

HIURI BATISTA VIANA

TERCEIRIZAÇÃO DOS PRESÍDOS E SUA CONSTITUCIONALIDADE

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

HIURI BATISTA VIANA

TERCEIRIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da Unievangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Ms. Alessandro Gonçalves da Paixão

ANÁPOLIS – 2018

HIURI BATISTA VIANA

TERCEIRIZAÇÃO DOS PRESÍDOS E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

O sistema carcerário brasileiro sempre foi um problema para o país, seja em sua ineficiência de ressocialização dos condenados ou mesmo em seu modo de preservar a integridade dos detentos sob sua tutela. A falta de investimento no sistema é óbvia, porém a falta de verba do estado limita-o para investimento em alguns setores. Uma das grandes soluções para os problemas de falta de recurso do estado está na utilização das chamadas parcerias público-privadas, que se utiliza do apoio do particular para investir em setores que o gestor público é incapaz. O presente estudo visa analisar a aplicação desse instituto no sistema carcerário, bem como sua constitucionalidade. A presente pesquisa utiliza da metodologia de compilação bibliográfica e contará com apoio doutrinário, artigos, julgados e entendimentos jurisprudenciais consolidados voltados a constitucionalidade da aplicação das parcerias público-privadas no sistema carcerário.

Palavras-chave: Parcerias Público-Privadas; Sistema Carcerário Brasileiro; Constitucionalidade; Terceirização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – DA TERCEIRIZAÇÃO	04
1.1 Evolução histórica da terceirização no Brasil	05
1.2 Meios gerais de terceirização	07
1.2.1 Concessão, permissão e autorização	07
1.3 Métodos de escolha de empresa	10
1.4 Parcerias público-privadas	12
1.4.1. Breve introdução	12
1.4.2. As modalidades de PPP's	13
1.4.3 contratação e escolha do parceiro privado	14
CAPÍTULO II – O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	16
2.1 Execução da pena privativa de liberdade	16
2.1.1 Desenvolvimento histórico da pena	16
2.1.2 Desenvolvimento histórico da pena no Brasil	18
2.1.3 Pena privativa de liberdade	19
2.2 Da falência do sistema carcerário	20
2.2.1. Quanto a ineficiência da ressocialização do sistema	20
2.2.2. Quanto a identidade do encarcerado	22
2.3. Principais problemas de gestão	24
2.4. Terceirização do sistema penitenciário	26
CAPÍTULO III – DA CONSTITUCIONALIDADE	29
3.1. Transferência de tarefas ao particular	29
3.2. Deveres privativos do Estado	31
3.3. Transferência do sistema prisional ao particular	32
3.4. Posicionamento dos tribunais superiores	36
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro é tema de vários debates e vem causando muita preocupação a respeito de como resolver a atual situação precária e absolutamente degradante a qual os detentos vêm sendo submetidos.

Esse problema, no entanto, não é recente, haja vista que o Brasil tem um histórico de problemas nesta área. Porém, com o crescente número de detentos o sistema ficou cada vez mais lotado, agravando assim e tornando muito mais evidente esse grande problema.

Pela falta de recurso a qual o estado se encontra, que impede que seja aplicado investimentos nessa área, uma opção bastante adequada é a utilização do setor privado, pois este é o detentor do capital, sendo viável a busca do investimento privado em determinadas áreas de atuação, mais especificamente no sistema carcerário, conforme o tema proposto.

Essa terceirização, que vem abrangendo cada vez mais setores da administração pública, onde o estado concede ao particular a exploração de determinado serviço por dalguns meios, sendo um dos mais utilizados as chamadas Parcerias Público-Privadas (PPP), onde o parceiro privado investe em obras de alto custo e é remunerado por parcelas ou tarifas.

Esse sistema de remuneração é visto como um desafogamento dos cofres públicos pelos apoiadores, pois o ente estatal não precisaria desembolsar uma grande quantia de dinheiro de uma só vez para a construção das obras.

Essa utilização do setor privado para auxílio no investimento no sistema carcerário traz certo debate, pois, há certas áreas as quais uma parte da doutrina vê como privativas ao Estado, ou seja, é inteira responsabilidade do Estado realizar determinada tarefa ou serviço, sendo elas indelegáveis.

A persecução penal, especificamente, é uma matéria de atuação exclusivamente estatal. Deste modo, a terceirização do sistema prisional ao particular causa algumas dúvidas, dividindo assim a doutrina a respeito da constitucionalidade dessa matéria.

Nesse viés, encontra-se necessário um debate acerca deste tema, para esclarecer dúvidas e adquirir-se um posicionamento centrado sobre o problema em tela. Procura-se, portanto, embasar este estudo em as decisões judiciais, bem como o posicionamento dos tribunais superiores, artigos científicos e os posicionamentos doutrinários sobre o tema.

No primeiro capítulo deste trabalho, fez-se um apanhado geral a respeito do histórico de terceirização, os meios gerais de se terceirizar, que se abrange da matéria relativa a concessão, permissão, e autorização dos serviços públicos. Além é claro dos métodos de escolha de empresa, que adentra no processo licitatório, bem como o meio utilizado em questão, as parcerias público-privadas como o último tópico do primeiro capítulo.

O segundo capítulo foi concentrado principalmente no sistema prisional brasileiro, descrevendo um breve histórico a respeito das penas atribuídas no decorrer da história. Partindo em seguida para a falência do sistema carcerário, onde aponta-se vários problemas e críticas referentes as ineficiências do sistema e consoante a essa ideia, relata-se sobre problemas na gestão desses estabelecimentos, finalizando com a ideia de terceirização do sistema penitenciário.

O terceiro capítulo vai fazer um apanhado sobre a constitucionalidade das transferências de tarefas ao particular, bem como os serviços em caráter monopolial do estado, chegando assim ao ponto mais relevante do trabalho, como tema específico que é a constitucionalidade da terceirização dos presídios, onde utiliza-se de

vários posicionamentos para se esclarecer a questão, sendo finalizado, portanto, com o entendimento jurisprudencial.

CAPÍTULO I - DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização como o nome sugere vem do próprio significado da palavra terceiro, ou seja, é o trabalho ou atividade que deixa de ser praticado por seu titular e passar a ser exercida por outro a serviço daquele. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2002; p.417):

A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi constituído pela área de administração de empresas, fora da cultura do direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro da empresa.

Proveniente das sociedades capitalistas, onde as grandes empresas ao invés de investirem em determinados setores, contratavam outras empresas para fazerem determinado serviço, como por exemplo, serviços de limpeza, vigilância, etc.

