



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO

NELSON RICARDO GESTEIRA MONTEIRO FILHO

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM ESTABELECIMENTOS PENAIS: UMA
ALTERNATIVA À CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

FORTALEZA

2021

NELSON RICARDO GESTEIRA MONTEIRO FILHO

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM ESTABELECIMENTOS PENAIS: UMA
ALTERNATIVA À CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Monografia submetida à Coordenação do Curso
de Graduação em Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Rômulo Richard Sales
Matos.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- M778p Monteiro Filho, Nelson Ricardo Gesteira.
Parcerias Público-Privadas em estabelecimentos penais: uma alternativa à crise da pena privativa de liberdade / Nelson Ricardo Gesteira Monteiro Filho. – 2021.
78 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.
Orientação: Prof. Me. Rômulo Richard Sales Matos.
1. Parcerias Público-Privadas. 2. Estabelecimentos penais. 3. Crise. 4. Pena privativa de liberdade. 5. Alternativa. I. Título.

CDD 340

NELSON RICARDO GESTEIRA MONTEIRO FILHO

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM ESTABELECIMENTOS PENAIS: UMA
ALTERNATIVA À CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Rômulo Richard Sales Matos (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Fábio Rodrigues Holanda
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Ao meu tio Cláudio.

Aos meus pais, Nelson e Andréa.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Andréa, a quem devo a maior parte da minha formação pessoal, por todo cuidado, afeto e apoio incondicionais, que nunca faltaram na minha caminhada.

Ao meu pai, Nelson, minha eterna referência humana e profissional, pelo exemplo de absoluta entrega à família, pelos ensinamentos e pela confiança depositada em mim.

Ao meu irmão, Eduardo, meu grande parceiro de vida, com quem mais aprendo ao tentar ensinar.

Ao meu tio Cláudio, que partiu mais cedo e não pôde presenciar minha conquista. Ficam as lembranças e a saudade.

Aos meus avós, em especial ao meu avô José Cunha Lima, meu maior exemplo de superação, e à minha avó Clébia, pelas mais sinceras risadas e pela imensurável convicção no meu potencial.

Às tias Danielle, Michelle e Roberta, e aos tios Felipe, Gustavo e Dinho.

Aos demais familiares, onde incluo minha segunda mãe, Francisca, pela dedicação de uma vida a mim e à minha família.

Aos amigos de escola, ainda tão presentes, e às amizades verdadeiras que construí na graduação, por tornarem mais leves os dias na faculdade e pelas memórias que edificamos ao longo de todos esses anos.

À Universidade de Fortaleza, que tão bem me acolheu nos primeiros semestres da graduação, e à Universidade Federal do Ceará, que me proporcionou aprendizados muito além dos livros e onde pude completar minha formação. Deixo meu sincero sentimento de gratidão a todos os professores e profissionais que me auxiliaram nessa etapa.

Às instituições em que estagiei, em especial à Procuradoria Geral do Município de Fortaleza – Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente, e aos Procuradores Maria Fernanda Diógenes de Menezes Oliveira e Rodrigo Guilherme Ramalho, pela oportunidade de vivência profissional durante dois proveitosos anos.

Ao meu orientador, Rômulo Richard Sales Matos, pela atenção e pelas indicações e correções, sem as quais este trabalho não seria possível.

Ao Professor Fábio Rodrigues Holanda e à Professora Raquel Coelho de Freitas,
por aceitarem o convite de participar desta banca examinadora.

Enfim, a todos que, de alguma maneira, contribuíram para este momento.

“Dois homens olharam através das grades da
prisão; um viu a lama, o outro as estrelas.”
(Santo Agostinho).

RESUMO

Este trabalho investiga a adoção dos contratos de parceria público-privada para a construção e a gestão de estabelecimentos penais como alternativa à crise enfrentada pela pena privativa de liberdade no Brasil. Tal proposição surge em um contexto de comprovada incapacidade estatal de realizar, por si só, todas as atividades pertinentes à execução penal, diante da infraestrutura precária de seus estabelecimentos, eivada pela transgressão sistemática de direitos e garantias fundamentais dos custodiados, e da intangibilidade das finalidades da pena de prisão, traçadas na legislação penal. Nessa toada, o propósito deste estudo é promover a análise da viabilidade jurídico-constitucional das parcerias público-privadas e compreender como e em que medidas essa nova modalidade de concessão especial pode contribuir para a superação da crise da pena privativa de liberdade. Para tanto, fez-se necessário navegar pela história da evolução da pena e definir seus objetivos, discriminando as espécies de estabelecimentos penais e as impróprias condições por estes apresentadas, tratando-se a seguir da reforma gerencial e do fenômeno das privatizações, marcado pela delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, o que se deu pelas concessões comuns e, mais recentemente, pelas parcerias público-privadas. A substituição do sistema penitenciário tradicional, essencialmente público, pela cogestão, nada obstante tenha apresentado resultados positivos, ainda é debatida nos campos jurídico, ético e político. Verificou-se, por meio de pesquisa descritiva, baseada em obras doutrinárias, livros e artigos científicos, e exploratória, apoiada na única experiência brasileira de parceria público-privada no plano carcerário, qual seja o Complexo Penitenciário Público-Privado (CPPP), em Ribeirão das Neves, Minas Gerais; que o modelo é compatível com o ordenamento brasileiro, desde que a delegação ao particular se limite ao projeto, à construção e à prestação de serviços administrativos complementares, acessórios e instrumentais, que não caracterizem o exercício do *jus puniendi*, exclusivo do Poder Público. Além disso, entende-se que o principal problema carcerário é a superlotação, de modo que a diminuição do déficit de vagas, pela construção de novas unidades, aliado à prestação de parte dos serviços pelo particular, mediante fiscalização da Administração, cuja qualidade se garante pela previsão de remuneração variável vinculada ao desempenho do particular e pelas cláusulas exorbitantes, mostra-se crucial. Conclui-se que só pelo respeito à integridade física e moral e pela implementação bem sucedida do trabalho e do estudo apenado, pode-se tornar eficaz a pena de prisão e superar a crise enfrentada.

Palavras-chave: Pena privativa de liberdade. Crise. Parcerias Público-Privadas.

ABSTRACT

This work investigates the choice of public-private partnership contracts for the construction and management of penal establishments as an alternative to the crisis faced by the deprivation of liberty in Brazil. This proposition arises in a context of proven state incapacity to carry out, by itself, all activities relevant to criminal enforcement, given the precarious infrastructure of its establishments, plagued by the systematic transgression of fundamental rights and guarantees of the custodians, and the intangibility of the purposes imprisonment, outlined in criminal law. Accordingly, the purpose of this study is to promote the analysis of the legal-constitutional feasibility of public-private partnerships and understand how and to what extent this new modality of special concession can contribute to overcoming the crisis of the deprivation of liberty. Therefore, it was necessary to navigate through the history of the evolution of the penalty and define its objectives, discriminating the types of penal establishments and the inappropriate conditions presented by them. Then, the management reform and the phenomenon of privatizations were disciplined, marked by the delegation of provision from public services to the private initiative, which occurred through common concessions and, more recently, through public-private partnerships. The replacement of the traditional penitentiary system, essentially public, by co-management, despite having shown positive results, is still debate in the legal, ethical and political fields. It were verified, through descriptive research, based on doctrinal works, books and scientific articles, and exploratory, supported by the only Brazilian experience of public-private partnership in the prison plan, which is the Complexo Penitenciário Público-Privado (CPPP), in Ribeirão das Neves, Minas Gerais. The model is compatible with the Brazilian law, as long as the delegation to the firm is limited to the design, construction and provision of complementary administrative services, accessories and instruments, which do not characterize the exercise of *jus puniendi*, exclusive to the Public Power. Besides, it is understood that the main prison problem is overcrowding, so that the reduction of the deficit of vacancies, through the construction of new units, combined with the provision of part of the services by the private, through inspection by the Administration, is crucial. In this way, only by respecting the physical and moral integrity of the inmate and by the successful implementation of work and study, the crisis can be surpass and make the prison sentence effective.

Key words: Deprivation of liberty penalty. Crisis. Public-Private Partnerships.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	Artigo
CCC	Corte Constitucional Colombiana
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CONAP	Companhia Nacional de Administração Prisional
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CPPP	Complexo Penitenciário Público-Privado
EC	Emenda Constitucional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
GPA	Gestores Prisionais Associados S/A
L.	Lei
LC	Lei Complementar
LEP	Lei de Execução Penal
Min.	Ministro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PIG	Penitenciária Industrial de Guarapuava
PIRC	Penitenciária Industrial Regional do Cariri
PL	Projeto de Lei
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
s.	Seguintes
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPP	Parceria Público-Privada
SPE	Sociedade de Propósito Específico
STF	Supremo Tribunal Federal
SISDEPEN	Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	DA PENA E DAS CONDIÇÕES CARCERÁRIAS NO BRASIL.....	17
2.1	Das consequências jurídicas do delito e da evolução da pena	17
2.1.1	<i>Evolução da pena de prisão</i>	19
2.1.2	<i>Sistemas penitenciários</i>	22
2.1.3	<i>Teorias da pena: uma análise sobre as finalidades da pena</i>	23
2.1.4	<i>A pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro</i>	25
2.2	Dos estabelecimentos penais	28
2.2.1	<i>Das deficiências dos estabelecimentos penais no Brasil</i>	30
2.2.1.1	<i>O Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro: ADPF Nº. 437/DF.....</i>	35
3	DA REFORMA GERENCIAL E DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	36
3.1	Da redefinição do papel do Estado e da nova organização administrativa.....	37
3.2	Da descentralização da prestação dos serviços públicos.....	40
3.3	Do surgimento das Parcerias Público-Privadas e da sua inserção no Direito brasileiro.....	43
3.3.1	<i>Disciplina jurídica das Parcerias Público-Privadas no Brasil</i>	45
4	DA ADOÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL E DA EFETIVIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	49
4.1	Dos modelos de gerenciamento privado de estabelecimentos penais.....	50
4.1.1	<i>Modelo americano</i>	51
4.1.2	<i>Modelo inglês</i>	52
4.1.3	<i>Modelo francês</i>	52
4.1.4	<i>Modelo brasileiro</i>	53
4.2	Da implementação das Parcerias Público-Privadas no setor penitenciário	57
4.2.1	<i>Fisionomia jurídica da contratação</i>	58
4.2.2	<i>Aspectos da (in)viabilidade jurídico-constitucional</i>	59
4.3	Da efetividade da pena privativa de liberdade	66
4.3.1	<i>Resultados do sistema brasileiro</i>	69
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
	REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

A história da evolução humana é marcada pelo conflito e, no mesmo sentido, pela tentativa de concretizar uma ordem social. Assim, a pena nasce como reação da coletividade à conduta humana que conflita com os padrões e os princípios por ela partilhados, no intuito de alcançar a confusa ideia de paz social.

A nível institucional, as práticas punitivas assumiram várias fisionomias, ao longo de milhares de anos, até adquirir a feição de privação de liberdade. Certamente a mais adotada pelos sistemas jurídicos ao redor do globo, essa forma de punição vem enfrentando problemas em praticamente todos os lugares onde é aplicada, especialmente por ter se mostrado incapaz de atingir os objetivos para os quais foi desenvolvida.

Muitas razões podem ser atribuídas a esse insucesso. No entanto, a principal delas está relacionada à incapacidade de fato de os estabelecimentos penais absorverem a população submetida a medidas que importem a restrição do direito de ir e vir. Algumas vezes motivada por políticas de encarceramento descomedido, outras por limitações econômico-financeiras do Estado – que detém o poder de punir em regime de exclusividade –, a superlotação carcerária impossibilita o alcance dos fins da pena: a retribuição e a prevenção.

Com efeito, no contexto da Idade Contemporânea, em que prevalecem os regimes democráticos republicanos ou monarquistas parlamentares, nos quais há a concentração do *jus puniendi* na figura central do Poder Público, a atividade de execução da pena, a qual até então era exercida privativamente, revela resultados insatisfatórios. Por um lado, direitos e garantias constitucionalmente assegurados são violados sistematicamente – pondo em cheque a própria legitimidade do Estado na aplicação da sanção penal. Por outro, não consegue obstaculizar o crescimento dos índices de criminalidade, sustentados pelas altas taxas de reincidência, o que, externamente, recicla os valores da subcultura do crime.

Para contornar essa situação, a Política Criminal vem investindo na disciplina dos chamados *substitutivos penais*, como a suspensão condicional da pena; as penas pecuniárias e as restritivas de direito, e o livramento condicional; pondo a pena de prisão como *ultima ratio*. Não obstante, em muitos casos esta continua a ser imperativa, por não ter sido adequadamente desenvolvida, até este momento, outra sanção penal compatível com os crimes mais graves. A indispensabilidade de serem tomadas medidas que promovam alterações na forma como ora é executada a pena de prisão, portanto, permanece atual.

Diante das percepções de que a privação de liberdade de indivíduos continua a ser necessária e de que o Estado, por si só, mostrou-se incapaz de fazê-la cumprir seus objetivos, a privatização, especialmente a partir da década de 1980, com o compartilhamento dos valores de uma Administração Gerencial, aparece como possível solução. A finalidade é proporcionar, entre outros enquadramentos, a participação de novos atores na execução penal, dividindo-se as atribuições, para obtenção de maior eficiência no serviço penitenciário prestado.

Assim, justamente nesse contexto de falência da pena privativa de liberdade, é que alguns esforços são envidados para a transferência de atividades antes realizadas somente pelo Poder Público, por meio das permissões e concessões de serviço público e, mais recentemente, dos contratos de parceria público-privada. A temática, entretanto, ainda gera controvérsias das mais diversas, com implicações nos campos jurídico, ético e político, além de ser questionada a capacidade de realmente lograr uma mudança de paradigma na execução penal.

Invariavelmente, faz-se presente a necessidade de promoção da dialética no tema, sob o viés de serem criados e reinventados institutos que aprimorem o enfrentamento imediato da criminalidade, perante as claras deficiências na área de segurança pública, motivo pelo qual foi eleito o presente tema.

O objetivo deste trabalho é investigar, sob a luz das normas constitucionais e legais, bem como do ponto de vista prático, a viabilidade de adoção, pelo Estado brasileiro, do mais novo modelo de concessão de serviço público no sistema penitenciário: as Parcerias Público-Privadas, disciplinadas na Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004; estudando os impactos do modelo, de uma forma geral, na construção e na gestão de estabelecimentos penais e, mais especificamente, como alternativa à eficácia da pena privativa de liberdade.

Para isso, optou-se pela divisão do trabalho em três capítulos. No primeiro, busca-se abordar a evolução da pena, dos seus primórdios à configuração atual, quais seus objetivos e suas características no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, discorre-se sobre quais estabelecimentos a legislação penal nacional previu e em que condições estes se encontram na federação brasileira.

No segundo, é feita uma análise perfunctória acerca do rompimento com o modelo de administração burocrática, para adoção do modelo de Estado Gerencial, substancial perante o contexto socioeconômico vivenciado pela maioria dos países do mundo na segunda metade do século XX. Nesse seguimento, é desenvolvido um de seus principais efeitos: a fuga para o direito privado, por meio das privatizações, que deram azo às Parcerias Público-Privadas.

Enfim, no terceiro e último capítulo, consubstanciou-se as considerações dos dois primeiros capítulos, para desembocar na temática do acolhimento da contratação das parcerias público-privadas para construção e gestão de estabelecimentos penais.

Nessa toada, foram elucidadas as principais formas de gerenciamento privado dos estabelecimentos penais, para, então, discorrer sobre o modelo brasileiro. Frente à falência da pena privativa de liberdade nos moldes em que se encontra no Brasil, põe-se em questão se as participações de entidades privadas na execução da pena seriam de fato viáveis, sob o enfoque da ordem jurídico-constitucional brasileira, que reserva o *jus puniendi* ao Estado, e, em sendo, se seria capaz de influenciar positivamente na pena de prisão, contornando o arruinado molde que ora se apresenta.

O final da pesquisa é destinado às considerações finais, que trazem reflexões para, diante do exposto, serem promovidos mais veementes debates sobre uma mudança de ótica na maneira como se lida com a pena privativa de liberdade, até como pressuposto de remediar – ainda que parcial e vagarosamente – a mazela da criminalidade.

2 DA PENA E DAS CONDIÇÕES CARCERÁRIAS NO BRASIL

2.1 Das consequências jurídicas do delito e da evolução da pena

Não é viável precisar, em decorrência da limitação da capacidade humana de, por intermédio da tecnologia, reconstituir eventos passados, quando e como surgiram os primeiros sistemas punitivos, sejam mais ou menos complexos. Prepondera a ideia de que, à medida que se deu o desenvolvimento das relações intersubjetivas entre indivíduos da nossa espécie, com a percepção do meio e da própria existência, tornou-se possível o compartilhamento, de forma bem primitiva, de regras destinadas a disciplinar a convivência coletiva¹.

Essas regras, de uma infinidade de conteúdos possíveis, que tinham como única limitação a imaginação humana, inicialmente eram partilhadas apenas entre pequenos grupos de *Homo sapiens*. Acredita-se, diante da inexistência de uma sociedade organizada, que esses humanos, unidos em tribos ou clãs ligados primordialmente por laços sanguíneos, recorriam à *vingança privada*.

A *vindita* caracterizava-se pela ausência de preocupação com a proporcionalidade entre a ofensa e a reação da vítima, dos parentes ou do grupo social contra o ofensor². Perante essa falta de limites, milhares de anos foram marcados por dizimações de comunidades, como resultado de conflitos entre grupos vinculados por costumes e práticas diversos.

Frente a esse cenário, as limitações da *vindita* surgem como meio de “preservação e sobrevivência da comunidade, colocada em perigo pela vingança particular, impregnada de emoção e de ausência de proporção com a ofensa”³. De fato, com o intento de manutenção do corpo social como garantia da própria existência individual, mostrou-se necessário restringir esse arbítrio na punição. Nesse período, a “Lei de Talião”, que vigorou na Mesopotâmia, sem que tenha extinguido a vingança privada, dá-lhe nova aparência, trazendo “o primeiro traço do princípio da proporcionalidade – ainda que em seu aspecto meramente foral – entre a pena e o crime, ao prescrever a máxima “olho por olho, dente por dente”⁴.

¹ O período em alusão diz respeito à pré-história, termo utilizado para fazer referência ao período que antecede o desenvolvimento da escrita. O período pré-histórico teve duração aproximada de 5 milhões de anos e se estendeu até aproximadamente 4000 a.C. Por sua vez, nomeou-se a transição de “proto-história”, descrita em documentos posteriores. A divisão clássica da História se dá em idades: Antiga, Média, Moderna e Contemporânea.

² ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3.

³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 6.

⁴ CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009, p. 261.

Além dessa, cumpre falar da *vingança divina*, quando a punição guardava relação com a fé, fundamentada na justiça divina. Nesse preceito, certas condutas implicavam ultraje aos deuses, sendo o castigo aplicado uma forma de apaziguar a ira daqueles e de reconquistar seu compadecimento. Diversos povos da Antiguidade adotaram esse modelo. Exemplificando a temática, Enio Luiz Rossetto:

No Código de Manu, Índia, fundado na religião hindu (bramanismo), a *vingança divina* domina a repressão para satisfação da divindade ofendida pelo crime. O rigor da punição é de conformidade com a grandeza do deus ofendido, o que assinalava o caráter teocrático desse direito penal, a ser interpretado e aplicado pelos sacerdotes, enfim, a pena cumpria uma função eminentemente moral. A pena para os hindus tinha por objetivo garantir o cumprimento dos deveres recíprocos entre as quatro castas em que se dividia a comunidade. Havia três espécies: a pena de *purificação*, a de *expição* e a pena *propriamente dita*. O caráter religioso nas sanções penais era bem marcante na pena de morte, infligida aos autores de crimes mais graves. Ela refletia uma espécie de penitência espontânea, aceita pelo culpado, como forma de purificação.⁵

Nesse seguimento, como consequência da evolução das organizações sociais, com o surgimento de comunidades maiores e mais complexas e a progressão da ideia de paz social, cresce a tendência de centralização do poder, passando a pena a representar verdadeira reação da coletividade aos indivíduos que desprestigiavam as diretrizes do sistema ético-jurídico por ela partilhado, para conquista da autopreservação⁶. Inaugura-se a época da *vingança pública*, com o intuito de “segurança do príncipe ou soberano, através da pena, também severa e cruel, visando à intimidação”⁷. O Estado toma, a seu cargo, a aplicação da pena.

Evidencia-se, por meio dessa breve abordagem, que a história da pena remonta à própria Revolução Cognitiva⁸. Nada obstante, a prisão como penalidade autônoma, decorrente do exercício do *jus puniendi* pelo Estado, é fenômeno recente. Antes de adquirir essa feição, privar a liberdade do infrator constituía tão-somente um meio de custódia, para, evitando sua fuga, uma vez decidida qual pena seria aplicada, viesse a ser punido. Portanto, deveras longo e complexo o caminho percorrido pela prisão até adquirir caráter de sanção penal.

