
**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E O SISTEMA
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DA
CRISE CARCERÁRIA**

***PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS AND THE BRAZILIAN
PENITENTIARY SYSTEM: POSSIBILITY TO SOLVE THE PRISON
CRISIS***

SERGIO FERNANDO MORO

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professor contratado da graduação e pós-graduação do Unicuritiba - Centro Universitário Curitiba e do Uniceub - Centro Universitário de Brasília. Recebeu o título de Doctor of Laws, honoris causa, pela University of Notre Dame du Lac, South Bend, Indiana, em 2018.

CARLA FRUET RIBEIRO

Mestranda do Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Assessora Jurídica no 4º Juizado Especial da Fazenda Pública de Curitiba/PR. Pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná – ESMAFE. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3224-9671>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2675546731882536>. Email: carlafruet@gmail.com.

THAIZ SINGER CORREIA DA SILVA KÜHN

Oficial de Registro no Estado de São Paulo. Graduada pela Unicuritiba. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera. Mestranda da Unicuritiba. <http://lattes.cnpq.br/4827819518852486>, <https://orcid.org/0000-0003-0760-5849>, email thaizsinger@hotmail.com.



RESUMO

Objetivo: o presente trabalho tem por objetivo a pesquisa do surgimento das Parcerias Público-Privadas (PPPs) e as suas principais características, bem como analisar o sistema penitenciário brasileiro, a fim de verificar quais os aspectos positivos e quais os aspectos negativos da adoção deste instituto como uma das soluções dos problemas que permeiam o sistema penitenciário brasileiro, a fim de verificar o ponto de convergência entre eles.

Metodologia: utiliza o método dedutivo, mediante uma abordagem bibliográfica, histórica e documental, por meio da revisão de obras, artigos científicos e diplomas legislativos.

Resultados: apesar de não ser a solução para todos os problemas, as Parcerias Público-Privadas são uma das formas existentes para melhoria do sistema penitenciário brasileiro, desde que haja uma fiscalização do Estado para que não ocorra a prevalência dos interesses lucrativos do parceiro privado, ou seja, para que não ocorra a deturpação do instituto e a legitimação da escravização da população carcerária.

Contribuições: A presente pesquisa traz como contribuição o debate sobre a situação do sistema prisional nacional atual, a alternativa de utilização das Parcerias Público-Privadas para a tentativa de solução de uma questão de caráter institucional, bem como o direito à dignidade da pessoa humana que permeia este tema.

Palavras-chave: Parcerias Público Privadas (PPPs); sistema penitenciário; Crise; Brasil.

ABSTRACT

Objective: this study aims to research the emergence of Public-Private Partnerships (PPPs) and their main characteristics, as well as to analyze the Brazilian penitentiary system in order to verify the positive aspects and the negative aspects of the adoption of this institute as one of the solutions to the problems that permeate the Brazilian penitentiary system to verify the point of convergence between them.

Methodology: the deductive method, through a bibliographic, historical and documentary approach, by way of reviewing books, scientific articles and legislative diplomas.

Results: despite not being the solution to all problems, Public-Private Partnerships are one of the existing ways to improve the Brazilian penitentiary system, as long as there is State oversight, so that the private partner's lucrative interests do not prevail;



preventing that the institute misrepresented and the slavery of the prison population legitimized.

Contributions: The present research brings as a contribution the debate about the situation of the current national prison system, the alternative of using Public-Private Partnerships to try to resolve an institutional issue, as well as the right to the dignity of the human person which permeates this theme.

Keywords: Public Private Partnerships (PPPs); Penitentiary system; Crisis; Brazil.

1 INTRODUÇÃO

O *jus puniendi* ou denominado “direito de punir” é competência privativa do Estado, motivo pelo qual a gestão de estabelecimentos penais destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdade tradicionalmente são de competência de ente público integrante da Administração Pública Direta. Contudo, a privatização do sistema prisional em outros países acabou por influenciar o sistema penitenciário brasileiro que passou a utilizar Parcerias Público-Privadas – PPPs no sistema prisional com o objetivo de solucionar as crises que assolam o sistema desde seu surgimento.