Esse modo de terceirizar o trabalho no poder público, por sua vez, começou a contratar empresas da iniciativa privada para realizar determinados serviços e atividades que se viam de pouco interesse ou grande oneração, não sendo assim rentável ao mesmo a práticas de tais atividades. Nesse sentido vale a lição, Celso Antônio Bandeira De Mello (2016, p. 230-231):

Terceirização significa, pura e simplesmente, passar para particulares tarefas que vinham sendo desempenhadas pelo Estado. Daí, que este rótulo abriga os mais distintos instrumentos jurídicos, já que se pode repassar a particulares atividades públicas por meio de concessão, permissão, delegação, contrato administrativo de obras,

de prestação de serviços etc. Com isto, é bem de ver, falar em terceirização não transmite ao interlocutor a mínima ideia sobre aquilo que está de direito a ocorrer. Isto é, não se lhe faculta noção alguma sobre a única coisa que interessa a quem trata com o Direito: a identificação de um regime jurídico incidente sobre a espécie cogitada.

Com o poder público deixando de tomar a frente em muitas áreas, a iniciativa privada teve a capacidade de se desenvolver cada vez mais, gerando maiores lucros, isso sem contar nos gastos que se economiza por parte da união.

Seguindo esse panorama de desoneração dos cofres públicos, surge uma nova modalidade, a chamada Parceria Público Privada. Nessa parceria, que vem pela incapacidade do Estado de investir em certas áreas, a iniciativa privada faz o investimento na área em questão, onde assim desenvolverá a atividade mediante taxas ou tarifas, que podem ser pagas pelo estado, estado e particular, ou inteiramente pelo particular, Ari Sundfeld (2005, p.18): "são todos os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares com vistas a executar atividades de interesse geral."

É importante ter em mente que essa não interferência é apenas vista em algumas áreas, pois existem alguns setores que são vistos como privativos ao estado, ou seja, apenas ele pode executar as atividades nestas áreas referidas. Entre os setores narrados como privativos ao estado está o poder de polícia, mais especificamente o carcerário, que será o tema deste trabalho. De modo que não seria permitido a sua transferência a iniciativa privada.

Porém, existem alguns doutrinadores que apoiam essa transferência, pois o estado não tem condições de manter o sistema carcerário atual, sem falar na precariedade com o qual executa esta atividade, logo, determinados estudiosos defendem colocar nas mãos da iniciativa privada, para que assim haja investimentos no setor.

A função deste trabalho vai estar em analisar os variados posicionamentos, incluindo dos tribunais superiores, para constatar a constitucionalidade dessa terceirização do sistema penitenciário à iniciativa privada.

1.1 Evolução histórica da terceirização no Brasil

A evolução histórica da terceirização no Brasil tem início em pleno regime militar com Decreto-lei 200/1967, que mesmo sem utilizar a terminologia começa a criar as bases para a sua propagação. Em seu artigo 10, § 7º, ao qual deixa claro a descentralização de algumas de suas tarefas para empresas que sejam capazes de executar as atividades incumbidas.

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Deste momento é possível vislumbrar as intenções do legislador, ao qual pretende desincumbir-se das tarefas e encargos da máquina administrativa e deixá-las a cargo do particular, caso esse tenha a capacidade de desempenhar tais encargos.

Em 1970 foi editada a Lei 5.645, onde, por meio por meio desta se dava preferência a execução indireta de certas atividades, que antes eram prestadas pelo estado. Sendo o rol taxativo estando previsto no artigo terceiro desta lei.

Outro marco rumo a terceirização foi a edição do Decreto 86.215/81, sendo este o começo do processo de privatização no Brasil, pois a partir da publicação deste decreto houveram muitas privatizações.

Logo, seguindo esse raciocínio de privatizações veio a ser editado o decreto nº 95.886/88, que regulamentava sobre o programa nacional de desestatização. Seguindo-se da medida provisória 155/1990, que logo foi transformada em lei e em seguida sofreu várias alterações. Porém, a constituição

Federal de 1988, por sua vez, implementou algumas atividades como sendo privativas da administração pública, dando assim um viés diferente do que vinha ocorrendo.

1.2 Meios gerais de terceirização

Essa questão, relativa aos meios de terceirização, para uma melhor compreensão, é necessário um aprofundamento nos modos de funcionamento do Estado. Quando se aprofunda nesse meio, verifica-se que o órgão estatal trabalha de duas maneiras diversas para a realização de seus serviços, conforme José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 328): “Desse modo podem-se considerar dois tipos de serviços quanto á figura de quem os presta – os **serviços centralizados** (os prestados em execução direta pelo Estado) e os **serviços descentralizados** (prestados por outra pessoa)”. (Grifo do autor)

A terceirização, por sua vez, é um dos meios de descentralização utilizados pelo estado, onde outra pessoa prestará o serviço no lugar do Ente Estatal, podendo ser uma pessoa da administração indireta ou mesmo pessoa jurídica privada, nesse sentido explica José dos Santos Carvalho (2009; p. 329):

Deve-se anotar que a doutrina alude a tais instrumentos com as denominações, respectivamente, de descentralização por outorga e por delegação, entende-se que pela primeira o Poder Público transfere a própria titularidade do serviço, ao passo que a segunda a transferência tem por alvo apenas a execução do serviço.

A terceirização se dá primordialmente através da delegação de atividade do poder público ao particular, como já citado. Assim, sendo posta em prática por dois modos específicos, sendo eles os institutos da concessão e da permissão, regidos pela lei 8987/95 e como mencionado na mesma os institutos destes são regidos, no entanto por um contrato administrativo. Importante mencionar aqui a importância do contrato administrativo, visto que a delegação ao particular requer grande regulamentação, assim falaremos sobre o tópico “contratos” mais à frente.

1.2.1 Concessão, permissão e autorização

A concessão e permissão são os meios pelos quais o estado utiliza-se do apoio da iniciativa privada, para que esta execute obras e serviços por sua conta e

risco. Porém, devem obedecer normas prepostas pela administração pública. Essas as quais vão reger o modo e a forma pela qual se dará a prestação de serviço por parte do concedido, bem como as condições de remuneração que serão estabelecidas.

Hely Lopes Meirelles (2010) utiliza a nomenclatura “regulamentar e contratual” para essas normas a serem seguidas pelo concessionário, as quais a regulamentar é sobre a prestação de serviço e contratual é sobre a remuneração.

Elucida ainda Hely Lopes Meirelles (2010, p. 428): “Como as leis, aquelas (regulamentar) são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público segundo as exigências da comunidade; como cláusulas contratuais, estas são fixas, só podendo ser modificadas por acordo entre as partes.”

Visto que as normas têm essas duas naturezas distintas, observa-se quem tem a competência para transferir o serviço do ente público ao privado, visto que cada um dentre União, Estados e Municípios tem suas próprias competências.

É preciso avaliar também qual dos órgãos dentro destes entes é competente e se realmente há a necessidade, analisando logicamente por leis e regulamentos que versem sobre o tema.