⁵ ROSSETTO, op. cit., p. 5.

⁶ CALDEIRA, op. cit., p. 262.

⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999. p. 21.

⁸ Aborda Yuval Noah Harari que novas formas de pensar e de se comunicar surgiram entre 70 mil anos atrás a 30 mil anos atrás, constituindo a “Revolução Cognitiva”. Desde esse período, a cooperação humana, que tinha bases no compartilhamento de “realidades imaginadas”, muito provavelmente decorrente da evolução da capacidade de comunicação entre *Homo sapiens*, possibilitou que um grande número de estranhos pudesse cooperar de maneira eficaz, por acreditarem nos mesmos mitos. Dentre estes, estão os Deuses, as Nações e o próprio sistema jurídico, do qual deriva o subsistema jurídico-penal, que lastreia o instituto da pena. HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM Editores S.A., 2018.

2.1.1 Evolução da pena de prisão

A antiguidade desconheceu por completo a privação de liberdade nos seus moldes de sanção penal⁹. Até o fim do século XVIII, a função da prisão estava atrelada ao depósito – contenção e custódia – da pessoa física do réu, com o objetivo de guarda e investigação – na forma de tortura –, em condições subumanas, até seu julgamento, cujo resultado variava entre morte, mutilação e submissão a trabalhos forçados.

[...] a prisão mais conhecida e utilizada era aquela com função de mera custódia, para aguardar o julgamento ou a aplicação da sanção. Ela também funcionava como local de tortura e aplicação da pena de morte, além de reter devedores. A prisão como pena não desempenhou um papel central na Grécia antiga, que conhecia com maior frequência as penas de morte, exílio e multa.¹⁰

É verdade que, por outro lado, as civilizações helênica (Grécia) e romana (Roma) conceberam a prisão como método para retenção dos devedores até o adimplemento da dívida pecuniária. Assim, o devedor respondia pessoalmente pelo crédito, ficando à mercê do credor, inclusive como seu escravo. A *prisão por dívidas* constituía uma medida coercitiva, no intuito de compelir o inadimplente ao cumprimento da obrigação. Esse instituto, todavia, não possuía natureza de sanção penal, ficando fora do âmbito do Direito Penal.

A finalidade custodial permanece durante a Idade Média e as penas, de mutilação, queima de corpos vivos em fogueiras, tortura e morte, são espetáculos à parte para multidões. No entanto, surge também nessa época a *prisão de Estado*. Nesta eram recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que incorriam em delitos de traição, assim como os considerados adversários políticos dos governantes¹¹.

Paralelamente, com o fortalecimento da Igreja, o Direito Canônico passa a exercer grande influência no período medieval, fazendo nascer punições para clérigos faltosos, através da reclusão em celas ou da internação em mosteiros¹². Trata-se da *prisão eclesiástica*, que se destinava “aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação”¹³.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: volume 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 599.

¹⁰ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Dissertação – (Mestrado em Filosofia do Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. p. 6.

¹¹ BITENCOURT, op. cit., p. 600.

¹² CALDEIRA, op. cit., p. 265.

¹³ BITENCOURT, op. cit., p. 600.

É inegável que, trazendo a ideia de penitência, o pensamento cristão influenciou o surgimento da pena privativa de liberdade. A prisão canônica excepcionava a prisão-custódia, apresentando, não obstante muito presente o inexorável fim retributivo, uma preocupação com a correção do infrator. Enfim, teve o mérito de trazer à pena propósitos de meditação, reflexão e, destarte, arrependimento.

Na Idade Moderna, compreendida no íterim entre a queda de Constantinopla, em 1453, e a Revolução Francesa, em 1789, predominaram no globo os regimes absolutistas, nos quais havia o controle do monarca no campo penal e o suplício infligido aos criminosos era a reafirmação do poder do soberano. Nesse período, as penas tinham, primordialmente, caráter intimidatório e retributivo, com desígnio de proteção do próprio regime.

A pena, sem qualquer proporção com o crime cometido, não possuía nenhum conteúdo jurídico, nem qualquer objetivo de emenda do condenando. Sua aplicação tinha a função de intimidar a população por meio do castigo e do sofrimento infligido ao culpado. [...] justifica os castigos como forma de intimidação, para segurança da sociedade e garantia do poder soberano, concepção própria do absolutismo, que não visava outra finalidade da pena, a não ser a de incutir temor em nome da salvaguarda da monarquia absoluta.¹⁴

Durante os séculos XVI e XVII, a Europa enfrentou distúrbios religiosos, longas guerras, destruidoras expedições militares e extensão dos núcleos urbanos, agravando a crise do modelo feudal de vida, diretamente ligado à economia agrícola. Tal conjuntura acabou por provocar um enorme aumento da criminalidade na transição do século XVII ao XVIII. Como resultado, por razões de política criminal, a pena de morte deixou de ser adequada, porque não seria possível aplicá-la a tantas pessoas.

Posto isso, dimanou um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade: a criação e a construção de espaços para reparo do apenado. A reforma dos delinquentes se daria por intermédio de trabalho e férrea disciplina.

Com isso, surgiram, em vários lugares do Reino Unido, as *houses of correction* ou *bridwells* e, mais tarde, as *workhouses*, enquanto na Holanda apareciam as casas de correção para homens (*Rasphuis*) e para mulheres (*Spinhis*)¹⁵. Nesses estabelecimentos, buscava-se “o fim educativo por meio do trabalho constante e ininterrupto, do castigo corporal e da instrução religiosa.”¹⁶

¹⁴ ROSSETTO, op. cit., pp. 18-19.

¹⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 603.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2011. p. 40.

As casas de correção, que se espalharam pela Europa, na realidade, mais serviam ao Direito Penal como instrumento de segregação social, com a utilização do trabalho forçado do recluso, que propriamente de reabilitação social¹⁷. Apesar disso, ainda na modernidade, são elaboradas importantes obras relativas ao sistema penitenciário: *Hospício de San Felipe Neri*, do sacerdote Filippo Franci, e *Reflexões sobre as prisões monásticas*, de Jean Mabillion¹⁸.

No início do século XVIII, o Iluminismo, que teve origem na revolução científica do século XVII, começa a inspirar o *período humanitário* do Direito Penal, com a difusão das ideias de proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário, de abolição da tortura e de limitações à pena de morte¹⁹. Torna-se evidente o viés de eliminação das penas arbitrárias e de contenção do poder absoluto do Estado.

A pena também assume a função de limitar o arbítrio judicial na sua aplicação. Para tanto, sustenta que as acusações e julgamentos devem ser públicos; que o acusado deve ser considerado inocente e a sua prisão ser consequência da condenação e, excepcionalmente, ser admitida antes dela como forma de se evitar que o investigado fuja. Além disso, o juiz no julgamento deve simplesmente aplicar a lei por meio de um simples silogismo, em que a premissa maior é a lei penal anterior ao fato, e a premissa menor, o fato a ser julgado.²⁰

Por conseguinte, com a crescente defesa do respeito à pessoa e dos sentimentos de piedade e compaixão pelo destino dado às pessoas submetidas ao processo penal e ao regime carcerário²¹, o período humanitário ganha força com os reformadores: Cesare Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham. Em suma, validou-se a ideia de que a pena não deveria ser cruel, mas sim “essencialmente *pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, em dadas características, proporcional aos delitos e ditada pelas leis*”²².

Não obstante, seria ingênuo concluir que a prisão-pena surge só como impulso de um ato humanitário²³. Na verdade, passa por múltiplos condicionamentos histórico-culturais, como a valorização dos ideais racionais, as mudanças sociopolíticas e da estrutura econômica. De qualquer modo, independentemente das razões, a prisão se transforma no principal método sancionatório já ao fim do século XVIII.

¹⁷ CALDEIRA, op. cit., p. 266.

¹⁸ Tais documentos antecipam afirmações típicas do Iluminismo sobre o problema penal, defendendo o regime celular, a proporcionalidade da pena conforme o crime cometido e a reintegração do apenado à comunidade.

¹⁹ FRAGOSO, Heleno C. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 49.

²⁰ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria geral da pena. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112.

²¹ FRAGOSO, op. cit., p. 49.

²² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. Tradução de J. Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 59.

²³ BITENCOURT, *Falência...*, op. cit., p. 51.

2.1.2 Sistemas penitenciários

Tornando-se o aprisionamento a punição aplicada por excelência a partir do século XIX, foram idealizados sistemas penitenciários para abrigar a crescente população carcerária. Antes, contudo, recorde-se que, ainda durante o século XVI, surgiram as casas de correção na Inglaterra e, algumas décadas depois, na Holanda, as quais se baseavam no trabalho árduo, no castigo corporal e na instrução religiosa.

O sistema *pensilvânico* ou *filadélfico*, também conhecido como *belga* ou *celular*, caracterizava-se pelo isolamento total do preso em uma cela, não sendo permitidos quaisquer tipos de visitas nem a comunicação com outros encarcerados, bem como não poderia trabalhar ou ter contato com o exterior. Tão-somente eram autorizados passeios inconstantes no pátio e a leitura da Bíblia²⁴. Acreditava-se na reforma do delinquente por meio do silêncio absoluto e da meditação. Esse modelo sofreu severas críticas, entre as quais o alto custo de manutenção e o considerável número de casos de presos que desenvolveram transtornos psiquiátricos.

O sistema *auburniano* ou *silent system* abandona o confinamento total, passando a permitir o trabalho coletivo dos reclusos no período diurno, sob absoluto silêncio. À noite, no entanto, é mantida a solitária. As celas são individuais e a comunicação entre presos continua vedada. O fracasso desse sistema se explica pelo propósito de se industrializar as prisões, com dificuldades técnicas e administrativas de torná-las eficientes unidades produtivas; ao rigoroso regime disciplinar e ao poder arbitrário de aplicar castigos²⁵.

O sistema *progressivo* se alicerça na execução da pena por etapas decrescentes, ou seja, na distribuição do tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se, em cada um, os privilégios aos quais teria acesso o apenado, na medida da sua boa conduta e conforme aderisse ao tratamento reformador²⁶. Desse modo, por intermédio da concessão de benefícios, estimula-se um comportamento adequado do encarcerado, propiciando a gradual adaptação do apenado à vida livre em sociedade.

O sistema progressivo *inglês* possuía três fases, iniciando-se pelo isolamento, que é seguido pelo trabalho e pela liberdade condicional, enquanto o *irlandês*, aprimorando, inclui um período intermediário entre o trabalho em comum e a liberdade condicional.

²⁴ JESUS, Damásio de; atualização André Estefam. **Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 543.

²⁵ BITENCOURT, *Falência...*, op. cit. p. 91.

²⁶ *Ibidem*, p. 97.

2.1.3 Teorias da pena: uma análise sobre as finalidades da pena

A compreensão do sistema sancionador está intimamente ligada à forma de Estado e ao modelo socioeconômico em que aquele se desenvolveu²⁷. Nessa perspectiva, ao sentido que é atribuído ao Direito Penal por certa Nação em determinado momento histórico-cultural correspondem as funções da pena, como meio central de intervenção daquele ramo. Portanto, o estudo das teorias da pena, que permeia seus objetivos, deve ser acompanhado da evolução dos modelos de Estado.

Teorias absolutas ou retributiva da pena. A pena em sentido absoluto ganha vida no Estado absolutista, em que há identidade entre o soberano e o Estado e entre este a religião. O poder do soberano é justificado como objeto de concessão divina. Nessas circunstâncias, o indivíduo que contrariava o poder estatal também contrariava o próprio Deus. Mais tarde, com a transição para o Estado Liberal, a pena passa a ter fulcro na teoria do contrato social, sendo a retribuição à perturbação da ordem jurídica acordada pelos homens e consagrada pelas leis. Assim, caberia à punição a difícil incumbência de realizar a justiça²⁸.

Em um ou em outro, o objetivo da pena era retribuir o mal causado pelo crime. A pena é concebida como um fim em si mesma. Nessa lógica, o castigo infligiria um sofrimento ao apenado equivalente àquele injustamente produzido, garantindo, externamente, a eticidade, contudo sem se preocupar com algum fim socialmente útil²⁹.

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría "absoluta" porque para ella el fin de la pena es independiente, desvinculado de su efecto social (lat. *absolutus* = desvinculado). La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión: *ojo por ojo, diente por diente*.³⁰

Teorias relativas ou preventivas da pena. Com a ascendência do ideal do “homem racional”, oriundo do iluminismo, deixou de ser adequado aos postulados do novo modelo de Estado a fundamentação da pena em uma consideração metafísica de justiça. A pena passaria a

²⁷ BITENCOURT, *Falência...*, op. cit., p. 117.

²⁸ Ibidem, p. 119.

²⁹ CLAUS, Roxin. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 81.

³⁰ Ibidem, pp. 81-82.

exercer uma outra função: a de “coação psicológica”. Com efeito, o homem racional, para não sofrer os efeitos da condenação, deixaria de praticar o delito. Nesse seguimento, supõe-se “um indivíduo que a todo momento pode comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena”³¹. Trata-se da teoria da *prevenção geral*.

Na transição do século XIX ao XX, ante as exigências principiológicas do modelo de Estado social, os mecanismos de punição legal passam a ter um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos, ou seja, sobre aquilo que são, serão ou possam ser³². Com isso, a pena adquire o difícil fim de ressocializar e reeducar o apenado, através de tratamento penitenciário que o reabilitasse ao convívio social. Trata-se da teoria da *prevenção especial*, que dirige seu comando ao particular, para que não volte a delinquir³³.

As teorias relativas [...] são as que se subdividem em teorias relativas da *prevenção geral* e da *prevenção especial*, cujos conceitos já examinamos: na prevenção geral a pena surte efeito sobre os membros da comunidade jurídica que não delinquiram, enquanto na prevenção especial age sobre o apenado.³⁴

Na doutrina contemporânea, a teoria da prevenção especial se divide em *negativa* (neutralização) e *positiva* (ressocialização)³⁵. A neutralização se dá por meio da segregação do apenado no cárcere, impedindo-o de praticar novas infrações; enquanto a reinserção social se daria pelos trabalhos pedagógicos de transformação interna do preso.

Teorias mistas, unificadoras ou ecléticas da pena. Essas teorias buscam conciliar as finalidades retributiva e preventivas da pena. Vigora a concepção da pena como retribuição da culpa e, subsidiariamente, como instrumento de intimidação da população e, na medida do possível, de ressocialização do agente. Na lição de Juarez Cirino dos Santos:

A pena representaria (a) retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade; (b) prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor; e, finalmente, (c) prevenção geral negativa através da intimidação dos criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/esforço da confiança na ordem etc.³⁶

³¹ BITENCOURT, *Falência...*, op. cit., p. 134.

³² FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 40. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 20.

³³ BITENCOURT, *Falência...*, op. cit., p. 119.

³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1 – Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 112.

³⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 139.

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. pp. 428-429.

2.1.4 A pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro

As variadas práticas punitivas adotadas pelas tribos indígenas não influenciaram a legislação penal brasileira em seus primórdios. As Ordenações Filipinas (1603) vigoraram no Brasil da chegada da Coroa portuguesa até que, por meio de diretrizes dadas pela Constituição de 1824, fosse elaborado o Código Criminal do Império (1830), sob forte influência dos ideais iluministas.

Com a abolição da escravatura (13/05/1888), o deputado Joaquim Nabuco propôs a revisão da legislação penal, que foi iniciada após a proclamação da República (15/11/1889), cujo resultado foi a promulgação do Código Penal da Primeira República (1890). Este trouxe previsões de penas de prisão celular; reclusão; prisão com trabalho obrigatório; de interdição, suspensão e perda de emprego público e multa, entre outras³⁷.

Por conseguinte, inaugurado o Estado Novo, foi elaborado o projeto do novo CP. Este foi sancionado em 07/12/1940, na vigência da Carta Política de 1937³⁸, e entrou em vigor em 01/01/1942. Em 1984, foi aprovada a Lei nº. 7.209, que reformou a Parte Geral do CP. Entram em vigor, em 1985, a nova Parte Geral e a avançada Lei nº. 7.210/84 – a Lei de Execução Penal.

As principais inovações em matéria de penas foi a extinção das penas acessórias, a criação das penas restritivas de direitos, a diminuição dos efeitos da reincidência, as formas progressiva e regressiva de cumprimento da pena privativa de liberdade nos regimes fechado, semiaberto e aberto, restabeleceu o sistema dia-multa, banuiu as medidas de segurança para imputáveis, substituiu o sistema do duplo binário pelo vicariante para os semi-imputáveis, adotou o sistema trifásico no cálculo da pena.³⁹

Nesse contexto, a pena ganha um novo conceito: o de sanção imposta pelo Estado, por meio da ação penal, àquele que comete uma infração penal, *retribuindo* o delito praticado e *prevenindo* novos crimes⁴⁰. De fato, consoante se interpreta da redação do art. 59 do Código Penal vigente⁴¹, ao juiz foi designado o comando de fixar a pena de maneira a ser necessária e suficiente à *reprovação* e à *prevenção* do crime. Com isso, a lei penal brasileira demonstra ter se filiado à *teoria mista, unitária ou eclética da pena*.

³⁷ BRASIL. **Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890**. Rio de Janeiro: Governo Provisório, 1890.

³⁸ A Carta de 1937, também conhecida por “Polaca”, criou a ordem política à semelhança dos países totalitários da Europa, rompendo com o espírito liberal da Constituição de 1824.

³⁹ ROSSETTO, op. cit., p. 52.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 549.

⁴¹ BRASIL. **Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

O intento de *prevenção especial positiva* ganha ainda maior atenção com a Lei de Execução Penal⁴², que dispõe ser objetivo da execução penal, além de efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, oportunizar a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 5º); também declara ser a assistência ao preso e ao internado dever do Estado, a fim prevenir o crime e orientar o retorno à convivência social (art. 10).

Nesse seguimento, com o processo de redemocratização e a promulgação do texto constitucional de 1988, desenvolveu-se o neoconstitucionalismo no Brasil. Um dos principais marcos teóricos deste movimento é o de reconhecimento da força normativa da Constituição, isto é, do caráter *vinculativo e obrigatório* das suas disposições⁴³. Diante da inobservância de suas regras e princípios, hão de ser deflagrados mecanismos próprios de coação.

Sob esse prisma, a Carta de Outubro de 1988 consagrou expressamente princípios, de caráter vinculativo e respeito compulsório, aplicáveis à pena, especialmente com a meta de limitar poder punitivo do Estado. Por um lado, funcionaria como verdadeira garantia negativa do cidadão, oponível em face do Poder Público, e, por outro, como parâmetro de legitimidade do exercício do *jus puniendi*. Sintetizando-os, assinala Guilherme de Souza Nucci:

a) princípio da *personalidade* ou da *responsabilidade pessoal*: significa que a pena é *personalíssima*, não podendo passar da pessoa do delinquente (art. 5.º, XLV, CF); b) princípio da *legalidade*: significa que a pena não pode ser aplicada sem prévia cominação legal – *nulla poena sine praevia lege* (art. 5.º, XXXIX, CF); c) princípio da *inderrogabilidade*: significa que a pena, uma vez constatada a prática da infração penal, é inderrogável, ou seja, não pode deixar de ser aplicada [...] d) princípio da *proporcionalidade*: significa que a pena deve ser proporcional ao crime, devendo guardar equilíbrio entre a infração praticada e a sanção imposta (art. 5.º, XLVI, CF). [...]; e) princípio da *individualização* da pena: significa que, para cada delinquente, o Estado-juiz deve fixar a pena exata e merecida, evitando-se a pena-padrão, nos termos estabelecidos pela Constituição (art. 5.º, XLVI). [...] f) princípio da *humanidade*: significa que o Brasil vedou a aplicação de penas insensíveis e dolorosas (art. 5.º, XLVII, CF), devendo-se respeitar a integridade física e moral do condenado (art. 5.º, XLIX).⁴⁴

Os princípios aplicáveis à pena possuem suma importância, não só norteando, mas sendo de observância obrigatória pelos Poderes. Interessa desenvolver três desses princípios: (i) o da legalidade; (ii) o da individualização da pena; e (iii) o da dignidade da pessoa humana. Passa-se a expô-los.

⁴² BRASIL. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 11 jul. 1984.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Rio de Janeiro, 2005.

⁴⁴ NUCCI, *Curso de Direito Penal*..., op. cit., p. 565.

No que concerne à *legalidade*, pode-se desdobrá-la em três postulados: da reserva legal, da determinação taxativa e da irretroatividade. Respectivamente, restringe as fontes das normas penais, exige enunciação clara dessas normas e limita a eficácia delas no tempo. Num cenário de execução penal, o preso e o internado não poderiam sofrer consequências além das expressamente consignadas na sentença e em lei⁴⁵.

