeto nos rígidos termos da Lei de Licitações e Contratos, (c) obrigatoriedade de submissão da minuta de edital à consulta pública, por prazo não inferior a 30 dias, (d) possibilidade de adoção de critérios específicos de julgamento, (e) formulação de propostas através de lances verbais, (f) fase específica para saneamento de eventuais falhas e (g) inversão das etapas de habilitação e classificação na modalidade de concorrência, todos de acordo com a Lei 11.079/2004.

Por fim, como constituem forma de contratação pública, os contratos de Parcerias Público-Privadas, sob a égide hodierna do Princípio da Transparência do Direito Administrativo moderno, devem ser submetidos ao controle de seus atos.⁷² Segundo Marçal Justen Filho, o controle-fiscalização realizado à Administração, envolve, portanto, a verificação do exercício regular da competência atribuída pela lei.⁷³

Como forma de fiscalização, observa-se mais comumente a atuação do Tribunal de Contas.⁷⁴ Seu exercício engloba diversos pontos referentes às questões orçamentárias, financeiras e patrimoniais do Estado, como a licitação para delegação da atividade, a regularidade e o cumprimento do contrato; a gestão do patrimônio público envolvido na concessão e o atendimento das eventuais metas e a efetiva

⁷² O controle também pode ser feito pela própria administração pública, sendo este interno administrativo pelo Poder Executivo, como, por exemplo em casos em que há a instauração de processos administrativos, a anulação de atos viciados, autotutela e tutela administrativa. Entretanto, como conceituou Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 671), quando versa sobre a administração pública o controle é realizado pelo Poder Judiciário, com os chamados "remédios constitucionais" ou pelo Poder Legislativo, sendo este parlamentar, normativo ou político, ou orçamentário financeiro, como é o caso do controle exercido pelo Tribunal de Contas na fiscalização das PPPs, disciplinadas no IN TCU 52 de 04/07/2007 e divididas em cinco estágios de fiscalização e busca pelos objetivos de controle. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Funções do Tribunal de Contas**. Revista de Direito Público. n. 72/136, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1984.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 425.

⁷⁴ Há autorização legal de aplicação presuntiva aos contratos de PPPs no Artigo 113 parágrafo segundo da Lei 8.666/93, no Artigo 71, IV da CF e no Artigo 230 do Regimento Interno do TCU.

implementação da atividade, e, precipuamente, ao real atendimento ao interesse público envolvido na contratação.

Deste modo, observam-se algumas inovações trazidas pela Lei federal nº 11.079/2004 quanto aos contratos administrativos de Parcerias Público-Privadas. Inovações as quais conferem à Administração Pública e aos seus parceiros possibilidades contratuais antes inviáveis, mas que, com o advento da Lei, tornam-se cada vez mais comuns e eficientes à todos as partes envolvidas.

O Sistema Penitenciário Brasileiro

3.1 A Execução Penal e Lei nº 7.210/1984

No Estado Democrático de Direito, o aparato estatal detém, em seu monopólio, o direito de punir, também chamado de *ius puniendi*. Este direito confere ao Estado poderes para, após a identificação das condutas tidas como ilícitas e reprováveis pela sociedade, aplicar a pena e reprimir todos aqueles que não respeitarem à legislação pátria. Segundo as lições de Antônio José Miguel Feu Rosa, o direito de punir é: “a reação social contra aquele que fez o que não devia fazer, ou não fez o que devia fazer, afrontando, por conseguinte, disposição legal. Tem, portanto, como pressupostos, uma disposição supraindividual e sua violação.”¹

À vista disso, entende-se a execução penal como a legitimação do direito de punir por meio da aplicação de uma pena. Esta é a consequência da prática de uma conduta tida como típica, a qual gera a obrigação de sujeição à pena nos termos e limites estabelecidos pela sentença condenatória proferida em juízo. Desta maneira, instaura-se relação jurídico-administrativa entre aquele que praticou tal conduta e aquele que é legitimado a puni-la, sendo este o Poder Estatal.² O liame jurídico entre o condenado e a Administração Pública, sendo esta representada pela autoridade penitenciária responsável pelo estabelecimento onde se cumpre pena, é o que se conhece por relação

¹ ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.4.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª ed. São Paulo: Forense, 2014. p.243.

jurídico-penitenciária, a qual tem seu início com a entrada no estabelecimento penal e extinção com a sua saída.

Em entendimento doutrinário, há quem considera a natureza jurídica de tal relação como meramente administrativa, mesmo havendo a relação de sujeição entre o indivíduo e o Estado. Entretanto, sua natureza é de direito público e há que se reconhecer o espaço de execução da pena como *jurisdicionalizado*, ou seja, em cumprimento ao princípio da legalidade. Esta posição decorre do advento do Estado Social e Democrático de Direito, bem como o reconhecimento do apenado como sujeito de direitos decorre do movimento de reconhecimento dos direitos humanos pós Segunda Guerra Mundial, e também do documento determinando “Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos”³, aprovado no 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra em 1995.⁴

Para Salo de Carvalho "o entendimento puramente administrativista acabava por se chocar com a imperiosa necessidade de intervenção judicial nos chamados incidentes da execução”⁵, o que teria gerado "dogmaticamente uma concepção híbrida, qual seja, de que a natureza da execução penal seria tanto administrativa como jurisdicional".⁶

Deste modo, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, defensora da concepção mista desta relação jurídica:

Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam os dois poderes estaduais: o

³ No Brasil foi editada a Resolução nº 14, de 14 de novembro de 1994, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) para a efetivação de tais garantias em plano nacional. Disponível em <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Outros/1994resolu14CNPCP.pdf>>

⁴ PAVARINI, Máximo. GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.178.

⁵ Os incidentes da execução penal podem ser conceituados como uma questão acessória por decidir, surgida no curso de um processo principal. Tratando-se da lei em estudo, o incidente é um acontecimento jurídico que ocorre no curso da execução da pena, ocasionando, por atividade jurisdicional, a sua alteração, redução ou extinção. In: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: Comentários à Lei n. 7.210/84**. São Paulo: Atlas, 2000. p.145.

⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.166.

Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.⁷

Ao caráter administrativo da relação sublinha-se que o cotidiano da prisão, em perspectiva crítica e descritiva, é composto por situações dotadas de decisões de conveniência e oportunidade, as quais, têm por escopo primordial não o tratamento individualizado e reeducativo, mas a manutenção da ordem interna.

Tal margem de discricionariedade e conveniência implica na aplicação de limites mais concretos por parte do Poder Judiciário, como, por exemplo, a criação de regulamentos internos de estabelecimentos prisionais bem redigidos estritamente relacionados à lei penal, especialmente à parte que toca aos direitos fundamentais do preso e os direitos à prestações por parte do Estado, havendo, neste sentido, a ideia de jurisdicionalização da relação jurídico-penitenciária como um todo.

Isto posto, entende-se que a referida execução penal tem sua atividade atrelada ao chamado Direito Penitenciário. De acordo com a Arminda Bergamini Miotto, a autonomia do Direito Penitenciário tem sido efetivada de acordo com aspectos científicos, jurídicos e legislativos.⁸ Como mencionado, a Lei de Execuções Penais buscou pautar-se de acordo com a jurisdicionalização de sua natureza jurídica e também sobre a concepção de autonomia do Direito de Execução Penal em relação ao Direito Material Penal e ao Direito Processual Penal. Isto pode ser observado nos itens 10, 12 e 15 da Exposição de Motivos da LEP.⁹

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987. p.7.

⁸ MIOTTO, Arminda Bergamini. **Curso de ciência penitenciária**. São Paulo: Saraiva, 1975.1 v. p. 59.

⁹ Neste sentido: item 10 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal: “Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.”; item 12: “O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, evoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro de Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal” e item 15 “A autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no art. 2.º, se estabelece que a ‘jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal’”.

No entanto, mesmo em dissonância ao texto da lei, há entendimento diverso para alguns doutrinadores que consideram a execução como um prolongamento da relação processual.¹⁰ Neste sentido, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo relembra que a autonomia desta relação decorre do fim a que visam as vertentes do direito penal, em que a execução representa outro processo autônomo, não representando fase terminativa do processo de conhecimento. Para o autor, “é bom recordar de que o processo penal de conhecimento volta-se para o passado, que tende a reconstruir. O processo penal de execução mira o futuro e visa prevenir infrações penais, de modo prevalente, sem esquecer o castigo medido”.¹¹

Deste modo, como bem elucida Salo de Carvalho, o direito penitenciário é direcionado, fundamentalmente, para a determinação de regras disciplinares capazes de ordenar a vida do apenado durante o cumprimento de pena. Para o autor: “Caberia, pois, ao direito penitenciário estabelecer diretrizes administrativas no intuito de regular o ambiente da instituição sob o prisma da segurança e da disciplina.”¹²

O direito penitenciário tem suas origens relacionadas ao desenvolvimento da instituição prisional. A prisão, antes do século XVII, era apenas um estabelecimento de custódia, em que ficavam reclusas pessoas acusadas de crimes, à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes, ou ainda por questões políticas. Apenas ao fim do referido século que a pena privativa de liberdade consagrou-se como a principal sanção penal e a prisão passou a ser, fundamentalmente, o local da execução das penas. Nasceram, então, as primeiras reflexões sobre a

¹⁰ Para Vicente Greco Filho existe uma única relação processual (conhecimento), que se prolonga (fase executiva). Neste sentido: GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 101. Segundo Ada Pellegrini Grinover, a tutela tendente à efetivação da sanção penal é objeto do processo de execução, o qual guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual. GRINOVER, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 303.

¹¹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Execução penal** São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 1987. vol. 623, p. 259-260.

¹² CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p.166.

organização e funcionamento destes locais, bem como acerca das condições de vida dos detentos.

Só recentemente, porém, o modo de execução de pena adquiriu lugar de destaque no estudo da chamada penologia.¹³ Notou-se a relevância do estudo da execução da pena privativa de liberdade à medida que compreendeu-se que não somente sua finalidade retributiva e preventiva, mas também, a de reintegração do condenado à sociedade. Nesse contexto, surge a esfera científica do Direito Penitenciário como conjunto de normas jurídicas relativas ao tratamento do preso e ao modo de execução da pena privativa de liberdade, abrangendo, por conseguinte, o regulamento penitenciário, ou o conjunto de normas jurídicas reguladoras da execução de penas e medidas privativas de liberdade.¹⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, já na Constituição outorgada de 1824, enunciavam-se em seu Artigo 179 algumas recomendações que exprimiram interesse sobre a execução das penas privativas de liberdade: as cadeias deveriam ser limpas e arejadas e, conforme a natureza dos crimes e suas circunstâncias como também deveriam haver casas separadas para cada categoria de réu; ficavam abolidos os açoites, torturas, marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis.¹⁵

Entretanto, apenas com o advento da Lei de Execução Penal, em 11 de julho de 1984, o direito penitenciário consolidou-se na legislação brasileira. A lei de execução penal brasileira tem como sua principal base,

¹³ A penologia estuda questões relacionadas com a execução penal, a partir de um ponto de vista científico e objetivo. Seu método é eminentemente causal- explicativo o que indica a sua afinidade com a Criminologia e sua diferença com as Ciências Jurídico-Penais. Pode-se dizer que a penologia representa ao Direito de Execução Penal o que a criminologia representa ao Direito Penal Material. Seu fim é essencialmente prático e procura antes de tudo a prevenção do delito. Dirige-se ao homem infrator e não à norma sancionadora.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei n 7210, de 11/07/1984**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.p. 258.

¹⁵ Constituição Federal de 1824. Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis. XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja. XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes.

presente em sua Exposição de Motivos, a busca pela efetivação da execução penal por meio da consolidação de preservação dos bens jurídicos e da reincorporação do homem que praticou um delito à comunidade, promovendo-se valores de reintegração, reeducação e ressocialização do apenado à sociedade após o cumprimento de sua pena.

No estudo do Direito Penal, a finalidade da pena é descrita em três teorias orientadoras. Para as chamadas teorias chamadas absolutas (retribucionistas ou de retribuição), o fim da pena é o castigo, ou seja, o pagamento pelo mal praticado. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral, sendo a pena imposta por uma exigência ética em que não se vislumbra qualquer conotação ideológica. Para a escola clássica, que considera o crime um ente jurídico, a pena é nitidamente retributiva, não havendo qualquer preocupação com a pessoa do delinquente, já que a sanção se destinava a restabelecer a ordem pública pelo delito.

Para as teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas), dá-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção geral (com relação a todos) ou especial (com relação ao condenado). Na escola positiva, em que homem passava a centrar o Direito Penal como objeto principal de suas conceituações doutrinárias, a pena já não é um castigo, mas uma oportunidade para ressocializar o criminoso, e a segregação deste era um imperativo de proteção à sociedade, tendo em vista sua periculosidade.

Para as teorias mistas (eccléticas ou intermediárias), a pena, por sua natureza é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade não é simplesmente prevenção, mas um misto de educação e correção. Esta é a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. Punir o condenado, retribuindo a este o mal causado em decorrência de seu delito, simultaneamente objetivando a prevenção de novas condutas delituosas e ilícitas, bem como, que a própria sociedade tenha receio em desobedecer à legislação penal.¹⁶

¹⁶ DOTTI, René Ariel. **O sistema geral das penas**. In: Penas Restritivas de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.41- 46.

Deste modo, a tendência moderna é de que a execução da pena deve estar programada de modo a corresponder à ideia de humanizar, além de punir. Deve afastar-se a pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em não criminoso. Por isso, diz Miguel Reale Junior, não deve deixar-se de visar à educação do condenado, criando-se condições por meio das quais possa, em liberdade, resolver os próprios conflitos da vida social, sem recorrer ao caminho do delito.¹⁷

No entanto, o sistema penitenciário atual apresenta dicotomia paradoxal entre a realidade dos fatos e a os dispositivos trazidos pelo ordenamento jurídico. A lei de execução penal delimita de forma precisa o modo correto de execução da pena e objetivação de seus preceitos, entretanto, apenas teoricamente. O dinamismo penal trazido, incluindo a cominação, aplicação e execução das penas, apresenta diversas contradições e revela situação caótica e alarmante observada nos estabelecimentos penais do país.

O estado em que se encontra o cárcere atualmente leva a realidade que, a partir da ociosidade em que vivem os detentos, cria-se a chamada “subcultura carcerária”. Este representa um conjunto de regras próprias em que não se respeita a vida e a integridade física, valendo *intra muros* a conhecida “lei dos mais fortes”. Deste modo, a experiência da reclusão reflete nos apenados um estigma profundo. Mesmo após o cumprimento da pena, os rótulos criados devido ao passado cárcere e a rejeição social subsequente podem levar indivíduos ao entendimento de sua própria identidade como realmente “digressivo”, e, desta maneira, levá-los a viver marginalmente. Ademais, o preconceito, o descrédito, o desemprego e as exclusões de todas as ordens criadas á um ex-presidiário são fatores presentes e preocupantes na sociedade brasileira.

Os excluídos de toda ordem são observados no quadro social revelado pelo sistema carcerário. Estes são representados por indivíduos banidos pelo injusto e desenfreado sistema econômico, e são,

¹⁷ REALE Junior, Miguel. **Novos Rumos do Sistema Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.77

majoritariamente, e por consequência, pobres. Por este motivo, a reinserção destes na sociedade é ainda mais difícil e inviável. Reflexos do sistema em que estão inseridos, estes indivíduos retornam à mesma sociedade que um dia clamou por seu encarceramento desnorteados e vítimas de seus próprios atos.

Michel Foucault elucida:

(...) E é essa delinquência, formada nos subterrâneos do aparelho judiciário, ao nível das “obras vis” de que a justiça desvia os olhos, pela vergonha que sente de punir os que condena, é ela que se faz presente agora nos tribunais serenos e na majestade das leis; é ela que tem que ser conhecida, avaliada, medida, diagnosticada, tratada, quando se proferem sentenças, é ela agora, essa anomalia, esse desvio, esse perigo inexorável, essa doença, essa forma de existência, que deverão ser considerados ao se reelaborarem os códigos. A delinquência é a vingança da prisão contra a justiça. Revanche tão temível que pode fazer calar o juiz.¹⁸

Além disso, deve-se levar em conta os problemas pessoais do preso, tais como a atitude familiar de exagerada reprovação e injustificado apoio, o afastamento do cônjuge e dos filhos, a solidão, o ambiente prisional, pela falta de atividades (seja de trabalho, seja de lazer), o problema sexual, as condições de superlotação dos presídios, não só não contribuem para a recuperação do condenado como também se tornam fatores criminógenos. Essas condições podem levar ao estímulo da prática de novos delitos. Estimulam o desejo de evasão e determinam maior desajustamento social. Estudos sociológicos e psicológicos recentes demonstram que a prisão, em virtude da construção entre os condenados de um mundo próprio de valores e normas, conduz a um divórcio entre essa “subcultura” carcerária e as regras sociais da vida em liberdade, colaborando diretamente na formação de estereótipos negativos do sentenciado, o que o leva, quando posto em liberdade, a uma completa marginalidade na vida comunitária.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**: tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 213.