O serviço público por meio de concessão e permissão como regulado pela lei n. 8987/95, não tem caráter de exclusividade, como antes era visto. No entanto com o advento da lei, exclui esse caráter, pois segue a premissa que o usuário tem o direito de escolher qual serviço utilizar. Salvo, porém, no caso em que não se vê viável a concorrência por meios técnicos ou econômicos.

A concessão e a permissão, mencionadas no artigo 175 da Constituição Federal como forma de regime de contrato tem suas próprias características, diferenciando-se uma da outra principalmente por meio da sua precariedade.

A esse respeito explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015. p. 348): “A diferença está na forma de constituição, pois a concessão decorre de acordo de

vontades, e a permissão, de ato unilateral; e na precariedade existente na permissão e não na concessão."

Observações a esse respeito são feitas pelo doutrinador José Dos Santos Carvalho Filho (2009) que a diferença consistia na caracterização de concessão como um contrato administrativo e a permissão como ato administrativo, nesse sentido havia uma clara distinção quanto aos seus efeitos. A lei n. 8.987/95, no entanto atribui de modo equivocado a natureza de contrato de adesão, deixando quase extinta qualquer distinção na prática.

Outro ponto a respeito da precariedade da permissão é o que a Lei nº 8.987/95 definiu: "delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco" (art. 2º, IV).

Assim, vê-se, portanto, a diferenciação entre esses dois institutos. No entanto outro ponto que necessita de menção é a caracterização de um terceiro instituto conhecido como "Autorização". Ainda que este não tenha menção na Lei n. 8.987/95, parte da doutrina como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, entre outros, seguem o pensamento ao qual se vê a utilização desse instituto.

Á respeito da autorização de serviço público, encontra-se um melhor entendimento nas hipóteses mencionadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015) talvez o dispositivo não menciona a autorização do serviço público pois não seriam prestados a terceiro, mas por particular que se beneficia da autorização, tendo em vista, que o particular o faz por interesse próprio e não pela coletividade.

Visto então a diferença sobre esses meios de transferência da atividade estatal delegada a particulares, procura-se então as regulamentações e tipos de atividades que esses meios possibilitam. Portanto faz-se presente o contrato administrativo, pois este regula as interações entre o estado e o particular.

É importante ter uma noção do de que são os contratos administrativos, estes que fazem parte de um gênero maior, os contratos da administração e tem por

objetivo pôr em prática o interesse público, conforme conceito dado por José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 168): "o ajuste entre a administração pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público."

Como explicado no conceito acima, percebe-se que a relação contratual se dá por interesse da administração pública, o contrato e as cláusulas logicamente seguiriam o mesmo princípio. Porém não aprofundar-se-á no contrato em si, mas apenas uma simples explanação a respeito do contrato administrativos geral.

1.3 Métodos de escolha de empresa

Nas modalidades de concessão e permissão, já abordadas, as partes da iniciativa privada interessada e apta são as pessoas jurídicas e consórcios de empresas, estes logicamente como pessoa jurídica. Portanto, para decidir-se qual pessoa jurídica vai assumir o encargo com a administração pública faz-se necessário um procedimento licitatório.

Um conceito de licitação muito claro é o do professor José dos Santos Carvalho Filho, Manual de direito administrativo (2009; p. 226):

É o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da administração pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos - a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Como elucidado no conceito apresentado, faz-se perceber que o procedimento licitatório vai ser uma concorrência de empresas, onde a melhor proposta, ou o melhor trabalho vai ganhar e assim terá o direito de se vincular com a administração pública, por meio de um contrato, frisando que, por meio de contrato de concessão este é bilateral e por meio de permissão é um contrato de adesão.

Sendo assim, o procedimento licitatório, como o nome "procedimento" já diz, vai ser realizado pela administração e os interessados em assumir a atividade, numa sequência de atos padronizados, de acordo com a modalidade a qual se

aderir. Nesse sentido explica José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.226) que na licitação "é necessária uma sequência de atividades da Administração e dos interessados, devidamente formalizada, para que se chegue ao objetivo desejado. "

O procedimento de licitação tem previsão constitucional, onde em seu artigo 22, inc. XXVII, fala sobre a obrigatoriedade da União em legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades sobre a administração direta e indireta, estados, municípios e Distrito federal.

Observa-se que o dispositivo introduz essa obrigatoriedade sobre normas gerais, ou seja, ainda podem os Estados e Municípios legislar sobre esses temas de modo específico, no entanto, não podendo descumprir os requisitos da regra geral, aquela imposta pela União.

Outro enunciado na Constituição Federal é sobre o princípio da obrigatoriedade da licitação, ao qual narra a respeito em seu artigo 37, inc. XXI onde vê-se por obrigatório a licitação em obras, serviços, compras e alienações feitas pela administração pública, assegurando assim a igualdade entre os concorrentes.

O doutrinador Diógenes Gasparini (2012, p. 533) aduz a respeito das suas finalidades como: "de fato, a licitação visa proporcionar, em primeiro lugar, às pessoas submetidas, a obtenção da proposta mais vantajosa, e, em segundo lugar, dar igual oportunidade aos que desejam contratar com essas pessoas. "

A essa interpretação, percebe-se que não apenas a igualdade é necessária, como visto na constituição federal, mas também a busca de uma melhor proposta. Assim com uma análise mais aprofundada vê-se aí a reciprocidade entre administração pública e o parceiro privado, pois, a busca da proposta mais vantajosa ali referida é como vantagem a administração, qual proposta feita pelo particular mais satisfaria a administração. A igualdade de oportunidade referida pela constituição e pelo doutrinador, por sua vez, é em benefício da iniciativa privada, onde todos teriam a oportunidade de se associar com a administração pública.

Este procedimento é regulamentado pela Lei nº 8.666/93, sendo este o

Estatuto dos contratos e licitações, porém esta sofreu alterações em face das Leis Federais n. 8.883/94, 9.648/98, 9.854/99 e Lei 12.349/2010, esta última a respeito do desenvolvimento nacional sustentável.

As licitações vão ter diferentes modalidades de licitação, nesse sentido Hely Lopes Meirelles que 'A licitação compreende as seguintes modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão. Licitação, portanto, é o gênero, do qual as modalidades são espécies' (MEIRELLES,2011, p. 340).

Desse modo, percebe-se que o gênero licitação é utilizado por meio de suas espécies, dependendo assim do seu objeto, para determinar qual seria a espécie a ser adotada nas diversas situações presentes no ordenamento jurídico.