Sendo assim, o presente estudo busca, sem esgotar o assunto e por meio de levantamento teórico, fático e jurisprudencial sobre o tema, analisar o instituto das Parcerias Público-Privadas, bem como o sistema penitenciário brasileiro, a fim de verificar quais os pontos positivos e quais os pontos negativos da adoção desse instituto como uma das soluções dos problemas que permeiam o sistema penitenciário brasileiro.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As parcerias público-privadas, também denominadas PPPs, são fruto da evolução do modelo estatal ao longo dos séculos, ou seja, surgiram em decorrência da alteração das demandas sociais que provocaram a passagem do Estado Liberal



para o Estado Social, e deste para o Estado Democrático de Direito, o qual é marcado pelo movimento de privatização da Administração Pública, em sentido amplo, bem como pela subsidiariedade estatal.

No Estado Liberal prevalecia à autonomia individual e o abstencionismo estatal, especialmente na seara econômica, de maneira que o Estado não prestava serviços aos particulares se limitando a fiscalizar a atuação destes. Tendo em vista os problemas decorrentes da ausência de intervenção estatal, tais como monopólio de grandes empresas e o proletariado vivendo em condições de miséria e insalubridade, surgiu o Welfare State ou também denominado Estado do Bem Estar Social, cuja finalidade precípua era a busca pela igualdade (em detrimento da liberdade).

A tendência passa a ser então a socialização do Estado e a busca pelo bem-estar comum, motivo pelo qual o Estado passa a intervir mais através da prestação de serviços públicos, da intervenção no domínio econômico, do fomento às atividades privadas de interesse da coletividade ou ainda pela ampliação do poder de polícia.

No entanto, o crescimento demasiado do Estado que passou a intervir em todos os aspectos da vida social colocando em risco a liberdade individual e violando o princípio da separação dos poderes, culminou na ineficácia da prestação dos serviços públicos, isso porque o Estado passa a ser empresário e o grande volume de atribuições assumidas por ele, especificamente, pelo Poder Executivo, faz com que este usurpe as funções tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Judiciário.

Neste cenário, surge o Estado Democrático de Direito com o intuito de combinar o Estado de Direito, cuja finalidade precípua é proteger as liberdades individuais, ao Estado Social, cuja finalidade precípua é proteger o bem comum, além de assegurar a participação popular no processo político. Esse modelo de Estado acarretou a submissão da Administração à Lei, tanto formal, quanto material, a exemplo dos princípios norteadores da Administração Pública, os quais independem de posituação expressa, e também a um movimento de delegação da prestação de alguns serviços públicos à iniciativa privada mediante concessões e permissões.

Com isso, surge no final do séc. XIX, o Estado Subsidiário, expressão cunhada por Juan Cassagne em sua obra *La Intervención Administrativa* para se



referir, não a um novo modelo estatal, mas sim a uma característica que ganha evidência no Estado Democrático de Direito, de maneira que o Estado atua somente de forma subsidiária, ou seja, naquilo em que o particular não pode atuar, prevalecendo à liberdade de iniciativa sobre o intervencionismo estatal. Assim, o Estado pode atuar em parcerias público-privadas com o objetivo de fomentar a iniciativa privada quando ela se mostra deficiente, a fim de ajuda-la, não substituí-la, assim, o Estado deve ser meio de impulso para o crescimento das coletividades mais fracas com a finalidade de assegurar, promover, estimular e criar as condições para que os particulares atinjam, por si só, o bem comum (PIETRO, 2017).

Nesse contexto, surge a Lei nº 11.079/04, responsável por instituir normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Inspirada no direito estrangeiro, esta surgiu com o intuito de estabelecer uma colaboração entre o setor público e o setor privado a fim de possibilitar maior eficiência na prestação de serviços públicos a partir da angariação de recursos privados, vez que os públicos se mostraram insuficientes.

A principal justificativa dada pelo governo e difundida pela mídia para adoção desse tipo de contratação foi à insuficiência de recursos para atender a necessidade de realização de obras de infraestrutura, todavia referida justificativa é desmentida em razão da lei prever um compartilhamento de riscos, criando um paradoxo no sentido de que se o poder público não possui recursos para infraestrutura, também não os terá para garantir o parceiro privado. Ademais, há outros dois motivos que justificaram tal medida, mas não foram muito difundidos, são eles: a privatização da Administração Pública e a fuga do direito administrativo, ou seja, transferem-se funções públicas para a iniciativa privada sob o argumento de que haverá maior eficiência. No entanto, a fuga do direito administrativo não é total, pois o contrato de parceria público-privada tem natureza pública, e como tal se submete a regime jurídico híbrido, conseqüentemente existe um direito administrativo, porém diversificado (PIETRO, 2017).