Segundo Cezar Roberto Bittencourt, considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento oportunizador de toda espécie de desumanidade. O autor elenca os fatores criminológicos da prisão como: (a) materiais, como a deficiência de alojamentos e alimentação, bem como a conseqüente deterioração da saúde dos detentos reclusos a más condições de higiene dos locais, cominadas à falta de ar, à umidade e à odores nauseabundos; (b) psicológicos, os quais revelam que dentro do ambiente prisional mal disciplinado podem aflorar a dissimulação da mente e (c) sociais, decorrentes do isolamento causado pela pena privativa de liberdade.¹⁹

Para que haja resultados positivos nesta complexa relação jurídica, faz-se necessário que a legislação e os estabelecimentos prisionais estabeleçam justas prioridades e boas condições para um aprendizado, pelo condenado, das regras de convivência humana em sociedade. Estas melhorias somente se alcançarão se houver a não privação dos direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, em um processo de humanização da execução penal. A humanização da execução inicia-se pela regra da não privação dos direitos do preso que não forem atingidos pela decisão judicial ou pela lei e deriva diretamente do sistema jurídico institucional dos países civilizados. O condenado continua sendo uma pessoa, cujo status é de condenado, em uma situação reconhecida pelo direito objetivo da qual decorrem direitos e deveres.

A relação que une o condenado com a Administração penitenciária é uma relação jurídica em que, aos direitos e deveres de uma das partes, contrapõem-se os correspondentes direitos e deveres de outra. O condenado conserva todos os direitos reconhecidos aos cidadãos pelas normas jurídicas vigentes, com exceção, naturalmente, daqueles cuja privação ou limitação constituem precisamente o conteúdo da pena imposta.

¹⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165.

Deste modo, imperioso observar que a relação jurídica de sujeição especial criada com a sentença transitada em julgado não retira ao sentenciado sua condição de sujeito de direito, assumindo a Administração uma série de responsabilidades que dizem respeito à pessoa humana do preso e a seus direitos e interesses jurídicos. Essa relação penal-penitenciária entre o Estado e o sentenciado surge no momento em que passa em julgado a sentença condenatória ou a sentença absolutória em que foi imposta a medida de segurança e extingue-se com o cumprimento da sanção ou com a ocorrência de alguma causa extintiva de punibilidade ou mesmo no caso de liberado definitivo, após um ano a contar da saída do estabelecimento.

Como afirma José Luis de La Cuesta:

O direito penal, por intervir de uma maneira legítima, deve respeitar o princípio de humanidade. Esse princípio exige, evidentemente, que se evitem as penas cruéis, desumanas e degradantes (dentre as quais pode-se contar a pena de morte), mas não se satisfaz somente com isso. Obriga, igualmente, na intervenção penal, a conceber penas que, respeitando a pessoa humana, sempre capaz de se modificar, atendam e promovam a sua ressocialização: oferecendo (jamais impondo) ao condenado meios de reeducação e de reinserção.²⁰

Deste modo, o sistema penitenciário, repressivo em seu estado natural, tornou-se uma grande máquina punitiva do Estado, no qual aplica-se o cumprimento de penas pelos mais variados motivos de maneira caótica e exagerada. Além de seus problemas estruturais e executórios, há que se citarem as a desenfreada criação de diversas leis penais que estão, no Brasil, a todo o momento sendo sancionadas, sem que se atente a verdadeira técnica legislativa e à constitucionalidade, piorando ainda mais a situação.

Esta realidade insusceptível da execução da pena no país nos leva a questionar a maneira com a qual o Estado vem exercendo sua função

²⁰ LA CUESTA, José Luis de. **Pena de morte para os traficantes de drogas?**. Boletim da Associação Internacional de Direito Penal (Grupo Brasileiro), ano 1, 01 maio de 2005, p.04.

mais primitiva e característica de sua qualidade republicana: o poder punitivo e o seu gerenciamento. A ineficiente gestão pública estatal de sua função típica necessita de mudanças em sua estrutura, bem como a apresentação de alternativas à questão, diante de tamanha gravidade da situação como um todo.

3.2 Estrutura e Organização dos Estabelecimentos Penais

Conforme disciplinado na Lei 7.210/1984, os estabelecimentos penais devem cumprir normas e requisitos propostos para seu funcionamento e a efetiva aplicação da lei na execução das penas dos condenados, de modo que se preze pela garantia de seu objetivo ressocializador.

Deste modo, neste tópico, tratar-se-á acerca dos requisitos mínimos necessários à construção e funcionamento de um estabelecimento prisional adequado ao objetivo proposto pela Lei de Execuções Penais.

Nos tempos em que os estabelecimentos penais serviam para abrigar os presos provisórios em espera à sua sentença, os locais utilizados como prisões serviam apenas para o recolhimento destas pessoas, ou seja, para impedir que houvesse fugas. No entanto, com a conseguinte adoção da privação de liberdade como forma de pena, foi necessária a criação de locais apropriados para esta finalidade, bem como a maturação de ideias a respeito do crime, do criminoso, da pena e da justiça penal.²¹ Deste modo, fez-se de extrema necessidade a configuração de uma arquitetura própria para que a execução da sanção seja realizada com vistas às suas finalidades.

Entretanto, a ideia de interligação entre os objetivos próprios traçados ao sistema penitenciário e a execução de penas com a arquitetura das edificações prisionais demorou muito tempo a ser posta em prática. Hoje se tem consciência de que a estrutura material do

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei n 7.210, de 11/07/1984*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.p. 287.

presídio não pode chocar-se com a base ético-pedagógica do sistema penitenciário, e a arquitetura deve ser funcional para evitar-se o desperdício do tempo, impedirem-se problemas carcerários mais graves²² e possibilitar-se o adequado desenvolvimento da execução penal.

De acordo com Alvinho Augusto de Sá:

(...) há que se repensar profundamente a questão carcerária, e a começar da própria edificação, do próprio arranjo arquitetônico do presídio. Tal arranjo pode estar a serviço, seja de uma piora gradativa da qualidade de adaptação da conduta do preso, rumo à reincidência, seja de uma melhora gradativa, rumo à ressocialização e readaptação social.²³

Ainda nos dias de hoje, no recinto das prisões, respira-se ar de constrangimento, repressão e verdadeiro terror, agravados pela arquitetura dos velhos presídios em que há o confinamento de vários presos em celas pequenas, úmidas, de tetos elevados e escassa luminosidade e ventilação. Não fosse por outras razões, ligadas ao procedimento de reinserção social, o respeito à personalidade e a intimidade do preso levou à mudanças acerca das normas que dispõe sobre as condições de espaço e higiene a que deverá estar submetida a arquitetura dos estabelecimentos penais, dedicando regras específicas principalmente quanto àqueles destinados ao cumprimento da pena em regime fechado.

Desta maneira, e em observância aos inúmeros problemas vistos em todo o sistema penitenciário brasileiro, faz-se de extrema importância o estudo de tais requisitos.

O primeiro requisito de necessária observação diz respeito às modalidades de estabelecimentos prisionais. Segundo o entendimento moderno,²⁴ o que diferencia os estabelecimentos penais e os caracteriza

²² Tais como fugas, rebeliões, prática de crimes dentro do estabelecimento, entre outros.

²³ SÁ, Alvinho Augusto de. **Arquitetura carcerária e tratamento penal**. Revista dos Tribunais. V.651. p.247-257. Jan 1990.

²⁴ Os estabelecimentos penais obsoletos não eram diferenciados de acordo com estas características, pois destinavam-se apenas à reclusão dos indivíduos em espera de sua sentença condenatória, como previamente tratado.

são as condições gerais que configuram e consubstanciam os diversos regimes de execução das sanções. O trabalho, o estilo arquitetônico do estabelecimento, a disciplina interna e as possibilidades de contato com o exterior são condições que caracterizam os regimes penitenciários.

No artigo 82 da referida Lei, o legislador dispõe que os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e também ao egresso.²⁵ Além disso, dispõe também acerca dos modelos de estabelecimentos penais existentes, relacionando-os com suas finalidades.

As penitenciárias destinam-se aos reclusos condenados a cumprir penas em regime fechado, segundo o disposto no artigo 83.²⁶ Já as cadeias públicas devem ser destinadas ao recolhimento dos presos provisórios, á espera da sentença condenatória.²⁷ Estes dois modelos são o principal foco deste estudo, sobre os quais propõe-se a realização de Parcerias Públicos Privadas para seu gerenciamento, conforme tratado no Capítulo 4.²⁸

Além destas, enquadram-se como estabelecimentos penais; as Colônias Agrícolas, industriais ou familiares que destinam-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto;²⁹ as Casas de Albergado, as quais tratam de condenados em regime aberto com a pena de

²⁵ Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. §1º - A mulher será recolhida a estabelecimento próprio e adequando à sua condição pessoal. §1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. (Redação dada pela Lei nº 9.460, de 1997) §2º - O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados.

²⁶ Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003).

²⁷ Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

²⁸ Em nosso ordenamento jurídico, inexistem profundos estudos acerca da utilização de modelos como as Parcerias Público-Privadas para os outros modelos de cumprimento de pena. Visto à necessidade imediata de profundas mudanças nos estabelecimentos referentes aos regimes aberto e provisório, propõe-se a utilização deste modelo sumariamente nestes casos.

²⁹ Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto. Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei. Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas: a) a seleção adequada dos presos; b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

limitação de fim de semana;³⁰ os Centros de Observação, destinados a realização de exames criminológicos e os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, destinados aos semi-imputáveis e aos inimputáveis.

Outro requisito de extrema importância diz respeito às condições da cela dos apenados. A Lei de Execução adota, sem exceções, a regra da cela individual, como requisitos básicos como a salubridade e área mínima. Por este motivo, determina-se que, na penitenciária,³¹ a cela individual deve conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório, tendo como requisitos básicos: (a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e (b) área mínima de seis metros quadrados. Estas regras básicas deveriam estar presentes em todas as penitenciárias para garantir condições mínimas e preservar os direitos fundamentais do preso. Desta maneira, obedece-se também o disposto nos itens 9 a 14 das regras mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de Agosto de 1955 pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes.³²

³⁰ Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras. Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

³¹ A lei não traz este requisito para as cadeias públicas, no entanto, as Regras Mínimas de Tratamento de Reclusos da ONU dispõe que as celas ou quartos destinados ao isolamento noturno não deverão ser ocupadas por mais de um preso.

³² Locais destinados aos presos: 9. a) As celas ou quartos destinados ao isolamento noturno não deverão ser ocupadas por mais de um preso. Se, por razões especiais, tais como excesso temporário da população carcerária, for indispensável que a administração penitenciária central faça exceções a esta regra, deverá evitar-se que dois reclusos sejam alojados numa mesma cela ou quarto individual. b) Quando se recorra à utilização de dormitórios, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente escolhidos e reconhecidos como sendo capazes de serem alojados nessas condições. Durante a noite, deverão estar sujeitos a uma vigilância regular, adaptada ao tipo de estabelecimento prisional em que se encontram detidos. 10. Todos os locais destinados aos presos, especialmente aqueles que se destinam ao alojamento dos presos durante a noite, deverão satisfazer as exigências da higiene, levando-se em conta o clima, especialmente no que concerne ao volume de ar, espaço mínimo, iluminação, aquecimento e ventilação. 11. Em todos os locais onde os presos devam viver ou trabalhar. As janelas deverão ser suficientemente grandes para que os presos possam ler e trabalhar com luz natural, e deverão estar dispostas de modo a permitir a entrada de ar fresco, haja ou não ventilação artificial. b. A luz artificial deverá ser suficiente para os presos poderem ler ou trabalhar sem prejudicar a visão. 12. As instalações sanitárias deverão ser adequadas para que os presos possam satisfazer suas necessidades naturais no momento oportuno, de um modo limpo e decente. 13. As instalações de banho deverão ser adequadas para que cada preso possa tomar banho a uma temperatura

Além destes, à despeito das áreas comuns, os estabelecimentos devem, de acordo com seus requisitos mínimos à promoção da Execução Penal e conforme suas respectivas naturezas, conter em suas dependências áreas e serviços relacionados à assistência promovida pela Administração, bem como à educação, trabalho, recreação e prática esportiva. Além destes, devem conter espaço reservado ao estágio de estudantes universitários.³³

Outro requisito diz respeito à localização das penitenciárias. Por razões de segurança, determina-se que a penitenciária de homens seja construída em local afastado de centros urbanos. A possibilidade de motins e fugas assim exige para a segurança da comunidade, que, de outra forma, estaria envolvida em acontecimentos passíveis de causar-lhes sérios perigos. Entretanto, a localização do estabelecimento não deve restringir a possibilidade de visitação aos presos, o que é fundamental no processo de sua reinserção social.³⁴ No entanto, o cumprimento de pena no local de residência do condenado é mera faculdade, não um direito líquido do condenado, não se retirando do juiz competente o poder de decidir sobre a conveniência e oportunidade do cumprimento da pena em qualquer estabelecimento penal.

Crucial salientar que embora os presos pertencentes a categorias diversas devam ser alojados em diferentes estabelecimentos, de acordo com o sexo, situação processual e regime penitenciário, dispõe a lei que “o mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de

adaptada ao clima, tão freqüentemente quanto necessário à higiene geral, de acordo com a estação do ano e a região geográfica, mas pelo menos uma vez por semana em um clima temperado. 14. Todos os locais de um estabelecimento penitenciário freqüentados regularmente pelos presos deverão ser mantidos e conservados escrupulosamente limpos. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>>. Acesso em 05 de Outubro de 2015.

³³ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 12^a ed. Revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 12.850/2013. São Paulo; Saraiva, 2014, p. 127.

³⁴ Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

destinação diversa desde que devidamente isolados”.³⁵ Deste modo entende-se que o modelo de estrutura a ser estudado pode se aplicar em todos os casos, devido à dificuldade material de construção de centros penitenciários distintos em sítios diversos. No entanto, seja qual for o modelo de estabelecimento, sua arquitetura deve ter preocupações mais amplas, partindo-se do pressuposto de que as horas do preso deverão ser repartidas em descanso, trabalho, educação, atividades recreativas, religiosas ou esportivas, independente do tipo de estabelecimento em que este se encontra. Disto decorre a exigência de que o estabelecimento prisional contenha locais adequados para o desenvolvimento de todas estas tarefas, para que, possa-se realizar o cumprimento de pena de todos os cidadãos de acordo com a legalidade e o respeito aos seus direitos. Além disso, são desaconselháveis as prisões de grandes dimensões, não convindo exceder a capacidade de 350 condenados, limite máximo geralmente indicados pelos estudos penitenciários.

Por este motivo, o legislador não preocupou-se em estabelecer critérios taxativos à cada um dos modelos de estabelecimentos prisionais. O que deve ser observado, independente do modelo, são as regras mínimas trazidas pela Lei de Execução, segundo determinações internacionais de reclusão.

Outro requisito ao funcionamento dos estabelecimentos penais diz respeito aos órgãos responsáveis por sua fiscalização. Os estabelecimentos penais deverão, segundo a Lei, ser organizados e regulados por meio dos chamados órgãos de execução penal. Estes órgãos incluem o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Juízo da Execução, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato e o Conselho da Comunidade.

³⁵ Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União. § 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003) § 2º Conforme a natureza do estabelecimento, nele poderão trabalhar os liberados ou egressos que se dediquem a obras públicas ou ao aproveitamento de terras ociosas. § 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003).

Tais órgãos resguardam valioso contingente de informações, de análises, de deliberações e de estímulo intelectual e material às atividades de prevenção à criminalidade e ao escopo ressocializador da Lei de Execuções Penais.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é responsável pela implementação, em todo território nacional, de uma nova política criminal e, principalmente penitenciária, com base em periódicas avaliações do sistema criminal, bem como a execução de planos nacionais de desenvolvimento quanto às metas e prioridades da política a ser executada. É um órgão normativo e de fiscalização, cabendo-lhe, ainda, contribuir, de modo direto e efetivo, para a implementação das determinações e recomendações que fizer, com vistas na realização dos fins da reforma penal e penitenciária. Cabe a ele, também, a atribuição para determinar os limites máximos de capacidade de cada, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

O Juízo da Execução tem em sua atividade jurisdicional o objetivo de resolver um conflito jurídico de interesses. Ao transitar em julgado uma sentença condenatória em que se impõe a pena ou uma medida de segurança instaura-se entre o Estado e o condenado uma complexa relação jurídica, com direitos, expectativa de direitos e legítimos interesses de parte a parte, e com isso, a possibilidade da existência de conflitos que demandem a intervenção jurisdicional.

Além da competência jurisdicional estrita, o juiz também tem atribuições de caráter administrativo quando tem por objetivo normalizar a execução penal, agindo como um órgão da administração para tornar efetivo o interesse do Estado.³⁶ Tais funções, também

³⁶ Muito se discute acerca do papel do juiz na fiscalização da execução penal. Como tratado no ponto 3.1., a natureza jurídica mista da execução penal resguarda não apenas a função jurisdicional, mas também a função administrativas de fiscalização e de garantia efetiva dos direitos não restringidos pela sentença condenatória do recluso. Busca-se, hoje, que o juiz participe da execução de modo a conduzir o cumprimento da pena como um todo, deixando de lado o caráter omissivo do judiciário quanto às questões penitenciárias. Segundo o Artigo 66, são funções do juiz: Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...) V - determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos

chamadas de funções judiciárias em sentido estrito, são determinadas com o devido respaldo legal, cabendo ao juiz zelar pelo correto cumprimento da pena, inspecionar estabelecimentos penais, interditá-los, compor e instalar o Conselho da Comunidade, entre outras.³⁷

O Ministério Público, na execução penal, age em sua esfera fiscalizadora de poder, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, podendo requerer e intervir como parte processual.³⁸ O Conselho Penitenciário também age como órgão consultivo e fiscalizador, constituindo-se como uma ponte entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário.³⁹ Os Departamentos Penitenciários, por sua vez, destinam-se a instrumentalizar a aplicação da Lei de Execução, viabilizando condições para que se possa implantar um ordenamento administrativo técnico e harmônico e homogêneo capaz de desenvolver a política penitenciária, também inspecionando, supervisionando e fiscalizando periodicamente os estabelecimentos penais.⁴⁰

Outro requisito essencial ao funcionamento de um estabelecimento prisional, de acordo com a Lei 7.210/1984 diz respeito à direção do estabelecimento prisional. De acordo com o artigo 75, o ocupante do

dispositivos desta Lei; IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade. X - emitir anualmente atestado de pena a cumprir. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003).