1.4 Parcerias público-privadas

1.4.1. Breve introdução

A concessão de obras ou serviços, é regulamentada pela Lei nº 8.987/95, podendo esta ser descrita como lei comum sobre esse tema, visto que é a aplicada na maioria dos modelos de concessão e permissão. Porém, dentro desse bojo de modalidades, é encontrada um tipo distinto, sendo este classificado como uma modalidade especial de concessão, sendo aplicada em todo o ordenamento jurídico, porém esse de um modo específico. Essa modalidade especial é a chamada Parceria Público Privada, ou PPP's. (CARVALHO FILHO, 2009)

Esta modalidade teve início na Inglaterra, porém, esta difere-se do Brasil, pois lá se abrange todos os meios de concessões, comuns e especiais. Já no Brasil, ela abrange apenas as chamadas concessões especiais. (GASPARINE, 2012)

Pelo fato desse modelo de concessão não utilizar o dinheiro público para fazer os investimentos, mas sim permitir que o particular o empregue seu próprio dinheiro e o recupere e obtenha lucro no decorrer da prestação do serviço, essa ideia foi muito bem aceita nos países em desenvolvimento.

Essas chamadas PPP's, são regidas pela Lei nº 11.079/ 2004, porém

admite-se a aplicação subsidiária da lei das concessões e permissões. A lei das PPP's ainda trazem uma classificação destas como contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. (CARVALHO FILHO, 2009)

Um conceito muito interessante e utilizado pelo doutrinador Hely Lopes Meirelles (2011, P. 440) a esse respeito é:

É uma nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública, principalmente nos setores de rodovia, ferrovias, hidrovias, portos, energia etc., como alternativa a falta de recursos estatais para investimentos nessas áreas.

Percebe-se no breve conceito que o motivo que levou a administração pública a criar essa modalidade contratual de concessão foi escassez de recursos, pois certas áreas de investimento, as quais por ele exemplificadas no conceito, necessitam de muito recurso e o retorno é lento, assim levar-se-iam anos para o retorno do capital investido. Logo a iniciativa privada, detentora de capital e a procura de lucro é uma excelente opção para resolver esse problema encontrado.

1.4.2. As modalidades de PPP's

Como já falado, as parcerias público privadas são um modelo especial de concessão, e estes nos moldes da Lei federal que as regula, por sua vez se subdividem em dois tipos: concessão patrocinada e concessão administrativa, estando estas modalidades regidas por suas cláusulas contratuais e pela Lei. (GASPARINE, 2012)

Essas duas modalidades se vêm diferentes em alguns aspectos, que entre eles vai estar os tipos de serviço prestados, e a remuneração a ser paga ao particular pela execução da atividade.

A concessão patrocinada vai se caracterizar principalmente pelo fato de o concessionário estar recebendo de duas fontes, ou seja, recebe a tarifa paga pelo usuário do serviço, porém recebe também uma contraprestação pecuniária pelo estado. Já a concessão administrativa não há que se falar em tarifas paga pelo

usuário, assim, o concessionário só recebe alguma prestação pecuniária do concedente. (CARVALHO FILHO, 2009)

Outra diferenciação verificada nas duas hipóteses vai ser a subsidiariedade da aplicação das leis, pois conforme a modalidade a ser adotada vai se verificar a incidência de subsidiariedade normativa. A concessão patrocinada vai, por sua vez, ter aplicação subsidiária da lei 8.987/95, já a concessão administrativa terá a aplicação suplementar da lei 8.987/95 como também da lei 9.074. (CARVALHO FILHO, 2009)

Importante ressaltar a peculiaridade entre as palavras subsidiário e suplementar, pois quando se fala de subsidiariedade, entende-se pela aplicação apenas na falta ou lacuna do dispositivo. Porém, o caráter suplementar é outro entendimento, dá a ideia de auxílio, logo vê-se que essa suplementação ou auxílio será por meio de aplicação de alguns dos artigos das referidas leis.

Nesse mesmo assunto discorre Diógenes Gasparini, diferenciando quanto a quem utiliza o serviço, sendo na patrocinada o particular, e na administrativa a própria administração pública de forma direta ou indireta, sendo ela direta onde ela utiliza o serviço e paga inteiramente e indireta quando o usuário utiliza o serviço, mas não paga nada por ele, ficando em custo da administração.

1.4.3 contratação e escolha do parceiro privado

A escolha do parceiro privado é algo que deve ser feito de modo meticuloso e criterioso, logicamente como contrato de concessão, esta escolha será feita mediante licitação, como afirma a Lei nº 11.079/04, em seu artigo 10, que prevê a obrigatoriedade da licitação.

Segundo Diógenes Gasparini, a modalidade de licitação vai ser mediante concorrência, não podendo ser nenhuma outra modalidade contratual, conforme narra o artigo 10 da respectiva lei das PPPs, observando também a aplicação da Lei 8.666/93 para a esfera Federal e para os Estados, Municípios e o Distrito Federal em seus procedimentos licitatórios, porém sem esquecer os requisitos previstos no artigo 10 das PPPs.

Importante mencionar também a vedação da utilização dessa modalidade para contratual para contratos com valor inferior a vinte milhões de reais, ou período de prestação inferior a 5 anos, ou, contratos com o objetivo único de fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. (MEIRELLES, 2011)

Não se pode esquecer também as sociedades de propósito específico, visto que estão presentes no ordenamento e tem grande relevância. Sendo elas classificadas por Hely Lopes Meirelles (2011) como a junção da iniciativa pública com a privada um propósito específico, e não podendo a administração ser titular da maioria de seu capital, e tomando a forma de uma sociedade de capital aberta.

CAPÍTULO II - O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

2.1 Execução da pena privativa de liberdade

O assunto inerente a execução da pena privativa de liberdade é bastante complexo e extenso, deste modo vê-se por bem separá-lo em alguns tópicos, pontuando pontos específicos, dentre os quais se nota necessário explicar um pouco sobre o aspecto histórico da mesma.

Nesse sentido, para se entender a respeito da pena e sua execução vê-se necessário um breve apanhado histórico, para primeiro se constar a respeito da evolução do direito penal e a própria aplicação da pena junto a humanidade.

2.1.1 Desenvolvimento histórico da pena

Conforme alude Ana Clélia Couto Horta (2005) estudar essa evolução permite uma melhor avaliação dos princípios e da mentalidade que norteiam o sistema punitivo atual, tendo como base a impossibilidade de desvinculação da história humana e o direito penal.

Destaca-se uma das primeiras formas dessa evolução como ensina o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2012) a chamada “vingança penal”, onde se classificam as vinganças privadas, divinas e públicas. Porém, mesmo sendo classificadas juntas não tem aspectos de progressão sistemática, ainda assim a doutrina optou por essa tríplice divisão.

A fase da vingança divina veio com uma grande influência da religião para os povos antigos, onde a pena era aplicada para agradar a divindade e purificar o

criminoso por meio de castigos. Essa fase teve legislações em diversos países como no Egito (cinco livros) Israel (Pentateuco) dentre outros, assim como explica Bitencourt. (2012)

Após alguma evolução, nasce a chamada vingança privada, assim, a própria vítima iria revidar a agressão prévia sofrida, porém, geralmente era desproporcional. Algumas evoluções ocorreram dentro do próprio seguimento, surgindo então a lei de talião, trazendo a premissa de “olho por olho, dente por dente”, possibilitando uma maior proporcionalidade entre a ação e a reação. Surgiu ainda a possibilidade de composição dos danos, conforme alude Bitencourt. (2012)

Ainda nesse período de vingança penal ocorreu a chamada “vingança pública”, que conforme narra Nucci (2015) o direito punitivo saiu das mãos da própria vítima e foi transferido à mão do chefe da tribo ou chefe de clã assumiu esse papel de punir, porém ainda mediado pela lei de talião, as penas eram cruéis e sua única finalidade era apaziguar os ânimos da sociedade.