Nas palavras de Alexandre Mazza:



O alto custo da prestação e o risco elevado que envolve a condição do concessionário de serviço público, associados ao desenvolvimento do capitalismo financeiro e à escassez de recursos públicos forçaram o Estado moderno a criar novas fórmulas para tornar mais atrativa a prestação de serviços públicos para o investidor privado. As PPPs nasceram nesse contexto da falta de recursos públicos, ineficiência na gestão governamental e necessidade de distribuição de riscos para atrair parceiros privados. (2017, p. 652)

Portanto, as PPPs surgem como uma forma de superar os entraves decorrentes da escassez de recursos públicos e ineficiência na prestação de serviços públicos. Para tanto, o art. 2º da lei preceitua que: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.”.

Tendo em vista que o dispositivo supracitado não traz o conceito em si, dependendo este da definição de outros institutos (concessão, concessão patrocinada e concessão administrativa), a doutrina ficou encarregada de conceituar as parcerias público-privadas, e José dos Santos Carvalho Filho as define 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 contrato, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento de riscos e dos ganhos entre os pactuantes. (2017, p. 406)

Logo, a principal característica que faz com que as PPPs se caracterizem como concessão especial não concessão comum, é o compartilhamento do risco entre Estado e parceiro privado no tocante a execução do serviço, tornando o instituto atrativo para a iniciativa privada.

Já com relação às modalidades, é possível extrair dos dispositivos legais duas espécies de parceria público-privada: a primeira denominada concessão patrocinada, cujo objeto é a prestação de serviço público tradicional, remunerada pelo usuário mediante contraprestação do parceiro público ao privado; e, a segunda denominada concessão administrativa cujo objeto é a prestação de serviço público que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento de instalação de bens, remunerada exclusivamente pela contraprestação do parceiro público ao privado.



Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a concessão patrocinada consiste no:

[...] contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado. (2017, p. 185)

Já a concessão administrativa:

[...] constitui-se em um misto de empreitada (porque o serviço, mesmo que prestado a terceiros, é remunerado pela própria Administração, como se deduz do art. 2º, §3º) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiros – os usuários, está sujeito a algumas normas da Lei nº 8.987, sejam as relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionário). Na realidade, o objetivo do legislador foi o de contornar o entendimento doutrinário de que na concessão de serviço público a remuneração não é feita pelo poder concedente. Institui-se modalidade de concessão em que a remuneração integral fica a cargo do poder público. Trata-se de terceirização de serviços públicos [...] É a terceirização da gestão do serviço, podendo ou não envolver obra, fornecimento e instalação de bens. (PIETRO, 2017, p. 193)

No entanto, no que diz respeito à forma de remuneração, em ambas a lei prevê que deverá haver contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, todavia traz a possibilidade de referida contraprestação se dar de várias formas (art. 6º da lei em comento), o que significa que nem sempre a contraprestação será paga diretamente pelo poder público e há a previsão de que referida contraprestação poderá ser variável de acordo com o desempenho do parceiro privado. Ademais, a contraprestação só pode ser cobrada após o serviço se tornar disponível e a tarifa do usuário apenas quando este for prestado, de maneira que se a execução do serviço depender de prévia obra pública ou do fornecimento ou instalação de bens, o parceiro privado terá que arcar com os custos disso, por isso a importância e proteção dada a figura do financiador.

Possuem ainda em comum o prazo, as peculiaridades do procedimento licitatório e valor mínimo exigido. Os contratos de parceria público-privada deverão ter



prazo mínimo de 5 (cinco) anos e prazo máximo de 35 (trinta e cinco) anos, incluindo prorrogação; a licitação deverá ocorrer na modalidade concorrência e algumas formalidades serão exigidas antes da abertura do procedimento, tais como: a) autorização e motivação da autoridade competente; b) demonstração de cumprimento da lei de responsabilidade fiscal; c) submissão do contrato e do edital de licitação a consulta pública; d) licença ambiental ou licenciamento ambiental quando o objeto do contrato exigir; e, em consonância com a nova redação dada pela Lei nº 13.529/17, o valor mínimo passa a ser de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), sendo vedada a celebração de contrato com valor inferior a este.