³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei n 7.210, de 11/07/1984**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 206.

³⁸ Art. 67. O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público: I - fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento; (...).

³⁹ Art. 69. O Conselho Penitenciário é órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena. Art. 70. Incumbe ao Conselho Penitenciário: II - inspecionar os estabelecimentos e serviços penais;

⁴⁰ Art. 71. O Departamento Penitenciário Nacional, subordinado ao Ministério da Justiça, é órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Art. 72. São atribuições do Departamento Penitenciário Nacional: I - acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o Território Nacional; II - inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais; III - assistir tecnicamente as Unidades Federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nesta Lei; IV - colaborar com as Unidades Federativas mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais; V - colaborar com as Unidades Federativas para a realização de cursos de formação de pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado. VI - estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003) Parágrafo único. Incumbem também ao Departamento a coordenação e supervisão dos estabelecimentos penais e de internamento federais.

cargo de diretor do estabelecimento deverá ter formação humanística para compreender e buscar o objetivo ressocializador, deverá ter experiência administrativa na direção dos estabelecimentos prisionais e ter idoneidade moral, além de residir no estabelecimento ou em suas redondezas. Já o quadro do pessoal distingue-se entre (a) pessoal que realize funções de direção e gerência, incluindo diretores e servidores em função de direção e chefia; (b) pessoal especializado ou técnico, incluindo médicos, psiquiatras, dentistas, enfermeiros, farmacêuticos, serventes etc.; (c) pessoal de instrução técnica como professores, educadores, mestres de ofício e (d) pessoal de vigilância, sendo estes responsáveis pela guarda externa e interna.

Importante salientar, desde já, que as funções administrativas e de vigilância devem, necessariamente, ser desempenhadas por servidores públicos, não podendo estas ser realizadas por particulares, como será tratado no Capítulo 4. Isto porque, direta ou indiretamente, estes agentes detêm poder de coerção sobre os detentos, sendo inadmissível a um particular o desempenho destas funções, conforme o ordenamento jurídico brasileiro. Os que desempenham funções administrativas sejam por meio de determinações ou ordens àqueles que são vigilantes, ou por meio de atribuições relacionadas à pena dos detentos (cumprimento da pena, progressão de regimes, etc.), desempenham função tipicamente estatal, devendo esta ser realizada por um *longa manus* do Estado que tenha comunicação direta com o juízo da execução.

Especial atenção deve ser dada ao pessoal de vigilância dos estabelecimentos prisionais. Nas questões relacionadas à segurança dos estabelecimentos prisionais atuarão agentes voltados à estrutura, organização, vigilância e disciplina carcerárias dos respectivos estabelecimentos.⁴¹ Os chamados agentes carcerários são confiados à Secretaria de Administração Penitenciária (SAP). Estes são servidores

⁴¹ Não se vislumbram nestas atividades características diversas das inerentes à polícia militar, exceto no que concernem ao local de exercício do policiamento administrativo destinado à manutenção da intangibilidade da ordem pública: enquanto o agente carcerário atua nas dependências internas dos estabelecimentos prisionais (intramuros), o agente militar age fora dos perímetros da segurança das prisões (extramuros).

públicos responsáveis pela segurança, movimentação, vigilância e disciplina dividem-se entre os chamados agentes de segurança penitenciária (ASP), os quais agem intramuros e agentes de escolta e vigilância penitenciária (AEVP), que garantem a segurança externa.⁴²

Além dos requisitos supracitados, há também a necessidade de separação dos presos. Os presos provisórios deverão ficar separados daqueles que cumprem sentença transitada em julgado, bem como os presos primários devem ficar separados dos reincidentes e os presos que, ao tempo e ao fato, eram funcionários da Administração da Justiça Criminal ficarão em dependência separada, de acordo com o artigo 84 da Lei de Execuções Penais.

Entretanto, a realidade observada nos estabelecimentos prisionais muito difere dos requisitos mínimos propostos. Esta configura situação de calamidade pública no país.⁴³ O que se observa na prática são graves violações aos direitos humanos dos apenados, presos de diferentes categorias todos ocupando o mesmo espaço no estabelecimento penal, omissão do Estado quanto às atividades de assistência aos presos, entre outros inúmeros problemas. Grande parte destes problemas decorre, principalmente, do intenso quadro de superlotação carcerária presente no Brasil.

Observa-se a formação de uma crise crônica no sistema penitenciário brasileiro. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras

⁴² CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 357.

⁴³ O STF reconheceu a gravidade do problema. O **Recurso Extraordinário (RE) 592581** – Repercussão Geral, Relator: ministro Ricardo Lewandowski, discutiu se cabe ao Judiciário intervir na situação e determinar a realização de obras nos presídios. O Recurso Extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça estadual (TJ-RS) que, ao dar provimento a recurso do Estado do Rio Grande do Sul, entendeu ser descabida ação civil pública para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em presídio. Alega o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em síntese, que o dever de assegurar a integridade física e moral dos presos não depende de prévia dotação orçamentária, uma vez que se trata de direito de natureza fundamental de aplicabilidade imediata, bem como a impossibilidade de questões de ordem orçamentária impedirem ou postergarem políticas públicas dirigidas à implementação de direitos de natureza fundamental. Cite-se também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental impetrada pelo PSOL, objetivando o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, e, em razão disso, determinando a adoção das providências listadas ao final, tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, a seguir descritas, no tratamento da questão prisional no país. Disponível em

demonstram de maneira incontestável um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superlotação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos, maus-tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos direitos humanos.⁴⁴

Um ponto que contribui significativamente para a superlotação refere-se à questão dos presos que já cumpriram sua pena, e não são postos em liberdade, bem como o grande número de presos provisórios que estão nos presídios juntamente com os sentenciados.

Em 2005, a população carcerária era formada por 300 mil pessoas. O enorme crescimento no número de presidiários tem feito com que a maioria dos estados abra mais vagas, ampliando ou construindo mais unidades. Com uma margem de pouco mais de um ano foram acrescentados ao sistema oito mil lugares – insuficientes, no entanto, para a nova demanda, de 52 mil presos. Há atualmente 371 mil vagas no sistema.⁴⁵

Com um déficit de 244 mil vagas no sistema prisional, o Brasil tem população carcerária formada por 615.933 presos. Destes, 39% estão em situação provisória, aguardando julgamento de seus crimes. É o que mostra um levantamento feito com base em dados fornecidos pelos governos dos 26 estados e do Distrito Federal referente a maio de 2015. Nota-se a superlotação em todas as unidades da federação com média no país é de 66% e, em casos como Pernambuco, no entanto, essa taxa chega a 184%.

A reincidência é outro fator de grande relevância como causa da superlotação. Como um de seus principais motivos está a falta de oportunidades de trabalho ao egresso e o conseqüente ócio forçado em que estes se encontram. Isto decorre do fato de que em boa parte dos presídios brasileiros mais 75% dos encarcerados não trabalham nem

⁴⁴ ROLIM, Marcos. **Prisão e ideologia limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil**. Revista de Estudos Criminais n^o12, Rio Grande do Sul, 2003, p.121.

⁴⁵ Dados levantados por pesquisa realizada pelo site G1, em reportagem publicada em 23/06/2015. Disponível em <<http://glo.bo/1BJPQIH>>. Acesso em 24 de Agosto de 2015.

estudam. Assim, ao cumprir sua pena e ser colocado em liberdade, o cidadão está sem nenhuma qualificação profissional, sem estudos, e ainda com um atestado de ex-presidiário. Como resultado, é comum este indivíduo acabar voltando ao mundo do crime.

Outros fatores que contribuem à superlotação carcerária dizem respeito à morosidade da justiça bem como à criminalização exacerbada de condutas com diminuído grau de culpabilidade e antijuridicidade, fatores os quais, por muitas vezes acabam colaborando para a manutenção do alto número de presos. Com a demora de julgamento e de todos os procedimentos do devido processo legal, muitos dos presos provisórios acabam por ficar encarcerados mais tempo do que ficaram se fossem condenados com a pena máxima do delito praticado.

Com este quadro, o escopo ressocializador trazido pela Lei de Execuções Penais resta praticamente impossível de se concretizar. Segundo Guilherme de Souza Nucci:

A lotação do presídio deve ser compatível com sua estrutura e finalidade, havendo o Controle por parte do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Este é outro ponto extremamente falho no sistema carcerário brasileiro. Se não houver investimento efetivo para o aumento do número de vagas, respeitadas as condições estabelecidas na Lei de Execução Penal para os regimes fechado, semiaberto e aberto, nada de útil se poderá esperar do processo de recuperação do condenado. Na verdade, quando o presídio está superlotado a ressocialização torna-se muito mais difícil, dependente quase que exclusivamente da boa vontade individual de cada sentenciado.⁴⁶

Em teoria, a violação da regra a respeito da superlotação pode ser punida com a interdição do estabelecimento a ser determinada pelo juiz da execução.⁴⁷ No entanto, não é o que se observa na prática. Além disso, o descumprimento injustificado deste dever de obediência ao limite máximo de capacidade do estabelecimento pela unidade federativa

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.1032.

⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei n 7.210, de 11/07/1984**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 207.

implica a suspensão de qualquer ajuda financeira a ela destinada pela União para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança. Esta sanção, porém, dificilmente será aplicada, pois os Estados Membros não dispõem de recursos materiais suficientes para a construção de todos os estabelecimentos penais necessários a abrigar toda a população de condenados, e a suspensão da ajuda financeira terá por consequência o agravamento do problema penitenciário.

3.3 Tratamento Penitenciário Ressocializador: Direitos do Preso, Assistência e Trabalho

Para a sociologia da pena, a definição da pena privativa de liberdade manifesta-se com a produção do sofrimento imposto intencionalmente ao indivíduo, com a finalidade da degradação, sob a forma de privação de liberdade e limitação de direitos e expectativas. Como decorrência deste entendimento, durante muito tempo verificou-se a chamada “coisificação” do condenado recluso, com a sua redução à sujeição e ao poder de outrem. O cárcere é o aparato administrativo para a produção da servidão penal. Assim, a prisão e sua relação para com os sentenciados colocaram-se às sombras do “não-jurídico”, não podendo sobre ela falar-se a respeito dos “direitos dos presos” senão como um tema novo, relacionado, principalmente, aos acontecimentos do momento histórico conhecido como pós-guerras.⁴⁸

Em concepção hodierna, a doutrina penitenciária reconhece de modo uníssono a compreensão de que o preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram restringidos em sua sentença penal condenatória. Além disso, a execução da pena deve estar em consonância com os fins a ela atribuídos pelo ordenamento jurídico e pelo princípio da individualização da pena,⁴⁹ de

⁴⁸ PAVARINI, Máximo. GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 186.

⁴⁹ Com respaldo nos Artigos 5º XLVI da Constituição Federal, Artigos 5º, 8º, 41, XII e 92, parágrafo único, II, da LEP e Artigo 34 do CP, o princípio da individualização da pena diz que não devem ser aplicadas as mesmas penas à

modo a buscar sua aplicação de modo semelhante às relações da vida normal.

Como quaisquer outros direitos humanos, os direitos dos presos são invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. A proteção a tais direitos deve estar de acordo com os direitos fundamentais elencados no Artigo 5º da Constituição Federal, com os enunciados da Comissão e da Corte Interamericana e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Além destes, às Resoluções dos órgãos do Sistema Penitenciário Brasileiro e do Pacto de São José da Costa Rica, como também, obviamente, à Lei de Execuções Penais.

A referida lei traz, em seu Artigo 40, a imposição às autoridades do respeito à integridade física e moral dos condenados, contemplando seus direitos fundamentais tais como o direito a vida, a saúde, a integridade corporal e a dignidade da pessoa humana. Este dispositivo deve servir como parâmetro para a condução de toda a relação jurídico-penitenciária.⁵⁰

Já o Artigo 41 do mesmo diploma legal elenca rol taxativo dos direitos tidos como imprescindíveis tais como a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, a igualdade de tratamento, a proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, descanso e recreação e a atribuição do trabalho e sua devida remuneração.

Segundo Renato Marcão, a interpretação de tal rol de direitos deve ser mais ampla possível, no sentido de que tudo aquilo que não constitui restrição legal, decorrente da particular condição do encarcerado, permanece como direito seu.⁵¹ Deste modo, o dever de preservação de tais direitos pela Administração incluem a busca pela não violação e abuso por parte dos próprios agentes penitenciários, como também a

diferentes indivíduos, por mesmo que estes tenham cometido os mesmos crimes. Isto pelo fato de cada individuo ter características e histórico pessoal próprios, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.

⁵⁰ Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

⁵¹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 12ª ed. Revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 12.850/2013. São Paulo; Saraiva, 2014, p.65.

violência interna entre os presos e o dever de agir quanto as necessidades básicas e de saúde.⁵²

Ainda, oportuno ressaltar que a relação entre a garantia da dignidade e da integridade física e moral com as condições materiais de muitos estabelecimentos penais certamente ensejam a responsabilização do Estado, visto que este exerce função de tutela sobre os indivíduos reclusos.

Em sua exposição de motivos, a Lei profere que a privação de liberdade e o período de cumprimento de pena devem buscar “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Com isto, orienta-se a execução da pena com o chamado tratamento penitenciário.

Este “tratamento” deve ser regido pelo princípio da legalidade cominado aos princípios da humanidade e o respeito à dignidade humana. Pode-se definir-lo como o limite legal ao poder exercido pela autoridade administrativa sobre os presos em seu cotidiano. Desta forma, as normas do tratamento penitenciário e educativo assinalam direitos por parte de quem está, naquele período, privado legalmente de sua liberdade de locomoção.

Para André Giamberardino e Máximo Pavarini:

Parece evidente, entretanto, a problematidade em se falar de harmonia e integração social em um ambiente inerentemente hostil e pleno de exigências disciplinares, como o penitenciário: daí um primeiro ponto de tensão, que coloca desde logo, entre a finalidade de “tratamento” de seres humanos em cativeiro e a necessidade de manutenção da ordem e da disciplina. No plano dos fatos- descritivo- é de se notar que as atividades e práticas que constituem o poder disciplinar exercido dentro das prisões são componentes- paradoxalmente, pode-se dizer- do chamado “tratamento penitenciário.”⁵³

⁵² Inserem-se neste âmbito também as questões que dizem respeito à responsabilidade civil do Estado em caso de morte de presos e à regulamentação do uso da força e armas de fogo.

⁵³ PAVARINI, Máximo. GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012 ,p.186.

O tratamento ressocializante é constituído pela práxis médico-psiquiátrica e moldado em torno à tríade observação, diagnóstico e cura.⁵⁴ Estes preceitos existem sob a égide do princípio da individualização da pena e buscam o desenvolvimento de um programa personalizado de ações finalisticamente orientadas à aquisição progressiva, por parte do condenado, de condutas comportamentais idôneas. Com isto, objetiva-se a uma prognose de não reincidência ou de ausência de periculosidade do apenado.

Desta maneira, atingir-se-ia alto grau de aproveitamento do preso com as ocasiões educativas oferecidas pela administração penitenciária, tais como cursos de formação, atividades de trabalho, relação social com os outros presos, entre outros.

Desta maneira, o tratamento ressocializante divide-se em duas vertentes: assistência prestada pela Administração penitenciária ao recluso e trabalho realizado por este, ambos como formas de preparo e reeducação para a vida pós-cárcere.

No eixo assistencial estão atividades materiais, relativas à saúde, jurídicas, educacionais, sociais e religiosas, todas contempladas nos Artigos 10 a 27 da Lei nº 7.210/1984.

A assistência material refere-se ao aspecto estrutural dos estabelecimentos penais e ao fornecimento de bens materiais necessários à própria sobrevivência dos reclusos. Nestes incluem-se: (a) alimentação, a qual deverá ser disposta em três refeições diárias com a possibilidade de tratamento especial aos enfermos;⁵⁵ (b) vestuário, abrangendo uniforme para todos os presos e sua consequente limpeza e higienização e (c) instalações higiênicas, as quais devem possibilitar que o preso mantenha-se limpo e saudável. Além destes, a administração deve estar sob estabelecimento que disponha de instalações e serviços que atendam

⁵⁴ PAVARINI, Massimo. GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.189.

⁵⁵ Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

aos presos em suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração, como bem elucidam os Artigos 12 e 13.

A assistência à saúde abrange atendimento médico, farmacêutico e odontológico.⁵⁶ Além do contemplado pela Lei, a Portaria Interministerial n. 1777, de 09 de Setembro de 2003, aprovou o “Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário” com critérios e exigências referentes à adequação do espaço físico, ações profiláticas, aquisição de equipamento e contratação de um número mínimo de profissionais a fim de formar equipes de saúde capacitadas e não sobrecarregadas.⁵⁷

A assistência jurídica é destinada aos hipossuficientes, constituindo assistência integral e gratuita em cada estabelecimento penal, sendo determinado pela Lei 12.313/2010 que a Defensoria Pública deverá atuar dentro e fora dos estabelecimentos através dos Núcleos Especializados.⁵⁸

A assistência educacional desempenha papel de suma importância visto ao déficit na formação educacional e profissional da maioria dos reclusos no Brasil. Desta forma, a lei estabelece a obrigatoriedade ao ensino de primeiro grau, bem como a oferta de cursos especializantes e a instalação de bibliotecas na estrutura penitenciária.⁵⁹

A assistência religiosa deve respeitar a liberdade de culto e crença e seu livre exercício, permitindo-se lhes a participação nos serviços

⁵⁶Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. §1º (Vetado). §2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. §3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido

⁵⁷ Conteúdo disponível em <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/saude-mental/portarias/portaria-interministerial-1-777-2003>>. Acesso em 05 de Outubro de 2015.