No que diz respeito ao *princípio da individualização da pena*, este incidirá sobre o *quantum* abstrato, na fixação do mínimo e do máximo da pena; sobre aplicação concreta, em consideração das circunstâncias judiciais, das agravantes e atenuantes, das causas de aumento e diminuição; e, na execução, sobre a determinação do regime e do estabelecimento penal⁴⁶.

Se a pena cumpre missões e funções no sistema de imputação, logicamente estas missões e funções se cumprem através de diferentes medidas diante de sujeitos também diferentes. A culpabilidade individual determina que cada sujeito tem o direito a sua própria pena, ou seja, que cada indivíduo tem direito a que sua pena adquira uma conformação ajustada a ele próprio, tendo em vista os fins que visa alcançar.⁴⁷

No que se refere ao princípio da *humanidade*, ou da *dignidade da pessoa humana*, tido como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III)⁴⁸, pode-se compreendê-lo, apesar do seu elevado grau de abstração, como a noção do ser humano em sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente⁴⁹. Logo, nesse entendimento, não poderia o sistema punitivo estatal aplicar sanções que maculassem a constituição físico-psíquica do condenado.

Importante consignar que, consoante a legislação penal nacional⁵⁰, classificam-se as penas em: (a) privativas de liberdade: reclusão, detenção e prisão simples, as duas primeiras relativas ao crime e a última à contravenção penal; (b) restritivas de direitos; e (c) pecuniária, sendo a multa a única modalidade prevista na legislação brasileira. Interessam aos fins deste trabalho as medidas que importem limitação do direito de liberdade locomotiva⁵¹.

⁴⁵ Art. 38 do CP: “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade”. Art. 3º da LEP: “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

⁴⁶ Na forma do art. 5º, XLVIII, da CF/88, “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. O art. 84 da LEP estabelece diversos critérios de separação.

⁴⁷ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5. ed. São Paulo: Altas, 2015. p. 209.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

⁴⁹ GARCIA, Maria, **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 211.

⁵⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, op. cit., art. 32.

⁵¹ Art. 5º, XV, da CF/88: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. BRASIL, Constituição (1988), op. cit.

2.2 Dos estabelecimentos penais

Depreende-se do “Título IV” da Lei de Execução Penal que são estabelecimentos penais a penitenciária, a colônia penal (agrícola, industrial ou similar), a casa do albergado, o centro de observação, o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a cadeia pública.

A *penitenciária* é estabelecimento de segurança máxima, com constante vigilância de policiais e agentes penitenciários, cercada de muralhas e grades de proteção, onde o preso cumpre regime *fechado*. Aduz o art. 88 da LEP: “o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”⁵². Também exige como requisito básico da unidade celular, salubridade e área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados).

A *colônia penal*, estabelecimento de segurança média, dirigida ao cumprimento da pena em regime *semiaberto*, já não mais possuiria muralhas e agentes armados. Desse feitio, a permanência do apenado se daria, em grande parte, conforme sua própria disciplina e senso de responsabilidade⁵³. Consoante o art. 92 da LEP, o condenado fica alojado em compartimentos coletivos, que terão seleção adequada de presos e limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena⁵⁴.

Dispõe-se *alojamento coletivo* em virtude do maior preparo do preso, advindo com bom comportamento do regime fechado, quando ocorre a progressão de regime, ou do seu reduzido grau de periculosidade, quando inicia diretamente no regime semiaberto, já se pode introduzi-lo em alojamento coletivo, onde poderá partilhar espaço comum com outros condenados. Não haverá, pois, o isolamento noturno previsto no regime fechado e, durante o dia, o trabalho será comum, com a viabilidade de o preso circular pela colônia [...].⁵⁵

A *Casa do Albergado* se dirige ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime *aberto*, ou restritiva de direitos, relativamente à limitação de fim de semana (art. 93 da LEP). Esse estabelecimento seria um prédio situado em um centro urbano, com ausência total de obstáculos físicos contra a fuga, contendo aposentos para acomodar os presos e locais para cursos e palestras. Haveria, todavia, fiscalização e controle das entradas e saídas.

Nos *centros de observação* são efetuados os exames gerais e criminológicos, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação (art. 96 da LEP). Servem aos dados estatísticos e à pesquisa criminológica, contribuindo para individualizar a pena.

⁵² BRASIL, Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, op. cit., art. 88, *caput*.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 169.

⁵⁴ BRASIL, Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, op. cit., art. 92.

⁵⁵ NUCCI, *Curso de Execução Penal...*, op. cit. 170.

Essa separação em diferentes estabelecimentos, a depender do regime, é predicado do princípio da individualização da pena e demonstra a adoção, pela lei de execução penal, do *sistema progressivo*. Busca-se, por meio da execução da pena em etapas decrescentes, com a concessão de benefícios ao preso que evidenciar um bom comportamento, lograr a prevenção geral positiva, reaproximando o apenado do convívio social.

Os *hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico* se endereçam aos inimputáveis e semi-imputáveis a quem for aplicada medida de segurança, que não possui natureza jurídica de pena, e sim de medida preventiva. Estabelece o art. 96, inciso I, do CP, que a internação, na falta de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, poderá se dar em outro estabelecimento adequado⁵⁶. Tais locais, além dos equipamentos e medicamentos indispensáveis ao tratamento, deverão possuir salas próprias para segurar os internos⁵⁷.

A *cadeia pública* é assegurada aos presos provisórios – recolhidos em decorrência de prisão em flagrante (arts. 301 e s., CP), prisão temporária (L. 7.960/89) e prisão preventiva (arts. 311 a 316, CPP) –, cuja liberdade é tolhida por razões acautelatórias – portanto, não tem natureza de pena, mas sim de medida preventiva.

Consoante o art. 5º do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1999, “os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a um tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas”⁵⁸.

Sobre as cadeias públicas, expõe Mirabete:

A separação instituída com a destinação à Cadeia Pública é necessária, pois a finalidade da prisão provisória é apenas a custódia daquele a quem se imputa a prática do crime a fim de que fique à disposição da autoridade judicial durante o inquérito ou a ação penal e não para o cumprimento da pena, que não foi imposta ou que não é definitiva. [...] não deve ter outras limitações se não as determinadas pela necessidade da custódia e pela segurança e ordem dos estabelecimentos⁵⁹.

Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico e as cadeias públicas não devem ser destinados ao cumprimento de pena privativa de liberdade, e sim de medida acautelatória, seja do internado, do submetido a tratamento ambulatorial ou do preso provisório.

⁵⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, op. cit., art. 96.

⁵⁷ NUCCI, *Curso de Execução Penal*..., op. cit., p. 173.

⁵⁸ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto San José da Costa Rica), de 22 de nov. 1969. Diário Oficial da União. Brasília, 1992.

⁵⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº. 7.210, de 11-07-1984. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 298.

2.2.1 Das deficiências dos estabelecimentos penais no Brasil

Bitencourt⁶⁰ aduz que, no mundo da Ciência Penal, é quase unânime a afirmação a de que pena se justifica por sua necessidade. A razão da privação de liberdade está em não ter sido adequada e suficientemente desenvolvida, até este momento, outra sanção – de natureza penal – apropriada para a repressão dos crimes mais graves. É, portanto, um mal necessário.

Desde o fim século XIX, a pena de prisão começa a entrar em decadência, em face da incapacidade dos sistemas penitenciários de absorverem o número de condenados e, assim, dar-lhes um tratamento congruente com os objetivos planejados. No Brasil, onde adversidades são banais, não seria diferente – senão pior. Observa-se uma verdadeira dessemelhança entre a função declarada e determinada em lei e a realidade enfrentada por esses estabelecimentos.

O sistema carcerário brasileiro é marcado por inúmeras sequelas. A principal delas certamente é a superlotação, da qual decorre as demais. O encarceramento em massa, somado à falta de infraestrutura e alojamentos suficientes para hospedar todos, resulta na sobreposição de apenados, a despeito do que determinam o texto constitucional e a lei de execução penal⁶¹.

Além disso, por muitas vezes inexistir estabelecimento adequado ao cumprimento do regime indicado na decisão, designa-se a acomodação, em igual ambiente, de pessoas que incorreram em infrações de ordem e gravidade distintas. Sobre isso, elucida Renato Marcão:

[...], exsurge a absoluta ausência de estabelecimentos em número suficiente para o atendimento da clientela. Diariamente, inúmeros condenados recebem pena a ser cumprida no regime inicial semiaberto. Entretanto, em sede de execução, imperando a ausência de vagas em estabelecimento adequado, a alternativa tem sido determinar que se aguarde vaga recolhido em estabelecimento destinado ao regime fechado, em absoluta distorção aos ditames da Lei de Execução Penal. Não raras vezes a pena que deveria ser cumprida desde o início no regime intermediário acaba sendo cumprida quase que integralmente no regime fechado. Quando não, o executado aguarda a vaga para o sistema semiaberto na cadeia pública, e, por interpretação equivocada de alguns juízes e promotores que atuam na execução penal, acabam por não usufruir de direitos outorgados aos presos com pena a cumprir no regime semiaberto, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de saídas temporárias.⁶²

⁶⁰ BITENCOURT, *Tratado...*, op. cit., p. 630.

⁶¹ O art. 5º, XLVIII, da CF determina que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Dispõe o art. 84 da LEP: “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 3º - “Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III.”

⁶² MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal** – 18. ed. – São Paulo, Saraiva Educação, 2021. p. 58.

Essa convivência entre presos de diferentes graus periculosidade, amontoados em uma mesma cela, adquire forma de “escola do crime”, na qual o crime organizado, dominante nessa realidade, corrompe presos e agentes públicos. O recluso vê-se obrigado a se adaptar a um modo de vida diferente, com um código moral próprio, arrimado na subversão dos valores partilhados pela sociedade em geral. À vista disso, a pena, que haveria de ressocializar, gera o efeito contrário. Acerca disso, é salutar a lição de Alessandro Baratta:

Este é examinado sob um duplo ponto de vista: antes de tudo, o da ‘desculturação’, ou seja, a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto responsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso da realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. O segundo ponto de vista, oposto, mas complementar, é o da ‘aculturação’ ou ‘prisionalização’. Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária.⁶³

De acordo com dados divulgados pelo SISDEPEN – plataforma de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro que sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária –, quanto ao período compreendido entre janeiro e junho de 2020, o Brasil possuía um total de 702.069 presos, dos quais 344.773 em regime fechado, 101.805 em semiaberto e 43.325 em aberto; 209.257 provisórios, 2.696 sob medida de segurança e 213 em tratamento ambulatorial⁶⁴. Importa referir que ficam excluídos desses dados os presos que não estão sob a tutela dos Sistemas Penitenciários⁶⁵.

O referido levantamento também informou que, em 2020, haviam 446.738 vagas ofertadas, enquanto a população carcerária era de 678.506⁶⁶. Sob esse prisma, o déficit total de vagas alcança a marca de 231.768. Aliás, conforme dados do Sistema Prisional em Números – alimentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público –, todas as cinco regiões brasileiras apresentaram, em 2019, uma taxa de ocupação superior a 100%, sendo 161,42% a taxa média, em relação à capacidade total⁶⁷.

⁶³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1999. p. 184-185.

⁶⁴ SISDEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Período 01-06/2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaWU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDZlNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 21/06/21.

⁶⁵ É o caso dos que estão sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares.

⁶⁶ Esse número foi obtido pela exclusão do cálculo de presos e vagas das Unidades de Monitoramento Eletrônico e do Patronato de Curitiba-PR (que não possui estrutura física para custódia e contava com 23.563 “presos”).

⁶⁷ CNMP. **Sistema Prisional em números. 2019**. Relatórios BI. Conselho Nacional do Min. Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 21/06/2021.

Antes mesmo que os vultuosos números de encarcerados levem alguns ao engano de que a política de encarceramento brasileira é deveras eficaz, segundo informações do CNJ, estão pendentes de cumprimento 333.077 mandados de prisão, dentre os quais 310.680 são de procurados e 22.397 são de foragidos⁶⁸. Na hipótese de serem cumpridos todos os mandados, atingir-se-ia a marca de 564.845 presos excedentes, em contraste com o número de vagas.

Nesse sentido, percebe-se que o prognóstico sobre o problema da superpopulação carcerária não é positivo. Enquanto não é resolvido – e não são envidados esforços para achar soluções –, esse quadro estimula os presos à concentração, à organização e à disseminação do crime sob a custódia do Poder Público. A prisão não readapta, mas estigmatiza.

A infraestrutura carcerária que alberga os reclusos desrespeita os limites da pena e é um cenário insalubre proliferação de doenças e abusos físicos e sexuais.

O contágio por agentes patogênicos – como vírus, bactérias e parasitas – progride rapidamente, em face de fatores decorrentes do próprio encarceramento: celas com excesso de detentos, mal ventiladas e com pouca iluminação solar, acentuados pela falta de informação e pelo precário acesso aos serviços de atendimento médico⁶⁹. A Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados divulgou o relatório das atividades levadas a cabo pela II Caravana Nacional de Direitos Humanos, no ano de 2000, no qual repousa a seguinte averiguação, após visita ao II Distrito Policial de Aldeota, em Fortaleza, no Estado do Ceará:

[...] é preciso descrever o local que habitam: as celas são imundas, de tal forma que o odor fétido que exalam pode ser sentido ainda no pátio interno do distrito policial, sendo essas escuras e sem ventilação. Ao alto, em uma das paredes, há uma pequena abertura gradeada com não mais que 15 centímetros de largura. No chão, em meio à sujeira e ao lixo, transitavam com desenvoltura dezenas de baratas. Nas paredes laterais das celas, inscrições firmadas com o sangue dos seus autores nos oferecem a sugestão de sofrimentos passados. Também nas paredes, outras mensagens gravadas com o auxílio de cascas de banana complementam a sujeira toda. Ao alto, no teto desses cárceres, centenas de pequenos aviõezinhos de papel, confeccionados pelos internos, encontram-se grudados pelo "bico", como se ali se depositasse simbolicamente uma compreensível vontade de "voar". A visão geral é deprimente. Todos esses presos estão obrigados a dormir no chão, sobre a laje, sem que lhes seja oferecido sequer um colchão ou uma manta. Disputam, assim, espaço com os insetos. A nenhum deles é permitido que tenham acesso, mesmo que restrito, a qualquer área aberta. Não tomam sol, não caminham nem se exercitam. A longa permanência naquele lugar nojento lhes provoca crises nervosas, acessos de choro e doenças as mais variadas, destacadamente as de pele e as bronco-pulmonares.⁷⁰

⁶⁸ CNJ. **Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça**. Versão 2.1.0. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 21/06/2021.

⁶⁹ MORAES, Ana Luísa Zago de. Tuberculose e Cárcere. In. RIGON Bruno Silveira; SILVEIRA Felipe Lazzari; MARQUES Jader (Org.). **Cárcere em Imagem e Texto**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁷⁰ CARAVANA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS 2, 2000 BRASIL. **Relatório da 2 Caravana Nacional de Direitos Humanos**. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000. p. 21-22.

Também são corriqueiros os relatos de abusos físicos e sexuais, seja entre presos, seja por agentes penitenciários. Em uma visita realizada pela II Caravana Nacional de Direitos Humanos à prisão Professor Aníbal Bruno, em Recife, no Estado de Pernambuco, destacou-se que o estabelecimento, com capacidade para 524 presos, contava com 2.988 internos, os quais narraram episódios de castigos arbitrários, sob o pretexto de manutenção da disciplina.

Pelo que pudemos perceber, cabe aos PMs que trabalham dentro do estabelecimento a manutenção da disciplina, o que é feito com uma dose de violência absolutamente despropositada e com uma série de castigos arbitrários e ilegais. Em uma cela de castigo havia 28 presos "isolados" por infração disciplinar. [...] O presídio possui histórico de motins e fugas. Quando os presos chegam ao presídio são encaminhados a uma cela de triagem e ali permanecem por uma média de 8 dias. Muitos relataram casos de espancamento nesse período. Há também casos de morte violenta em seu interior. Nem seria de se esperar coisa diversa. [...] Nesse espaço minúsculo, escuro e sem ventilação, os presos são apartados dos demais, sendo obrigados a conviver com as ratazanas e a defecar em um saco plástico posto que não há instalações sanitárias. Luciano já havia sido ferido à faca por um outro preso, conhecido como 'Pé de Burro'.⁷¹

Por outro lado, é inquestionável que o trabalho, principalmente profissionalizante, e o estudo do preso, além de servirem de importante instrumento para a remição da pena (arts. 126 e s., LEP), são de suma relevância para a ressocialização do apenado e para a diminuição dos índices de reincidência.

Contudo, conforme dados levantados pelo SISDEPEN⁷², relativamente ao período de janeiro a junho de 2020, apenas 13,12% da população prisional se encontra em laborterapia – isto é, trabalhando –, não sendo remunerada a maior parte dos trabalhadores, além de que só 12,28% realiza atividades educacionais, dos quais 23.428 estão em remição pelo estudo e pelo esporte e tão-somente 3.195 em cursos profissionalizantes.

Esse cenário de violação a direitos e garantias constitucionais, em um sistema por completo deturpado e ineficiente, com medonhas condições de infraestrutura, superlotado, sob escassa higiene, alimentação inadequada, assistência jurídica deficiente (quando há), falta de oportunidades de trabalho e educação, maus-tratos, e um corpo administrativo despreparado e insuficiente, com o domínio da cultura do crime, demonstra que o único fim da pena atendido é o da *retribuição*. Aos que ainda creem que os castigos experimentados pelos reclusos nesses ambientes seja útil no combate à criminalidade, algumas considerações acerca da reincidência são importantes.

⁷¹ CARAVANA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS 2, 2000 BRASIL, op. cit., p. 33.

⁷² SISDEPEN, op. cit.

De acordo com o relatório “Reentradas e reiterações infracionais – um olhar sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional brasileiros”, lançado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e pelo programa Justiça Presente em 03/03/2020, 42,5% das pessoas com mais de 18 anos que tinham processos registrados em 2015 volveram ao sistema prisional em dezembro de 2019⁷³.

Refira-se que o relatório faz alusão a pessoas que retornaram ao sistema prisional, já que não se pode ter uma dimensão real de quantos daqueles realmente voltaram a delinquir. É claro que, dadas as limitações da polícia civil e do Ministério Público, nem todos os crimes são investigados, vez que sequer chegam ao conhecimento das autoridades. Dos que chegam, apenas alguns são devidamente solucionados⁷⁴. Dos poucos que o são e chegam à via judicial, em vários não são encontrados os autores ou precluem. Se, da amostra, 42,50% retornaram ao sistema prisional menos de quatro anos depois, é muito provável – sem querer fazer indevida adivinhação – que a porcentagem de reincidência seja consideravelmente superior.

A forma como a privação de liberdade ora se dá não deveria suprir nem mesmo os anseios dos que clamam por vingança aos criminosos.

Por fim, outro enfoque merece atenção. Segundo o princípio da *inderrogabilidade*, uma vez constatada a prática da infração penal, a sanção não poderá deixar de ser aplicada. A aplicação da pena não será discricionária, impondo-se diante do crime executado (*legalidade*). Entretanto, verificada a ausência de estabelecimento penal adequado, não poderá o condenado permanecer em regime prisional mais gravoso que o seu⁷⁵. Nesse cenário, um tanto frequente, acaba sendo determinada a saída antecipada do preso, em claro favorecimento à impunidade.

⁷³ CONJUR. **Reiterações infracionais**. Taxa de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa. Consulta efetuada em 22/06/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-aponta-pesquisa>.

⁷⁴ Conforme reportagem veiculada pelo Fantástico-G1, em 27.09.2020, em levantamento do Instituto Sou da Paz, tem-se uma média de 70% dos casos de assassinato sem uma solução, em 11 Estados da federação. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/09/27/levantamento-inedito-sete-em-cada-dez-homicidios-no-brasil- ficam-sem-solucao.ghtml>. Acesso em: 22/06/2021.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Súmula Vinculante nº. 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no **RE 641.320/RS**. /// No precedente representativo: “[...] Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). [...] 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.” **[RE 641.320]**, rel. min. **Gilmar Mendes**, P, j. 11-5-2016, *DJE* 159 de 1º-8-2016, **Tema 423**.].

2.2.1.1 O Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro: ADPF nº. 347/DF.

Com o intuito de construir soluções estruturais voltadas à superação de quadros de violação generalizada, contínua e sistemática de direitos humanos, em especial das populações mais vulneráveis, é criado, na Corte Constitucional Colombiana (CCC), o chamado Estado de Coisas Inconstitucional⁷⁶.

Ante o contexto vivenciado no sistema prisional brasileiro, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou, no dia 27 de maio de 2015, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), para que fosse reconhecido o *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário pátrio, e, logo, fosse determinada a adoção das providências listadas, tendentes a sanar as lesões a preceitos fundamentais na Constituição, decorrente das condutas comissivas e omissivas dos entes federativos no tratamento da questão penitenciária.