Outrossim, o procedimento licitatório não está expressamente previsto na lei, a qual se limita a estabelecer algumas normas específicas que complementam ou derrogam em parte as já existentes, e neste tocante apesar da lei não dizer expressamente, o edital deve prever as garantias a serem ofertadas ao financiador do projeto, sob pena de não poder ser concedida após o término da licitação, e, apesar do veto ao disposto no art. 11 inciso II da lei, nas concessões de serviço público, inclusive as parcerias público-privadas, o projeto básico deverá ser elaborado previamente à licitação e seus elementos deverão constar no edital. (PIETRO, 2017).

Sendo assim, verifica-se que existem características comuns à concessão administrativa e à concessão patrocinada, sendo elas: a) contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, sendo naquela forma básica de remuneração e nesta forma complementar, havendo a possibilidade de contraprestação indireta, ou seja, em modalidade diversa da pecuniária; b) equilíbrio econômico-financeiro, o qual não possui disposição expressa para nenhuma das modalidades, mas decorre dos princípios que regem a Administração Pública no caso da concessão administrativa, ou da aplicação subsidiária da lei de concessões comuns a concessão patrocinada, mediante a técnica da repartição de riscos, de maneira que os prejuízos são divididos, entre parceiro público e privado; c) compartilhamento de ganhos econômicos, vez que o poder público poderá oferecer garantia ao financiador reduzindo o risco do empreendimento e possibilitando maior ganho econômico ao parceiro privado, o qual deverá ser compartilhado com o poder público; d) só haverá contraprestação do poder



público após o serviço estar total ou parcialmente disponibilizado, o que acarreta a necessidade do parceiro privado obter financiamento junto a terceiros, motivo pelo qual a lei prevê a figura do financiador e a contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto.

Por fim, importante mencionar que a lei inova ao tratar das penalidades, pois prevê não apenas a possibilidade de aplicação pelo Poder Público de penalidade ao particular, como também a aplicação de sanção à Administração Pública. Contudo, neste último caso não há na lei um rol de penalidades cabível, mas apenas a possibilidade de cláusula contratual prevendo tal penalidade.

3 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN – publicou em fevereiro de 2020 o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – de 2019, dando conta de que a população prisional brasileira era de 773.151 (setecentos e setenta e três mil cento e cinquenta e um) presos sendo que destes, 748.009 (setecentos e quarenta e oito mil e nove) presos correspondem ao período de julho a dezembro de 2019 e 362.547 (trezentos e sessenta e dois mil quinhentos e quarenta e sete) destes encontram-se no regime prisional fechado. Tem-se ainda a informação de que no período de julho a dezembro de 2019 o déficit total de vagas era de 312.925 (trezentas e doze mil novecentos e vinte e cinco) e a taxa de aprisionamento no ano de 2019 chegou a 359,40%.¹

Logo, depreende-se dos dados apresentados um cenário de superlotação carcerária, ou seja, a cada ano há um aumento no número de presos que transcende o número de vagas, de maneira que os presos condenados não são transferidos para estabelecimentos penais adequados em razão da ausência de vagas para tanto, e apesar da cela ter capacidade para comportar de 4 a 6 pessoas, chegam a

¹<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLW14M2ltNDU2ZmlyZjFjZGQ0liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 12 de dezembro de 2020.



permanecer nela mais de 20 presos. Assim falta, tanto nas cadeias públicas quanto nas penitenciárias, higiene, salubridade, instalações para dormir, caracterizando um ambiente de violação sistêmica dos direitos fundamentais dos presos, que constam não apenas na Constituição Federal, mas também na Lei de Execução Penal, e especial afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º da Carta Magna).