⁵⁸ Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado. Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010). §1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010). §2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010). §3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado.

⁵⁹ Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

organizados no estabelecimento, bem como a posse de livros de instrução religiosa.⁶⁰

A assistência social, por fim, deve amparar o preso e prepará-lo ao retorno à liberdade. Deste modo, prevêm-se diversas atividades relativas ao acompanhamento individualizado do tratamento penitenciário, orientando, inclusive a família e a vítima.⁶¹

Ainda, prevê-se a prestação assistencial ao egresso, sendo este considerado todo aquele que for liberado em definitivo, pelo prazo de um ano, e o liberado condicional durante o período de prova.⁶²

Relacionado a segunda vertente de formação do tratamento penitenciário encontra-se o trabalho realizado pelos reclusos. Este trabalho esta disciplinado como dever social e condição de dignidade humana teleologicamente orientada ao cumprimento de uma dupla finalidade de educação e produção. Desta maneira, configura-se como atividade não afluiva, obrigatória⁶³ e remunerada. O trabalho realizado por cada detento também deve estar de acordo com o princípio da individualização da pena, correspondendo às condições, habilidades e necessidades de cada preso.

O trabalho prisional não constitui, portanto, uma agravação da pena, nem deve ser doloroso e mortificante, mas sim um mecanismo de

⁶⁰ Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. §1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos. §2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

⁶¹ Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social: I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames; II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido; III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias; IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação; V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade; VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho; VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

⁶² Art. 25. A assistência ao egresso consiste: I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade; II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

⁶³ O trabalho apenas é obrigatório aos presos com pena privativa de liberdade definitiva Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento, segundo o artigo 31 da LEP. Para Renato Marcão, no entanto, é recomendável, exercendo a faculdade legal e a possibilidade de remição. MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 12ª ed. Revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 12.850/2013. São Paulo; Saraiva, 2014. p.60.

complemento do processo de reinserção social para promover a readaptação do preso, prepará-lo para uma profissão, inculcar-lhe hábitos de trabalho e evitar a ociosidade.⁶⁴

O chamado trabalho interno corresponde àquele realizado no interior dos estabelecimentos penais e subordinado à própria administração penitenciária ou a terceiros, sob gerência de fundação ou empresas públicas ou mediante convênio com empresas privadas. É este o chamado obrigatório aos presos definitivos e observa-se caráter mais disciplinar do que educativo.⁶⁵

A remuneração consta como direito do preso que trabalha durante o cumprimento de sua pena. A tal remuneração há a impossibilidade de figurar-se como inferior a três quartos do salário mínimo. Ainda, a destinação de tal remuneração tem prioridade à indenização de danos causados pelo crime se determinados judicialmente e não reparados por outros meios, a assistência à família e às pequenas despesas pessoais. A indenização ao Estado das despesas de sua própria manutenção consta como dever do preso, mas apenas quando possível. A parte restante, se existir, será depositada em Caderneta de Poupança a fim de constituir o pecúlio que será entregue ao condenado quando novamente em liberdade.

Ainda, existe a possibilidade de realização de trabalhos externos por presos que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto. De acordo com o artigo 36 da LEP, o trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração pública direta ou indireta, ou

⁶⁴ PIERANGELLI, José Henrique. **Das penas e sua execução no novo Código Penal. O direito penal e o novo código penal brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1985.

⁶⁵ Este trabalho não se rege pela Consolidação das Leis do Trabalho, no entanto, devem-se ser observadas as precauções relativas à segurança e a higiene, bem como a devida remuneração. A jornada de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas, com descanso em domingos e feriados, podendo, aos presos responsáveis por serviços de manutenção e conservação do estabelecimento penal, serem atribuídos de horário especial.

entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina, havendo, também, o consentimento do preso.⁶⁶

Entretanto, com a condição dos estabelecimentos prisionais atuais, tais objetivos encontram-se praticamente impossíveis de serem colocados em prática.

Em crítica às determinações paradoxais da LEP, em relação ao trabalho carcerário, a dimensão factual revela que cada vez menos presos trabalham; a produtividade e a competitividade são inviáveis; empresas privadas não se interessam em oferecer oportunidades, mormente tendo que recolher contribuição previdenciária sobre a remuneração dos presos; os presos admitidos no trabalho externo a muito custo superam o percentual de 6% da população carcerária nacional; as pouquíssimas oportunidades oferecidas pela administração penitenciária são divididas entre os presos na forma de atividades servis que duram alguns meses no ano, em uma ótica caritativa-assistencial, e assim por diante. Na prisão, cada vez mais reina o ócio forçado.

Para André Giamberardino e Máximo Pavarini :

(...) O ponto mais delicado, porém, é a questão de o quanto tal volume de investimento encontraria respaldo na própria opinião pública. Na realidade hodierna de um “*prison-fare*” que não foi procedido por um “*wel-fare*”, o discurso do correcionalismo tardio adquire cada vez mais feições de cinismo e teatralidade.⁶⁷

A lei de execução penal descreve, em grande parte de seu conteúdo, um mundo de fantasia que nada se assemelha à realidade das prisões. A realidade brasileira jamais recebeu recursos suficientes para concretizar

⁶⁶ Cabe, no caso acima citado, a autorização do diretor do estabelecimento prisional, visto que esta não se insere no rol das atividades jurisdicionais segundo o Artigo 66 da referida lei. Esta autorização se dará por ato administrativo vinculado e condicionado à verificação de requisito objetivo, sendo este o cumprimento de 1/6 da pena, e subjetivo, sendo este a aptidão à tarefa proposta, a disciplina durante todo o período recluso e a responsabilidade pessoal do cidadão.

⁶⁷ PAVARINI, Máximo. GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.p.196.

as determinações da LEP. A crise do sistema denota-se de maneira estrutural e demanda mudanças imediatas.

As Parcerias Público-Privadas no Sistema Penitenciário

4.1. A indelegabilidade das funções regulatória, jurisdicional, de polícia e outras atividades exclusivas do Estado

A instauração de Parcerias Público-Privadas no Sistema Penitenciário enfrenta críticas quanto aos seus limites e possibilidades. Trata-se de concessão administrativa de serviços administrativos prestados diretamente à Administração e não de serviços públicos, conforme elucidado no tópico 2.2, e sua análise merece especial atenção. Isto porque, devido às funções típicas estatais a que se relaciona, o modelo exige cuidados quanto à delimitação de suas possibilidades de delegação.

Neste tópico, tratar-se-á acerca destas possibilidades de delegação de atividades relacionadas às atribuições típicas estatais, em seu sentido amplo.

Na esfera de abrangência das PPPs regidas por concessões administrativas, como é o caso das Parcerias Público-Privadas no Sistema Penitenciário, é imprescindível a reflexão acerca do conjunto de atividades relacionadas à execução penal pelo parceiro privado. Por este motivo, estas atividades serão acessórias ao desempenho das competências típicas estatais e não podem ultrapassar os limites trazidos pela Constituição Federal, bem como desviarem-se de seu caráter meramente acessório. No caso em questão, as funções típicas são: a função jurisdicional envolvida com a Execução Penal da sentença condenatória e a tutela dos cidadãos reclusos pelo Estado, e o poder de polícia, sendo este, em seu sentido amplo, jurisdicional e administrativo.

No entanto, é necessário ressaltar que, conforme tratado no Capítulo 2, o modelo concessório arranjado entre o público e o particular transfere responsabilidades ao parceiro privado e sua prestação, contudo, não retira do Estado o seu dever de fiscalização e regulação. O Estado permanece como titular do serviço ou atividade de exploração econômica prestados, bem como necessita demonstrar participação ativa na elaboração das respectivas cláusulas contratuais e na devida discussão de seu conteúdo.

A indelegabilidade de determinadas funções do Estado Democrático de Direito decorre de sua formação característica e de seu conteúdo jurídico-principiológico basilar do modelo republicano. Este tem como preceito a separação de poderes com vistas à satisfação do interesse público pelo Estado garantidor, aliado à garantia constitucional dos preceitos fundamentais pátrios, como ocorrem com as atividades típicas realizadas por seus entes.

Preliminarmente, por oportuno, é fundamental afastar a aplicabilidade da dicotomia atividade-meio/atividade-fim como critério delimitador das atividades exclusivas do Estado. As atividades meio são conhecidas como serviços instrumentais e acessórios ao desempenho final do órgão estatal detentor da imperatividade. Estas atividades poderiam ser trespassadas por meio das terceirizações, estando as atividades-fim, como aparato típico de cargos públicos, vedadas. No entanto, segundo Vernalha Guimarães:

Não me parece que a Constituição Federal tenha vedado incondicionalmente o trespasso de atividades-fim da Administração à execução privada. Considere-se que o inciso XXI do Art. 37¹ prescreve a possibilidade jurídica de contratação de serviços mediante processo de licitação sem que se tenha

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

ressalvado vedação quanto à transferência de atividades-fim da Administração.²

Entende-se, por derradeiro, a não incidência de preceito geral de admissibilidade à forma do contrato administrativo, estando este em seu sentido amplo, de forma a regular a delegação de atividades meio ou fim do Estado aos particulares.

Além disso, a interpretação constitucional deve atentar-se às inúmeras transformações, produzindo um “rol de tendências”³ ocorridas em âmbito de direção do aparato estatal, o que, direta ou indiretamente, incentiva as formas de delegação aos particulares, como o caso das PPPs e da terceirização.

A partir de uma limitação imposta pela índole imperativa e de vocação política de certas competências, prefere-se a cessão (com a reserva da gestão estratégica) da prestação de atividades estatais aos privados pela suposição de que este modelo realize melhor os valores fundamentais contemplados na Carta Federal.⁴

Portanto, interpreta-se o conteúdo constitucional como, em sua composição dialética, a integração da realidade, da mesma maneira que há seu condicionamento.

Neste diapasão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto leciona:

(...) mesmo em seu próprio campo, que é o das questões políticas, o Estado deverá se reservar cada vez mais, para as decisões em que apenas a ele caiba atuar, em razão de seu monopólio da imperatividade, passando a valer-se, paulatina e preferencialmente, da cooperação e da colaboração em tudo o

² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. “Terceirização e funcionalização: conflito ou complementariedade”. Boletim de Direito Administrativo 12/806.

³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). “Parcerias Público-Privadas”. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.379.

⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). “Parcerias Público-Privadas”. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 379.

que puder ser mais vantajosamente atendido pela consensualidade, notadamente com a ampliação do campo de debate aberto e da negociação de interesses metaindividuais, flexibilizando, assim, um outrora marmórea e inexorável conceito de interesse público, que deixa de ser, cada vez mais claramente, aquele confundido com o seu próprio, para não ser mais que aquele que o Direito põe a seu cargo, um específico modo de atendimento.⁵

Em suma, entende-se que a concepção de que apenas atividades-meio são aceitas como passíveis de repasse ao particular mediante contratação é ultrapassada. É notório que existem atividades destinadas exclusivamente ao exercício de império e a aplicação da coerção por parte do estado ao particular, sendo estas intransferíveis, mas o critério delimitador deste núcleo de atividades não é relacionado com a dicotomia atividade-meio/atividade-fim. Ou seja, haverá atividades caracterizáveis como atividades-fim destituídas da virtualidade de manifestação do império e da coerção, afigurando-se, portanto, e em princípio, delegáveis à prestação pelos privados.⁶ A fim de ilustração, nota-se, em legislação infraconstitucional, descrição acerca da matéria.⁷

Quanto às peculiaridades das concessões administrativas, é observável a formação de um arranjo complexo inserido em um sistema caracterizado como um empreendimento, sobre o qual incidirão aspectos relativos às prestações pecuniárias que, por fim, dão base jurídica suficiente para a absorção do trespasse de atividades tidas como "de fim". Tais atividades ocorrem de maneira conjunta com a função típica estatal e as outras atividades acessórias não detidas do poder imperioso do Estado.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. "A globalização e o direito administrativo". In: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo (coord.) "Uma avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo". Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.559.

⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais". In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). "Parcerias Público-Privadas". 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.383.

⁷ Citem-se Decreto federal 2.271/1997, Decreto-lei 200/1967, bem como a Lei federal 9.582/1997, a qual removeu prescrição legal que permitia a terceirização tão-somente em serviços que não se relacionavam diretamente com as "atividades normais da empresa".

Superada esta questão, versar-se-á acerca da indelegabilidade da função de regulação, da atividade jurisdicional e do poder de polícia, pelo fato cardeal de tratarem-se de "atividades essenciais de produção/aplicação do Direito, do monopólio da força e da imposição dos tributos, por manifestarem o poder de império do Estado".⁸

De acordo com a Lei 11.079/2004, ao que preconiza o cânone do seu inciso III do Artigo 4º, as atividades jurisdicional e de regulação encontram-se indelegáveis como atribuições típicas do estado. A atividade jurisdicional compreende funções precípua do Poder Judiciário, como por exemplo, a elaboração de sentenças judiciais (condenatórias, constitutivas ou declaratórias) e, conjuntamente a estas, o controle de sua aplicação prática. Ademais, encontram-se como sua função típica os devidos atos do poder público e a delimitação de competências aos órgãos do âmbito judiciário e administrativo. A atividade jurisdicional restará excluída da esfera de possibilidades de delegação aos particulares por meio do contrato de PPPs em estabelecimentos prisionais, como será tratado no tópico 4.2.

Já a atividade de regulação diz respeito ao exercício estatal de fiscalização, mormente assistido em casos de descentralização de funções administrativas por meio da delegação de atividades e serviços a pessoas jurídicas de direito privado, por meio das Agências Reguladoras. Estas são dotadas de independência decisória e devem, necessariamente, estar sob disciplina de direito público, sem a possibilidade de delegação de sua função.

As atividades que englobam a noção de polícia administrativa encontram-se vocacionadas à disciplina e manutenção da ordem pública e gozam da prerrogativa do Estado em utilizar a força como maneira de coerção aos particulares. Esta é uma manifestação imperativa em

⁸ O caso em questão não engloba o caso dos tributos, no entanto, este também exprime função típica indelegável estatal. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "O sistema da parceria entre os setores público e privado - Execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes- Aplicação adequada destes institutos." Boletim de Direito Administrativo 2/77. São Paulo, NJD, 1997. e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a indelegabilidade do poder de polícia". RTDP 32. São Paulo: Malheiros, 2000.

decorrência do poder político legitimado, denominada como polícia administrativa. Ora, adjacente ao conceito de poder de polícia trazido como exteriorização do poder republicano estatal há o conceito de polícia judicial, o qual engloba as atividades instrumentais à prevenção de ilícitos penais e à repressão criminal.⁹

Em entendimento de Marçal Justen Filho, com base na filosofia de Hannah Arendt, a delegação da função de polícia a terceiros contrapõe-se à impossibilidade de se transferirem poderes administrativos decisórios fundados na realização do interesse público, que se serve de função discricionária ou de autonomia pública. Isso porque não há cabimento acerca da delegação de atividades cuja extensão possa propiciar, ainda que indiretamente, o preenchimento do interesse público.¹⁰ Ainda, considera-se a noção de que o monopólio da violência pelo aparato estatal tem caráter instrumental ao atendimento dos preceitos fundamentais, tendo aquele caráter acessório a este, sendo necessariamente sua causa e nunca sua consequência.

Para Jacques Chevallier, um dos aspectos essenciais ao monopólio estatal da violência consiste no fato de se tratar de um poder jurídico, o qual se expressa por meio de normas jurídicas.¹¹

⁹ Parte da doutrina entende necessária a inclusão à tais atividades de poder de polícia o chamado encarceramento e custódia de infratores pelo Estado. No entanto, de acordo com a classificação supremacia geral/supremacia especial, em especial à sujeição especial, conclui-se de que na esfera desta relação de mera custódia não há o exercício do poder de polícia. Segundo a supremacia especial, há a submissão do particular ao poder regulador interno da Administração Pública, e a regulação é feita com uma intensidade bem maior do que aquela exercida no regime de sujeição geral. Entretanto, na supremacia geral, o poder regulador da Administração é condicionado ao princípio da livre iniciativa, sendo o princípio da legalidade observado com maior rigor. Assim, na supremacia geral, o Estado exerce uma atividade regulatória intensa sobre o particular que se insere no poder público, seja como servidor público ou como fornecedor de bens ou serviços ao Estado, pois nesse caso há necessidade de assegurar a normalidade e eficiência do serviço público. Na supremacia especial, o poder regulatório do Estado é menos rigoroso, pois há restrições legais em obediência ao princípio da livre iniciativa que impera no nosso Estado Democrático de Direito. O poder disciplinar do Estado insere-se na supremacia especial e o poder de polícia, sancionador, na supremacia geral. Assim, claramente há uma diferença no poder regulatório exercido pelo Estado quando se trata de supremacia especial ou geral. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **“As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **“Parcerias Público-Privadas”**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P.388. Com orientação divergente, v. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.152 e 399.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo, Dialética, 2003. p.137.

¹¹ CHEVALLIER, Jacques. **Science Administrative**. 4ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.p. 87.