Em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, reconheceu o ECI no sistema carcerário brasileiro. Embora tenha declarado, o STF ainda não julgou o mérito de ação, tendo apenas deferido algumas das medidas cautelares requeridas, como a determinação de que juízes e tribunais realizem, em até 90 dias, audiências de custódia, a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional pela União e o comando, à União e aos Estados, de encaminhamento ao STF de informações sobre a situação prisional⁷⁷.

Sem embargo, passados quase seis anos, pouco (ou nada) mudou na realidade dos milhares de detentos, que continuam sob as condições desumanas do encarceramento.

[...] as medidas cautelares deferidas são pouco efetivas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas pouco substantivas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e a capacidade de uma Corte Suprema mudar um estado fático de coisas por meio do Direito é posta em dúvida.⁷⁸

Fica patente a inabilidade de o Estado, por si só, solucionar a lamentável situação dos estabelecimentos penais, tornando necessária a concorrência de outros atores na execução das penas privativas de liberdade, para alcance das finalidades insculpidas em lei.

⁷⁶ O ECI foi reconhecido pela primeira vez em decisão proferida em 1997 pela CCC (*Sentencia de Unificación* - SU 559, de 06/11/1997), em uma demanda envolvendo professores que tiveram seus direitos previdenciários violados pelas autoridades públicas.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADPF 347 MC/DF**. Acórdão proferido em 09/09/2015. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 23/06/2021.

⁷⁸ MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. In: REVISTA DIREITO GV (ONLINE), v. 15, p. 1-37, 2019. pp. 31-32.

3 DA REFORMA GERENCIAL E DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Já no século XIX, o modelo de Estado Liberal começa a sofrer críticas, dadas suas consequências nos campos econômico e social. Os princípios liberais, voltados à liberdade e à igualdade (formal), não mais eram suficientes diante do monopólio das grandes empresas e do crescimento do proletariado, cuja miséria só se agravava.

Após o fim da Primeira Guerra, celebrado o Tratado de Versalhes, é promulgada a Constituição de Weimar (Alemanha, 1919), sob influência da Constituição mexicana de 1917. A importância histórica desses documentos se deve à consagração de direitos fundamentais de segunda geração: os direitos econômicos, culturais e sociais, que exigem uma atuação positiva do Estado; isto é, possuem caráter prestacional.

Em seguida, ainda sob os efeitos nefastos da Segunda Guerra Mundial, é adotado, em 1966, pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁷⁹. Consolida-se, no mundo, o Estado Social, também chamado de Estado de Bem-Estar Social, Estado Providência ou “*Welfare State*”. É atribuída a missão de, intervindo nas ordens econômica e social, alcançar a igualdade (material).

Em substituição ao individualismo do Estado Liberal, institui-se a busca pelo bem comum. Para que isto se torne possível, a estrutura do Estado começa a se alargar, passando a atuar em muitos dos setores da vida social, tais como educação, saúde, assistência, segurança, transporte, previdência e infraestrutura. Esse acúmulo de funções, marcado por um modelo de administração burocrática, onera excessivamente o ente público e implica ineficiência.

[...] a forma burocrática de organização, porque aplicada, indistintamente, a todas as atividades do Estado, mesmo as de natureza social e econômica, acabou por contribuir para a **ineficiência** do Estado na prestação dos serviços, ineficiência essa agravada pelo volume de atividades e pela crise financeira [...].⁸⁰

Esse cenário provocou mudanças no sistema estatal, em prol de torná-lo melhor e mais moderno. Para tanto, abandonar-se-ia (parcialmente) a ideia de Estado Prestacional, para adoção do Estado Gerencial. Neste, o poder público não ignora o interesse coletivo, já que os serviços públicos continuam a ser prestados, todavia agora com o apoio de particulares.

⁷⁹ AGNU. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dez. de 1966, em vigor desde 3 de jan. de 1976, Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 25/06/2021.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria pública-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

3.1 Da redefinição do papel do Estado e da nova organização administrativa

O Estado brasileiro passou, a partir de 1937, no governo Vargas, por uma reforma burocrática, que “teve como objetivo transformar a administração pública brasileira, até então patrimonial, em um serviço público profissional”⁸¹. A finalidade dessa reforma era proteger o cidadão contra arbitrariedades do soberano, criando mecanismos de hierarquia, funcionalismo técnico e cadeias de processos decisórios⁸².

Cinco décadas depois, é promulgada a Constituição Federal de 1988, que adotou a forma de Estado Democrático de Direito e trouxe vasta previsão de direitos fundamentais de segunda geração e normas programáticas, atribuindo ao Poder Público a prestação de serviços públicos (art. 175)⁸³, com incontestável manutenção do molde burocrático. Foram estatuídas, no texto constitucional, tantas competências à Administração que ela não teria como cumpri-las a contento.

Nessa toada, a Carta Magna brasileira é classificada como *dirigente*, uma vez que contém normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelo Estado. Segundo Canotilho, a *teoria da constituição dirigente* procurou associar normas-fim, normas-tarefa e imposições constitucionais a uma teoria das tarefas do Estado, situação que repercutiu na legitimação de um Estado impetuoso e alargado.

Também nesse ponto – o da articulação da normatividade jurídico-constitucional de normas-fim e normas-tarefa com a teoria das tarefas do Estado – tem sido interpretado no sentido de que uma constituição dirigente não poder deixar de ser outra coisa que um simples instrumento de estatização do mundo e da vida. Falar de constituição dirigente é falar de tarefas do Estado, falar de tarefas do Estado equivale a legitimar um estado Moloch ou Leviathan.⁸⁴

Nessas circunstâncias, corrobora-se um aparelho estatal inflado, mas ineficiente. A organização administrativa, que deveria funcionar como aparato instrumental para a promoção dos fins pretendidos pela República, não mais serviria às necessidades da coletividade. Assim, diante da crise econômica dos anos 80, fez-se urgente buscar novos caminhos. Sob influência da globalização no mundo, instaura-se um ambiente de reforma administrativa, então marcada por uma tendência privatizadora, comprometida a reduzir o papel do Estado.

⁸¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Pequena história da Reforma Gerencial de 1995**. 2009, p. 1.

⁸² ROSTIROLLA, Luciano. **A adoção das parcerias público-privadas no sistema prisional como medida efetiva para a reinserção dos presos**. 2018, p. 73-74.

⁸³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., art. 175.

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. pp. 13-14.

A *privatização* alude às ideias de transferência de um serviço realizado pelo poder público para o setor privado e de transferência de propriedade de bens de produção públicos a um agente econômico privado⁸⁵. Em sentido ainda mais amplo, compreende todas as medidas que objetivam diminuir o tamanho do Estado, abrangendo:

a. **desregulação** (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico ou, pelo menos, a mudança na forma de regulação); b. a **desmonopolização** de atividades econômicas; c. a **venda de ações de empresas estatais ao setor privado** (desnacionalização ou desestatização); d. a procura pelas formas privadas de gestão, como a **concessão de serviços públicos e, mais recentemente, as parcerias público-privadas** (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo), [...]; e. os **contracting out** (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da **terceirização**; atualmente fala-se em **consensualização** para designar a tendência de buscar as fórmulas contratuais em substituição ou em acréscimo à atuação unilateral e autoexecutória da Administração Pública; f. a liberalização de serviços públicos, [...] atividades antes assumidas como serviços públicos perdem essa qualidade, passando a ficar abertas à livre iniciativa; trata-se da privatização da própria atividade.⁸⁶

No Brasil, a reformulação do papel do Estado começa a ser implementada através de imperiosas alterações legislativas ocorridas na década de 90, que liberalizaram a economia e acataram a privatização. Nessa época, foi instituído o Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Lei nº. 8.130, de 12 de abril de 1990, depois substituída pela Lei nº. 9.491, de 09 de setembro de 1997⁸⁷.

A referida norma teve como objetivos, entre outros, reordenar a posição do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; reduzir a dívida pública; contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, por meio da modernização da infraestrutura do país; e permitir a concentração dos esforços da Administração Pública nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental⁸⁸.

No plano constitucional, foram aprovadas as Emendas Constitucionais nº. 06/1995 e 07/1995, que abriram a economia para o capital estrangeiro, e as de nº. 05/1995, 08/1995 e 09/1995, que atenuaram os monopólios estatais⁸⁹.

⁸⁵ DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos**: as ações do Estado na produção econômica. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 110.

⁸⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 4.

⁸⁷ BRASIL. **Lei nº. 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

⁸⁸ Ibidem, art. 1º.

⁸⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. – 8. ed. – . Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 64.

Essa conjuntura deu azo à transferência de ativos ou ações de empresas estatais ao setor privado, o que passou a ocorrer sistematicamente na década de 90, e à desvinculação dos serviços públicos até então prestados diretamente pelo poder público, que passariam a ocorrer primordialmente mediante delegação⁹⁰.

À proporção que o Estado foi assumindo outros encargos nos campos social e econômico, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. [...]; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a **utilização de métodos de gestão privada**, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, [...].⁹¹

Em 1995, tem início a reforma gerencial brasileira. Esta se baseou principalmente em dois documentos: o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, e a EC nº. 19, de 1998. Os objetivos basilares desse remodelamento eram facilitar o ajuste fiscal e tornar mais eficiente e moderna a administração pública, por meio da descentralização⁹².

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado diagnosticou, como resultado do retrocesso burocrático de 1988, apesar do mérito da redemocratização, “um encarecimento significativo do custeio da máquina administrativa, tanto no que se refere a gastos com pessoal como bens e serviços, e um enorme aumento da ineficiência dos serviços públicos”⁹³; mas sua principal virtude foi definir os objetivos e estratégias da reforma. Sobre estes, impende citar o de transformar a administração burocrática em gerencial.

6.3 Objetivos para as Atividades Exclusivas: [...] Para isto, substituir a administração pública burocrática, rígida, voltada para o controle *a priori* dos processos, pela administração pública gerencial, baseada no controle *a posteriori* dos resultados e na competição administrada.⁹⁴

Nesse seguimento, a Emenda Constitucional nº. 19, de 1998, alterou o regime dos servidores e dos agentes políticos; modificou o controle de despesas, de finanças públicas e de custeio de atividades a cargo do Distrito Federal; além de dispor sobre os princípios e normas da Administração Pública, incluindo o *princípio da eficiência* no rol do *caput* do art. 37 da Lei Fundamental⁹⁵.

⁹⁰ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 68-86, 2014.

⁹¹ DI PIETRO, op. cit., p. 60.

⁹² PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995**. Revista do Serviço Público, 1999. p. 6.

⁹³ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Câmara da Reforma do Estado. Presidência da República: Brasília, 1995. p. 22.

⁹⁴ _____. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, op. cit., p. 46.

⁹⁵ _____. **Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de julho de 1998**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 04. jul. 1998.

Enfim, a Reforma Administrativa da década de 90, pela qual passou o Brasil, teve o propósito de enxugar o tamanho do Estado, que se mostrou insustentável economicamente e incapaz de atingir os fins pretendidos pelo constituinte originário. Essa inaptidão teve reflexos na prestação centralizada dos serviços públicos, os quais já não mais atendiam adequadamente os interesses da coletividade e oneravam demais os cofres públicos.

Nesse sentido, tornou-se essencial a *descentralização* da atividade administrativa, e o procedimento adotado foi relacionado à prestação indireta de serviços públicos, em regime de outorga a empresas estatais e, principalmente, de delegação a empresas particulares. Nessa modalidade, a execução da atividade fica sob o dever de pessoa diversa dos entes federativos, embora estes exerçam controle (fiscalização). Com isso, atingir-se-ia, ao menos nesse ponto, o perseguido caráter de Estado gerencial.

3.2 Da descentralização da prestação dos serviços públicos

O conceito de serviço público, com pequenas variações entre os autores, tangencia a ideia de comodidade ou utilidade prestada pelo Estado, de forma direta ou indireta, de modo contínuo e sob o regime jurídico de Direito Público, à coletividade. Sob esse mesmo ponto de vista, define de 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 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.⁹⁶

Conforme previamente aludido, a Constituição Federal designou ao Poder Público a incumbência da prestação de serviços públicos:

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - O regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - Os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - A obrigação de manter serviço adequado.⁹⁷

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 671.

⁹⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., art. 175.

Do ponto de vista da execução, a prestação do serviço pode ser *direta*, quando for desempenhada pelos próprios entes federativos e seus órgãos, ou *indireta*, quando transferida a execução da atividade para entidades diversas das pessoas federativas. Desta última, decorre o fenômeno da *descentralização*.

Descentralização é o fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração. Dentre essas atividades inserem-se os serviços públicos. Desse modo podem-se considerar dois tipos de serviços quanto à figura de quem os presta – os serviços centralizados (os prestados em execução direta pelo Estado) e os serviços descentralizados (prestados por outras pessoas).⁹⁸

A *prestação indireta* de serviços públicos próprios⁹⁹, advinda da *descentralização* da atividade administrativa, pode suceder mediante *outorga* ou *delegação*.

A primeira forma, também chamada de *descentralização por serviços, técnica ou funcional*, verifica-se nas hipóteses em que um ente da Administração Direta, por meio de lei, cria pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de serviço público. É o caso das entidades da Administração Indireta, quais sejam: as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

No que se refere às empresas estatais – sociedades de economia mista e empresas públicas –, podem ser prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica. A criação dessas entidades para esta última finalidade apenas será admitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173) e se sujeitam ao regime jurídico de direito privado (art. 173, II)¹⁰⁰.

Embora ocorra aparente aproximação ao regime de direito privado, o constituinte optou por um modelo de administração burocrática que implicou uma aproximação do regime da administração descentralizada (ou indireta) ao da centralizada (ou direta), especialmente no que concerne a serviços públicos, contratos, exigência de licitação, controle estatal, limitações financeiras e orçamentárias etc.

⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 365.

⁹⁹ Serviços públicos *próprios* são aqueles de titularidade exclusiva do Estado, cuja execução poderá ser feita pelo Poder Público, de forma direta, ou por entidades diversas, de forma indireta, por meio de lei, quando criadora ou autorizadora da criação de entidade da Administração Indireta, ou dos contratos de concessão ou permissão, se a transferência do serviço for feita a empresa particular. Serviços públicos *impróprios* ou *virtuais* são as atividades exercidas por particulares e não titularizadas em exclusividade pelo Estado, mas que possuem utilidade pública, razão pela qual se submetem ao poder de polícia estatal e a algumas regras inerentes aos serviços públicos (v. g., saúde e educação).

¹⁰⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., art. 173, *caput* e inciso II.

Diante desse quadro, as empresas estatais, que deveriam apresentar uma eficiência semelhante às empresas privadas, quedaram em empecilhos parecidos aos da prestação direta de serviços públicos, feita pelos entes federados e seus órgãos.

[...] em matéria de entidades da Administração Indireta, em especial aquelas com personalidade jurídica de direito privado, o constituinte brasileiro foi muito infeliz, porque, além de não distinguir as que prestam serviços públicos e as que exercem atividade econômica com base no art. 173, ainda deu às mesmas um tratamento em quase tudo semelhante ao da Administração Direta, impondo-lhes uma forma de organização burocrática, inteiramente incompatível com o tipo de atividade que exercem, tirando-lhes a autonomia, a flexibilidade, a agilidade que constituem sua principal razão de existir; o resultado foi a ineficiência que hoje se verifica na maior parte delas. Isto tudo para não falar na corrupção que o sistema instituído favorece em vez de impedir; o excesso de formalismo leva o administrador a buscar outros caminhos mais fáceis para alcançar os resultados pretendidos, nem sempre do interesse público.¹⁰¹

A segunda forma, de *delegação*, corresponde à *descentralização por colaboração*, em que o Poder Público mantém a titularidade do serviço e transfere somente a sua execução, por meio de contrato ou ato administrativo, a particular pessoa natural ou, como regra, pessoa jurídica de direito privado. Enfim, o Estado transfere a execução de serviço público exclusivo (próprio) delegável a um particular.

Essa espécie de prestação indireta foi prevista na Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre os regimes de *concessão* e *permissão* de serviços e obras públicos, previstos no art. 175 da Constituição Federal¹⁰². A *concessão* pode envolver tão-só a execução do serviço ou, além deste, obra pública anterior¹⁰³.

Nessas concessões tradicionais, o poder concedente não oferece uma contrapartida financeira ao concessionário, que é remunerado pelas tarifas pagas pelos usuários ou por outra forma de remuneração vinda da exploração do serviço. São caracterizadas pela supremacia do poder concedente, inerente aos contratos administrativos celebrados, incidindo as cláusulas de privilégio, ou *exorbitantes*, que conferem prerrogativas ao Estado-contratante.

¹⁰¹ DI PIETRO, op. cit., p. 66.

¹⁰² BRASIL. **Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 fev. 1995 e republicado em 28 set. 1998.

¹⁰³ Na forma do art. 2º da Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com redação dada pela Lei nº. 14.133/2021: “II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.”.

Doutro lado, a *permissão* de serviço público indica o ato administrativo unilateral, discricionário e a título precário pelo qual a Administração faculta ao particular a execução de serviço público. Contudo, o art. 40 da Lei nº. 8.987/95 determina que “a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, [...]”¹⁰⁴.

Desse feito, foi dado também à permissão natureza contratual, aproximando-a das concessões. A precariedade, que permite a revogação unilateral pela Administração, sem gerar direito à indenização, portanto, há de estar prevista no edital da licitação. De regra, não cabe a fixação de prazo, posto que retiraria o caráter precário da permissão, gerando direito subjetivo ao permissionário. Além do mais, enquanto as concessões só podem ser feitas a consórcios ou pessoas jurídicas, as permissões poderão ser feitas também a pessoas naturais.

3.3 Do surgimento das Parcerias Público-Privadas e da sua inserção no Direito brasileiro

As Parcerias Público-Privadas (PPP) surgem na Europa no fim do século XX, sob um contexto de austeridade fiscal. Diante da incapacidade financeira dos Estados de promover adequadamente os investimentos que a implementação de políticas públicas exige, tiveram de buscar alternativas para financiar seus projetos, uma delas encontrada nos aportes privados.

Em 1992, o governo britânico insere o conceito de *Private Finance Initiative*, que consistia em um programa de incentivo ao investimento privado na área pública, por meio do qual o setor privado construiria, desenvolveria, financiaria e operaria os projetos. Esse modelo passou por um processo de aprimoramento, dando origem às *Public and Private Partnerships*, definidas como as parcerias entre o poder público e uma pessoa privada, para a providência de instalações físicas e fornecimentos de serviços para o público, através de métodos flexíveis de financiamento¹⁰⁵.

A experiência do Reino Unido demonstra que as PPP quando bem planejadas, contratadas e fiscalizadas podem de fato gerar ganhos de eficiência na utilização dos recursos públicos. [...], 88% das PPP estudadas foram finalizadas dentro do prazo estabelecido. Os custos adicionais eventuais foram absorvidos pela concessionária. Por sua vez, somente 30% dos projetos públicos de construção foram finalizados dentro do prazo e 73% dos projetos públicos ultrapassaram o orçamento.¹⁰⁶

¹⁰⁴ BRASIL, Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, op. cit., art. 40.

¹⁰⁵ UK TRADE & INVESTMENT. National Health Service/NHS. *Healthcare UK: Public Private Partnerships*. 2013. p. 2.

¹⁰⁶ GIAMBIAGI, Fábio. **Finanças públicas**: teoria e prática no Brasil / Fabio Giambiagi, Ana Além. – 5. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

No caso brasileiro, a Reforma Gerencial proporcionou um incentivo à privatização em sentido amplo, descentralizando a atividade administrativa pelos contratos de concessão e permissão (delegação por colaboração), previstos na Lei nº. 8.987/1995, de maneira transferir a execução de serviços públicos a pessoas jurídicas de direito privado.

Nessas modalidades de prestação indireta, os investimentos realizados pela pessoa privada são amortizados pelas tarifas pagas pelos usuários do serviço. Contudo, para algumas atividades, o valor das tarifas, para compensação dos investimentos, precisaria ser elevado – o que afrontaria o princípio da *modicidade* –, quando não impossível de serem cobradas, como nos casos em que o próprio Estado – e não os administrados – seja usuário, direto ou indireto, do serviço administrativo.

Diante dessa situação, o legislador brasileiro passa a procurar, primordialmente no direito estrangeiro, novos institutos que sirvam à finalidade de diminuir ainda mais o aparelho administrativo, mediante cooperação da iniciativa privada.

Assim foi que, para o árduo cumprimento da tarefa de transformar a administração pública contemporânea em gerencial, tornou-se necessário criar mecanismos mais flexíveis de negociação com as pessoas jurídicas de direito privado. Seria indispensável uma aproximação entre as duas realidades, horizontalizando – sem massacrar o regime jurídico administrativo – a relação entre o concedente e o concessionário. Essa aproximação demandou uma redução do abismo de vantagens que o Poder Público possuía em face do contratante privado.