Após o período classificado pela doutrina de vingança, passa-se pelo direito romano, onde se começa a ter uma ideia de dolo simples, dolo mal, culpa, erro, entre outros. Sendo seguido depois pelo direito germânico e posteriormente pelo direito canônico, que foi marcado por um período de muitas atrocidades, segundo Ana Clélia Couto Horta. (2005)

Ademais, surge então o período humanitário, onde se prepondera um pensamento filosófico a respeito do direito penal, avaliando acerca do direito de punir, e a moral por trás desse direito, como aduz CAVALCANTE. (2002)

Nesse período humanitário, um dos símbolos mais destacados foi a obra do filósofo italiano Beccaria, *Dei Delitti e Delle Pene*, onde propõe um novo sentido as penas, limitadas esta á uma lei moral, e também com um fim utilitário e político. Princípios estes utilizados pelo filósofo foram tão relevantes, que alguns foram utilizados na Declaração dos Direitos do Homem. (CAVALCANTE, 2002)

Sendo assim, essa resolução completa-se com a narração de Santiago e

Castro (2012, simpósio) no seguinte:

Nesse sentido, o *ius puniendi* oscilou entre as penas de morte, torturas, bem como a própria intervenção da igreja católica na época da inquisição. Com o advento das ideias iluministas, quando da Revolução Francesa e, principalmente com a obra de Marquês de Beccaria, ocorre uma humanização nas penas. Frisa-se que a privação da liberdade só passou a ser pena na segunda metade do século XVI, sendo usada até hoje das mais diferentes e desumanas formas.

2.1.2 Desenvolvimento histórico da pena no Brasil

No Brasil, essa evolução se deu desde a chegada dos portugueses, que presenciaram um ambiente ainda regido pela vingança privada, no entanto, sem dificuldades instalaram sua legislação vigente da época em Portugal. Até a edição do código criminal do império em 1830, que criou muitos dos institutos utilizados até hoje, como a multa-dia. (NUCCI, 2015)

Após o código de 1830, surge ainda o código penal da era republicana em 1890, mesmo sob constantes críticas a respeito de organização e originalidade, ainda ficou vigente até o código penal vigente, este sob o (decreto-lei 2.848/40), tendo este uma alteração ainda em 1984. (NUCCI, 2015)

Esse código, desde a edição do código criminal do império, vem sofrendo uma humanização e maior sistematização pode-se constatar ainda pelos princípios que consagram o código vigente, dentre os quais está o princípio da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal e ainda pela crescente reforma em favor dos princípios desencarceradores. (NUCCI, 2015)

Já pena privativa de liberdade em si, pode-se dizer que teve seu início na idade moderna, com as workhouses, que eram lugares onde o criminoso ficava preso e era obrigado a fazer trabalho manual, porém com salários reduzidos e carga horária estendida, seu principal objetivo não era unicamente ressocializar o preso, mas uma forma de conseguir mão de obra irrisória, em comparação com os trabalhadores livres, pode-se ver portanto a influência da burguesia nessa

transformação da pena corpórea para a privação da liberdade, visto que esta teve base puramente econômica e não humanitária. (BITENCOURT, 2012)

2.1.3 Pena privativa de liberdade

Passando por algumas transformações no decorrer do tempo, chega ao Brasil, e tem-se atualmente, assegurado no código penal em seu artigo 59 a esse respeito que a pena tem duas funções, as quais seriam retribuição e prevenção. A constituição federal não se manifestou sobre, porém garantiu diversos direitos ao que estão sob a tutela prisional do estado, assim como o pacto de são José da costa rica. (Leônidas Marques Fernandes/ Oannes Miranda, 2013, *online*)

A respeito da pena privativa de liberdade, Emerson Barros da Silva, [Tatiany Silva Azevêdo, Ana Rosa (2015, *online*): "A pena imposta ao condenado tem como alvo puni-lo pelo delito que o mesmo cometeu e tentar reeduca-lo para que o mesmo possa retornar ao convívio social. "

As penas privativas são meios de punição ao sujeito que visam reeducar o comportamento ético do indivíduo, através do isolamento familiar e social, para que determinada punição possa atingir a plenitude de seu efeito, provando a capacidade do indivíduo de modificar o seu comportamento inaceitável para a sociedade.

A privativa de liberdade é dividida em três espécies, reclusão, detenção e prisão simples. Quando esta é a respeito de um crime, este seria punido com reclusão ou detenção, e quando é uma infração penal, seria punido com uma prisão simples, podendo essas serem unificadas e denominadas de penas de prisão. (NUCCI, 2015)

Quanto ao regime das penas, eles serão divididos em aberto, semiaberto e fechado, dentre os quais terão regras e tratamentos diferentes entre eles. Nesse sentido, o regime fechado é o mais rigoroso, onde exige o cumprimento da pena em uma penitenciária, seja ela de segurança máxima ou média, não tem direito a frequentar cursos de instrução ou mesmo profissionalizantes, podendo apenas

prestar serviço externo em obras ou serviços públicos e apenas se cumprido ao menos um sexto da pena, dentre outras coisas. (BITENCOURT, 2012)

O regime semiaberto por sua vez se diferencia do regime fechado em alguns pontos, como o local de cumprimento de pena, que seria em uma colônia agrícola, não precisar mais do isolamento noturno, poder prestar trabalho externo para a iniciativa privada, além de ter o direito de fazer cursos de instrução para o segundo grau ou mesmo superiores, além dos cursos profissionalizantes e outros benefícios. (BITENCOURT, 2012)

Ficando assim o regime aberto, que segundo Bitencourt (2015) se caracteriza pela autodisciplina e senso de responsabilidade, o preso sendo recolhido apenas para repouso noturno e nos dias de folga. Não tendo esta vigilância para exercer suas atividades seja trabalho ou cursos fora da casa de albergado, além de não ter obstáculos físicos no estabelecimento contra a fuga, porém o trabalho é obrigatório durante este regime.

2.2 Da falência do sistema carcerário

Quando se fala em falência do sistema carcerário brasileiro, encontra-se uma série de fatores que ensejam os problemas encontrados nesse sistema. Portanto, por questões didáticas separamos em tópicos alguns dos principais problemas inerentes ao tema.