Utilizam-se, aliás, de escuras questões de natureza ética para sua fundamentação, conforme sustenta João Marcello de Araújo Júnior:

Não seria moralmente válido a um homem exercer sobre um outro homem qualquer espécie de poder expressado pela força. Refere-se ao conceito constitucional de liberdade, consagrado ao lado de tantos outros de natureza personalíssima nos diversos incisos do artigo 5º (como direito à igualdade; à segurança; à propriedade). A única coação moralmente válida é a exercida pelo Estado através da imposição e execução de penas ou outras sanções.¹²

Não obstante, Fernando Vernalha Guimarães elucida o tema considerando que as competências expressas por meio da coação administrativa são intransferíveis aos privados pela evidência de que é o Estado o único legitimado à escolha política acerca dos interesses sociais subjacentes à manifestação coativa do Poder Público.¹³

Segundo Pedro Gonçalves, é interessante aparelhar este monopólio estatal do poder coercitivo como característica intrínseca ao Estado Moderno, observada em especial como característica do Estado Brasileiro. Segundo o autor, a respeito da delegação de atividades norte-americana: "pelo fato de não consagrar um monopólio estadual do emprego de força, o sistema jurídico norte-americano revela-se bastante generoso quanto à delegação de funções policiais", como se verá no tópico 4.3.¹⁴

No entanto, em relação à expressão "demais atividades típicas do Estado", não restam incontestes quais as atividades indelegáveis de acordo com o que delimita o texto legal e sua desinente aplicação concreta. Ao que parece, quanto à ausência taxativa preconizada no Artigo 4º, inciso III da Lei 11.079/2004, cabe ao contrato de Parceria

¹² ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. **Privatização das Prisões**. São Paulo: RT, 1995. P. 12.

¹³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais". In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). "Parcerias Público-Privadas". 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.389-390.

¹⁴ GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008. p.959. Nota 96.

Público-Privada delimitar quais são as competências delegadas e, dentre as vedações trazidas pelo artigo, se seriam passíveis de tal delegação. Segundo Fernando Vernalha Guimarães, “essa delimitação não é simples e depende de análise dos casos concretos, que devem ser informados hermeneuticamente por postulados constitucionais fundamentais.”¹⁵

Todavia, apesar da reconhecida indelegabilidade de competências sobre as quais implicam o poder decisório e coercitivo do Estado, são notórias algumas hipóteses que possibilitam aos particulares o desempenho de atividades materiais e instrumentais, ou seja, aquelas não dotadas de manifestação dos poderes exclusivos do Estado. Estas atividades, classificadas como preparatórias ou sucessivas são também conhecidas como “serviços instrumentais” à expressão jurídica do poder de polícia, não sendo imperiosamente relacionadas à dicotomia atividade-meio/atividade-fim, como já tratado anteriormente.

Deste modo, os serviços meramente instrumentais, e muitas vezes de conteúdo técnico, que não exprimem funções dotadas da imperatividade e tampouco poder de decisão do Estado, bem como serviços de mera estruturação e verificação, encartadas no exercício de atividade de polícia, mediante, basicamente, o credenciamento alinhavado, são passíveis de transferência, enquanto as atividades de emissão de um ato jurídico administrativo não configuram estas espécies, segundo Adílson Abreu Dallari.¹⁶

Em complemento à classificação de Dallari, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, em resposta à aceitação de parte da doutrina da prática de atos decisórios por parte do particular em casos excepcionais, a emissão de ato jurídico vinculado manifestante do poder de polícia não representa delegação de atividade de polícia, caracterizando-se como

¹⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.388.

¹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. “**Credenciamento**”. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio

(coord.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba – Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.50.

mera "relação de administração", sendo o próprio poder público quem manifesta o ato de polícia.¹⁷

À despeito de tal situação excepcional, na produção dos denominados atos materiais, o autor classifica-os embasado em critérios de oportunidade e do direito afetado pelo ato jurídico de polícia administrativa.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Somente se admite transferência de execução material sucessiva do ato jurídico se afetar unicamente o direito de propriedade, jamais o de liberdade. Por outro lado, relativamente aos atos materiais precedentes à emissão do determinado ato jurídico de polícia administrativa sublima a possibilidade da transferência a entes privados da atividade de constatação instrumental à sua produção quando usada tecnologia que proporcione averiguação objetiva, precisa dos fatos, independente da interferência de elementos volitivos em seu resultado.¹⁸

Registre-se, ainda, Floriano de Azevedo Neto em sua especificação bipartide entre "atividades intrinsecamente estatais, portanto caracterizadoras do exercício de função pública assim prevista na Constituição ou em lei", e em outro lado "atividades desvestidas de caráter de imperatividade, independentes do poder de coerção estatal e, portanto, de realização absolutamente trespessável a terceiros".¹⁹ E, por fim, Marçal Justen Filho, que em seus estudos afirma não admitir-se a transferência, ainda que temporária, do poder de coerção jurídica ou física no poder de polícia, para a iniciativa privada, sublinhando, no entanto, que "algumas atividades materiais acessórias ou conexas ao

¹⁷ Sustenta-se, no entanto, que, na hipótese, não há delegação da atividade de polícia, afirmando-se a caracterização de mera "relação de administração" (sendo que o próprio Poder Público que manifesta o ato de polícia, fazendo-o por via de equiparamento sob guarda e conservação de particulares). BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço Público e poder de polícia: concessão e delegação**. RTDP 20/27-28. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço Público e poder de polícia: concessão e delegação**. RTDP 20/27-28. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a indelegabilidade do poder de polícia**. RTDP 32/73. 75 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

exercício do poder de polícia sejam transferidas ao exercício de particulares".²⁰

Em conclusão, conforme visão de grande parte do entendimento doutrinário pátrio, as atividades chamadas delegáveis devem assegurar-se à integral submissão do desempenho da atividade estatal. O particular, sob a égide de normas objetivas, definidas previamente pela Administração, deve garantir a realização de atos materiais (objeto da execução contratual) sem qualquer possibilidade de interferência do elemento "vontade".²¹ Isto devido à necessidade da concordância aos princípios da impessoalidade, motivação e do devido processo legal, os quais devem ser verificados em toda e qualquer atuação administrativa.

Em âmbito penitenciário, curial é a precisa delimitação das atividades relacionadas à prestação prisional e a capacidade de delegação à particular, conforme arranjo contratual em estrita observância às possibilidades de trespasse a terceiros sem que hajam quaisquer inconstitucionalidades, como será tratado no próximo tópico deste trabalho.

4.2 As atividades passíveis de delegação em âmbito penitenciário

Conforme tratado em tópico anterior, existem atividades típicas estatais não passíveis de delegação aos particulares. No entanto, atividades meramente acessórias ou instrumentais, bem como atividades que não delineiam os poderes do Estado não comportando carga decisória em seus atos ou o poder de império e coação detido exclusivamente pelo Estado, são passíveis de delegação ao privado. Por meio das Parcerias Público-Privadas, em suas concessões administrativa e patrocinada, conjuntamente à arranjos contratuais fiscalizados por

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 392. e JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo, Dialética, 2003. p.27-28.

²¹ PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **"Parcerias Público-Privadas"**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.417.

parte da Administração e discutidos entre ambas as partes, é possível seu trespasse de maneira à visar maior efetividade de cumprimento da satisfação do interesse da coletividade por parte do Estado, detentor deste encargo.

A possibilidade de delegação de atividades do Sistema Penitenciário enfrenta inúmeras críticas e incertezas por parte da doutrina, justamente pelo fato de cogitar-se a participação privada em atividade de coação típica estatal, e também por tratar-se de atividade que exprime ambas a função jurisdicional e o poder de polícia.

Entrementes, conforme tratado no Capítulo 3, o Sistema Penitenciário brasileiro apresenta situação caótica, a qual desrespeita de forma grotesca os direitos fundamentais constitucionais e as próprias disposições da Lei de Execução Penal. Oportuno, neste caso, referir o documento E/CN 4/20001/66/Add-2,²² produzido pela Organização das Nações Unidas (ONU), em que se relataram visitas às prisões brasileiras e constataram aguda a crise no setor. Problemas relacionados com edificações inadequadas, má higienização, ausência de assistência médica aceitável, carência de recursos humanos adequados, utilização de métodos de tortura, entre outros, retratam o estado de precariedade em que se encontra o sistema nacional.²³

Com o advento da Lei das PPPs, reascendeu-se o debate acerca do tema das privatizações das prisões, comum à grande parte da doutrina nacional nos anos 90. No entanto, desta vez, a discussão é acerca da

²² A Organização das Nações Unidas discutiu recentemente a Justiça Criminal do Brasil e a efetivação dos direitos humanos, em coletiva realizada por seu Conselho de Direitos Humanos. Especialista no tema, Juan E. Méndez, professor de Direito da American University – Washington College of Law e co-presidente do Instituto de Direitos Humanos da Associação Internacional de Advogados (International Bar Association) instou as autoridades federais e estaduais brasileiras a responder urgentemente à questão da superlotação das prisões no país e mostrar um compromisso genuíno para implementar medidas contra a tortura, superlotação e violações graves aos direitos fundamentais dos presos. O especialista esteve no Brasil durante 12 dias e visitou inúmeros estabelecimentos penais aos estados de São Paulo, Sergipe, Alagoas e Maranhão, onde realizou consultas com funcionários federais e estaduais, instituições governamentais, organizações da sociedade civil e associações de vítimas. O documento produzido fará parte do relatório final, a ser apresentado em março de 2016.

²³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “**As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais**”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). “**Parcerias Público-Privadas**”. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.395.

possibilidade da realização de Parcerias Público-Privadas com o objeto prisional.

Notam-se, cada vez mais comumente, arranjos contratuais com este objeto em diversos países no mundo. Os contratos estrangeiros apresentam formas variadas de delegação, de acordo com a disposição legal permitida em cada país. De contratos com delegação de atividades exclusivamente acessórias, ou até a contratos com proposta de arranjos do tipo DCFM – design, construção, financiamento e administração- em que há grande parcela de delegação, e também, contratos de gestão de presídios ditos industriais, ou seja, àqueles que tem como escopo o trabalho do preso como fator de sua remuneração, são exemplos de ajustes possíveis de acordo com o ordenamento de cada país de origem estrangeira.

A análise de cabimento do Sistema Penitenciário em concessão administrativa de PPP, todavia, ilustra alternativa que necessita de cautela.

Isto porque, para a celebração deste contrato de acordo com os preceitos constitucionais, curial é delimitar precisamente o conjunto de atividades estatais vinculadas à execução de penas, havendo, necessariamente, o nítido entendimento e separação das atividades envolvidas que detém carga decisória ou emanam os poderes típicos do Estado, daquelas que exprimem função meramente administrativa. Isto para que, em análise ao projeto de PPP, sejam propriamente estudadas quais serão passíveis de trespasse ao particular. Além disso, nota-se a extrema importância de caracterizarem-se conforme os princípios da impessoalidade na execução das atividades delegadas.²⁴

Caracterizam a atividade de execução de pena, que revela-se de natureza complexa, um conjunto de atividades de natureza distinta: a

²⁴ Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona: “Para execução desta atividade material, objetiva, precisa por excelência, e desde que retentora de dados para controle governamental e dos interessados, nada importa que os equipamentos pertençam e sejam geridos por particulares, os quais as tenha sido delegada ou com quais tenha sido meramente contratada. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo* 14^a ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 856.

função jurisdicional, a função administrativo-jurisdicional e a função administrativa.²⁵ A atividade jurisdicional, como já tratado, não podem ser objeto de delegação ao particular. As atividades que envolvem função jurisdicional e administrativa são as relacionadas à concretização da função jurisdicional, tais como as atribuições de caráter disciplinar. São competências desempenhadas por órgãos fiscalizadores, tratados no ponto 3.1, e, por óbvio, não podem ser objeto de trespasse. Ao fim, as atividades meramente administrativas dizem respeito ao provimento da estrutura necessária para a manutenção da custódia fiscal, envolvendo infraestrutura, fornecimento de materiais, prestação de serviços e assistência dos presos, previstas nos Artigos 10 a 27 da LEP.²⁶

Deste modo, entende-se que serão passíveis de delegação apenas as atividades meramente administrativas, ou seja, as que, analisando o caso concreto, não comportem carga decisória em seus feitos e, tampouco, poder de polícia.

De acordo com Alíne Lícia Klein:

A possibilidade de ser exercida por particulares depende de os critérios a serem observados se encontrarem previamente programados, de forma objetiva, de modo a não se atribuir amplo poder de decisão ao avaliador e se permitir amplo controle do resultado da avaliação.²⁷

De acordo com Vernalha Guimarães, serviços reflexamente acessórios são atividades que não servem imediatamente ao exercício de atividades comprometidas com funções típicas do Estado, porquanto não se prestam a instrumentá-las. O doutrinador complementa:

²⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: Parceria Público-Privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 258.

²⁶ Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.

²⁷ KLEIN, Alíne Lícia. **A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. **Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 700.

Prover e gerir a lavanderia ou o restaurante dos presídios, por exemplo, sob a fiscalização da administração geral de agentes estatais, não toca imediatamente à manifestação de competências administrativas coativas (nem tocam à atividade jurisdicional que caracteriza a execução da pena). Está-se, nesta hipótese, diante de serviços inquestionavelmente transferíveis à gestão privada, como quaisquer atos materiais da Administração Pública.²⁸

Portanto, conforme visto no tópico 3.2, identificam-se, dentro do complexo penitenciário, algumas tarefas delegáveis ao particular parceiro. As atividades assistenciais previstas nos artigos 10 a 27 da Lei de Execução penal que expressem relação instrumental e não envolvam qualquer tipo de coerção são delegáveis. Serão analisados os limites de esta delegação a seguir.

A assistência material, compreendida em funções de fornecimento aos presos de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, além de serviços de limpeza e lavanderia, disciplinada nos Artigos 12 e 13 da Lei nº 7.210/1984, não apresenta quaisquer manifestações de coerção ou atividade decisória, podendo ser trespassada a fim de promover os direitos fundamentais já há muito não observados em ambiente carcerário.

A assistência à saúde e educação, compreendidas nos Artigos 14 e 17 a 21 da referida Lei, poderão ser caracterizadas como meramente administrativas caso não expressem relação direta com as condições da execução da pena. Por estarem estritamente relacionadas ao escopo ressocializador, podem caracterizar progressão de regime dos presos, por exemplo. No caso da assistência à saúde, um diagnóstico dado que embasa a progressão de regime contém carga decisória e não pode ser realizado sob controle de particulares, como o trabalho exercido por psiquiatras, por exemplo. Por isto, como regra poderão ser delegadas, excluídas as exceções supramencionadas.

²⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). “Parcerias Público-Privadas”. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 396-397.

A despeito dos serviços de assistência jurídica aos reclusos, previstos nos Artigos 15 e 16, há na lei a imposição da prestação jurídica gratuita realizada pela Defensoria Pública, com a presença de agentes deste órgão dentro e fora dos estabelecimentos prisionais. Este conta como requisito à construção de estabelecimentos prisionais, os quais, em sua construção e manutenção, deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública.

Quanto aos Artigos 22 e 23 e 25 a 27, referentes à Assistência Social prestada dentro e fora do estabelecimento prisional, devem ser observadas, novamente, o caráter de poder decisório incumbido nos atos prestados por estes dentro do estabelecimento. Ao que nota-se, tais atividades mantém relação direta com a progressão de pena e com as aplicações de sanções aos apenados. Através de relatórios e diagnósticos enviados ao juízo responsável e ao diretor do estabelecimento, bem como as demais atribuições especificadas nos incisos I a VII do Artigo 23²⁹, esta assistência pode ter caráter sancionatório, não cabendo, em regra, sua delegação ao particular.

Conforme visto no tópico 3.2 as funções desempenhadas pelo pessoal em um estabelecimento prisional distinguem-se de acordo com suas atividades específicas. A possibilidade de contratação privada contrapõe-se à necessidade de prestação de tais tarefas por servidores públicos.

Por este motivo, entende-se, conforme já classificado, que a contratação de pessoal que realize funções de direção, gerência não poderá ser delegada, sendo estes necessariamente servidores públicos. Conforme já tratado, este detém em seus atos carga decisória quanto às

²⁹ Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social: I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames; II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido; III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias; IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação; V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade; VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho; VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

coerções aplicadas aos reclusos e quanto ao prolongamento da função jurisdicional típica estatal.

Quanto ao pessoal especializado ou técnico e ao pessoal de instrução técnica, há que se observar a possibilidade de caráter decisório em suas atividades de acordo com o caso concreto, no entanto, em regra, poderão ser contratados particularmente. Por fim, quanto ao pessoal de vigilância, é vedada a possibilidade de delegação de sua contratação, visto à pujante manifestação típica de função de coerção estatal.

No entanto, quanto à indelegabilidade absoluta de tarefas relacionadas à segurança dos estabelecimentos prisionais, existe o entendimento de que atividades que compreendem a segurança e monitoramento interno apresentam pontos de conexão com o exercício de coerção pelo Estado, havendo, portanto, ofícios que não exprimem diretamente a coerção estatal.³⁰ A estas, é imprescindível que se analise de maneira específica como se realizam tais tarefas e como se ligam ao exercício punitivo.

Por isto, em relação à segurança interna, existem atividades que não geram dúvidas quanto à possibilidade de delegação, como o fornecimento de materiais e equipamentos, visto à maior efetividade dos particulares em buscar novos aparatos tecnológicos que possam garantir melhores condições de controle dos presos.³¹

Entretanto, tais possibilidades devem ser objeto de ampla programação prévia pela Administração, com indicação precisa dos equipamentos a serem utilizados, os locais onde serão instalados e seus respectivos modos de funcionamento. Neste caso, a instalação por particulares também parece possível, pois não há autonomia auferida, de acordo com critérios fixados pela Administração. No entanto, curial frisar que quaisquer inovações devem passar pelo crivo da Administração,

³⁰ KLEIN, Aline Lícia. **A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 698.