Além disso, o ambiente carcerário, conforme descrito em linhas alhures, torna-se terreno fértil para estabelecimento e fortalecimento de organizações criminosas, numa espécie de poder paralelo ao Estado, culminando em rebeliões, sendo que desde o massacre de Carandiru não havia rebelião com tantos mortos como a que ocorreu em Manaus em 2017 com 56 (cinquenta e seis) mortos.²

A respeito da precariedade do sistema prisional, Rogério Greco pontua que:

O século XXI teve início sem nenhuma perspectiva de melhora do sistema prisional. A superlotação carcerária parece não preocupar as autoridades competentes, sobretudo a classe política, que não vislumbra nenhuma “vantagem” com o preso. As celas continuam sendo úmidas, fétidas, extremamente frias ou quentes, sem areação, a comida servida aos detentos ainda é de péssima qualidade, eles não trabalham, não podem exercitar-se, seus parentes são impedidos de vê-los com frequência, suas esposas, em grande parte dos casos, não mantêm relações íntimas com eles. [...] (2015, p. 180)

Nesta toada, manifesta-se Luís Francisco Carvalho Filho ao dizer que:

É lamentável que, ainda hoje, tenhamos tantas ilegitimidades praticadas: ampla defesa, contraditório, culpabilidade, lesividade, humanidade e tantos outros princípios, que são fruto de séculos de sofrimento do homem perante opressões estatais absolutistas, ainda hoje são ignorados durante a execução da pena. [...] (2002 p. 91)

Ainda, importante notar que o Estado, sob o crivo da impossibilidade econômica e necessidade de garantia da ordem e segurança públicas, garante direitos fundamentais aos encarcerados apenas no âmbito formal, não material, violando

² <https://g1.globo.com/politica/noticia/matanca-em-presidio-de-manaus-e-uma-das-maiores-desde-carandiru.ghtml>. Acesso em 12 de dezembro de 2020.



assim o ordenamento jurídico vigente, mas também normas internacionais as quais o Brasil se comprometeu a cumprir, de maneira que os direitos humanos são sacrificados em detrimento da defesa e do controle social. (CIFALI E AZEVEDO, 2016, p. 47-48).

Dani Rudnicki resume a conduta do Estado com relação ao problema carcerário ao dizer que:

A realidade prisional (brasileira) é a prática da violência pelo Estado contra os cidadãos. Nela prepondera o descaso com a assistência material, educacional, social e jurídicas. Desrespeita-se, nos presídios pátrios, os direitos humanos (de presos e de agentes penitenciários). Não há dignidade humana. Não há saúde. Há feridas.[...] (2016, p. 67-68)

Edmundo Oliveira, já na década de 90 ao comparar a prisão como é e como deveria ser, pontuou que:

Eis a razão pela qual se diz, a todo instante, que a prisão: a) não serve para o que diz servir; b) neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; c) estigmatiza o ser humano; d) funciona como máquina de reprodução da carreira no crime; e) introduz na personalidade a prisionalização da nefasta cultura carcerária; f) estimula o processo de despersonalização; g) legitima o desrespeito aos direitos humanos. Ao contrário, para realizar plenamente os seus fins, a pena deve ser: a) proporcional à gravidade do crime e à culpabilidade; b) eficaz na defesa da sociedade; c) reparadora do dano causado; d) exemplar para todos; e) tranquilizadora dos homens de bem; f) medicinal para o próprio delinquente; g) alicerce para o exercício da cidadania. (1996, p. 09)

Ainda na década de 90, porém atual, Paulo Roberto da Silva Passos observou que:

O castigo pelo castigo, a aflição pela aflição, a dor pela dor, nunca resolveu e longe está de resolver os problemas atinentes ao ilícito penal. Ao contrário, forja nas almas dos encarcerados uma angústia que se transforma em ódio, uma revolta pronta a se exteriorizar no primeiro momento em que tal se tornar possível. (1994, p. 91).

Diante deste cenário de notória crise do sistema penitenciário brasileiro e o reconhecimento, tanto por doutrinadores quanto por juristas, de que referido sistema



não condiz com o ordenamento jurídico vigente e em verdade viola várias das suas disposições tornando a lei, constitucional e infralegal, letra morta, pois apesar de existente e válida não possui aplicabilidade prática, o Supremo Tribunal Federal reconheceu em arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – que o sistema prisional brasileiro representa um Estado de Coisas Inconstitucional, ou seja, um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional. (CAMPOS, 2016)

A ementa do julgado em questão restou assim redigida:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

O Ministro Relator Marco Aurélio destacou em seu voto que:

Tem-se o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual o Tribunal assentou, sob o ângulo da repercussão geral, a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e os



estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, constatada violação da dignidade da pessoa humana e inobservância do mínimo existencial dos presos. Esta arguição envolve a problemática do dever de o Poder Público realizar melhorias em presídios ou construir novos com a finalidade de reduzir o déficit de vagas prisionais. Vai além: versa a interpretação e a aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, implantar a forma eficiente de utilização dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e o dever de elaboração, pela União, estados e Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura. ...] Não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar. [...] Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia. A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Também a legislação interna é transgredida: a Lei nº 7.210, de 1984, a chamada “Lei de Execução Penal”, na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo a cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela



União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro. Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo. A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais. Trata-se do que a doutrina vem designando de “litígio estrutural”, no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas. O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de “estado de coisas inconstitucional”. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004). Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”. Há



dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes. A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. [...] Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindicuem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. Essa preocupação é tanto maior quanto mais envolvida matéria a atrair a atenção especial do público. É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (legislative blindspot): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais. [...] A opinião pública não possui diploma de bacharel em Direito.[...]

Portanto, ainda que não se tenha previsão normativa expressa permitindo o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, o entendimento que prevalece é no sentido de que tal reconhecimento é possível em hipóteses excepcionais e a Suprema Corte entendeu que o sistema penitenciário brasileiro é uma dessas hipóteses, haja vista o “bloqueio institucional” na garantia de direitos aos presos, exigindo do Judiciário o exercício de função atípica, qual seja, intervenção nas políticas públicas, sem que com isso caracterize violação a separação de poderes.

No entanto, o Plenário decidiu que apesar do Judiciário possuir legitimidade para superar bloqueios políticos e institucionais, não pode, ao fazer isso, substituir o



Legislativo e o Executivo nas tarefas que lhes são inerentes, motivo pelo qual restaram negados os pedidos, realizados na ADPF em comento, de abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; e abater o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei.

Sendo assim, no julgado em questão, o STF se limitou a conceder parcialmente a tutela de urgência requerida para o fim de determinar a implementação, no prazo de 90 (noventa) dias, das audiências de custódia e liberação, pela União, do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Após referido julgamento, houveram três decisões exaradas pela Corte Constitucional com o intuito de melhorar a situação do sistema prisional brasileiro: o Recurso Extraordinário nº 641.320/RS julgado em sede de Repercussão Geral em 11/05/2016; a edição da súmula vinculante nº 56; e, o Recurso Extraordinário nº 580.252/MS julgado em sede de Repercussão Geral em 16/02/2017.

No Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, cuja ementa segue abaixo, restou definido que a falta de estabelecimento penal adequado não permite a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, de maneira que havendo déficit de vagas no regime adequado o juiz deverá: a) determinar a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; b) determinar a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e, c) determinar o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progrida ao regime aberto.

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. 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). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 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. 5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. 6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. 7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do



Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94. 8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto. (RE 641320, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016 RTJ VOL-00237-01 PP-00261).

Não obstante referida decisão tenha sido proferida em sede de repercussão geral, o que por si só bastaria para vincular os demais juízes e tribunais, em razão do disposto no art. 927, inciso III, do Código de Processo Civil, o STF aprovou em 26/06/2016 a súmula vinculante nº 56, nos seguintes termos: “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.”.

Por fim, no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, cuja ementa segue abaixo, o STF determinou que o Estado é obrigado a indenizar, inclusive por danos morais, os detentos em razão da ausência ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários



não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.847/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. (RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017).

Conclui-se que apesar de todas as medidas adotadas pelo STF, desde 2015 até 2017, para sanar ou diminuir os problemas advindos do sistema penitenciário nacional, os dados de 2019 explanados no início deste tópico demonstram a ausência de alteração da situação fática e a necessidade de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo no mesmo sentido.



4 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Tendo em vista a ineficácia e falência que se instalou no sistema prisional nacional, surgiu a ideia de privatização deste com o objetivo de superar a crise vivenciada, mediante o controle da superlotação carcerária, colocando fim na violação sistêmica de direito dos encarcerados, possibilitando o fornecimento de trabalho e ressocialização a estes, bem como a redução da criminalidade e dos índices de reincidência.

Portanto, é possível que o Estado atribua a iniciativa privada, mediante PPP na modalidade concessão administrativa, a construção, manutenção, e operacionalização dos presídios, sendo o usuário indireto a Administração Pública, e usuários diretos os presos. Tanto é possível que em 2013, inaugurou-se o primeiro presídio decorrente de PPP em Minas Gerais, o denominado Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, no qual houve a classificação dos presos e a não inclusão daqueles de alta periculosidade.