2.2.1. Quanto a ineficiência da ressocialização do sistema

O sistema carcerário brasileiro, depois de grandes transformações junto ao direito, adotou como principal medida punitiva a pena privativa de liberdade, como supracitado, sendo assim, verifica-se que essa pena, além de caráter punitivo, tem ainda por finalidade a ressocialização do indivíduo.

No sentido de ressocializar, narra Tayla Roberta Dolci Rossini (2015, *online*): “Ressocializar é dar ao preso o suporte necessário para reintegrá-lo a sociedade, é buscar compreender os motivos que o levaram a praticar tais delitos, é

dar a ele uma chance de mudar, de ter um futuro melhor independente daquilo que aconteceu no passado. ”

Vislumbra-se, portanto, algumas das medidas que tem por finalidade a ressocialização, dentre elas o trabalho como medida ressocializadora. Assim, conforme Tayla Roberta Dolci Rossini (2015, *online*, apud Maurício Kuehne 2013, p. 32):

O trabalho, sem dúvida, além de outros tantos fatores apresenta um instrumento de relevante importância para o objetivo maior da Lei de Execução Penal, que é devolver a Sociedade uma pessoa em condições de ser útil. É lamentável ver e saber que estamos no campo eminentemente pragmático, haja vista que as unidades da federação não têm aproveitado o potencial da mão de obra que os cárceres disponibilizam.

Insta salientar, entretanto que nem todo estabelecimento carcerário prevê trabalho ao preso, inibindo assim além do direito ao trabalho previsto no art 41, inciso II e consequente utilização de seu tempo para algo produtivo, uma possibilidade de decréscimo na pena do condenado por consequência do trabalho conforme art. 126, parágrafo 1º, inciso II da LEP. Contando ainda como uma forma de ressarcimento ao estado pelos danos causados.

Ainda em relação a LEP, em seu art. 126, parágrafo 1º, inciso I prevê a possibilidade de decréscimo de pena por estudo, visto que o legislador tem uma preocupação com a capacidade do preso após reintegrar à sociedade, conforme muito bem explicado por Tayla Roberta Dolci Rossini (2015, *online*):

A educação nas prisões tem como principal finalidade qualificar o indivíduo para que ele possa buscar um futuro melhor ao sair da prisão, já que o estudo é considerado hoje um requisito fundamental para entrar no mercado de trabalho, e a maioria dos detentos não possuem nem ensino fundamental completo.

Insta lembrar também que ainda que o apenado tenha esse direito à educação, o poder público encontra dificuldades em fornecê-lo, visto que nos presídios, aonde eram salas para estudo em alguns presídios acabam por se tornar celas, visto a incapacidade de acomodar mais detentos. (BRASIL, A, *online*)

Tayla Roberta Dolci Rossini (2015, *online*) em seu artigo, cita algumas possibilidades as quais levariam algumas mudanças, estas sendo divididas em 3 espécies, a estatal, criminal e penitenciária. Sendo o primeiro, um modo de diminuir as desigualdades sociais e dando uma alternativa ao preso após o cumprimento da pena. Segundo deixar o cárcere como última ração, evitando ao máximo prisões cautelares e substituindo medidas restritiva de liberdade pelas restritivas de direito. Por último a realização de políticas carcerárias.

Nesse mesmo seguimento, há também uma visão criminológica crítica, que encara a prisão como uma necessidade capitalista, que visa não a ressocialização, mas uma clara distinção entre as classes, possibilitando uma manutenção das desigualdades. Portanto, enquanto segue esse desinteresse pelo sistema capitalista, não há o que se mudar no sistema carcerário, sendo que o aparato de controle democrático é repressivo e estigmatizador. (Bittencourt, 2012)

Desse modo, percebe-se que há uma divergência de mentalidade, enquanto uma crença na possibilidade de ressocializar o preso, ainda na expectativa de mudança em algumas políticas públicas, outra acredita que o sistema já é feito com essa finalidade de marginalização e conseqüente impossibilidade de ressocialização.

2.2.2. Quanto a identidade do encarcerado

Há que se falar ainda, sobre a identidade de quem é o encarcerado, pois, a população carcerária está intimamente ligada ao denso nível de desigualdade social, visto que os crimes por patrimônio são a maior parte dos relatados no Brasil, percebe-se que dos detentos 25% respondiam ou foram condenados por roubo, 13% por furto, dados esses fornecidos pelo (Infopen) até dezembro de 2014. (BRASIL, B, *online*)

A esse respeito, Laís Alexandre da Silva (2012, *online*) narra:

Valendo-se da ausência do Estado e da situação de completo abandono da população subalternizada, assiste-se ao aumento das expressões da questão social que é tratada com punições cada vez mais severas para controlar grupos considerados delinquentes e

aplaudido pela sociedade que carrega o discurso ideológico do Estado individualizando a violência, sendo que a questão social deveria ser tratada de forma séria criando condições favoráveis para a minimização do envolvimento de sujeitos criminalizados em ciclos de violência.

Outra estimativa importante a ser feita é a raça, etnia dos apenados no Brasil, visto que a maioria da população carcerária sendo negra, sendo assim importante entender esse alto índice de encarceramento desigual. A taxa é de 61,6% dos detentos no Brasil sendo negros. Os dados são até dezembro de 2014, esses resultados constam no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). (BRASIL, B, *online*)

Por outro lado, a representatividade dos negros na sociedade é menor, cerca de: 53,6%, de acordo com a Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (Pnad) divulgada em setembro de 2014. Nesse sentido alude Carta Capital (2016, *online*): “A comparação do perfil racial da população carcerária com a população brasileira é, porém, pautada por uma diferença metodológica. Enquanto na Pnad a raça é autodeclarada pelos entrevistados, os questionários das prisões são respondidos pelos gestores das unidades.”

Outro fator de suma importância é o índice de escolaridade desses indivíduos. Onde boa parte é analfabeto e sua maioria segundo dados do CNE em 2012, indicam que 66% da população penitenciária não concluíram o ensino fundamental, deixando assim alarmante a necessidade de provimento à educação no país e seu reflexo na marginalidade. (BRASIL, A, *online*)

Assim, percebe-se o quão preocupante está o sistema de ensino no país e sua intrínseca correlação ao cárcere no país, pois como visto nos dados acima publicados, a maioria da população carcerária não teve acesso nem à mais básica educação, quem dirá uma educação de qualidade. Nesse sentido um dos grandes pontos para o desencarceramento está intimamente ligado à educação de qualidade no país.