Neste novo modelo de gerência, busca-se modernizar o modo com o qual a administração relaciona-se com o setor privado, tendo esta percebido que para cumprir suas funções, de forma minimamente satisfatória, precisa negociar e, como se sabe, para isso é imperioso que as partes interessadas no acordo façam concessões recíprocas para que tenham seus interesses atendidos.¹⁰⁷

Essa mudança de paradigma na maneira como a Administração se relaciona com o setor privado, para que consiga negociar e transferir suas funções, reproduz a ideia de instituir uma *administração paritária*. Nesse quadro, é editada a Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública¹⁰⁸. Trata-se de verdadeira modalidade *especial* de concessão, trazendo regras que incentivam o parceiro privado a realizar avultado investimento, havendo a contraprestação do Estado, suficiente para cobrir os gastos e obter lucro.

¹⁰⁷ DUARTE e SILVA, op. cit., p. 75.

¹⁰⁸ BRASIL. **Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31/12/2004.

3.3.1 Disciplina jurídica das Parcerias Público-Privadas no Brasil

A Lei nº. 11.079/2004 se limitou a estabelecer que a “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”¹⁰⁹. Nota-se que o instituto possui natureza de concessão de serviço público. A própria lei faz referência, no § 3º do art. 2º, às concessões comuns, entendidas como aquelas tratadas na Lei nº. 8.987/95, em que não há contraprestação pecuniária do ente público ao parceiro privado¹¹⁰. Portanto, há que se considerar as parcerias público-privadas modalidade de *concessão especial*.

O conceito decorre da reunião dos elementos básicos do instituto, trazidos pela lei. Posto isso, define José dos Santos Carvalho Filho:

[...] pode o contrato de concessão especial sob regime de parceria público-privada ser conceituado como o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.¹¹¹

Por sua vez, conceitua Di Pietro:

[...] a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.¹¹²

Enfim, a parceria público-privada deve ser entendida como espécie de contrato de concessão, por meio do qual, através de contraprestação da Administração, o parceiro privado fica encarregado de prestar serviço público, podendo ser precedido de obra pública. Somada à contraprestação do poder público, pode ou não haver pagamento de tarifa pelos usuários. Essa questão é que definirá se a concessão será patrocinada ou administrativa.

Concessão patrocinada é o contrato administrativo que tem por objeto a delegação da prestação de serviço público, podendo ser precedido de obra pública, em que a coletividade é a destinatária, cumprindo aos usuários o pagamento de tarifas, acrescidas de contraprestação do parceiro público. Está prevista no art. 2º, § 1º, da Lei nº. 11.079/04.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, op. cit., art. 2º, *caput*.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 458.

¹¹² DI PIETRO, op. cit., p. 183.

Concessão administrativa, por outro lado, é o contrato administrativo que tem por objeto a delegação da prestação de serviço, podendo ser precedido de obra pública, no qual a própria Administração Pública é usuária direta ou indireta, sendo remunerado exclusivamente por contraprestação do parceiro público. Está prevista no art. 2º, § 2º, da Lei nº. 11.079/04.

Em ambos os casos, o contrato de parceria público-privada deverá observar alguns princípios, mormente relacionados à eficiência e ao interesse público, no intuito de fazer valer os objetivos inerentes à ideia de Estado Gerencial. Sob esse ponto de vista, estabelece o art. 4º da Lei nº. 11.079/04:

Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.¹¹³

É evidente que há grande similaridade com as concessões tradicionais; inclusive, a Lei nº. 8.987/95 se aplica *adicional e subsidiariamente*, de acordo com a redação do art. 3º da Lei nº. 11.079/04¹¹⁴. Distinguem-se, no entanto, por características peculiares das concessões especiais, como o método de remuneração; a obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósitos específicos; a possibilidade de prestação de garantias pela Administração Pública e de a esta serem aplicadas penalidades; o compartilhamento de riscos e de ganhos econômicos; a imposição de prazos máximo e mínimo e de limites de despesas.

Como visto, estabelece a lei que haverá contraprestação do ente público, podendo, ou não, compreender tarifa cobrada dos usuários do serviço, a depender da modalidade. Nada obstante a lei por vezes se refira a contraprestação “pecuniária”, esta poderá ser feita de forma indireta, conforme o art. 6º da Lei nº. 11.079/04:

Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei.¹¹⁵

¹¹³ BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, op. cit., art. 4º.

¹¹⁴ Ibidem, art. 3º.

¹¹⁵ Ibidem, art. 6º.

No que se refere à concessão patrocinada, “a remuneração pode abranger também receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados”¹¹⁶. Sem embargo, a contribuição da Administração não pode ir além de 70% da remuneração total a ser recebida pelo parceiro privado, ressalvada a hipótese de autorização legislativa¹¹⁷.

Importante consignar outro detalhe: a contraprestação do poder público tão-só terá início depois de disponibilizado o serviço pelo parceiro privado (art. 7º)¹¹⁸.

Com isto, se a prestação do serviço depender da prévia execução de obra pública e do fornecimento ou instalação de bens, o parceiro privado terá que cumprir tais tarefas às suas próprias custas, já que a tarifa do usuário também não pode, por sua natureza, ser cobrada antes que o serviço comece a ser prestado. Quando muito, o parceiro privado poderá, mesmo antes de iniciar a prestação do serviço, receber as receitas previstas no art. 11 da Lei nº 8.987, desde que não constituam encargos do poder público, previstos no art. 6º da Lei nº 11.079.¹¹⁹

Ante a isso, uma vez que só se admite essa forma de concessão para investimentos grandiosos – superiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)¹²⁰ – o parceiro privado, de regra, dependerá de financiamento obtido junto a terceiros, podendo levar o parceiro público a prestar contragarantia à entidade financiadora do projeto. Além desse, outros tipos de garantia foram previstos: a garantia de execução do contrato – prestada pelo parceiro privado ao poder público (art. 5º, VIII, L. 11.079/04) – e a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias – assumida pelo parceiro público perante o parceiro privado (art. 8º, L. 11.079/04).

Outra característica das parcerias público-privadas é o compartilhamento de riscos (inciso III) e de ganhos econômicos (inciso IX)¹²¹. A assunção mútua de riscos atine aos casos de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando decorrente de fatos imprevisíveis, compatibilizando-se com a diretriz fixada no art. 4º, VI, consignado anteriormente. Os ganhos econômicos, embora possam fazer crer, não indicam que a contratação das parcerias terá o fim de obtenção de lucro pela Administração, e sim que, havendo redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado, deve o ente público também ser beneficiado, reduzindo-se proporcionalmente o valor da proposta.

¹¹⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 188.

¹¹⁷ Aduz o art. 10, § 3º, da Lei nº. 11.079/2004 que “as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.”. BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, op. cit.

¹¹⁸ BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, op. cit., art. 7º.

¹¹⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 189.

¹²⁰ BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 op. cit., art. 2º, § 4º, I (com redação dada pela Lei nº. 13.539/2017).

¹²¹ Ibidem, art. 5º, incisos III e IX.

Outrossim, a lei determina a constituição de “sociedade de propósitos específicos, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”¹²², a qual deverá ter forma de companhia aberta. A finalidade da norma é “permitir que a Administração opte pela contratação com uma pessoa jurídica que tenha por objeto social específico a prestação do serviço concedido”¹²³. O mencionado ônus evita a inconveniência de se conglomerar recursos públicos e privados, que possuem finalidades diversas.

Ainda, foi registrado que, no modelo de administração pública gerencial, cabe ao particular a prestação do serviço, ficando a cargo do Estado sua garantia e fiscalização. Nesse seguimento, há de se consignar que, embora a Lei nº. 11.079/04 não preveja normas gerais de controle e direção promovidos pela Administração, aplicam-se as normas da Lei nº. 8.987/95, que têm incidência subsidiária. Sobre as formas de fiscalização, expõe Carvalho Filho:

A fiscalização [...] abrange até mesmo a estrutura do concessionário, em ordem a possibilitar a verificação de sua contabilidade, recursos técnicos, adequação do serviço, aperfeiçoamento da prestação, e chega ao limite de ensejar a intervenção na prestação do serviço, quando o concessionário, de alguma forma, prejudica os usuários, seja prestando com falhas, seja deixando de prestar o serviço. [...] cabe ao concedente aplicar sanções e regulamentar o serviço; observar o cumprimento, pelo concessionário, das cláusulas contratuais referentes ao serviço; zelar pela adequada prestação do serviço e, enfim, controlar a atividade delegada. A fiscalização pode, inclusive, levar o concedente a intervir na prestação do serviço e até mesmo a extinguir a delegação, no caso de ineficiência insuperável do concessionário (art. 29, III e IV). Ressalte-se, todavia, que a mais eficiente fiscalização, [...] deve ser a exercida pelas agências reguladoras, cuja função precípua é exatamente essa.¹²⁴

Aliás, o prazo de vigência do contrato de parceria, que deve ser compatível com o tempo para amortização dos investimentos realizados pelo particular, não poderá ser inferior a 5 (cinco) anos, nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação¹²⁵.

Por fim, resta mencionar que a contratação de parcerias público-privadas depende de autorização da autoridade competente, que demonstrará a conveniência e a oportunidade da contratação; demonstração de obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº. 101/2000); submissão da minuta do edital a consulta pública, e licença ambiental prévia, quando exigir o objeto; para que, uma vez atendidos esses pressupostos, seja aberto o procedimento licitatório, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo¹²⁶.

¹²² BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, op. cit., art. 9º, *caput*.

¹²³ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 38. In: DI PIETRO, op. cit., p. 150.

¹²⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 425.

¹²⁵ BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, op. cit., art. 5º, I.

¹²⁶ *Ibidem*, art. 10.

4 DA ADOÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL E DA EFETIVIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Registrou-se, anteriormente, que a pena privativa de liberdade atingiu seu apogeu no século XIX, convertendo-se na principal resposta do sistema penal em um contexto no qual se acreditava, principalmente por influência do *ideal iluminista* e do *período humanitário* que sucedeu, na possibilidade de reforma do apenado. No entanto, ainda no fim do mesmo século, a pena de prisão começa a enfrentar objeções, por ter se mostrado incapaz de atingir os fins a que se propunha.

As principais adversidades não foram propriamente no campo teórico-abstrato, ou ideológico, mas sim no prático-concreto. Os inúmeros defeitos dos estabelecimentos penais ao redor do mundo, especialmente nos países subdesenvolvidos, criaram um ambiente pessimista quanto à (im)possibilidade de se obter qualquer efeito positivo sobre o indivíduo submetido à pena de privação de liberdade.

[...] que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunicação livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. Não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamados de *antissociais*, se se os dissocia da comunidade livre e ao mesmo tempo se associa a outros antissociais. [...] Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador. [...] se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.¹²⁷

No Brasil, ordinariamente classificado como país subdesenvolvido, abundante em problemas das mais diversas naturezas, sofre-se em dobro. Os estabelecimentos penais pátrios – em sua imensa maioria geridos pela administração pública – têm se mostrado absolutamente incapazes de apresentar impactos positivos na redução dos índices de criminalidade e no óbice à reincidência. Tudo isso como reflexo de um ambiente superlotado, marcado por maus-tratos físicos e verbais; falta de higiene; alimentação inadequada; condições deficientes de educação e trabalho; assistências médica e psicológica de baixa qualidade, quando não inexistentes; alto índice de uso de drogas; abusos sexuais etc.

Nesse cenário, maculado de verdadeira inconstitucionalidade, torna-se impossível mensurar a eficácia da pena privativa de liberdade nos moldes que pretenderam o constituinte e o legislador ordinário.

¹²⁷ BITENCOURT, *Falência...*, op. cit., pp. 162-163.

Essa inegável situação de crise da pena de prisão – que só tende a piorar, visto que não há prognóstico positivo relativamente à diminuição da taxa de encarceramentos – vindica, enquanto não for apropriadamente desenvolvida para os crimes mais graves uma outra sanção, uma mudança de paradigma nas formas de investir e gerir os estabelecimentos penais.

Posto isso, sendo evidente a incapacidade de o Poder Público, por si só, executar a pena privativa de liberdade de maneira satisfatória, atingindo os objetivos pretendidos pela lei e respeitando as balizas impostas pelo constituinte originário; fez-se urgente a participação da iniciativa privada. Esta se justificava, ademais, pela capacitação técnica de algumas empresas na prestação dos serviços delegáveis, além da disponibilidade econômica de realizar vultuosos e imediatos investimentos em infraestrutura.

O fenômeno da privatização dos estabelecimentos penais, todavia, não é uniforme. Logo, os modelos variam conforme o ordenamento jurídico em que estão inseridos.

4.1 Dos modelos de gerenciamento privado de estabelecimentos penais

Existem diferentes panoramas de gerenciamento privado no sistema penitenciário. O primeiro é o de completa privatização, no qual a unidade penal ficaria sob responsabilidade absoluta da empresa privada, que construiria, administraria e controlaria o estabelecimento. A própria execução penal, nessa espécie, seria entregue, apenas cabendo ao Estado a fixação das regras e a remuneração. Esta funcionaria “com base num cálculo que leva em consideração o número de presos e o número de dias que esses são administrados”¹²⁸.

O segundo se baseia no arrendamento do estabelecimento penal ao Estado. Assim, o ente privado elaboraria o projeto e construiria, arrendaria ao Poder Público por prazo certo e o imóvel passaria à propriedade estatal quando do termo final do contrato. Nessa modalidade, a execução penal fica sob responsabilidade do Estado, não tendo qualquer influência da gestão privada.

O terceiro constituiria uma prisão industrial. Os custos de construção, manutenção e administração do presídio seriam compensados com o valor da mão-de-obra carcerária, cuja utilização seria gerenciada pelas empresas privadas. Por fim, cite-se o modelo de terceirização dos serviços, em que as atividades-meio da execução penal são transferidas ao particular.

¹²⁸ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: PubliFolha, 2002. p. 63.

4.1.1 Modelo americano

O processo de privatização das prisões nos Estados Unidos da América começa na década de 1980, diante do crescimento exponencial da população carcerária. Este resultou das políticas de *Law and Order* (Lei e Ordem) e *Control and Punishment* (Controle e Punição), já que a persecução do objetivo ressocializador, a esse tempo, por parecer utópico, encontrava-se em crise.

Essas políticas de combate rigoroso ao crime, que privilegiaram o fim retributivo, criaram o chamado *neoclassicismo*. Esse movimento, que se inicia a pretexto de resolução da criminalidade e do problema carcerário, além de redução dos gastos pelo Poder Público, acaba por revelar uma atividade lucrativa, por intermédio da exploração da mão-de-obra dos presos.

A recusa da sociedade norte-americana em pagar por celas de prisão que insistia em manter ocupadas fez com que as autoridades públicas procurassem meios para driblar a escassez de recursos para o sistema penitenciário, por meio da contratação de empresas para administrar estabelecimentos penitenciários, [...]. Unindo o útil (a “solução” do problema do Estado em obter verba para a construção das prisões) ao agradável (a avidez de lucros pela iniciativa privada), [...].¹²⁹

Nessas condições, o preso passa a servir ao ente privado como ativo financeiro. A consequência disso são lobbys formados por empresas que atuam na prestação dos serviços do setor penitenciário, inclusive mediante o patrocínio das campanhas eleitorais de políticos que militam pelo endurecimento da lei penal.

Segundo o relatório de In the Public Interest, tanto a CCA como a Geo Group fazem intenso *lobby* para tentar endurecer as leis com o objetivo último de aumentar – ou, no mínimo, manter – a população carcerária. A primeira destinou 17,4 milhões de dólares para influenciar políticos entre 2002 e 2012, segundo dados do Center of Responsive Politics, uma entidade civil. Paralelamente, também fizeram generosas doações às campanhas de líderes políticos chave: entre 2003 e 2012, a CCA destinou 1,9 milhões a isso, enquanto a Geo Group, 2,9 milhões.¹³⁰

Importante mencionar que a federação norte-americana é *centrípeta*, de modo que os Estados possuem autonomia para edição das suas próprias normas penais. Dessa forma, são encontrados no país diversos modelos de gerenciamento privado. O mais aplicado é o de total retirada do Estado do controle da prisão e da execução penal, que corre a contento da empresa privada. Assim, o Poder Judiciário serviria como mero fiscal do cumprimento do contrato.

¹²⁹ CORDEIRO, Greicianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2012. p. 103.

¹³⁰ FAUS, Joan. **O negócio sujo das prisões privadas nos EUA**. *El País*. 23 de janeiro de 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/23/internacional/1390438939_340631.html. Acesso em: 08/07/2021.

4.1.2 Modelo inglês

No caso inglês, a exemplo do fenômeno da privatização penal norte-americana, as políticas de “tolerância zero”, que desencadearam um aumento das taxas de aprisionamento, e a crise do objetivo ressocializador nas penitenciárias públicas levaram o parlamento britânico – pioneiro na contratação de parcerias público-privadas – a buscar formas de cooperação com os entes privados.

Em 1991, a formalização das privatizações dos presídios se deu pelo *The Criminal Justice Act*, que disciplinou as *contracted out prisons*, delimitando os padrões de operação das empresas administradoras e o direito dos presos a serem respeitados. Inicialmente, destinavam-se aos presos provisórios; mas, em 1993, o parlamento estendeu a aplicação aos condenados.

Contracting out prisons etc. (1) The Secretary of State may enter into a contract with another person for the provision or running (or the provision and running) by him, or (if the contract so provides) for the running by sub-contractors of his, of any prison or part of a prison.¹³¹

Nessa modalidade, as empresas são responsáveis por praticamente todos os setores do estabelecimento penal, empreendendo nos centros de remoção de imigração e nos serviços de transporte de prisioneiros, além de administrar algumas das células policiais e monitorar a liberdade condicional¹³². Além do mais, existe um sistema de concorrência em que as prisões posicionadas abaixo dos indicadores de desempenho poderão ser adjudicadas, para celebração de um novo contrato.

4.1.3 Modelo francês

Na França, a proposta privatizadora surge diante de problemas de superpopulação carcerária e insuficiência de capital fazendário para investimento em estabelecimentos penais. Os franceses adotaram um modelo de *cogestão*, também chamado de misto, no qual o Estado e iniciativa privada se unem para propiciar aos detentos melhores condições de reintegração e de respeito aos direitos do apenado.

¹³¹ UNITED KINGDOM. **Criminal Justice Act 1991**. UK Public General Acts. Content 53. Part IV. *Contracted out prisons*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/53/part/IV/crossheading/contracted-out-prisons>. Acesso em: 08/07/2021.

¹³² SERRANO-BERTHET, Rodrigo. **Parcerias Público-Privadas Prisionais: a experiência internacional**. p. 17. Disponível em <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4515/11/20191112%20SegPublica%20BID.pdf>. Acesso em: 08/07/2021.

Em 2019, 74 instituições penitenciárias operavam como parceiros privados, sendo a maioria para todas as atividades delegáveis e outras tão-só para manutenção e restauração¹³³. Nestas, sucede verdadeira responsabilidade compartilhada entre o público e o privado. Via de regra, são utilizadas para atividades-meio, como prestação de assistência social, odontológica, médica e psicológica, fornecimento de vestuário, educação profissionalizante e hotelaria; mas também podem ser voltadas à construção de unidades prisionais.

Em contrapartida, o Poder Público paga pecúnia, calculada com base nos números de dias e de presos abrigados pelo estabelecimento. Em caráter exclusivo, o Estado mantém a segurança interna e externa dos presídios e indica um Diretor Geral, para que consiga exercer controle sobre aspectos jurisdicionais da execução penal. Portanto, exceto direção, secretaria e segurança, todos os demais serviços penitenciários podem ser prestados pelo ente privado.

4.1.4 Modelo brasileiro

Já na década de 90, sob influência das experiências internacionais, discutia-se ser viável a adoção das prisões privadas, como reação à lamentável situação dos estabelecimentos penais brasileiros. Em 1992, Edmundo Oliveira apresentou proposta ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), para admissão de empresas mediante concorrência pública, que ficaram responsáveis pelos serviços de hotelaria, saúde, educação e trabalho dos detentos, bem como pela construção e administração do estabelecimento; enquanto caberia ao setor público a supervisão do cumprimento do instrumento contratual¹³⁴.

A pretensão visava à redução de custos ao Estado e à melhora do serviço prestado. Contudo, à época, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) condenou a proposta, razão pela qual foi arquivada.

A Ordem dos Advogados do Brasil condenou a proposta governamental, num documento preliminar, de abril de 1992, alegando em síntese que: (I) a experiência está longe de ser moderna, antes, constituindo um retrocesso histórico em termos do desenvolvimento da política criminal; (II) a execução da pena é uma função pública intransferível; (III) a proposta violaria direitos e garantias constitucionais dos presos; (IV) a política de privatização de presídios poderia dar margem a uma superexploração do trabalho prisional.¹³⁵

¹³³ SERRANO-BERTHET, op. cit., p. 22.