A respeito do tema, tem-se a Resolução nº 8/02 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, a qual prevê em seu art. 2º quais serviços podem ser realizados pela iniciativa privada e quais não podem, enfatizando que qualquer serviço que influencie direta ou indiretamente na individualização e execução da pena deve ser prestado exclusivamente pelo Estado. Logo, não há a transferência do *jus puniendi* para a empresa privada, mas apenas da administração gerencial da penitenciária.

Os autores favoráveis à adoção das PPPs no sistema prisional defendem que esta permitiria a concretude dos direitos e garantias dos presos, a diminuição da violência e criminalidade no país, possibilitando a devida gestão do sistema.

Nesse viés, tem-se Fernando Capez:

Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O estado não tem recursos para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos



continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é a questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível é um fato. (CAPEZ, 2009 apud SANTOS, 2011)

Em defesa da privatização, tem-se também Edmundo Oliveira:

1º) O Estado já deu prova de incompetência na seara da administração penitenciária; 2º) O Estado, há muito tempo, por não investir no setor, finge se preocupar com os problemas do cárcere; 3º) Em nenhum país, nenhuma Corte de Justiça reconheceu a inconstitucionalidade das prisões privadas; 4º) Dizer não a privatização, sem ao menos testar a experiência, é ser parceiro do universo criminoso, antiético, desumano e caótico das prisões; 5º) A empresa privada dispõe de maior habilidade para administrar, porque está liberada da morosa e complicada burocracia do setor público; 6º) A empresa privada oferece estímulos funcionais e melhores condições de trabalho aos seus empregados; 7º) A instituição privada garante trabalho remunerado ao preso, sem a contaminação da ociosidade; 8º) A empresa privada abre a possibilidade concreta para a absorção do condenado no mercado de trabalho, após o cumprimento da pena; 9º) Os dirigentes da iniciativa privada tem maior interesse em otimizar os serviços reduzindo despesas desnecessárias, não gastando demasiadamente, por que os prejuízos financeiros lhe afetam diretamente; 10º) Os dirigentes penitenciários do setor público, vez por outra, estão envolvidos em escândalos de corrupção; 11º) Por que combater, a priori, o gerenciamento e a administração de uma prisão por empresa particular, se o Estado estará sempre vigilante, fiscalizando diariamente a execução, para evitar desvios no cumprimento das obrigações contratuais?; 12º) Por que temer a participação de empresas vinculadas ao crime organizado, se o Estado, através de regras fixadas em Edital estabelecendo concorrência pública, tem todas as condições para fazer a seleção das empresas devidamente qualificadas e de boa reputação? 13º) É verdade que o lucro faz parte da resposta, do planejamento do custo-benefício, mas em se tratando de regime penitenciário, esse lucro será também do preso, que ganhará dinheiro pela sua produção, ajudará sua família e retornará à sociedade devidamente adaptado à terapêutica ocupacional; 14º) A empresa privada terá interesse em mostrar zelo e eficiência, por que, investindo no sistema, precisa garantir a credibilidade pública e o direito à renovação do contrato; 15º) O respeito aos direitos humanos na prisão será observado pelo próprio Advogado do preso, que inclusive pode processar a empresa privada pedindo indenização por violação de princípios ditados na Constituição, na Sentença de Condenação ou no Contrato de Adesão com o Estado. (2002, p. 333).

Por outro lado, os autores contrários à adoção das PPPs no sistema prisional, entendem que, a longo prazo, essas seriam um meio de transformar a mão-de-obra carcerária em matéria-prima para um negócio lucrativo, ou seja, ao invés de diminuir o encarceramento, aumentaria, pois a empresa privada visaria a potencialização do lucro e para tanto utilizaria da mão-de-obra barata, e os presos seriam escravizados



de certa maneira, perpetuando as condições degradantes, a violação dos direitos e garantias, a marginalização, porém de forma legitimada e velada.

Nesse sentido Ferreira Filho pontua que:

Por tudo isso, com a privatização, a desgraça do recluso será vista como fonte de lucro para os empresários responsáveis pela administração dos presídios. O preso volta a ser visto como mero objeto. Além disso, o Estado estaria delegando parte da autoridade que exerce sobre cada cidadão a um particular, enfraquecendo seu poder de coação e coerção. (2007, p. 34).