Um último ponto a respeito dos apenados a qual é extremamente necessário fazer-se uma alusão, constata-se na idade dos detentos no sistema

penitenciário. Carla Mereles (2017, *online*), demonstra algumas estatísticas importantes sobre o assunto:

Apesar de ser pouco mais de 10% do total da população brasileira, os jovens de 18 a 24 anos representam **um terço** de todas as pessoas em regime prisional no país: 30,14%. Vamos fazer uma conta diferente e considerar jovens as pessoas que tenham entre 18 e 29 anos. Ao fazermos isso, teremos como amostragem 18,9% da população brasileira – que representa **55,08% da população carcerária no Brasil**. Ao comparar o número absoluto de jovens brasileiros ao número deles que está nos presídios, fica claro que a proporção de jovens encarcerados é muito expressiva. (Grifo do autor)

Sendo comparados os dados do percentual de jovens na população brasileira e os jovens no sistema prisional vê-se um contraste alarmante. Nesse sentido capta-se o preocupante cenário ao qual se encontra grande parte da população apta ao mercado de trabalho reclusos em estabelecimentos prisionais. Ao alinhar esses números a alta taxa de mortalidade entre essa mesma faixa etária e ainda ao envelhecimento da população brasileira, têm-se uma grande preocupação em relação à mão de obra no mercado futuro.

2.3. Principais problemas de gestão

Como um tópico anexo, é impossível falar da falência do sistema penitenciário sem adentrar em alguns pontos preocupantes, tais como os grandes problemas na gestão das mesmas. Entre estes problemas estão as superlotações as quais já são vistas como comuns, levando em conta que, em sua maioria, os presídios brasileiros estão acima de sua capacidade ao qual foram projetados.

O site Carta Capital (2017, *online*), informa sobre alguns números a esse respeito: “O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2014 — o último produzido pelo Ministério da Justiça — aponta que o sistema prisional brasileiro tem 607.731 presos. O mesmo estudo revela ainda que a oferta de vagas é de apenas 375.892. ”

O mesmo site Carta Capital (2017, *online*) discorre ainda sobre uma consequência direta dessa superlotação, que é a proliferação de doenças infecto

contagiosas entre os presos. Ainda há que se falar sobre a falta de médicos para atender a esses enfermos, visto a incapacidade do Estado de ao menos acomodar os presos, percebe-se a conseqüente incapacidade de atender a esses enfermos.

Dados relativos ao caso são disponibilizados no site Carta Capital (2017, *online*, apud Ministério da Justiça): “Segundo o Ministério da Justiça, 8.605 profissionais de saúde estão cadastrados no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) no sistema prisional. No entanto, apenas 1.112 são médicos.”

Outros pontos preocupantes são relativos a grande violência e rebeliões as quais ocorrem dentro desses presídios tão mal administrados pelo gestor público, em casos como o do massacre de 56 detentos em um presídio de Manaus, massacre no presídio em pedrinhas no Maranhão, presídios em Roraima, entre outros.

O site de notícias Uol (2018, *online*) em uma matéria sobre o tema, onde registra uma entrevista feita pelo diretor de uma ONG protetora dos direitos humanos, onde criticou a ineficiência do Estado em seu papel de cuidar das necessidades e pela integridade física do preso, assim publicou:

Marcos Fuchs, diretor da ONG Conectas, dedicada a cuidar dos direitos humanos, considera que 75% dos centros de detenção são controlados pelo crime organizado. ‘O Estado não cuida do preso, não zela pela saúde dele, coloca mais presos dentro da unidade, ele perde o controle. Perdendo o controle, quem manda é um comando paralelo’, disse ele à AFP. ‘Não há scanners corporais, funcionários treinados, tem corrupção, tolerância de permitir a entrada de celulares, bebida alcoólica, drogas. E aí tem essas imagens feitas pelos próprios presos para que o Brasil veja’, acrescentou.

A situação em que se encontra o Brasil, é tão preocupante e que alerta mesmo organizações internacionais, como a ONU, que por diversas vezes e diversos motivos sancionou o Brasil, para que este tomasse uma atitude em relação aos casos pendentes, e em relação as penitenciárias não foi diferente, onde a mesma organização cobrou medidas a serem tomadas pelo país, assim como o narrado pelo jornal Estadão (2010, *online*):

Por causa da superlotação e da insalubridade das prisões, o Brasil foi recentemente denunciado por ONGs ao Conselho de Direitos Humanos da ONU. Além de criticar o governo por não ter implantado o protocolo da convenção contra a tortura, de 2007, a entidade exige das autoridades brasileiras providências urgentes para coibir maus-tratos nos presídios.

O surgimento de grande parte desses problemas, como explica Laís Alexandre da Silva (2012, *online*):

Quando o Estado não garante essas condições adequadas de cumprimento de pena, se torna omissivo, sendo percebido em cenas cruéis que falam por si quando a mídia sensacionalista vem mostrar nas cenas extremas de violência das rebeliões, que chocam toda uma sociedade negligente, uma vez que parte da sociedade apoia o tratamento desumano e as condições degradantes às quais o sujeito é submetido como: dormir no chão, comer com as mãos, ter sua comida servida em sacos plásticos, não ter suas necessidades fisiológicas respeitadas, tendo horário para a utilização de banheiros dentre outros.

Esses problemas, bem como supracitado são todos causados pela omissão do estado em relação ao assunto. Lendo as diversas opiniões e analisando os diversos problemas narrados nota-se que o Estado, ao não tomar providências preventivas, deixa que se torne uma bola de neve.

A superlotação, que é uma questão de irresponsabilidade do Estado em não conseguir alocar os seus apenados, acaba por ser um fator gerador e proliferador de doenças, violências e a conseqüente revolta dos internos. Essa mesma superlotação coloca juntos membros de facções rivais, os quais comandam grande partes dos presídios brasileiros e se matam por esse controle, dando origem assim aos massacres aos quais são tão divulgados na mídia.

Assim, vê-se a clara ineficiência e pura falta de vontade do gestor público em resolver a situação, a qual se torna cada vez mais gravosa e dificultando a reversão dessa situação calamitosa ao qual vem se tornando o sistema penitenciário brasileiro.

2.4 Terceirização do sistema penitenciário

Como se sabe, o sistema penitenciário é algo ao qual o estado é plenamente responsável, tendo ele de zelar pelo bem-estar de todos sob sua

custódia, incluindo alimentação, segurança, dignidade, dentre todos os outros direitos inerentes ao ser humano, pois, aquele que está sob custódia estatal recebeu uma pena que o priva apenas de sua liberdade, não podendo assim serem implicados outros direitos.

Uma questão pertinente, porém, é a incapacidade do estado de gerir e manter todo esse amplo sistema que conta com mais de 500.000 detentos, aja vista a gama populacional brasileira, bem como irresponsabilidade do gestor público em resolver o problema. Desta forma entre as possíveis soluções encontra-se a possibilidade de terceirizar esse setor.

Essa possibilidade de terceirizar esse setor ao qual muitos acreditam como dever do estado vem sendo palco de muitos debates sobre a sua efetividade, bem como sua constitucionalidade. Entretanto uma boa parte da população desconhece o funcionamento dessa terceirização.