³¹ Relevante citar a evolução tecnológica trazida por tornozeleiras eletrônicas, já utilizadas no Brasil e desenvolvidas por empresas privadas, as quais, em parcerias com o Estado implantaram-se sistema para vigilância, sem que o particular retire da esfera do Estado seu poder coercitivo.

responsável em analisar se é possível atribuir ao particular o controle de tal tarefa.

Porém, “a ingerência mais significativa de particulares na segurança, mediante gestão e operação do próprio sistema de segurança, poderá dar ensejo a maiores questionamentos”.³²

Ainda de acordo com a Aline Lícia Klein:

Parece-nos que a delegabilidade dessas atividades dependerá da avaliação do grau de programação prévia que se sujeitam e da margem de autonomia conferida ao particular na sua operação. Reputamos ser possível a atribuição de algumas dessas atividades a particulares desde que todos os aspectos e critérios de seu exercício sejam previamente determinados pela Administração, de modo objetivo, e não envolvam o exercício de coerção.³³

Destarte, no âmbito de atividades de apoio tecnológico ao controle da vigilância e segurança em estabelecimentos prisionais, desde que conforme regulamentação por parte da Administração, é possível ao parceiro privado o provimento de serviços desta natureza. Para Vernalha Guimarães, “não há, na hipótese, qualquer vício legal ou constitucional invocável com fundamento na “quebra de um equilíbrio imanente entre privados” ou mesmo pelo risco do exercício ilegítimo da coação entre um particular em face de outro.”³⁴

Como último aspecto a considerar-se discussão acerca da possibilidade de delegação, há ao trabalho realizado pelos presos dentro dos estabelecimentos prisionais. Esta forma de arranjo contratual

³² KLEIN, Aline Lícia. **A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 699.

³³ KLEIN, Aline Lícia. **A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 699.

³⁴ O autor ainda cita as inúmeras atividades que pressupõe o uso da violência a privados, sem a transferência do poder de polícia, regulamentadas em nosso ordenamento, como a Lei 7.012/1983, a qual dispõe sobre empresas privadas de vigilância. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **“As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **“Parcerias Público-Privadas”**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.399.

corresponde à possibilidade de gestão mista de presídios, havendo a exploração do trabalho remunerado dos reclusos por particulares.³⁵

De acordo com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a aplicação deste modelo apresenta óbices por tratar-se de disposição vedada pela Constituição Federal.³⁶ Deste modo, apenas os trabalhos voluntários poderiam ser considerados para tanto, o que faz decorrer dificuldade de sua aplicação prática como modelo a ser estruturado. Ademais, a possibilidade de uma equação financeira pautada exclusivamente pela exploração do trabalho facultativo dos presos não é discutível, pois verifica-se arranjo com desequilíbrio em desfavor da Administração contratante, em razão da natural instabilidade da força do trabalho carcerário.³⁷

No entanto, não há vedação legal à hipótese (trabalho facultativo), estando, na própria Lei de Execução Penal, a possibilidade de o produto de remuneração contribuir à manutenção do preso em estabelecimento prisional.³⁸ Além deste, segundo o parágrafo 2º do Artigo 34 da LEP, introduzido pela lei 10.792/2003: "Os Governos Federal, Estadual e Municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio aos presídios".

Na Lei de Execuções Penal, nos Artigos 31 a 34, há a possibilidade do trabalho interno realizado em favor de pessoa jurídica de direito privado em âmbito federal, em casos de fundações ou empresas públicas. Deste

³⁵ Esta possibilidade já constou, inclusive, de proposta de Edmundo Oliveira, Pós-Doutor (Ph.D.) em Direito Penal e Criminologia e consultor da Organização das Nações Unidas (ONU), em reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, realizada no Ministério da Justiça, em Brasília, no dia 27.01.1992. "Proposta de regras para o programa de privatização no sistema penitenciário brasileiro"

³⁶ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII - não haverá penas: c) de trabalhos forçados;

³⁷ PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **"Parcerias Público-Privadas"**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 432.

³⁸ Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo. §1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

modo, apenas se constar de autorização supletiva, por tratar-se de matéria não afeta ao regramento geral federal, em vista à autonomia administrativa dos entes federativos, a utilização de tal forma de trabalho é juridicamente possível. Ao trabalho externo, admite-se, de acordo com o Artigo 36,³⁹ o trabalho apenas em serviços ou obras públicas, com, em ambos os casos, consentimento do preso.

Destarte, é possível a utilização do trabalho remunerado como fator de composição da remuneração ao prestador-gerador de serviços gerais no sistema de co-gestão de presídios, como forma de receita acessória à contraprestação paga pelo Estado.⁴⁰ No entanto, a hipótese deverá atender aos demais princípios da Lei de Execução Penal, inclusive e precipuamente no que tange ao caráter educativo do trabalho. Este deverá ser motivado como forma de promoção da ressocialização e combate ao ócio comumente observado em ambiente carcerário. Além disso, sua fiscalização deverá ser feita por meio de agentes públicos, seja no trabalho em favor de empresa particular ou pública.

Em conclusão, pertinente frisar novamente que em se tratando de Parcerias Público-Privadas com estabelecimentos prisionais como objeto, por versar-se de atividades exclusivamente estatais e sua aplicação prática, o arranjo contratual entre o parceiro público e o privado deverá ser elaborado com cláusulas específicas e regulamentadas de acordo com suas exatas possibilidades de delegação. Por este motivo, um dos principais objetivos a serem atingidos com a prévia programação dos critérios e procedimentos a serem observados na execução das atividades delegadas é assegurar a objetividade e impessoalidade na atuação dos

³⁹ Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. §1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra. §2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho. §3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

⁴⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). “Parcerias Público-Privadas”. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.402.

particulares envolvidos. A necessidade de objetividade na execução de atividades delegadas encontra-se diretamente vinculada ao princípio da impessoalidade. O risco de que elementos subjetivos influenciem o desempenho da atividade pública consiste em um dos óbices opostos ao exercício privado de atividades de polícia.⁴¹

Além disso, é necessário lembrar que a atividade fiscalizatória, por meio dos órgãos elucidados no tópico 3.2, ainda deverá incidir por parte do Estado e seus agentes, de modo a garantir o desempenho seguro e satisfatório do objeto pelo parceiro privado, sem que este realize nada mais do que lhe foi conferido.

De acordo com Fernando Vernalha Guimarães:

Bem assim, deverá a questão merecer ainda a atenção do legislador quanto à instituição de regras específicas que disciplinem aspectos fundamentais inerentes ao exercício destas atividades, como restrições à negociabilidade de ações de empresas titulares dos contratos, formação de profissionais, controle de gestão, etc. Enquanto se permanece sem um quadro legal específico acerca disso, caberá ao contrato conformar com precisão e suficiência todos estes aspectos.⁴²

Com a análise feita no decorrer deste tópico, é possível afastar grande parte das críticas que o modelo enfrenta. Os argumentos representativos da tese opositora à idéia se alternam (a) na impossibilidade de delegação de atividades envolvidas com coerção; (b) na imoralidade de se produzir juridicamente a submissão de um

⁴¹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “Para execução desta atividade material, objetiva, precisa por excelência, e desde que retentora de dados para controle governamental dos interessados, nada importa que os equipamentos pertençam e sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada. É que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela impessoalidade (daí por que não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma igualdade completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.856.

⁴² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “**As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais**”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). “**Parcerias Público-Privadas**”. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.402.

particular a outro; (c) na impossibilidade de se transferir atividades concretizadoras da função jurisdicional do Estado.

Não se contrapõe a proposta das PPPs o argumento da impossibilidade de delegação de atividades envolvidas com coerção. Conforme elucidado, atividades meramente acessórias (administrativas) não apresentam óbice constitucional quanto à sua delegação a particulares e não exprimem relação de coação e, tampouco poder de polícia, tendo caráter meramente instrumental a execução da pena.

Quanto ao argumento da natureza ética que condena a manifestação de força de um indivíduo sobre o outro, não há, no modelo tratado, manifestação de força de indivíduo particular sobre outro, visto que todos os servidores do quadro que expressem qualquer função disciplinar devem ser servidores públicos. Isto porque estes representam alongamento do Estado, não havendo inconstitucionalidades em suas funções.

Além disso, quanto à referida imoralidade no caso, vale ressaltar que em nosso ordenamento existem inúmeras atividades que pressupõem o uso da violência por privados, sem a transferência do poder de polícia. Cite-se a Lei nº 7.012/1983, que dispôs, dentre outras matérias, sobre o funcionamento de empresas que exploram o serviço de vigilância e o processo expropriatório, sede em que, muito embora haja a reserva pela pessoa política da competência de editar o ato declaratório de utilidade pública ou interesse social, empresas concessionárias poderão desempenhar os atos decorrentes da desapropriação, conforme o Artigo 3º do Decreto-Lei nº 3.365/1941. Além destes, a prisão em flagrante e o exercício da legítima defesa do interesse alheio também são exemplos.

No que diz respeito à impossibilidade de transferência de atividades concretizadoras da função jurisdicional, não parece que tal argumento tenha procedência. Como visto, a atividade de execução de pena caracteriza-se como complexa, não havendo apenas atividades jurisdicionais atreladas ao seu exercício. Ademais, as atividades de mero

suporte material ao funcionamento de presídios não apresentam implicação com atribuições decisórias, não guardando relação direta com a atividade jurisdicional. Cite-se, neste caso, a hipótese dos juízes, no âmbito de sua função jurisdicional, utilizarem-se de serviços técnicos prestados por peritos privados para a formulação de seu juízo de convicção, bem como as atividades desenvolvidas por estagiários e conciliadores.

Portanto, o modelo em questão apresenta inovações destituídas de inconstitucionalidades, diversamente do que alegam os críticos. No próximo tópico serão analisadas as experiências práticas nacionais e internacionais acerca do tema.

4.3 Experiência Nacional e Internacional

A proposta de utilização das Parcerias Público-Privadas em âmbito penitenciário apresenta discrepância quanto à sua estruturação no ordenamento jurídico de cada país. Deste modo, faz-se inviável a concepção de um modelo único a ser adotado em diferentes Estados. Por este motivo, a adoção de um modelo ao sistema jurídico brasileiro deve se pautar em aspectos similares, mas, no entanto, deverá se adequar aos preceitos trazidos pelo ordenamento pátrio.

De acordo com sistematização de Laurindo Dias Minhoto, é possível diferenciar as modalidades de intervenção privada nas prisões em quatro modelos distintos: "(a) o financiamento de construção de novos estabelecimentos, (b) a administração do trabalho prisional (prisões industriais), (c) provisão de serviços penitenciários, tais como educação, saúde, profissionalização, alimentação, vestuário, etc. e (d) administração total de estabelecimentos penitenciários, que pode ser contratada somente para gestão de presídios já existentes, ou, combinando as várias modalidades, para o financiamento, construção, e operação de novos estabelecimentos - os DFCM *contracts*."⁴³

⁴³ MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Max Limonad, 2000.p. 70.

Neste tópico, abordar-se-ão os principais modelos observados em doutrina estrangeira, para que, com base no direito comparado, adote-se proposta da melhor modalidade adequada ao sistema jurídico brasileiro.

Ao tratar do tema privatização de presídios é comum remeter-se ao modelo norte-americano, conhecido por seu arranjo desenvolvido em gestão privada de atividades relacionadas com estabelecimentos prisionais e do tratamento dos indivíduos encarcerados.

A presença do lado privado em estabelecimentos prisionais no modelo estadunidense é notável há algum tempo. Segundo Edmundo Oliveira, o sistema conta com a chancela da Suprema Corte dos Estados Unidos, a qual editou a Súmula em 1981 com o seguinte teor: “Não há obstáculo constitucional para impedir a implantação das prisões privadas, cabendo a cada Estado avaliar as vantagens advindas destas experiências, em termos de qualidade e segurança, nos domínios da Execução Penal”.⁴⁴

Na década de 80, o modelo utilizado nos Estados Unidos era o chamado "*handsoff*"⁴⁵. Este tinha como preceito a atividade da execução de pena em caráter administrativo, legitimando, assim, política de afastamento do Estado e a não interferência deste na Execução Penal. A função jurisdicional da execução da pena tinha seu fim delimitado com a sentença condenatória produzida pelo juiz. Apenas diante à crise da superpopulação carcerária e da grande quantidade de denúncias de violação dos direitos dos presos enfrentadas pelo país que seu Poder Judiciário passou a intervir, exercendo controle e atividade fiscalizatória sobre os estabelecimentos prisionais privados, não afetando, no entanto, a possibilidade de adoção deste modelo no país.⁴⁶

⁴⁴ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 326.

⁴⁵ GIAMBERARDINO, André. PAVARINI, Massimo. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.p.181.

⁴⁶ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.326.

No referido momento estabeleceu-se a necessidade de se realizar, no caso concreto, juízo de ponderação entre os interesses do recluso e do estabelecimento.⁴⁷

Segundo André Giamberardino e Massimo Pavarini, em comentário a tais mudanças:

Houve, porém, um importante ganho: em nenhuma hipótese, mesmo com os motins ou perturbações excepcionais de ordem interna, a administração penitenciária teria legitimidade para negligenciar direitos fundamentais dos reclusos não atingidos pela sentença condenatória, como por exemplo, o direito à alimentação.⁴⁸

Portanto, em análise atual, no modelo norte-americano, grupos particulares ficam encarregados de administrar os estabelecimentos de acordo com o grau de periculosidade do recluso e do grau de coerção necessário. Ficam à responsabilidade destes presos com penas mínimas ou médias, ou ainda com penas altas em caso de estes encontrarem-se nos últimos dois anos do cumprimento de sua sanção. O trespasse também ocorre em locais destinados ao cumprimento de pena dos imigrantes ilegais e dos menores infratores. Já as prisões de grau máximo reputam-se não compatíveis com o sistema privado de administração dos presídios, devido ao elevadíssimo grau de coerção aplicado.

As tarefas delegadas aos particulares variam de acordo com o contrato em questão. Podem, no entanto, estar vinculadas à contratação de serviços específicos ou também à atribuição ao particular do completo gerenciamento do estabelecimento, inclusive em relação ao sistema de segurança instaurado.⁴⁹ Neste caso, cabe ao Estado apenas a fiscalização das atividades, incidindo especificamente o modelo de DFCM

⁴⁷ Neste sentido v. a decisão *Yaris v. Shaughnessy*, 112 F. Supp 143 (1953) 144 parágrafo.

⁴⁸ GIAMBERARDINO, André. PAVARINI, Massimo. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 2012.182.

⁴⁹ KLEIN, Aline Lícia. **A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 690.

estabelecimentos penais, sob contratos de *leasing*. Este modelo é adotado por estados como Missouri, New York, Ohio e Alaska. Nos Estados Unidos há também a presença de estabelecimentos no modelo prisão-indústria.⁵⁰

Além dos Estados Unidos, seguem modelos parecidos de delegação o Canadá, Inglaterra, Austrália, Japão, entre outros países.

Este modelo, no entanto, é constitucionalmente inaplicável aos estabelecimentos prisionais do Brasil. Isto porque o modelo pressupõe a transferência de atividades, segundo a Constituição Brasileira, típicas do Estado. Nos Estados Unidos, o modelo americano se dá, na grande maioria dos casos, 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. De acordo com a Constituição Federal brasileira, esta hipótese é vedada, conforme tratado no decorrer deste Capítulo.⁵¹

Mais próximo ao ordenamento brasileiro está o modelo desenvolvido pelo Estado Francês.

O modelo francês tem como base a dupla responsabilidade do Estado e do particular, de maneira que se visa exercer conjuntamente as atividades de gerenciamento e administração. Este arranjo contratual tem previsão legal expressa no ordenamento francês, em sua Lei 87.432 de 22 de junho de 1987.⁵²

⁵⁰ As prisões indústria são aquelas que tem como grande objetivo o trabalho realizado pelos detentos durante o cumprimento de suas penas restritivas de liberdade. Nos Estados- Unidos, não há óbice quanto à forma que é imposta este trabalho, diversamente do que traz a Constituição Federal Brasileira ao vedar a hipótese de trabalho forçado.

⁵¹ D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 278.

⁵² Conteúdo da lei disponível em : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000874714&categorieLien=cid>> Acesso em 12 de Setembro de 2015.

Em 2009, no entanto, foi aprovada nova lei que buscou maior compatibilidade do modelo francês com os sistemas comunitários europeus.⁵³ Em seu Artigo 3º,⁵⁴ prevê-se a possibilidade da participação privada nos estabelecimentos prisionais, com a ressalva da reserva ao Estado às funções de direção, vigilância e registros cartoriais dos estabelecimentos, instaurando-se assim a possibilidade da gestão compartilhada com a devida indicação das matérias que podem ou não serem delegadas ao parceiro privado.⁵⁵

De acordo com Aline Lícia Klein:

Em linhas gerais, cabe ao Estado a indicação do diretor geral do estabelecimento, reportar-se ao juízo da execução penal e ser responsável pela segurança externa. O Estado exerce controle intenso e tem a faculdade de vetar a admissão de determinada pessoa indicada para trabalhar no estabelecimento. Já à empresa privada cabem as atividades de guarda e segurança interna bem como de assistência aos presos, tais como alimentação, saúde, lazer, assistência jurídica e espiritual.⁵⁶

O modelo francês é adotado como base em países como Bélgica, Holanda e a Itália. Dentro dos limites impostos pela Carta Magna brasileira, o modelo mais próximo a adotar-se é o francês, posto que prevê participação ativa do Estado em suas atividades típicas indelegáveis (não meramente fiscalizatória), mesmo em situação de gestão compartilhada com privados. Tanto no ordenamento francês como no

⁵³ Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=7ACCC97E5F8C717906AE0A6CD9F216ED.tpdila13v_1?cidTexte=JORFTEXT000021312171&dateTexte=20091125>. Acesso em 10 de Outubro de 2015.