¹³⁴ CORDEIRO, op. cit., p. 116.

¹³⁵ MINHOTO, Laurindo Dias. **As Prisões de Mercado**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 55-56. 2002. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/673/67311578006/>. Acesso em: 08/07/2021.

Depois disso, os Projetos de Lei nº. 1.727, de 1996, e nº. 2.146, de 1999, também tentaram legitimar a participação de empresas privadas na execução penal. O último objetivou autorizar “o Poder Executivo estadual a promover a privatização do sistema penitenciário”¹³⁶. Nada obstante, em abril de 2000, Maurício Kühne, Conselheiro do CNPCP, proferiu parecer contrário ao PL, defendendo que “a proposta apresentada apresenta óbices, quer sob o aspecto constitucional quer legal, frente à Lei de Execução Penal, daí porque não possa ser objeto de recomendação”¹³⁷, o que frustrou a aprovação do projeto na Câmara dos Deputados.

Ambos os projetos acolhiam a modalidade de *gestão mista* (ou *compartilhada*), a exemplo do modelo francês, em que as atividades-meio (materiais) caberiam ao ente privado, ao passo que o Estado ficaria responsável pelo controle da execução penal.

A despeito disso, alguns Estados federados decidiram promover a terceirização de serviços realizados em estabelecimentos penais por eles controlados. Em 1999, a experiência pioneira se deu na Penitenciária Industrial de Guarapuava (PIG), no Paraná, em que a empresa contratada (Humanistas – Administração Prisional Privada SC Ltda.) ficava responsável pelos serviços de alimentação, hospedagem, higiene, vestuário, assistências médica, odontológica e psicológica, recreação e manutenção do local¹³⁸.

As vantagens da privatização foram desde a diminuição dos encargos trabalhistas, que antes eram arcados pelo Estado, até a diminuição dos índices de reincidência, que no país chegavam a 70%, mas atingiu o patamar de 6% na PIG. Esses resultados podem ser atribuídos à implantação bem sucedida do trabalho e do estudo dos presos, além de condições que dão ao apenado o mínimo existencial.

A primeira na cidade de Guarapuava (PR), onde se instalou, há dois anos, a primeira unidade prisional terceirizada brasileira. Registre-se que, em dois anos, nenhuma rebelião ou fuga ocorreram. Todos os presos trabalham, muitos estudam e todas as condições de higiene e saúde são garantidas pelo Estado e fornecidas pela administradora privada. A comida é servida de forma que o preso abastece seu prato à vontade, terminando com o deplorável expediente, que nutre a corrupção, de se ter que comprar um bife ou duas batatas a mais.¹³⁹

¹³⁶ BRASIL. **Projeto de Lei nº. 2.146, de 1999**. Deputado Federal Luis Barbosa – PPB/RR. CN. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=2146&intAnoProp=1999&intParteProp=1#/>. Acesso em 08/07/2021.

¹³⁷ KUEHNE, Maurício. **Privatização dos presídios – algumas reflexões**. Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, mar. de 2002. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12563-12564-1-PB.pdf>. Acesso em: 08/07/2021.

¹³⁸ CORDEIRO, op. cit., p. 125.

¹³⁹ D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A privatização dos presídios: entregar as prisões à iniciativa privada é mais eficiente e garante os direitos dos internos**. Superinteressante, publicado em 31 de mar. de 2002. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/a-privatizacao-dos-presidios/>. Acesso em: 09/07/2021.

Ainda no Paraná, seis outras unidades funcionaram em regime similar ao referido, entre 1999 e 2006. A extinção dessas concessões decorreu da não manifestação de interesse na renovação, pelo então governador Roberto Requião (PMDB), voltando os estabelecimentos ao controle do Poder Público.

Depois de 1999, outras cinco unidades estaduais foram repassadas à iniciativa privada: a Casa de Custódia de Curitiba, as penitenciárias de Ponta Grossa, de Foz do Iguaçu e de Piraquara, além do presídio industrial de Cascavel. Quando Roberto Requião assumiu o governo, em 2003, deixou claro que pretendia reestatizar o sistema. Sem conseguir romper os contratos em andamento, o governador esperou o fim do prazo e retomou a administração, que voltou integralmente para o poder público em 2006.¹⁴⁰

Sob influência da experiência paranaense, foi inaugurada a Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC), em 2001, no Município de Juazeiro, Estado do Ceará, resultado de contrato de gestão celebrado com a empresa Companhia Nacional de Administração Prisional – CONAP. A empresa assumiria o encargo de contratar os recursos humanos necessários para o pleno desenvolvimento da penitenciária, assumindo encargos administrativos e trabalhistas, bem como os fiscais e previdenciários.

Assim, o ente privado cuidava de atividades-meio, enquanto o Estado permanecia tutelando a execução penal e seus aspectos jurisdicionais. O gerenciamento privado da PIRC também mostrou bons resultados, inclusive sob o aspecto da corrupção e do tráfico de drogas, porque empreendido rodízio de funcionários por hora e setor. Além do mais, eventual suspeita de intimidade do agente de disciplina com os internos ensejava demissão, sem que se imponha a instauração do processo administrativo prévio, dada a natureza privada da contratação.

Acerca das instalações Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC), salienta Greicianny Cordeiro:

[...] diferentes de tudo aquilo que passou a ser sinônimo de prisão, pois ali não havia celas superlotadas, com presos se revezando para poderem dormir; não havia alimentação de péssima qualidade; não se verificavam condições insalubres nos alojamentos ou vivências; tampouco faltavam espaços para os encontros íntimos. A Penitenciária Industrial Regional do Cariri era – e ainda é – um estabelecimento penitenciário com biblioteca, salas de aula, espaços para recreação e serviços de assistência médico-odontológica, jurídica e psicológica, assim como oficinas que propiciam trabalho e câmeras de vídeo espalhadas em todos os recintos.¹⁴¹

¹⁴⁰ BREMBATTI, Katia; FONTES, Giulia. **Pioneiro há 20 anos, Paraná estuda retomar sistema privado de presídios**. Gazeta do Povo, 14 de jun. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/parana/presidios-privados-volta-pr/>. Acesso em: 09/07/2021.

¹⁴¹ CORDEIRO, op. cit. p. 16.

Apesar dos resultados positivos, esse modelo terceirizador foi suspenso em julho de 2007, por força de decisão judicial da Justiça Estadual do Estado do Ceará, em decorrência de ações civis públicas ajuizadas pelos Ministérios Públicos Federal, Estadual e do Trabalho e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)¹⁴². As ações atacaram o processo de contratação da CONAP, que ocorreu sem prévia licitação e sem a publicação do instrumento contratual no Diário Oficial, além da falta de regulamentação legal.

A modalidade de cogestão, mediante terceirização (concessão) a empresa privada, também foi adotada por outros Estados, como Espírito Santo, Bahia e Amazonas; ou seja, há delegação de atividades-meio, normalmente relacionadas a serviços de hotelaria (alimentação, vestuário, limpeza etc.), manutenção das instalações e de fornecimento de educação e trabalho aos detentos. Nessas situações, a delegação ocorre por *concessão comum*, disciplinada na Lei nº. 8.987/95.

Com o advento da Lei nº. 11.079/2004, que disciplinou a contratação de parcerias público-privadas, novas perspectivas foram inseridas na discussão acerca da privatização (em sentido amplo) dos estabelecimentos penais, por ampliar os instrumentos de participação dos parceiros privados.

Como consectário, foi arquitetado o Projeto de Lei nº. 513, de 2011, pelo Senador Vicentinho Alves, que pretende instituir normas gerais para a contratação de parceria público-privada, pelos estados federados, para construção e administração de estabelecimentos penais, em observação do disposto na Lei nº. 11.079/2004.

A justificação do projeto, em suma, declara que:

[...] se busca é fornecer um tratamento mínimo para o tema em relação a questões essenciais, para que haja uma uniformidade de execução em relação a elas no território nacional. [...] trará ganhos ao mirar os seguintes fatores: obrigatoriedade de trabalho para o preso, capacitação profissional e educação. São fatores fundamentais para um processo de ressocialização eficiente [...] O trabalho do preso para a iniciativa privada é contratado e, portanto, deve ter seu assentimento. Se o preso não consentir, deverá ser transferido para uma unidade penal controlada pelo Poder Público. [...] a responsabilidade pela execução da política penitenciária continua sendo estatal, já que se trata de matéria de índole constitucional. O corpo diretivo do presídio (diretor e vice-diretor) é composto por membros indicados pelo Estado, exercendo função pública típica. As competências jurisdicionais e disciplinares também são indelegáveis.¹⁴³

¹⁴² CORDEIRO, op. cit., p. 129.

¹⁴³ BRASIL. **Projeto de Lei nº. 513, de 24 de agosto de 2011**. Senado Federal: Brasília/DF, pp. 14-16.

A proposição estava em trâmite, mas foi arquivada ao final da legislatura de 2018, na forma do art. 332, § 1º, do Regimento Interno do Senado Federal¹⁴⁴, porque se encontrava tramitando há duas legislaturas e não fora requerida a sua continuidade por 1/3 (um terço) dos Senadores.

O mencionado projeto, se aprovado, ratificaria a constitucionalidade da utilização da contratação de parcerias público-privadas para a construção e a gestão de estabelecimentos penais, que conta com uma única experiência no Brasil: a Penitenciária de Ribeirão das Neves – Minas Gerais. Além dessa, já estão sendo estruturadas outras propostas em outros Estados, a exemplo de Rio de Janeiro, São Paulo e Pernambuco¹⁴⁵. No Rio Grande do Sul, foi aprovada a estruturação em projeto-piloto a ser realizado no Município de Erechim/RS, para construção e operação de novo complexo penal, com capacidade para 1.125 presos¹⁴⁶.

4.2 Da implementação das Parcerias Público-Privadas no setor penitenciário

Como visto, os contratos de parceria público-privada em estabelecimentos penais, até o momento, não foram utilizados em larga escala pelo Brasil, contando com somente uma experiência, qual seja a Penitenciária de Ribeirão das Neves, situada na região metropolitana de Minas Gerais, sobre a qual, quando oportuno, será feita uma abordagem mais detida.

Inegável que a baixa utilização decorre do pouco de interesse das classes políticas no tratamento da questão penitenciária. Muito disso se deve à já discutida falência da pena de prisão, que teve gênese ainda no século XIX e colocou em dúvida a capacidade de a privação de liberdade causar algum efeito positivo sobre o apenado. Mas não é a única razão.

Embora tenham sido mostrados empiricamente efeitos positivos, vários segmentos da sociedade ainda questionam alguns aspectos da privatização do sistema penitenciário, que merecem ser analisados.

¹⁴⁴ BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno**, estabelecido pela Resolução nº. 93, de 1970. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 11/07/2021.

¹⁴⁵ O Estado de Pernambuco concretizou uma parceria com a Sociedade de Propósito Específico Reintegra Brasil, para a construção de um complexo penitenciário em Itaquitinga, o Centro Integrado de Ressocialização, que será composto por 5 (cinco) estabelecimentos, dos quais 2 (dois) são ao cumprimento da pena em regime semiaberto, portanto colônia penal, e 3 (três) ao regime fechado, sob forma de penitenciária, totalizando-se 3.126 vagas.

¹⁴⁶ BRASIL. Governo Federal – Ministério da Economia. Parcerias de investimentos. **Aprovada a estruturação de Parcerias Público-Privadas em sistemas prisionais**. Publicado em 11 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/aprovada-a-estruturacao-de-parcerias-publico-privadas-em-sistemas-prisionais>. Acesso em: 11/07/2021.

4.2.1 Fisionomia jurídica da contratação

Os contratos de parcerias público-privadas para a construção e a administração de estabelecimentos penais devem ter, necessariamente, forma de *concessão administrativa*, que está prevista no § 3º do art. 2º da Lei nº. 11.079/2004¹⁴⁷. Isso porque não há como conceber a cobrança de tarifa dos usuários, já que os presos e os internados se encontram na condição de custodiados do Estado, inviabilizando a adoção da modalidade de concessão patrocinada.

A licitação terá como objeto a prestação de serviço de execução material da pena, referente a algumas das assistências previstas na Lei nº. 7.210/84 e à manutenção da estrutura do estabelecimento, e pode ser precedida de execução de obra e fornecimento e instalação de bens. Nesse quadro, a Administração é considerada usuária indireta do serviço penitenciário – que sucede a contento dela –, pois nosso ordenamento reservou o exercício do *jus puniendi* ao Estado.

Nesse entendimento, a princípio, a construção e a manutenção do estabelecimento penal constituem ônus do parceiro particular, cuja dívida será amortizada ao longo do período de vigência do contrato, nos limites previstos em lei, por meio de contraprestação do parceiro público. Esta só terá início depois de disponibilizado o serviço pelo ente privado, na forma do art. 7º da Lei nº. 11.079/2004¹⁴⁸. Para assegurar a execução do contrato, deverão ser prestadas garantias pelo parceiro privado; também podendo ser exigidas do Estado, para salvaguardar o pagamento das obrigações pecuniárias assumidas.

Outro ponto relevante é que o contrato pode prever o pagamento de remuneração variável vinculada ao desempenho da empresa contratada, conforme as metas e os padrões de qualidade definidos (art. 6º, § 2º)¹⁴⁹. Dessa forma, o poder-concedente incentiva o contratado a alcançar os objetivos traçados, qualificando a prestação das atividades transferidas.

Em suma, a Administração celebra contrato de *concessão especial* com a empresa vencedora da licitação, para, além de possível obra de revitalização, reforma ou construção de estabelecimento penal, prestação indireta de determinadas atividades-meio, como alimentação, vestuário, limpeza/hotelaria, assistências médica, odontológica e psicológica, religiosa, social, educacional, laboral e segurança interna.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, op. cit.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Ibidem.

Doutro lado, o Poder Público permanece detentor exclusivo da atividade judiciária e das funções de direção, chefia e coordenação, ficando a seu cargo a fiscalização da execução do instrumento contratual. Assim sendo, o controle da execução penal propriamente dita, que engloba as operações jurisdicionais e administrativo-jurisdicionais, permanece sob tutela dos Poderes Judiciário e Executivo.

Percebe-se o esforço de concretizar, também no setor penitenciário, as finalidades de uma administração gerencial, em que o particular assume a atividade delegada, nos limites determinados pelo Estado, e este fiscaliza a execução, para obter um serviço mais eficiente.

Não obstante tratando da cogestão em seu sentido mais amplo, Luiz Flávio Borges D'Urso faz fundamental distinção – igualmente aplicável às parcerias público-privadas – entre as funções exercidas pela Administração Pública e pelo empreendedor privado:

E mais, na verdade, não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função material da execução penal, vale dizer, o administrador particular será responsável pela comida, pela limpeza, pelas roupas, pela chamada hotelaria, enfim, por serviços que são indispensáveis num presídio. Já a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que, por meio de seu órgão-juiz, determinará quando o homem poderá ser preso, quanto tempo assim ficará, quando e como ocorrerá a punição e quando o homem poderá sair da cadeia, numa preservação do poder de império do Estado, que é o único legitimado para o uso da força, dentro da observância da lei.¹⁵⁰

Sem embargo dessa discriminação, a adoção do modelo em comento ainda nutre – não sem razão – controvérsias quanto à sua viabilidade no sistema jurídico brasileiro.

4.2.2 Aspectos da (in)viabilidade jurídico-constitucional

Os argumentos defensores da tese da inconstitucionalidade são vários. O principal certamente diz respeito ao *jus puniendi*, que é de uso exclusivo pelo Estado, do que decorre a indelegabilidade da função jurisdicional e do poder de polícia. Assim compreende o Supremo Tribunal Federal, na forma do entendimento estampado no julgamento da ADI nº. 1.717/DF:

Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, [...].¹⁵¹

¹⁵⁰ D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 75.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.717/DF**. Rel. Min. Sidney Sanches. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>. Acesso em: 15/07/2021.

De fato, no Estado Democrático de Direito brasileiro, o aparelho estatal detém, em regime de monopólio, o direito de punir. Este dá ao Poder Público, sob o pretexto de proteção do próprio povo e concretização da República, o privilégio de, uma vez identificadas, através do devido processo legal, as condutas ilícitas e reprováveis, imputar a pena e reprimir quem as praticou¹⁵².

Aliás, a Lei nº. 11.079/2004 reservou essas e outras atividades ao Poder Público, enunciando, em suas diretrizes, a “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”¹⁵³. Poder-se-ia, em uma análise mais apressada, concluir que a execução penal, por ser a expressão tradicional do *jus puniendi* estatal, é indelegável.

Entretanto, a atividade de execução da pena tem natureza complexa, incorporando um conjunto de funções de naturezas distintas: a jurisdicional, a administrativo-disciplinar e a administrativa¹⁵⁴. As duas primeiras são indelegáveis, visto que envolvidas diretamente com a coerção estatal e a individualização da pena. A última, em contrapartida, importa tão-somente a realização material, acessória e complementar da pena, razão pela qual é delegável.

A própria Lei de Execução Penal reserva a determinadas autoridades as atividades disciplinar (arts. 44, 47 e 48), judicial (arts. 65 e 66) e de avaliação do condenado, com vistas a orientar a execução da pena (arts. 8º, 9º, 96 a 101, 114 e 175 a 177)¹⁵⁵. Inclusive, o art. 83-B, incluído pela Lei nº. 13.190, de 2015, expressamente declara quais cargos e atividades não são passíveis de delegação às empresas privadas:

Art. 83-B. São indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, e notadamente: I - classificação de condenados; II - aplicação de sanções disciplinares; III - controle de rebeliões; IV - transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais.¹⁵⁶

Assim, qualquer ato que implique sanções ou conceda recompensas, que possuam qualquer conteúdo decisório, compreendendo o conceito amplo de “polícia”, devem suceder a contento do Estado, em exclusividade.

¹⁵² MÂNICA, Fernando Borges; BRUSTOLIN, Rafaella. **Gestão de Presídios por Parcerias Público-Privadas: uma análise das atividades passíveis de delegação**. Rev. Bras. de Polít. Públicas (Online). Brasília, v. 7, 2017. p. 304-320.

¹⁵³ BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, op. cit., art. 4º, III.

¹⁵⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: Parceria Público-Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 258.

¹⁵⁵ BRASIL. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, op. cit.

¹⁵⁶ Ibidem.

Contudo, existem atividades que se relacionam apenas tangencialmente ao poder coercitivo, e somente o subsidiam. Essas atribuições implicam tão-só a prestação material dos serviços *acessórios* ou *instrumentais*, tendentes a viabilizar a sujeição especial do custodiado, motivo pelo qual são delegáveis a entidades privadas.

Partindo dessa evidência, seria possível traçar uma classificação entre duas categorias de atividades que podem conter-se no escopo da gestão privada de atividades prisionais: (1) a transferência à gestão privada de *serviços acessórios* apenas *mediatamente* relacionados à manipulação de competências estatais típicas; e (2) a transferência de serviços *instrumentais imediatamente* comprometidos com as funções estatais.¹⁵⁷

Os serviços *acessórios* são aqueles relacionados à hotelaria e ao fornecimento de alimentação, limpeza, higiene, educação, trabalho, assistências médica, social e psicológica¹⁵⁸. Os serviços *instrumentais* são os que contribuem à manifestação de competências tipicamente estatais, como o suporte à segurança interna e o manuseio de equipamentos de monitoramento eletrônico e vigilância.

Os primeiros são indubitavelmente delegáveis. Inclusive, foi inserido, pela Lei nº. 13.190, de 2015, o art. 83-A da LEP, que expressamente admite a execução indireta – ou seja, por meio de descentralização administrativa – dessas atividades, as quais serão realizadas sob supervisão e fiscalização do Poder Público.

Art. 83-A. Poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, e notadamente: I - serviços de conservação, limpeza, informática, copeirarem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos; II - serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso. § 1º - A execução indireta será realizada sob supervisão e fiscalização do poder público. § 2º - Os serviços relacionados neste artigo poderão compreender o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais.¹⁵⁹

Os últimos, de caráter instrumental, é que podem gerar controvérsias, visto que há correlação imediata com o *jus puniendi*. Para não eivar de inconstitucionalidade o instrumento de concessão, deverão ser observados alguns parâmetros, que delimitem a atuação do parceiro privado, para não ocorrerem interferências nas atividades-fim judicial ou disciplinar.

¹⁵⁷ GUIMARÃES, op. cit., p. 259.

¹⁵⁸ O concessionário pode promover cursos, trabalho, consultas etc., mas não pode decidir sobre a consequência (positiva ou negativa) dessas atividades no tempo e nas condições da pena. Exemplo: o serviço médico prestado por psiquiatras que influenciem em questões decisórias do juízo de execução quanto à individualização da pena, dado o caráter administrativo-jurisdicional, não pode ser delegado.