Na mesma toada tem-se Minhoto:

Em uma democracia fundada no Estado de Direito e no controle público, a aplicação da lei penal, que inclui o fato de haver prisioneiros privados de liberdade enquanto aguardam julgamento, deve constituir responsabilidade irrevogável do Estado. Uma coisa é o fato de que companhias privadas prestem serviços ao sistema penitenciário; outra, completamente diferente, é o fato de que empresas cuja motivação primeira é comercial, possam exercer poderes coercitivos sobre os prisioneiros. (2000, p. 88).

Portanto, ainda que se tenha possibilidade de melhora, alguns autores acreditam que esta, além de momentânea, seria incapaz de superar as mazelas trazidas pela colaboração das empresas privadas com o poder público na gestão do sistema penitenciário, e, ao final, acabariam por confirmar aquilo que se pretendia evitar: a cultura do encarceramento acompanhada da superlotação e violação sistêmica ao ordenamento jurídico como um todo, especialmente a dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que o sistema penitenciário brasileiro chegou a um colapso tamanho que representa um “Estado de Coisas Inconstitucional” pela violação sistêmica ao ordenamento jurídico nacional, em especial a dignidade da pessoa humana, de maneira que aquilo que se pensou ser uma solução viável, qual seja,



celebração de contratos de Parcerias Público-Privadas na modalidade concessão administrativas a fim de gerir penitenciárias, é capaz de reafirmar ou ainda piorar a situação que já se instalou e se enraizou tão fortemente a ponto do sistema carcerário ser uma espécie de fracasso atestado por todos, mas também aceito por todos, pois ainda que se tenha a Lei de Execução Penal – LEP – garantindo as finalidades de prevenção especial (neutralização e ressocialização do preso), e o Supremo Tribunal Federal reconhecendo a violação sistêmica e a necessidade de aplicabilidade prática da lei em comento, não se visualiza mudanças concretas.

Portanto, é necessário que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário trabalhem em conjunto, deixando desavenças políticas de lado, visando o atendimento do interesse público primário, qual seja do Estado em fazer cumprir a lei, garantindo de fato a dignidade da pessoa humana e a ressocialização dos presos, o que apesar de não ser interesse da sociedade de modo geral, é benéfico para todos, na medida em que um cárcere eficiente é capaz de recolher criminosos e devolver a sociedade pessoas capazes de viver em comunidade e contribuir para que esta convivência seja harmônica, segura e evoluída.

Conclui-se que apesar de não ser a solução para todos os problemas, as Parcerias Público-Privadas são uma das formas existentes para melhoria do sistema penitenciário brasileiro, desde que haja uma fiscalização do Estado para que não ocorra a prevalência dos interesses lucrativos do parceiro privado, ou seja, para que não ocorra a deturpação do instituto e legitimação da escravização da população carcerária.

REFERÊNCIAS

BOAVENTURA, Ana Carolina Picolli. **O sistema prisional brasileiro**: a falácia da proposta de ressocialização do condenado e a privatização como fomento à política encarceradora. Centro Universitário de Bauru, Bauru-SP: 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641320**, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016 RTJ VOL-00237-01 PP-00261.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580252**, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador. JusPodivm, 2016.

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

CIFALI, Ana Claudia; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Medo, descaso e violência no Brasil: como romper esse ciclo?. In: RIGON, Bruno Silveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari da; MARQUES, Jader, Marques. **Cárcere em imagem e texto**: homenagem a Sidinei José Brzuska. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª Edição, São Paulo: Atlas, 2017.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 2. ed. Niterói, RJ. Impetus, 2015.

MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

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

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Elementos de criminologia e política criminal**. São Paulo: EDIPRO, 1994.



RUDNICKI, Dani. Feridas que ferem: o direito à saúde no sistema prisional. In: RIGON, Bruno Silveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari da; MARQUES, Jader, Marques. **Cárcere em imagem e texto**: homenagem a Sidinei José Brzuska. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SANTOS, Jorge Amaral dos. A utilização das parecerias público-privadas pelo sistema prisional brasileiro em busca da ressocialização do preso. **Portal E-Gov**. 16. out. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/utiliza%C3%A7%C3%A3o-das-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-pelo-sistema-prisional-brasileiro-em-busca-da-res>. Acesso em: 07 maio 2018.