⁵⁴ Artigo 3: O serviço público de prisão é fornecido pela administração da prisão sob a autoridade do Ministro da Justiça, Ministro da Justiça, com a assistência de outros serviços do Estado, autoridades locais, associações e outros pública ou privada. As funções de direção gestão e de acompanhamento são assegurados pela administração prisional. Outras funções podem ser confiadas a pessoas de direito público ou desfrutar de um empoderamento privado em condições definidas por decreto do Conselho de Estado.

⁵⁵ KLEIN, Aline Lícia. **A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.690.

⁵⁶ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.326-329. Na França, questionaram-se vários aspectos relacionados à privatização das prisões. Apenas com o advento da Lei, consagrou-se a responsabilidade do legislador ordinário à sua disciplina, com a possibilidade da participação privada. V. decisões 78-97, de 27/07/1978 e de 06/03/2012. AJDA 2012,409 p.

brasileiro, há a possibilidade da participação privada nos estabelecimentos prisionais, com a ressalva da reserva ao Estado às funções de direção, vigilância e demais atividades que expressem caráter tipicamente estatal, instaurando assim o contrato de parceria entre o público e o privado, com a devida indicação das matérias que podem ou não serem delegadas ao parceiro privado.

De acordo com Luiz Flávio D'Urso:

Ali (no modelo americano), o preso é entregue pelo Estado à iniciativa privada, que o acompanhará até o final de sua pena, ficando o preso inteiramente nas mãos do administrador. No Brasil, é indelegável o poder jurisdicional do Estado, que contempla o tempo que o homem fica encarcerado e suas infrações disciplinares no cárcere.

Complementa, quanto ao modelo francês:

O administrador vai gerir os serviços daquela unidade prisional – alimentação, vestimenta, higiene, lazer, etc. –, enquanto o Estado administra a pena, cuidando do homem sob o aspecto jurídico, punindo-o em caso de faltas ou premiando-o quando merecer. É o Estado que, detendo a função jurisdicional, continua a determinar quando o homem vai preso e quando será libertado. Trata-se de uma terceirização, em que a remuneração do empreendedor privado deve ser suportada pelo Estado, jamais pelo preso, que deve trabalhar e, com os recursos recebidos, ressarcir prejuízos causados pelo seu crime, assistir a sua família e poupar para quando for libertado.⁵⁷

No Brasil, algumas foram as experiências de participação privada em estabelecimentos prisionais.

Por oportuno, necessário mencionar a existência das chamadas APACs, ou Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. O modelo diz respeito à entidades civis de Direito Privado, com personalidade jurídica própria, dedicadas à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade.

⁵⁷ D'URSO, Luis Flávio. **Administração Privada de Presídios**. 2002. Disponível em: <http://www.seguranca-la.com.br>. Acesso em 16 de Setembro de 2015.

Tal modelo não caracteriza a delegação de funções estatais, mas representa um exemplo em que há a participação privada na busca o escopo ressocializador. Tais associações foram criadas a partir da década de 70, com vistas à suprir a deficiência estatal em garantir o disposto em sua Lei de Execuções Penais.

O trabalho da APAC dispõe de um método de valorização humana, baseado em 12 elementos, vinculada à evangelização, para oferecer ao condenado condições de se recuperar. Busca também, em uma perspectiva mais ampla, a proteção da sociedade, a promoção da Justiça e o socorro às vítimas. Opera como entidade auxiliar dos Poderes Judiciário e Executivo, respectivamente, na execução penal e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade nos regimes fechado, semiaberto e aberto.

A principal diferença entre a APAC e o Sistema Prisional Comum, é que na APAC os próprios presos (recuperandos) são co-responsáveis pela sua recuperação e têm assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica prestada pela comunidade. A segurança e disciplina do presídio são feitas com a colaboração dos recuperandos, tendo como suporte os funcionários, voluntários e diretores da entidade, sem a presença de policiais e agentes penitenciários. Além de frequentarem cursos supletivos e profissionais, eles possuem atividades variadas, evitando a ociosidade. A cooperação da sociedade na execução penal, como ocorre nas APACs, é prevista pelo 4º artigo da Lei de Execução Penal.

Cada APAC é filiada à FBAC, - Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, órgão coordenador e fiscalizador das APACs, reconhecidamente de utilidade pública a nível internacional, que tem a função de orientar, assistir e manter a unidade de propósitos das associações.⁵⁸

No entanto, o modelo não representa forma de delegação e deve ser utilizado como forma de cumprimento de pena subsidiária, devido ao seu

⁵⁸ Conteúdo disponível em: <<http://www.apacitauna.com.br/index.php/institucional>>. Acesso em 10 de Outubro de 2015.

caráter extra-estatal. O modelo é baseado em filosofia cristã, e segundo o caráter laico do Estado brasileiro, não pode ser universalizado no país.

As experiências brasileiras com a delegação de atividades relacionadas ao cumprimento de pena foram observadas a partir da década de 90.

A primeira delas ocorreu em 1999 em Guarapuava, no Paraná, por meio de um modelo de gestão compartilhada de serviços penitenciários. No entanto, apesar do modelo ter apresentado dados positivos, até o momento inexistem números expressivos de sua expansão no território brasileiro. Há hoje cerca de 30 prisões sob gestão compartilhada no Brasil, presentes nos estados de Santa Catarina, Espírito Santo, Minas Gerais, Bahia, Sergipe, Alagoas e Amazonas, as quais, conjuntamente, abrigam em torno de 20 mil presos.

Estes estabelecimentos regem-se pela gestão compartilhada, sobre a qual cada parceiro mantém sua identidade institucional e programática de modo a dirigir pessoas, esforços e recursos para seus fins comuns e integrados. O Estado nesse modelo terceiriza a empresas privadas alguns dos serviços acessórios à execução da pena.

A Penitenciária Industrial de Guarapuava foi construída com recursos do Governo Federal e Estadual e tem capacidade para abrigar até 240 indivíduos do sexo masculino, em regime fechado, tendo como escopo máximo a ressocialização dos apenados e a interiorização das unidades penais. Deste modo faz-se com o que o preso cumpra sua sanção em local próximo de sua família. O projeto conta com a ideia de trabalho e profissionalização do preso, os quais podem lhe garantir o benefício da redução da pena. Este projeto hoje, no entanto, é mantido unicamente pelo governo do estado, devido ao curto período de duração do contrato de gestão compartilhada – 5 anos.⁵⁹

À administração cabem os cargos de direção do presídio, bem como a responsabilização por suas decisões. Cumpre à cargo da administração,

⁵⁹ Dados colhidos do endereço: <http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=36>. Acesso em 4 de setembro de 2015.

ainda, a comunicação com o Juízo da execução penal e com os órgãos fiscalizadores da aplicação da pena.⁶⁰

Os custodiados que trabalham representam 70% do total de internos da unidade e recebem remuneração de 75% do salário mínimo, enquanto os outros 25% são repassados ao Fundo Penitenciário do Paraná para contribuir com a melhoria das condições de vida do próprio encarcerado. Além disso, o local conta com estrutura que permite as atividades assistenciais e a busca pela reinserção social do recluso.

O Estado do Paraná, em 2005, quando ainda sob vigia de tais serviços, pagava quantia equivalente à R\$ 1.200,00 por preso. No que tange à reincidência, os egressos da penitenciária de Guarapuava- em 2005- seu índice de reincidência era de 6%, enquanto a média nacional encontrava-se em 70%.

Portanto, nota-se que a participação privada trouxe aos estabelecimentos penais melhorias facilmente atestáveis, por meio desta gestão compartilhada. Tais melhorias também puderam ser observadas em penitenciárias no Ceará, Bahia, Espírito Santo e Amazonas.⁶¹

Em que pese o êxito observado nos contratos de gestão compartilhada, o modelo de Parcerias Público-Privadas pode trazer ainda mais benefícios e melhorias ao Sistema Penitenciário brasileiro.

Isto porque seu grande diferencial está na característica complexa de seus contratos, o qual cumula os objetos da realização da obra e da prestação da atividade relativa ao objeto. Deste modo, a obra realizada poderá contar com infraestrutura mais moderna propiciada pelos

⁶⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). “Parcerias Público-Privadas”. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.394. nota 47.

⁶¹ V. Secretaria de Justiça e Cidadania do Ceará; disponível em: <http://www.sejus.ce.gov.br/index.php?cdP=1&cdS=28>. Acesso em 6 de setembro de 2015. Governo do Espírito Santo, **Ministro da Justiça visita novas unidades do Complexo Penitenciário de Viana**. Disponível em: <http://www.es.gov.br/site/noticias/show.aspx?noticiald=99666035>. Acesso em 6 de Setembro de 2015. **Unidades Prisionais da Bahia Aumentam Oferta de Emprego**. Disponível em: <http://www.bahiaemfoco.com/noticia/2574/unidades-prisionais-da-bahia-aumentam-oferta-de-emprego> acesso em 06 de Setembro de 2015. Governo do Estado do Ceará. **Governo Inaugura Novo Presídio**. Disponível em: http://www25.ceara.gov.br/noticias/noticias_detalhes.asp?nCodigoNoticia=7259 Acesso em 08 de Setembro de 2015.

investimentos privados, além de sua arquitetura projetada ao escopo do projeto. Ademais, a longa duração do contrato garante ao estabelecimento prazo maior para atingir os objetivos propostos e não desvirtuar-se de suas características basilares.

De acordo com Marcos Siqueira, coordenador geral de um dos exemplos deste modelo (Minas Gerais), o modelo do contrato garante o sucesso do empreendimento, inédito ao Brasil em termos de infraestrutura carcerária.

Sua principal característica é a agregação de obrigações do contratado privado, o que envolve o desenvolvimento de projetos de arquitetura e de engenharia, financiamento de obras com recursos próprios ou mediante empréstimos bancários em nome e por conta da empresa consorciada.⁶²

Segundo Jorge Amaral dos Santos, em seus estudos :

O grande atrativo das parcerias público-privadas são os longos contratos que os governos têm a oferecer. Em Pernambuco serão 33 anos e em Minas Gerais 27 anos, diferentemente do que ocorre nos contratos de co-gestão, onde são celebrados contratos de, no máximo, cinco anos. É o caso da empresa Humanitas Administração Prisional S/C, pioneira da co-gestão no estado do Paraná, onde administrava a penitenciária de Guarapuava.⁶³

Desta maneira, o arranjo contratual próprio das PPPs garante vantagens à ambas as partes e inovações em termos de infraestrutura e desenvolvimento, as quais, por meio de contrato preciso e bem estipulado entre as partes, e conforme a legislação de PPPs e da Execução Penal, bem como em consonância aos preceitos constitucionais, pode trazer resultados ainda mais positivos se comparado aos do modelo de gestão compartilhada.

⁶² Disponível em: <http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/38/artigo310884-2.aspx> . Acesso em 6 de Setembro 2015.

⁶³ SANTOS, Jorge Amaral dos. As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2269, 17 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13521>>. Acesso em 6 de Setembro de 2015.

No Brasil, duas foram as experiências de contratos celebrados por meio de Parcerias Público-Privadas em âmbito penitenciário. A primeira ocorreu no Estado de Pernambuco, com o Complexo de Itaquitinga, aberto à consulta pública em 2008 e a segunda refere-se ao Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, no estado de Minas Gerais, aberto à consulta pública em janeiro de 2009.

O complexo Penitenciário de Itaquitinga foi elaborado visando à reclusão de indivíduos condenados à pena de alto grau de periculosidade, oferecendo um total de 3.126 vagas, sendo destas 1.926 vagas para regime fechado e 1.200 para regime semi-aberto, além de um Centro Integrado à Ressocialização. No entanto, o projeto não chegou a terminar a fase das obras e teve seu contrato de PPP suspenso.⁶⁴

Deste modo, o complexo penitenciário de Ribeirão das Neves é o único gerido por meio de Parceria Público-Privada em funcionamento no Brasil atualmente. De forma pioneira no Brasil, o Governo de Minas Gerais realizou o primeiro Programa de Plano Estadual que regulamentava as Parcerias Público-Privadas, estabelecendo os requisitos e os possíveis objetos de parceria.⁶⁵

A Concessionária Gestores Prisionais Associados S.A. (GPA) é um agrupamento formado por cinco empresas: CCI Construções S.A., Construtora Augusto Velloso S.A., Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços, N.F. Motta Construções e Comércio e o Instituto Nacional de Administração Prisional - Inap. O grupo, por meio de uma licitação realizada no ano de 2009, tornou-se o responsável administrativo do projeto Complexo Penitenciário PPP com a assinatura de um contrato de concessão por 27 anos e podendo ainda renovar por mais cinco. Através deste, o consórcio assumiu o compromisso de construir a infraestrutura da penitenciária desde a sua fundação e geri-lo pelo período acordado.

⁶⁴ Mesmo antes de concluídas as obras, a empresa principal investidora faliu e a construção ficou inacabada. O modelo, que chegou a receber prêmios internacionais, seria o principal modelo de PPP a ser implantado no Brasil. O governo de Pernambuco, em julho deste ano definiu novo modelo jurídico de administração do complexo, que determinou que o Estado assumisse administrativamente o projeto, segundo decreto de caducidade da PPP.

⁶⁵ Dados disponíveis em: <https://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>. Acesso em 6 de Setembro de 2015.

O custo da obra, de acordo com dados da Secretaria Estadual de Defesa Social, ficou, de acordo com o projeto, em R\$ 350 milhões. O complexo tem capacidade para receber 3.040 detentos do sexo masculino, os quais cumprirão penas de regime fechado e semi-aberto. Além disso, conta com cinco estabelecimentos, dentre os quais três estão em funcionamento atualmente.

O custo médio por detento é de R\$ 2.700,00, ainda mais baixo do que o dos outros presídios comuns de R\$ 2.800,00, de acordo com a secretaria. Para que este investimento estatal seja justificado com uma garantia de qualidade do serviço prestado pela GPA, o contrato prevê que haja indicadores de desempenho que mensurem quantitativamente o nível de competência dos procedimentos e da infraestrutura do consórcio. Indicadores estes, que são verificados por um terceiro ator, contratado do Estado e localizado dentro do presídio, a multinacional Accenture.⁶⁶

Ao final, uma análise crítica para revisões da empresa e dos órgãos de fiscalização é apresentado ao Governo e ao Grupo GPA. A concessionária, que também possui suas verificações próprias, discute possíveis divergências entre ambas apurações, atingindo um resultado final que se traduz em possíveis descontos no pagamento do público ao privado. Estes descontos estão relacionados a níveis mínimos de qualidade estabelecidos pelo Governo, ou seja, notas mínimas nos diferentes quesitos avaliados pelo verificador que, se não forem alcançadas, geram um desconto no pagamento das prestações.

Estes critérios englobam as atividades tidas como imprescindíveis ao correto funcionamento e organização de um estabelecimento

⁶⁶A Multinacional Accenture é uma empresa de consultoria de gestão, tecnologia da informação e outsourcing que o Estado firmou um contrato de três anos, podendo ainda renovar por mais dois, para atuar como Verificador Independente (V.I.). Sua responsabilidade engloba o alinhamento dos interesses de ambos os lados, reduzindo a possibilidade de prejuízos na qualidade dos serviços e na questão financeira. Ela assume, portanto, o compromisso de avaliar os indicadores de desempenho, calcular o valor das contraprestações pagas pelo Estado ao Consórcio e dar auxílio na resolução de possíveis conflitos e na revisão das metas e dos indicadores de desempenho do projeto. Deste modo, desempenha a função fiscalizadora do Estado como sua concessionária, lhe fazendo as vezes. Neste sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo** 14^a. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 620.

prisional, segundo a Lei de Execuções Penais, como por exemplo, a qualidade dos serviços assistenciais, o nível de ressocialização do egresso, o nível educacional dos internos entre outros. É vedada expressamente qualquer forma de superlotação das celas, havendo o limite de quatro presos para cada uma.⁶⁷

Com vistas ao escopo ressocializador, os estabelecimentos buscam receber presos de outros locais que tenham interesse, segundo o que rege a Lei de Execuções Penais, a trabalhar e estudar, produzindo dentro de galpões internos, oficinas, instalações sanitárias, salas de ferramentas etc. O trabalho é gerido por empresas especializadas.

Além disso, o estabelecimento conta com todos os requisitos assistenciais exigidos pela LEP, elucidados no capítulo 4 do presente estudo. Outro ponto notável diz respeito às inovações tecnológicas trazidas e desenvolvidas pelo estabelecimento, que conta com 1.240 câmeras de vigilância, um sistema de sensores que é acionado ao ultrapassadas as áreas livres de circulação e bloqueadores de sinais de celular de todas as operadoras.⁶⁸

Neste modelo, o Poder Público permanece responsável pelas atividades de segurança externa, bem como à todas as atividades de supervisão e as que envolverem o uso do poder coercitivo, além do transporte dos sentenciados e da intervenção em caso de situação crítica ou de crise. A arquitetura do estabelecimento ficou à critério do parceiro privado, o qual esteve livre para pensar o espaço de maneira à melhor atender às necessidades dos apenados.

De acordo com Gustavo Freitas Correa e Lucas Cavanha Corsi, em pesquisa de campo realizada no estabelecimento:

O contrato do Complexo Penitenciário PPP, por se tratar de um projeto pioneiro em segurança pública, é considerado emblemático, uma vez que

⁶⁷ Dados extraídos do site Agência Minas. Disponível em :<http://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticias/complexo-penitenciario-publico-privado-completa-um-ano-de-funcionamento/>. Acesso em 6 de Setembro de 2015.