¹⁵⁹ BRASIL. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, op. cit.

Exsurge, nesse tema, a questão terceirização do pessoal encarregado da segurança interna do estabelecimento. Algumas experiências privatizadoras autorizaram a contratação de “agentes de disciplina”, pela empresa privada, em substituição dos *agentes penitenciários*. As consequências positivas seriam redução de custos; maior eficiência, vez que esses empregados seriam motivados pela possibilidade de ascensão na carreira; além da flexibilidade quando da contratação e da demissão, porque inexistentes concurso público, estabilidade funcional etc.

A controvérsia orbita a possibilidade de os agentes de disciplina realizarem serviço penitenciário disciplinar, o que seria inaceitável ao princípio republicano. A discussão, que vai além dos fins deste trabalho, leva em conta as atribuições dos agentes penitenciários; se estas seriam típicas do poder de império, dependendo de pessoal investido em função pública, ou se não têm natureza administrativo-disciplinar, pelo que não haveria óbice legal.

Acerca do tema, José Roberto Pimenta Oliveira possui entendimento contundente, por entender indissociável essa função do exercício da coação:

Diversamente do que ocorre nas diversas repartições administrativas, nas quais a *terceirização da vigilância* pode ser legítima se observadas as limitações legais advindas da organização administrativa e do exercício da função pública, nos estabelecimentos penais, haja vista sua finalidade, não ostenta a referida atividade o mesmo caráter instrumental. Com efeito, a operação da segurança do presídio está diretamente ligada ao monitoramento dos deveres dos presos, sendo que, no cumprimento da atividade material, não raro se faz uso da coação para lograr sua execução regular. Disso resulta a vedação de substituição de agentes públicos no exercício concreto dessa atividade material.¹⁶⁰

Por ora, uma vez que ainda não existe lei disciplinando exaustivamente o assunto, em atenção ao princípio da legalidade, parece ser mais prudente circunscrever a delegação das funções de vigilância e segurança interna ao mero apoio tecnológico. De qualquer forma, deve a Administração indicar: os equipamentos a serem utilizados, os locais de instalação e o modo de funcionamento¹⁶¹.

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.¹⁶²

¹⁶⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Parcerias Público-Privadas**: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 433-467.

¹⁶¹ MÂNCIA; BRUSTOLIN, op. cit., p. 305.

¹⁶² KLEIN, Aline Lícia. **A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de estabelecimentos prisionais**. pp. 677-702. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. **Parcerias Público-Privadas**: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 699.

Outro aspecto é o *trabalho do custodiado*. A Constituição expressamente veda que sejam aplicadas penas de trabalhos forçados (art. 5º, XLVII)¹⁶³. Essa disposição não tem o fim de vedar o trabalho do apenado, mas sim de limitar o poder do Legislativo e do Judiciário, que não poderão estabelecer – abstrata ou concretamente – pena laboral. Assim, a LEP dispõe que o trabalho do condenado é dever social e possui finalidade educativa e produtiva, remunerado em não menos que 3/4 (três quartos) do salário mínimo¹⁶⁴.

Aliás, o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade está *obrigado* ao trabalho, na medida de suas aptidões e capacidade (art. 31)¹⁶⁵; consistindo, inclusive, dever do apenado (art. 39, V)¹⁶⁶. A delegabilidade da execução do trabalho é admitida, na esteira do supra mencionado art. 83-A, II, da LEP.

Nesse sentido, não há mais como permitir que tantos apenados continuem ociosos, como de regra ocorre nos estabelecimentos penais do Brasil. Isso sob dois vieses: primeiro, a falta de profissionalização do custodiado, que retorna ao meio social sem qualquer atrativo ao mercado de trabalho, voltando a via do crime a ser a alternativa mais viável (ainda mais com a experiência adquirida nas “escolas do crime”; segundo, os familiares dos presos, dependentes financeiramente deles, ficam sem amparo; bem como eventuais vítimas e o próprio Estado.

Superado esse quesito da constitucionalidade, outras questões comumente citadas merecem consideração: a comercialização do preso, que se tornaria objeto de lucro, já que sua mão de obra – mais barata – seria atraente para a iniciativa privada; a diminuição da qualidade do serviço, porque, à guisa de reduzir os custos, a empresa diminuiria a qualidade do serviço; e o financiamento de uma indústria do encarceramento.

No campo da ética, fala-se em *comercialização do apenado*. O argumento decorre de simples dedução da finalidade das empresas privada: o lucro. Nessa lógica, a transferência da exploração da força laboral seria negócio rentável à concessionária, já que as remunerações estão abaixo das de mercado e a contratação não é regida pela CLT, de modo que não incidem todos os direitos e encargos trabalhistas; além de que o apenado estaria vinculado ao trabalho, porque obrigatório, afastando-se o escopo ressocializador da pena.

¹⁶³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit.

¹⁶⁴ O produto da remuneração será destinado à indenização dos danos causados pelo crime; à assistência familiar do recluso; ao ressarcimento do Estado pelas despesas realizadas com a manutenção do condenado; e a pequenas despesas pessoais. BRASIL, Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, op. cit., art. 28 e s.

¹⁶⁵ BRASIL, Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, op. cit.

¹⁶⁶ Ibidem.

Nesse ponto, Guilherme de Souza Nucci vai além, advogando pela *ilegalidade* do aferimento de lucro pelo trabalho do preso:

Trabalho de condenado não pode gerar lucro para empresas privadas, pois é uma distorção do processo de execução da pena. O preso receberia, por exemplo, 3/4 do salário mínimo e produziria bens e produtos de alto valor, em oficinas montadas e administradas pela iniciativa privada, que os venderia e ficaria com o lucro, sem nem mesmo conferir ao condenado os benefícios da CLT (lembramos da vedação estabelecida pelo art. 28, § 2º, desta Lei). Tal situação seria ilegal e absurda. O cumprimento da pena e o exercício do trabalho pelo preso não têm por fim *dar lucro*. É um ônus estatal a ser suportado.¹⁶⁷

Apesar da respeitável opinião, não há ilegalidade. Ao contrário, a LEP considera o trabalho do condenado dever social e obrigatório, possuindo finalidade educativa e produtiva. Se há produção, há comercialização. A própria lei declara a possibilidade de a Administração celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho; e passa à entidade gerenciadora o dever de promover e supervisionar a produção, além de se encarregar de sua comercialização¹⁶⁸.

Nessa ocasião, o arrecadado com as vendas reverterá em favor do estabelecimento penal¹⁶⁹. Havendo contrato de parceria público-privada, que determina o compartilhamento de riscos e ganhos econômicos (art. 5º, IX, Lei nº. 11.079/2004)¹⁷⁰, entende-se que o valor obtido com essas vendas pode gerar abatimento da contraprestação paga pelo Estado, na hipótese de o montante ser destinado ao parceiro privado.

Assim sendo, desconstitui-se a ideia de comercialização do preso, uma vez que o lucro do parceiro privado está vinculado à contraprestação do ente público. Identificando-se o trabalho interno ou externo do custodiado e a produção de bens e serviços a favor da empresa concessionária – a Sociedade de Propósitos Específicos constituída –, o valor arrecadado será abatido da quantia a ser paga a título de contraprestação, preservando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Essa questão, aliás, traz um outro efeito positivo ao trabalho do apenado – além da profissionalização –: a desoneração dos cofres públicos, barateando as quantias discriminadas no contrato de parceria.

¹⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 206.

¹⁶⁸ BRASIL, Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, op. cit., art. 34.

¹⁶⁹ Ibidem, art. 35, parágrafo único.

¹⁷⁰ BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, op. cit.

Outrossim, fala-se na *diminuição da qualidade do serviço*, como consequência da redução de custos do parceiro privado na prestação do serviço. Por digressão, parece absurdo tentar impedir a participação da iniciativa privada na execução penal sob a tese da redução da qualidade, pois conhecida a realidade dos estabelecimentos públicos, em que os serviços não são prestados ou, quando o são, são de péssima qualidade.

Sob um ponto de vista mais técnico, sabe-se que a amortização dos investimentos e o lucro do parceiro privado decorrerão da contraprestação do parceiro público. Nas parcerias público-privadas, como visto, o contrato poderá prever o pagamento de remuneração variável, conforme o cumprimento de objetivos e metas pelo concessionário. A inclusão dessa cláusula garantiria a prestação de um serviço de qualidade. Caso contrário, a Administração poderia se valer da declaração de caducidade da concessão¹⁷¹, diante da inexecução do contrato.

Por fim, alguns falam em *incentivo de uma indústria do encarceramento*. De fato, é possível que, diante da expansão da privatização do sistema penitenciário, angariem força as empresas especializadas na área, encabeçando lobbys de estímulo ao endurecimento de penas. Os Estados Unidos da América, país que mais privatiza nesse âmbito, vem experimentando há décadas esse fenômeno.

Sobre tal empecilho, expõe Luís Francisco Carvalho Filho:

O argumento decisivo contra a gestão privada das prisões é a inevitável criação, no Parlamento e nos governos, de focos de influência empresarial na formulação das políticas públicas de combate ao crime. Se a remuneração do empresário corresponde, em grande medida, ao número de presos submetido ao gerenciamento, desenvolvem-se grupos de pressão poderosos, com interesses econômicos nitidamente voltados para o endurecimento penal: quanto mais detentos, maior a lucratividade e a capacidade de expansão dos negócios.¹⁷²

A par disso, sopesando-se os valores de uma possível influência empresarial sobre a classe política e uma mudança de paradigma na execução penal, que respeitaria os direitos e as garantias fundamentais do apenado, a última é deveras mais relevante.

Pelo visto, mostra-se, em linhas gerais, viável a celebração de contrato de parceria público-privada para construção e gestão de estabelecimentos penais, apesar de necessário um debate mais profundo em alguns aspectos. Mas, afinal, quais seriam as vantagens dessa forma de gerenciamento, em comparação aos outros modelos, e será que só serviriam ao interesse do empresariado ou também como alternativa à efetividade da pena de prisão?

¹⁷¹ BRASIL. Lei n°. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, op. cit., art. 38.

¹⁷² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 65.

4.3 Da efetividade da pena privativa de liberdade

Sabe-se que a privatização *lato sensu* nos estabelecimentos penais não é novidade no Brasil, que conta com 32 (trinta e duas) unidades prisionais sob administração privada, em oito Estados brasileiros, conforme levantamento realizado em 2019¹⁷³. Contudo, somente uma delas sucedeu mediante contrato de parceria público-privada. Este, em verdade, via de regra, é mais complexo, por preferivelmente envolver, adicionalmente à administração dos serviços, a prévia execução de obra e o fornecimento e a instalação de bens.

É que, embora possível em tese, a conjunção de tantas atribuições em um contrato de concessão comum não seria atrativa, posto que o concessionário não conseguiria amortizar o investimento com a remuneração vinda da exploração do serviço ou da obra e – por óbvio – não alcançaria o lucro pretendido. É nesse contexto que a concessão administrativa se mostra um instrumento negocial importante à Administração Pública, para estender a ação privada no setor penitenciário, com previsão de contraprestação pecuniária, compartilhamento de riscos e ganhos econômicos e prestação de garantias.

Da perspectiva do Poder Público, o fato de que o pagamento da contraprestação só terá início depois de disponibilizado o serviço permite o investimento imediato nessa área tão carente, claro que respeitando o impacto orçamentário-financeiro nos exercícios seguintes em que vigorar o contrato de parceria¹⁷⁴. Com isso, não se nega que devem ser bem analisadas as questões de conveniência e oportunidade da contratação nessa modalidade, em observação do *value for money* (custo-benefício).

Giambiagi, com base na experiência internacional, aponta os principais benefícios dos contratos de parceria público-privada:

- i) a execução de projetos inviáveis como concessões comuns; ii) a antecipação de investimentos; iii) a transferência dos riscos de construção e operação do setor público para o parceiro privado; iv) a possibilidade de maximização do *value for money* (VFM); v) e a possibilidade de melhorar o sistema de contratação em razão do maior nível de concorrência. O *value for money* (VFM) é a mensuração da diferença entre o custo total de se construir uma mesma obra integralmente pelo setor público ou por um ente privado contratado para assumir seus riscos e custos.¹⁷⁵

¹⁷³ BREMBATTI; FONTES, op. cit.

¹⁷⁴ O art. 10 da Lei nº. 11.079/2004 exige a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada e a declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual. BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, op. cit.

¹⁷⁵ GIAMBIAGI, op. cit., p. 454.

E, para que alcance uma mudança de paradigma na prestação de serviços no setor penitenciário, faz-se necessária a construção de novos estabelecimentos. Tal porque, conforme antes aludido, o principal problema a ser enfrentado, do qual vêm os demais, é a *superlotação* (ou *superpopulação*) *carcerária*.

Tida como a **mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário**, as celas superlotadas ocasionam doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana, homens amontoados como lixo em celas cheias, revezando-se para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário.¹⁷⁶

Esse, por si só, torna utópica a ideia de se destinar uma cela individual ao apenado sujeito ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado; dificulta que sejam adequadamente prestados os serviços de higiene e hotelaria; ou até mesmo que haja ambiente adequado à prestação de assistência educacional, médica, odontológica, psicológica e jurídica. Enfim, ficam inalcançáveis as disposições da Lei de Execução Penal.

Como solução, mesmo parcial, a construção de novos estabelecimentos permitiria a materialização de uma infraestrutura pensada de forma integrada aos serviços penitenciários, porque lavados a cabo pela própria SPE concessionária e sob o controle do poder-concedente, que terá a prerrogativa de impor sanções, ou mesmo rescindir unilateralmente, na hipótese de inexecução total ou parcial do objeto da concessão.

Desta forma, o parceiro privado acabará concentrando sob sua responsabilidade os riscos derivados da construção e aqueles riscos atinentes à manutenção e ao aparelhamento do presídio por um longo termo. Assim, ele terá incentivos para executar a construção de modo satisfatório e a partir de materiais de qualidade suficiente (evitando os chamados subinvestimentos), pois os defeitos construtivos e a baixa qualidade dos materiais e dos equipamentos se retrarão em maiores custos ao longo da execução dos serviços de manutenção, que estará sob sua responsabilidade. A PPP permite, portanto, criar uma estrutura de incentivos que favorece a geração de economias à Administração Pública.¹⁷⁷

Esse controle estatal, somado ao pagamento de remuneração variável vinculada ao desempenho da empresa contratada, é que garantiriam a prestação de um serviço de qualidade, concretizando, imediatamente, os direitos e garantias fundamentais mínimos do aprisionado e, mediamente, a diminuição dos índices de reincidência e, portanto, de criminalidade. Não só, também permitiria ao Estado concentrar seus esforços nas atividades judiciais e disciplinares, igualmente deficitárias no sistema penitenciário.

¹⁷⁶ ROSTIROLLA, op. cit., p. 68.

¹⁷⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A privatização dos presídios**. 21 de dez. de 2010 21:16. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaao/artigos/a-privatizacao-dos-presidios-dym687qm71s0ismfdeqs4mzwu/>. Acesso em: 15/07/2021.

No mais, é inquestionável que a eficiência da prestação do serviço penitenciário, a qual depende da diminuição do déficit de vagas, deve ser acompanhada de reforma legislativa que consagre o Direito Penal Mínimo, preferindo as *penas alternativas* (substitutivos penais), e deixando à pena privativa de liberdade os crimes que violem gravemente bens jurídicos.

Isso por ser fantasioso disponibilizar tantas vagas que abarquem toda a população carcerária presente e futura. Ocorre que, no Brasil, em sentido contrário ao restante do mundo, a taxa de aprisionamento só aumentou, conforme descreve João Paulo Brito:

Entre 2000 e 2014, a população prisional no Brasil cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando 161%, percentual 10 vezes maior que o crescimento da população, de apenas 16% no período, ou 1,1% ao ano, na média. A taxa de aprisionamento, por sua vez, aumentou 119%: de 137 presos para cada 100 mil habitantes, em 2000, para 299,7 por 100 mil em 2014. Entre 2008 e 2013, os Estados Unidos reduziram a taxa de pessoas presas de 755 para 698 presos para cada 100 mil habitantes, uma queda de 8%. A redução na China foi de 9% e na Rússia, de 24%. No Brasil houve acréscimo de 33%.¹⁷⁸

Enfim, a única forma de avaliar a possibilidade de a pena de prisão causar efeitos positivos sobre o apenado é mudando a realidade que os estabelecimentos penais ora exibem. Para tanto, como dito, faz-se urgente a diminuição do déficit de vagas, que vai da construção de novos estabelecimentos à implementação de políticas de minimalismo penal. A construção, por sua vez, mostra-se vantajosa por meio das parcerias público-privadas.

No tocante ao gerenciamento do presídio, em que a expertise da iniciativa privada pode aperfeiçoar a prestação dos serviços, com o controle e a fiscalização do Poder Público, é indispensável a garantia das condições mínimas de higiene e alimentação, até porque nossa lei penal limita a restrição aos direitos atingidos pela decisão condenatória. Com essas condições, as assistências, especialmente educacional e laboral-profissionalizante, são impreteríveis para lograr a prevenção especial positiva (ressocialização).

Por outro lado, só com uma execução penal efetivamente controlada se conseguirá superar as “escolas do crime”; o tráfico de drogas e uso de aparelhos eletrônicos dentro desses presídios, endossados por agentes corruptos; as fugas e rebeliões de presos; além da aplicação do regime determinado na decisão, sem que se precise alocar o condenado em condições mais benéficas, face à ausência de estabelecimento penal adequado. A ideia é perfazer a retribuição da forma prevista na lei, afastando o disseminado sentimento de impunidade.

¹⁷⁸ BRITO, João Paulo. **Editorial da Revista Em Discussão**. Revista Em Discussão, ano 7, nº 29, set. de 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/editorial>. Acesso em: 16/07/2021.

4.3.1 Resultados do sistema brasileiro

O modelo puro de parceria público-privada é aquele em que a contratação abrange desde o projeto arquitetônico até a gestão do estabelecimento penal. Esta só foi implementada, até este momento, em complexo penitenciário localizado no município de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais.

O contrato de concessão do Complexo Penitenciário Público-Privado (CPPP), em Ribeirão das Neves (MG), foi celebrado entre o Estado de Minas Gerais, através da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS), e a Sociedade de Propósito Específico Gestores Prisionais Associados S/A – GPA, e publicado em 24 de junho de 2009. Contudo, as primeiras unidades só entraram em operação a partir de 2013.

Inicialmente, o instrumento previa a disponibilização de 3.360 vagas, distribuídas em cinco unidades, e o prazo de duração de 27 anos. Realizado o 9º Termo Aditivo, o número de vagas foi aumentado para 3.800 e o prazo para 30 anos¹⁷⁹. Segundo informações de 2019, o complexo abrigava 2.164 presos em três unidades, das quais duas são para o regime fechado e uma para regime semiaberto¹⁸⁰. Assim sendo, ainda faltam ser construídas duas unidades.

De acordo com a concessionária, o custo efetivo de cada um dos internos é de R\$ 1.900,00 (mil e novecentos reais) por mês. A contraprestação pecuniária do Estado, contudo, é de R\$ 3.800,00 (três mil e oitocentos reais) por mês, contemplando o pagamento da estrutura, que passará à propriedade pública ao fim do contrato. O teto de manutenção do preso é de R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais).

No tocante ao pessoal, os agentes penitenciários, concursados, que possuem porte de arma de fogo, ficam na parte externa. Por outro lado, a parte interna conta com *monitores*, contratados pela GPA. Estes não possuem porte de arma de fogo e carregam apenas um bastão (ou cassetete). Pela aparente equiparação entre monitores e agentes prisionais, algumas ações judiciais foram propostas questionando a natureza da função exercida pelos monitores¹⁸¹.

¹⁷⁹ MINAS GERAIS. **Unidade PPP: Concessões e Parcerias. Termos aditivos – Complexo Penal.** 22 de julho de 2020. // Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos/contratos-assinados/complexo-penal/114-as-ultimas-noticias/contratos-assinados/666-aditivos-penal>. Acesso em: 18/07/2021.

¹⁸⁰ FONTES, Giulia. **Como funciona o complexo de Ribeirão das Neves, única PPP penitenciária do país.** 14 de junho de 2019 16:52. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/parana/ribeirao-das-neves-unica-ppp-penitenciaria-do-brasil/>. Acesso em 18/07/2021.

¹⁸¹ AZEVEDO, R.G.; LOURENÇO, L.C. **Parceria Público-Privada no Sistema Prisional de Minas Gerais: os limites da governança pública e seus reflexos na produção de sentidos substantivos para o modelo.** 40º Encontro Anual da ANPOCS, 24 a 28 de outubro de 2016, Caxambu – Minas Gerais. p. 16.