⁶⁸ Edital disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/pppeminas/projetos-ppp/penitenciarias/edital>. Acesso em 6 de Setembro de 2015.

houve um esforço jurídico enorme para que ele pudesse ser considerado legal. Além disso, por se tratar de um tema bastante complexo, o contrato teve muitas mudanças ao longo de sua execução e houve a necessidade de se criar um dicionário de conceitos para que as interpretações de suas informações fossem realizadas de forma única por todos os parceiros. O projeto é considerado uma espécie de laboratório para todos os envolvidos e, desta forma, o consórcio GPA e o Estado de Minas Gerais se encontram em uma curva de aprendizagem jurídica e operacional.⁶⁹

O complexo não apresentou grandes problemas até hoje, contabilizando em 4 anos de operação, 2 fugas de seus detentos. O projeto, aliás, foi apontado, no início de 2013, como um dos 40 melhores projetos do mundo pela Emerging Markets, publicação especial da International Finance Corporation (IFC), do Banco Mundial e do *Infrastructure Journal*.⁷⁰

Não obstante, o enfrentamento do tema, o qual conta com questões teóricas e práticas, têm encontrado preconceitos diversos, sobretudo pela invocação de razões metajurídicas. Mesmo no plano jurídico os argumentos parecem conduzir-se por opções ideológicas subjacentes. A despeito da respeitabilidade de inúmeras orientações negativistas da opção pela adoção da participação privada nos estabelecimentos prisionais, parece que o tema não tem sido examinado com maior especificidade.

O grande argumento defendido pelos críticos diz respeito à suposta transformação do preso em fonte de lucro ao parceiro privado, o qual, diante de posição de empreendedor, buscaria de todos os modos a exploração dos condenados para maiores resultados econômicos de seu estabelecimento.

⁶⁹ CORREA, Gustavo Freitas. CORSI, Lucas Cavanha. **O primeiro complexo penitenciário de parceria público-privada no Brasil**. FGV Pesquisa. São Paulo, 2014. Disponível em: http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/o_primeiro_complexo_penitenciario_de_parceria_publico-privada_do_brasil.pdf. Acesso em 6 de Setembro de 2015.

⁷⁰ Dados extraídos do site Agência Minas. Disponível em: <http://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticias/complexo-penitenciario-publico-privado-completa-um-ano-de-funcionamento/>. Acesso em 6 de Setembro de 2015.

No entanto, conforme elucidado no decorrer de todo o presente estudo, a parceria realizada entre o público e o privado não retira do Estado sua função jurisdicional. Função esta que determina quem, quando e como se cumprem as penas restritivas de liberdade. O juiz continua responsável pelo acompanhamento da execução das sentenças proferidas, assumindo papel ativo e, sobretudo, fundamental na fiscalização de todo o período de cumprimento de pena. No modelo proposto, deve exercer função de ligação entre o público e o privado, pois sua fiscalização restará responsável a garantir que o parceiro privado cumpra com todos os preceitos constitucionais. Ademais, no modelo proposto, poderá finalmente contar com infraestrutura e atividades acessórias à ressocialização penal satisfatórias, para que sua atuação seja ainda mais completa com vistas à atingir o proposto pelo legislador na Lei de Execuções Penais.

Ao parceiro privado, cabe a remuneração paga pelo Estado conforme o atendimento aos critérios de qualidade impostos pelo Juízo de Execução e pelos órgãos fiscalizadores tratados no tópico 3.2, não cabendo a este poderes decisórios referentes ao cumprimento de pena. Deste modo, é incoerente associar ao particular envolvido funções que competem ao Juízo da Execução

A remuneração do privado é uma questão sensível e deve ser muito bem definida no contrato. O lucro, como em qualquer atividade econômica deve estar presente para a remuneração e até mesmo para a atração de empresas privadas ao certame licitatório. No entanto, deve-se ressaltar que seu provento depende da Administração, a qual remunera o particular de acordo com os critérios supramencionados. Ainda a despeito desta renda, pode o parceiro privado fazer valer-se também de receitas acessórias, as quais complementam sua remuneração, e poderão, no caso em tela, ser advindas das produções industriais realizadas pelos detentos em seu trabalho realizado interna ou externamente ao estabelecimento.

Deste modo, notam-se experiências positivas na participação privada nos estabelecimentos prisionais. Resta oportuno, como consideração final, acrescentar que o desenvolvimento de programas de PPPs que compreendam atividades de suporte ao exercício de funções exclusivas estatais, como os projetos que envolvam a construção de estabelecimentos prisionais associados à gestão decorrente de serviços administrativos gerais, deverá se fazer acompanhar da previsão de cláusulas específicas e regulamentares que prescrevam atribuições suficientes à garantia de um desempenho seguro e satisfatório do objeto pelo parceiro privado, delineando, ainda, um suficiente controle por parte do Poder Público.⁷¹

⁷¹ Oportuno mencionar a existência do PL 513/2011, de autoria do Senador Vicentinho Alves, que estabelece normas gerais para a contratação de Parceria Público-Privada para a construção e administração de estabelecimentos penais visto a relevância pública da matéria, em trâmite no Senado Nacional.

Desafios e perspectivas

As Parcerias Público-Privadas em âmbito penitenciário representam arranjo contratual inovador ao Poder Público. Com base no tentame já realizado no Brasil, os resultados revelam-se positivos e dão esperanças de melhorias significativas no cenário carcerário atual. As experiências nacionais da participação privada em estabelecimentos penais demonstram avanços na promoção dos valores dispostos na Lei de Execuções Penais.

Com a construção de estabelecimentos penais adequados, projetados ao êxito de todas as atividades assistenciais necessárias ao cumprimento de pena e com a participação de pessoal qualificado, junto aos recursos necessários disponibilizados pelo parceiro particular, o complexo deve pautar-se sob a égide de um objetivo comum a todos os envolvidos: a ressocialização dos apenados e a garantia de seus direitos fundamentais durante o cumprimento de suas penas. Deste modo, o modelo apresenta possibilidade para mudar o quadro perverso em que encontra-se sistema penitenciário, a fim de que os presídios deixem de ser usinas de realimentação da violência e criminalidade para se tornarem centros de reabilitação da pessoa humana idealizados pelo legislador.

A adoção do modelo de PPP no Sistema Penitenciário, por meio de sua concessão administrativa, é constitucionalmente aceita no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio de concessão administrativa de serviços administrativos, sendo estes aqueles prestados diretamente à Administração, o serviço de gestão de estabelecimentos prisionais não pode ser considerado fruível pelos administrados. Os presidiários, *in*

casu, encontram-se em condição de custodiados do Estado, e a atividade prestada é feita diretamente à Administração. No modelo, os serviços de suporte ao desempenho de competências estatais (função jurisdicional e de polícia), serão prestados pelo particular sem que haja a interferência nas atribuições típicas do Estado. Deste modo, estas tarefas têm função de instrumentalizar a execução da pena e não apresentam óbice constitucional quanto a sua delegação, pois não há caráter decisório ou de coação em seus atos.

Ao Estado, restam as atividades que exprimam função jurisdicional e o poder de polícia. No entanto, crucial reforçar a necessidade de fiscalização constante do juízo e dos órgãos responsáveis pela atividade de controle, bem como dos próprios agentes estatais que agirão dentro dos estabelecimentos. A execução penal não se encerra na sentença condenatória, e o papel de magistrados mais ativos faz-se cada vez mais vital à garantia do êxito da execução.

Importante ressaltar que, por meio desta, o Estado traz ainda mais benefícios para a sociedade que o modelo de gestão compartilhada. Com as Parcerias Público-Privadas o Estado não investe, diretamente, na construção e manutenção do complexo penitenciário, uma vez que este ônus fica a cargo do parceiro privado. Além disso, a longa duração do contrato permite que os resultados sejam desenvolvidos de maneira duradoura em todos os detentos.

Com a criação de novas unidades prisionais, a tendência é de que o problema da superlotação carcerária seja significativamente minimizado. Quanto à obediência aos requisitos previstos na Lei de Execuções Penais referentes ao cumprimento da pena (em condições dignas) e na Constituição Federal (segundo o princípio da dignidade da pessoa humana), o parceiro privado tem a obrigação contratual de cumpri-los, haja vista que a desobediência a essas obrigações gerará sanções administrativas e, principalmente, pecuniárias, por parte do Estado-contratante. Nesse sistema, em princípio, o preso terá oportunidade de cumprir sua pena de forma digna e haverá instrumental adequado para

possibilitar que ele alcance a ressocialização, retornando, finalmente, ao convívio harmônico em sociedade.

Além disto, as inovações tecnológicas exploradas pelo parceiro privado representam possibilidade dificilmente contemplada quando em gerência unicamente estatal, o que poderá significar em avanços e ainda mais progressos, tanto em questões de segurança, quanto em questões assistenciais.

Ademais, o delineamento de suas cláusulas contratuais, discutidas por ambas as partes contratantes, faz-se de extrema importância para a construção de um modelo que atenda às necessidades do Estado, da empresa particular, e também, dos detentos que cumprem pena e merecem proteção de todos os seus direitos não elencados em sua sentença penal condenatória. Para isto, faz-se crucial a delimitação do contrato firmado e discutido entre o Público e o Privado, especialmente quanto à delimitação das atividades acessórias deixadas a cargo do particular, quanto ao pessoal que integrará o complexo (servidores públicos e particulares), quanto à intensa fiscalização por parte do parceiro público e quanto à remuneração do parceiro privado. Todas estas questões devem constar expressamente discutidas para que não haja margem às inconstitucionalidades.

Deste modo, enquanto não houver legislação específica sobre o tema (Parcerias Público-Privadas com objeto exclusivamente penitenciário), resta ao contrato sua delimitação. Isto representa desafio ao poder público, pois seu papel de fiscalizador deve se enaltecer diante da possibilidade de proliferação de diferentes modelos, muitos destes, eivados de inconstitucionalidades. No entanto, conforme trabalhado no presente estudo é possível e vantajoso ao Estado, ao particular e aos detentos, a adoção do modelo contratual tratado, em conformidade com a Constituição Federal e todos os seus preceitos.

A lei federal que disciplina a figura das PPPs completou 10 anos neste ano. No entanto, por tratarem-se de contratos complexos, e sobretudo no caso do Sistema Penitenciário, com objeto complexo que é

a execução da pena, suas delimitações ainda podem desenvolver-se a partir de estudos visando maior maturação e evoluções no modelo. Suas experiências práticas apenas começaram a aparecer nos últimos 5 anos, mas este quadro, entretanto, se mostra cada vez mais próspero. Neste ano, os Estados do Ceará, Amazonas, Santa Catarina, Goiás publicaram PMIs com objeto de estabelecimentos prisionais.

Deste modo, o modelo de Parcerias Público-Privadas para construção e administração de estabelecimentos prisionais representa inovação contratual que traz perspectiva positiva à situação em que se encontram os estabelecimentos penais no Brasil. Não sana o problema, o qual se revela profundo e dramático, mas representa possibilidade exequível de melhorias à situação atual, a qual urge por mudanças.

Referências

- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello (coord.). **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público**. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, v. 34, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo** 14^a ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Funções do Tribunal de Contas**. Revista de Direito Público. N. 72/136, São Paulo: Ed. RT, out./dez. 1984.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço Público e poder de polícia: concessão e delegação**. RTDP 20/27-28. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRASIL. **Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 30.08.2015.
- BRASIL. **Constituição Federal de 25 de Março de 1824**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 30.08.2015.
- BRASIL. **Lei n. ° 7.210 de 11 de julho de 1984**. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 30.08.2015.
- BRASIL. **Lei n. ° 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 30.08.2015
- BRASIL. **Lei n. ° 8.666 de 21 de junho de 1993**. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 30.08.2015

BRASIL. **Lei n.º 11.079 de 30 de dezembro de 2004.** *Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.* Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 30.08.2015.

BRASIL. **Lei n.º 12.313 de 19 de agosto de 2010.** *Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública.* Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 30.08.2015.

BRASIL. **Lei n.º 9.582 de 19 de dezembro de 1997.** *Autoriza o Poder Executivo a abrir ao Orçamento Fiscal da União, em favor de Encargos Financeiros da União - Recursos sob Supervisão do Ministério da Fazenda, crédito especial até o limite de R\$40.023.300,00, para os fins que especifica.* Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 30.08.2015.

BRASIL. **Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967.** *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.* Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 30.08.2015.

BRASIL. **Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967.** *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.* Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 30.08.2015.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.365 de 21 de junho de 1941.** *Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública..* Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 30.08.2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado.** In: Luiz Carlos Bresser-Pereira, Jorge Wilhelm and Lourdes Sola, orgs., **Sociedade e Estado em transformação.** UNESP/ENAP, 1999.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os primeiros passos da reforma gerencial de 1995.** In: D'INCAO, Maria Angela; MARTINS, Hermínio (Org.). *Democracia, crise e reforma: estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso.* São Paulo: Paz e Terra, 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHEVALLIER, Jacques. **Science Administrative**. 4^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNPCP). **Resolução nº 14**, de 14 de novembro de 1994. Disponível em <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Outros/1994resolu14CNPCP.pdf>>. Acesso em 2 de Outubro de 2015.

CORREA, Gustavo Freitas. CORSI, Lucas Cavanha. **O primeiro complexo penitenciário de parceria público-privada no Brasil**. FGV Pesquisa. São Paulo, 2014. Disponível em: http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/o_primeiro_complexo_penitenciario_de_parceria_publico-privada_do_brasil.pdf. Acesso em 6 de setembro de 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. **“Credenciamento”**. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba – Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. **Os Principais Atrativos das Parcerias Público-Privadas para o Desenvolvimento de Infraestrutura Pública e a Necessidade de Planejamento Adequado para sua Implementação**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH

SCHWIND, Rafael, coordenadores. **Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11079/2004**. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28^a edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DOTTI, René Ariel. **O sistema geral das penas**. In: Penas Restritivas de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades Duarte; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.265, jan/abr. 2014.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

D'URSO, Luis Flávio. **Administração Privada de Presídios**. 2002. Disponível em: <http://www.seguranca-la.com.br>. Acesso em 16 de Setembro de 2015.

FLORES, J. L. **The Value of the “Value for Money” Approach When There’s no Money**. Smart Lessons: IFC Advisory services in Public-Private Partnerships. IFC Publications, 2010.

FORTINI, Cristiana; PIRES, Priscila Gianneti Campos. **Equilíbrio Econômico Financeiro nas Parcerias Público Privadas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11079/2004*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão: tradução de Raquel Ramallete**. Petrópolis, Vozes, 1987.

FRANÇA. **Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire**. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000874714&categorieLien=cid>>. Acesso em 12 de Setembro de 2015.

FRANÇA. **LOI n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (1)** . Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=7ACCC97E5F8C717906AE0A6CD9F216ED.tpdila13v_1?cidTexte=JORFTEXT000021312171&dateTexte=20091125>. Acesso em 10 de Outubro de 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **Teoria dos serviços públicos e sua transformação**. In:

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti; SAADI, Mário. **O Procedimento de Manifestação de Interesse**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. **Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **“As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **“Parcerias Público-Privadas”**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alocação de Riscos na PPP**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. **Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11079/2004**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução: Reflexões Iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores.

Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo, Dialética, 2003.

KLEIN, Aline Lícia. **A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LA CUESTA, José Luis de. **Pena de morte para os traficantes de drogas?**. Boletim da Associação Internacional de Direito Penal (Grupo Brasileiro), ano 1, 01 maio de 2005.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 12ª ed. Revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 12.850/2013. São Paulo; Saraiva, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **“A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a indelegabilidade do poder de polícia”**. RTDP 32. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIOTTO, Arminda Bergamini. **Curso de ciência penitenciária**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei n 7210, de 11/07/1984**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª Ed. São Paulo: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **“A globalização e o direito administrativo”**. In: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo (coord.) **“Uma avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo”**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **“O sistema da parceria entre os setores público e privado- Execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes- Aplicação adequada destes institutos.”** Boletim de Direito Administrativo 2/77. São Paulo, NJD, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a reforma administrativa.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Guimarães. **Sociedades de Propósito Específico na Lei de PPP (Considerações em torno do Art. 9º da Lei 11.079/2004).** In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. **Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11079/2004.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **“Terceirização e funcionalização: conflito ou complementariedade”.** Boletim de Direito Administrativo 12/806.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (orgs.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas.** Rio de Janeiro: LTC, 2013.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei n. 11.079/2004).** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP.** In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael, coordenadores. **Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11079/2004.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAVARINI, Máximo. GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PIERANGELLI, José Henrique. **Das penas e sua execução no novo Código Penal. O direito penal e o novo código penal brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1985.

PIMEINTA OLIVEIRA, José Roberto. **Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **“Parcerias Público-Privadas”**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PINTO, Marcos Barbosa. **A Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006. Disponível em <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/.../RB%2025_final.PDF> Acesso em 5 de outubro de 2015.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Execução penal**. RT, vol. 623, P. 259-260, São Paulo: RT, set. 1987.

REALE Junior, Miguel. **Novos Rumos do Sistema Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ROLIM, Marcos. **Prisão e ideologia limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil**. Revista de Estudos Criminais nº12, Rio Grande do Sul, 2003.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SÁ, Alvinho Augusto de. **Arquitetura carcerária e tratamento penal**. RT 651/ 247-257.

SANTOS, Jorge Amaral dos. As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2269, 17 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13521>>. Acesso em 6 de setembro de 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TALAMINI, Eduardo; SPEZIA JUSTEN, Monica (Coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WALLBACH SCWIND, Rafael. **Remuneração do Particular nas Concessões e Parcerias Público-Privadas**. 26 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em < https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-085755/publico/Dissertacao_Rafael_Wallbach_Schwind_Integral.pdf >. Acesso em 5 de Outubro de 2015.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org

contato@editorafi.org