O complexo não apresenta superlotação. As celas para presos em regime fechado, que abrigam, no máximo, quatro detentos, possuem 12 m²; e, para os presos em semiaberto, as celas medem 18 m² e podem abrigar até seis detentos. Além do mais, conta com rouparia, área administrativa, salas de monitoramento de segurança, escritório para assistência jurídica, celas para comunicação privativa entre apenados e advogados, instalações médicas, odontológicas e farmacêutica, salas de aula, oficinas de trabalho, áreas de lazer e quartos para visitas íntimas.

Contratualmente, a concessionária fica obrigada a prestar os serviços assistenciais, como médico, odontológico, psicológico, jurídico, social, educacional, desportivo etc., assim como pela segurança interna, por meio dos monitores. Fica a empresária também responsável pela manutenção da estrutura, que conta com portas automatizadas, bloqueadores de celular e câmeras de monitoramento, e pelo bom funcionamento das unidades. À Administração cabe a fiscalização das atividades exercidas pelo particular, a segurança externa e o deslocamento de apenados, além de garantir a demanda mínima de 90% da capacidade do complexo penal.

[...] a GPA conta com uma equipe de 600 funcionários nas áreas de segurança interna e de assistência jurídica, educacional, de saúde, material, de trabalho, cultural e profissionalizante. Na área administrativa, todos os cargos de direção são duplicados, sendo ocupados por um funcionário da GPA e por um servidor público. Ao todo, 200 servidores trabalham em parceria com a concessionária.¹⁸²

No tocante ao trabalho profissionalizante e ao estudo dos presos, indispensáveis à ressocialização, 70% dos considerados aptos estão estudando, e 48% dos considerados aptos a trabalhar exercem alguma atividade dentro da penitenciária¹⁸³. Tal aptidão é avaliada por uma Comissão Técnica de Classificação, composta de agentes públicos, que averiguam critérios de socialização e saúde dos presos.

De acordo com a GPA, dois mil presos têm atividades educacionais no presídio. As aulas vão da educação fundamental, passando pelo ensino técnico e universitário. Há 80 matriculados em cursos do Pronatec e 32 fazem faculdade à distância. Outros 60 seguem cursos religiosos. Há também aulas de música. Em 2014, houve oficinas de teatro para a montagem de apresentações.

O presídio oferece 349 vagas de empregos, proporcionadas por 17 empresas. Se não tiver atividades, o detento em regime fechado só pode ficar duas horas no pátio. Por isso, livros, aulas e ofertas de empregos são procurados.¹⁸⁴

¹⁸² BRASIL. Senado Federal. **Privatização de Presídios**: a polêmica sobre a administração de unidades penais. Revista Em Discussão. Ano 7 – n°. 29 – setembro de 2016. p. 11.

¹⁸³ FONTES, op. cit.

¹⁸⁴ BERGAMASCHI, Mara. **Com três anos, presídio privado em Minas Gerais não teve rebeliões**. Especial para O GLOBO, 07 de janeiro de 2017 15:52. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/com-tres-anos-presidio-privado-em-minas-gerais-nao-teve-rebelioes-20740890>. Acesso em: 18/07/2021.

Nesse ponto, contudo, alguns critérios observados, como o bom comportamento e a experiência anterior na tarefa para a qual estão sendo contratados, atrapalham a qualificação profissional de forma ampla, necessária para o retorno ao convívio social. Ademais, os turnos de oito horas diárias, muitas vezes, ficam incompatíveis com as atividades educacionais. Tudo isso atesta a imprescindibilidade do aperfeiçoamento do modo como são desempenhadas essas tarefas.

A concessionária tem o dever de prestar contas bimestrais ao governo e é avaliada permanentemente, com base em 380 indicadores de desempenho, responsáveis pela parcela da remuneração variável, que compõe a contraprestação pecuniária do Estado. Por outro lado, se for atestado o descumprimento de obrigações pelo parceiro privado, podem ser aplicadas pelo Poder Público sanções administrativas, que vão desde advertências e multas até a suspensão e o descredenciamento do consórcio contratado¹⁸⁵.

Por exemplo, ocorreu, em 2013, uma fuga no CPPP, em que o preso fugiu em uma trouxa de roupas sujas. Em razão da fuga, a concessionária perdeu R\$ 10.108,31 de repasse e foi multada em R\$ 900.000,00 pelo Estado¹⁸⁶.

¹⁸⁵ ROSTIROLLA, op. cit., p. 78.

¹⁸⁶ O TEMPO. **Governo corta repasse de verba após fuga de preso**. 29 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/governo-corta-repasse-de-verba-ap%C3%B3s-fuga-de-preso-1.753840>. Acesso em: 18/07/2021.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre as mazelas do século XXI, diagnosticou-se verdadeira crise da sua principal sanção penal: a pena privativa de liberdade. Não propriamente por aspectos ideológicos, e sim práticos. No Brasil, o déficit de vagas atesta a incapacidade de os estabelecimentos penais ora existentes absorverem toda a população carcerária presente e futura. Tudo isso sob o contexto socioeconômico vivenciado pelo país, que é um dos mais desiguais do mundo, estando na 84ª posição do ranking baseado no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)¹⁸⁷.

Por consequência, os níveis de criminalidade não diminuem, o encarceramento se faz inevitável e acaba por superpovoar estabelecimentos penais com infraestruturas precárias, o que acarreta: péssimas condições de higiene e saúde, má prestação de serviços assistenciais, inocorrência de atividades educacionais e oportunidades de trabalho; abusos verbais, físicos e sexuais entre presos ou entre estes e agentes penitenciários; corrupção; tráfico e uso de drogas e aparelhos eletrônicos; domínio das facções e disseminação das escolas do crime; rebeliões, motins, homicídios etc.

Nesse cenário, são desrespeitados os limites exigidos pelo constituinte originário e pela legislação de execução penal, que vedam penas cruéis e asseguram respeito à integridade física e moral dos presos¹⁸⁸, pondo em cheque a legitimidade do Estado em conduzir a sanção penal. Justamente face a isso é que o STF reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário, pela ADPF nº. 347/DF, que certificou a violação sistemática dos direitos e das garantias fundamentais do apenado.

Então, do ponto de vista interno, a pena ultrapassa as divisas idealizadas dentro do sistema jurídico, chacinando os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da individualização da pena, e não consegue dar tratamento penitenciário adequado ao indivíduo, especialmente por meio da educação e do trabalho, que oportunizariam a reinserção social do apenado, seja pelo ingresso em universidade ou curso profissionalizante, seja pela aquisição de experiência em certa atividade laboral, concedendo benefícios a empresas que os empreguem. Sem isso, retornam à sociedade ainda mais estigmatizados.

¹⁸⁷ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human Development Index (HDI) Ranking*. From de 2020 Human Development Report. Disponível em: http://hdr.undp.org/en/content/latest-human-development-indexranking?utm_source=EN&utm_medium=GSR&utm_content=US_UNDP_PaidSearch_Brand_English&utm_campaign=CENTRAL&c_src=CENTRAL&c_src2=GSR&gclid=Cj0KCQjw6NmHBhD2ARIsAI3hrM3sULCZSalq9fG73RQkzxAl-hVHypnJ-91Tj8m0Tnkb23klmF0g53saAnx3EALw_wcB. Acesso em: 20/07/2021.

¹⁸⁸ BRASIL, Constituição Federal (1988), op. cit., art. 5º, incisos XLVII, alínea e, e XLIX.

Por conseguinte, da ótica externa, os recém libertados voltam a delinquir, fato que acaba por reciclar a criminalidade. Isto quando chegam ao cárcere, uma vez que a ausência de estabelecimento penal adequado pode justificar o encaminhamento para regime mais benéfico ou a concessão da liberdade monitorada eletronicamente, em nítida subversão do princípio da inderrogabilidade e em privilégio do sentimento de impunidade.

Enfim, o Estado se mostrou incapaz de sozinho cuidar das condições materiais da pena e de alcançar as finalidades retributiva e preventivas geral e especial insculpidas em lei, gerando repercussões negativas nacional e internacionalmente.

Com o advento da Reforma de 1995, que visava transformar o modelo burocrático em gerencial, através da participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos, sobreveio uma alternativa à concretização de atividades associadas à execução penal. Assim, desponta o fenômeno da descentralização administrativa, principalmente através da delegação por colaboração, em que o Estado permanece titular do serviço, mas transfere sua execução ao particular, por meio das permissões e das concessões (comum ou especial) de serviço público.

Como ponto central, a pesquisa discute a viabilidade da transferência da atividade de execução penal à iniciativa privada por meio das parcerias público-privadas e se tal poderia resultar em uma mudança de paradigma da realidade carcerária, contornando a crise do setor penitenciário e da pena de prisão, no sentido de, imediatamente, causar efeitos positivos sobre o condenado e, mediatamente, reduzir as taxas de reincidência e, nesse seguimento, os índices de criminalidade.

Quanto à viabilidade jurídico-constitucional, consignou-se que a execução penal é um instituto complexo, em que são desempenhadas funções de naturezas distintas, quais sejam a jurisdicional, a administrativo-disciplinar e a administrativa. As duas primeiras, constituindo expressão do *jus puniendi* estatal, não podem ser delegadas. A última, no entanto, que engloba os serviços complementares, acessórios e instrumentais de realização da pena, são plenamente transferíveis a empresas privadas, inclusive segundo disposição expressa da LEP.

Desse modo, o ente político permanece detentor exclusivo do poder de punir. Esta prerrogativa se corporifica nas funções de direção, chefia e coordenação, pelas quais atuará no controle das ações da empresa contratada, e nas atividades que exijam o exercício do poder de polícia e concedam sanções ou benefícios aos apenados, como a classificação de condenados, a aplicação de sanções disciplinares e o transporte de presos para locais externos.

Não obstante, alguns aspectos ainda merecem um debate mais aprofundado, como a contratação de pessoal para a segurança interna, a possibilidade de fortalecimento de lobbys de empresas especializadas na prestação de serviços do setor penitenciário e a lucratividade da iniciativa privada diante do trabalho do apenado, que também deve ter finalidade educativa.

No mais, considerando que o principal problema do setor penitenciário é o déficit de vagas, aliando-se a *construção* – que se mostra atrativa às parcerias público-privadas, uma vez que o pagamento da contraprestação só se inicia depois da disponibilização do serviço – e o *gerenciamento privado* – que terá expertise nas atividades prestadas – à *supervisão* do Poder Público – que poderá aplicar sanções e rescindir unilateralmente, nas hipóteses de inexecução total ou parcial –, obter-se-ia um aumento das vagas e um serviço de melhor qualidade.

Ainda que bastante recente, os modelos de gerenciamento privado implantados no Brasil apresentaram estatísticas positivas, revelando uma melhora no sistema. Com um maior percentual de apenados no exercício das atividades educativas e laborais, permite-se ao preso assistir financeiramente sua família e reparar os danos causados à vítima, custeando, no limite legal, a sua própria manutenção. Além do mais, propicia-se a remição da pena¹⁸⁹, de maneira a diminuir o tempo da condenação, liberando mais rapidamente as vagas no estabelecimento e, enfim, ensejando um retorno à sociedade com algum atrativo ao mercado de trabalho.

Para se ter uma real dimensão das melhorias, devem ser fomentadas pesquisas que tragam dados comparativos entre os presídios públicos e privados, especialmente no que toca à infraestrutura, à quantidade e à qualidade da prestação dos serviços assistenciais, à adesão às atividades educativas e laborais, aos índices de reincidência e ao custo-benefício da adoção do modelo. Torna-se imperiosa, portanto, sólida base de informações, que orientarão as próximas enveredadas no setor penitenciário.

Por fim, parece importante a edição de uma lei específica sobre o tema, a exemplo do que se tentou fazer com o Projeto de Lei nº. 513, de 2011. Além de servir para consagrar o princípio da legalidade administrativa, instigará um ambiente dialético adequado para se tratar dos prós e contras da privatização dos estabelecimentos penais. Isto sempre sob o enfoque de, paulatinamente, contornar a crise penitenciária e tornar eficaz a pena de prisão, retribuindo-se o mal praticado e, na medida do possível, prevenindo novos crimes.

¹⁸⁹ Na forma do art. 126 da Lei nº. 7.210/84, “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. BRASIL, Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, op. cit.

REFERÊNCIAS

- AGNU. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, em vigor desde 3 de janeiro de 1976, Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 25/06/2021.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- AZEVEDO, R.G.; LOURENÇO, L.C. **Parceria Público-Privada no Sistema Prisional de Minas Gerais**: os limites da governança pública e seus reflexos na produção de sentidos substantivos para o modelo. 40º Encontro Anual da ANPOCS, 24 a 28 de outubro de 2016, Caxambu – Minas Gerais.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Rio de Janeiro, 2005.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. Tradução de J. Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BERGAMASCHI, Mara. **Com três anos, presídio privado em Minas Gerais não teve rebeliões**. Especial para O GLOBO, 07 de janeiro de 2017 15:52. //// Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/com-tres-anos-presidio-privado-em-minas-gerais-nao-teve-rebelioes-20740890>. Acesso em: 18/07/2021.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria geral da pena. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: volume 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto San José da Costa Rica), de 22 de nov. 1969. Diário Oficial da União. Brasília, 1992.
- BRASIL. **Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890**. Rio de Janeiro: Governo Provisório, 1890.
- BRASIL. **Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de julho de 1998**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 04. jul. 1998.

BRASIL. Governo Federal – Ministério da Economia. Parcerias de investimentos. **Aprovada a estruturação de Parcerias Público-Privadas em sistemas prisionais**. Publicado em 11 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/aprovada-a-estruturacao-de-parcerias-publico-privadas-em-sistemas-prisionais>. Acesso em: 11/07/2021.

BRASIL. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 11 jul. 1984.

BRASIL. **Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 fev. 1995 e republicado em 28 set. 1998.

BRASIL. **Lei nº. 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31/12/2004.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Câmara da Reforma do Estado. Presidência da República: Brasília, 1995.

BRASIL. **Projeto de Lei nº. 2.146, de 1999**. Deputado Federal Luis Barbosa – PPB/RR. CN. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=2146&intAnoProp=1999&intParteProp=1#. Acesso em 08/07/2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº. 513, de 24 de agosto de 2011**. Senado Federal: Brasília/DF.

BRASIL. Senado Federal. **Privatização de Presídios**: a polêmica sobre a administração de unidades penais. Revista Em Discussão. Ano 7 – nº. 29 – setembro de 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno**, estabelecido pela Resolução nº. 93, de 1970. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 11/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADPF 347 MC/DF**. Acórdão proferido em 09/09/2015. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 23/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Súmula Vinculante nº. 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no

RE 641.320/RS. /// No precedente representativo: “[...] Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). [...] 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.” [**RE 641.320**, rel. min. **Gilmar Mendes**, P, j. 11-5-2016, *DJE* 159 de 1º-8-2016, [Tema 423](#).].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.717/DF**. Rel. Min. Sidney Sanches. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>. Acesso em: 15/07/2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BREMBATTI, Katia; FONTES, Giulia. **Pioneiro há 20 anos, Paraná estuda retomar sistema privado de presídios**. Gazeta do Povo, 14 de jun. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/parana/presidios-privados-volta-pr/>. Acesso em: 09/07/2021.

BRITO, João Paulo. **Editorial da Revista Em Discussão**. Revista Em Discussão, ano 7, nº 29, set. de 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/editorial>. Acesso em: 16/07/2021.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5. ed. São Paulo: Altas, 2015.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARAVANA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS 2, 2000 BRASIL. **Relatório da 2 Caravana Nacional de Direitos Humanos**. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: PubliFolha, 2002.
CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

CLAUS, Roxin. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

CNJ. **Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça**. Versão 2.1.0. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 21/06/2021.

CNMP. **Sistema Prisional em números. 2019**. Relatórios BI. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 21/06/2021.

CONJUR. **Reiteraões infracionais**. Taxa de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa. Consulta efetuada em 22/06/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-aponta-pesquisa>.

CORDEIRO, Greicianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2012.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A privatização dos presídios**: entregar as prisões à iniciativa privada é mais eficiente e garante os direitos dos internos. Superinteressante, publicado em 31 de mar. de 2002. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/a-privatizacao-dos-presidios/>. Acesso em: 09/07/2021.

DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos**: as ações do Estado na produção econômica. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria pública-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 68-86, 2014.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 75.
FAUS, Joan. **O negócio sujo das prisões privadas nos EUA**. *El País*. 23 de janeiro de 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/23/internacional/1390438939_340631.html. Acesso em: 08/07/2021.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 40. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

FONTES, Giulia. **Como funciona o complexo de Ribeirão das Neves, única PPP penitenciária do país**. 14 de junho de 2019 16:52. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/parana/ribeirao-das-neves-unica-ppp-penitenciaria-do-brasil/>. Acesso em 18/07/2021.

FRAGOSO, Heleno C. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

G1. **Levantamento inédito**: sete a cada dez homicídios no Brasil ficam sem solução.

Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/09/27/levantamento-inedito-sete-em-cada-dez-homicidios-no-brasil- ficam-sem-solucao. ghtml>. Acesso em: 22/06/2021.

GARCIA, Maria, **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

GIAMBIAGI, Fábio. **Finanças públicas**: teoria e prática no Brasil / Fabio Giambiagi, Ana Além. – 5. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A privatização dos presídios**. 21 de dez. de 2010 21:16. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opinia o/artigos/a-privatizacao-dos-presidios-dym687qm71s0ismfdeqs4mzwu/>. Acesso em: 15/07/2021.

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

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM Editores S.A., 2018.

JESUS, Damásio de; atualização André Estefam. **Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

KLEIN, Aline Lícia. **A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de estabelecimentos prisionais**. pp. 677-702. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. **Parcerias Público-Privadas**: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KUEHNE, Maurício. **Privatização dos presídios – algumas reflexões**. Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, mar. de 2002. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12563-12564-1-PB.pdf>. Acesso em: 08/07/2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito**: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. In: REVISTA DIREITO GV (ONLINE), v. 15, p. 1-37, 2019.

MÂNICA, Fernando Borges; BRUSTOLIN, Rafaella. **Gestão de Presídios por Parcerias Público-Privadas**: uma análise das atividades passíveis de delegação. Rev. Bras. de Polít. Públicas (Online). Brasília, v. 7, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal** – 18. ed. – São Paulo, Saraiva Educação, 2021.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. **Unidade PPP**: Concessões e Parcerias. Termos aditivos – Complexo

Penal. 22 de julho de 2020. // Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos/contratos-assinados/complexo-penal/114-as-ultimas-noticias/contratos-assinados/666-aditivos-penal>. Acesso em: 18/07/2021.

MINHOTO, Laurindo Dias. **As Prisões de Mercado**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 55-56. 2002. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/673/67311578006/>. Acesso em: 08/07/2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº. 7.210, de 11-07-1984. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Ana Luísa Zago de. Tuberculose e Cárcere. In. RIGON Bruno Silveira; SILVEIRA Felipe Lazzari; MARQUES Jader (Org.). **Cárcere em Imagem e Texto**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal / Guilherme de Souza Nucci. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

O TEMPO. **Governo corta repasse de verba após fuga de preso**. 29 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/governo-corta-repasse-de-verba-ap%C3%B3s-fuga-de-preso-1.753840>. Acesso em: 18/07/2021.

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

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. – 8. ed. – . Rio de Janeiro: Método, 2020.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995**. Revista do Serviço Público, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Pequena história da Reforma Gerencial de 1995**. 2009.

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

ROSTIROLLA, Luciano. **A adoção das parcerias público-privadas no sistema prisional como medida efetiva para a reinserção dos presos**. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SERRANO-BERTHET, Rodrigo. **Parcerias Público-Privadas Prisionais**: a experiência internacional. Disponível em:
<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4515/11/20191112%20SegPublica%20BID.pdf>.
 Acesso em: 08/07/2021.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SISDEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Período 01-06/2020. Disponível em:
<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaWU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 21/06/21.

UK TRADE & INVESTMENT. National Health Service (NHS). **Healthcare UK - Public Private Partnerships**. 2013. Disponível em:
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/266818/07_PPP_28.11.13.pdf. Acesso em 24/06/2021.

UNITED KINGDOM. **Criminal Justice Act 1991**. UK Public General Acts. Content 53. Part IV. *Contracted out prisons*. Disponível em:
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/53/part/IV/crossheading/contracted-out-prisons>.
 Acesso em: 08/07/2021.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human Development Index (HDI) Ranking**. From de 2020 Human Development Report. Disponível em:
http://hdr.undp.org/en/content/latest-human-development-indexranking?utm_source=EN&utm_medium=GSR&utm_content=US_UNDP_PaidSearch_Brand_English&utm_campaign=CENTRAL&c_src=CENTRAL&c_src2=GSR&gclid=Cj0KCQjw6NmHBhD2ARIsAI3hrM3sULCZSalq9fG73RQkzxAl-hVHypnJ-91Tj8m0Tnkb23klmF0g53saAnx3EALw_wcB. Acesso em: 20/07/2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1 – Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.