Dando um entendimento sobre o assunto explana Draciana Nunes da Silva (2013, *online*, apud D'Urso 1999, p.72) em seu artigo sobre o tema:

Facilmente compreende-se que o Estado não poderá, sozinho, resolver esse problema que na verdade é de toda sociedade. Nesse contexto é que surge a proposta da chamada privatização dos presídios, denominação inadequada, pois não se trata de vender ações do Carandirú, em Bolsa, mas tão somente chamar e admitir a participação da sociedade, da iniciativa privada, que viria colaborar com o Estado nessa importante e arriscada função, a de gerir nossas unidades prisionais.

Essa participação ao qual o autor se refere será a chama parceria público privada, a qual foi mencionada no capítulo anterior, que é uma concessão administrativa da atividade estatal ao particular, percebendo-se o ponto em que ocorre uma repasse financeiro do estado à concessionária, entretanto, não há cobrança de tarifa ao assim chamado usuário.

No mesmo sentido sobre qual o objeto da terceirização, esclarece Raphael Ribeiro Lopes (2011, *online*, apud D'URSO, 1999, p. 44-46):

Não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função

material da execução da pena, vale dizer, o administrador particular será responsável pela comida, pela limpeza, pelas roupas, pela chamada hotelaria, enfim, por serviços que são indispensáveis num presídio. Diz ainda que (...) já a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que, por meio de seu órgão-juiz, determinará quando um homem poderá ser preso, quanto tempo assim ficará, quando e como ocorrerá a punição e quando o homem poderá sair da cadeia.

Sendo assim, defende a aplicação desse sistema Raphael Ribeiro Lopes (2011, *online*):

Com isso não há a menor dúvida de que as parcerias público-privadas, também em presídios, têm lastro jurídico adequado. Não se está a propor, pura e simplesmente, a privatização de presídios, nem a retirada do Estado desse vital setor. Ao contrário, quer-se reforçar a presença do Estado com novas parcerias, dentro de um ambiente de cooperação, comprometimento com metas e resultados. Quer-se agregar à legalidade o Princípio da Eficiência tão usado na administração pública, ambos inscritos expressamente no art. 37, "caput", da Constituição Federal. É o que autoriza e visa tornar realidade o projeto de Parceria Público-Privada, uma das principais iniciativas do Ministério Federal do Planejamento.

Visto essa breve introdução a respeito da terceirização dos presídios, é possível ter-se uma visão mais crítica e vislumbrar alguns dos benefícios, tais como possibilidades de uma melhor gestão do sistema prisional. Deste modo, fica a discussão a respeito da constitucionalidade da concessão desta tarefa ao particular, ao qual far-se-á presente em capítulo posterior.

CAPÍTULO III – DA CONSTITUCIONALIDADE

3.1. Transferência de tarefas ao particular

Os recursos financeiros por parte do estado são obtidos por meio de tributos, sanções, entre outros meios, pelo povo. Porém, com um país do tamanho do Brasil, que é um dos maiores do planeta a necessidade de recursos para atender a população e a quantidade de obras que precisam ser feitas é astronômica.

Dito isso, fica evidente que mesmo com a enorme arrecadação feita pelo estado, ainda se encontra a insuficiência dos recursos financeiros. Desta forma, cabe ao estado procurar aquele que detém o capital, que seria obviamente o setor privado, para que invista em consonância com os interesses da coletividade. Nesse mesmo sentido, explica Jorge Amaral dos Santos (2009, *online*):

A escassez de recursos públicos para fazer frente a investimentos em setores de responsabilidade do poder público, mormente nas áreas de transportes (rodovias, ferrovias, portos, aeroportos) saneamento, presídios, saúde, habitação, fez com que o Estado procurasse novas formas de relacionamento entre os setores público e privado. Os diversos países têm buscado modelos de gestão em que a participação do setor privado em investimentos de grande interesse público e social tende a se tornar mais ativa.

Frente a tal necessidade, como dito anteriormente, o governo utilizou-se de medidas de privatização para desonerar e tirar certas responsabilidades do ente estatal. Desta forma aliviando assim um pouco os cofres públicos.

Assim, na constituição federal de 1988 o legislador deixa claro suas intenções de fomentar essa utilização do particular para a realização de determinados serviços que primordialmente são obrigações da união, as quais a mesma não pode

se esquivar, conforme é narrado em seu artigo 175, onde menciona que os serviços públicos podem ser prestados diretamente ou por concessão ou permissão. Deste modo, menciona Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt (2005, *online*) sobre este assunto:

Verifica-se, portanto, a possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de delegação de atribuições a particulares, mediante concessão e permissão, previstas nos arts. 21, XI e XII, 25, § 2º, 175 e 223, da Constituição Federal. O Estado, como apontado, mesmo quando repassa para um particular apenas a execução de um serviço público, mantém a disponibilidade do serviço, desde o exercício do controle e da fiscalização até a própria fixação de tarifas a serem cobradas dos usuários. Essa atividade consiste em manifestação da função regulatória executada pelo Poder Público. Há, portanto, nas hipóteses de transferência de competências públicas a operadores privados, uma atividade regulatória normativa efetuada pelo Estado, ao estabelecer normas jurídicas aos delegatários na realização de atividades de caráter econômico, e sua conseqüente fiscalização.

Portanto, vê-se pacificamente que é inteiramente constitucional a transferência de algumas tarefas que originariamente eram deveres do estado para a mão do gestor privado, levanto em conta a expressa manifestação do constituinte de 88 em relação ao tema.

Ainda nesse raciocínio, a constituição federal vigente ainda deixa claro a sua preocupação com a justa concorrência, pois expressamente narra sobre a obrigatoriedade de licitações quando houver essa transferência de tarefas do setor público ao particular em concessões e permissões como visto no artigo 175.

Tal preocupação ainda é reforçada em outros artigos e com mais abrangência como visto em uma análise do Laís da Silva Rocha; Larissa Machado Elias; Alessandro Gonçalves da Paixão (2015, p. 140) que diz:

Conforme se extrai do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, ressalvadas determinadas situações previstas na legislação, os contratos firmados pela Administração Pública que tiverem como objeto obras, serviços, compras e alienações serão, obrigatoriamente, precedidos de procedimento licitatório. Assim, não sendo a parceria público-privada uma das exceções, conseqüentemente, a escolha do parceiro privado deverá ser precedida de licitação pública.

Dessa maneira tal constitucionalidade não carece de mais discussões, visto que já se há um entendimento claro a esse respeito. Porém, o legislador tomou

o cuidado e precaução de garantir ao gestor público algumas tarefas que são sua inteira responsabilidade e não podendo estas serem delegadas ou transferidas ao particular por alguns motivos, sendo um dos principais os que envolvem a segurança nacional, entre outros.

3.2. Deveres privativos do Estado

O Estado, como previsto na constituição federal detêm por atribuição expressa alguns deveres que apenas este deve executar, sendo esses deveres serviços que o mesmo administra em caráter de monopólio, ou seja, apenas o governo pode explorar ou gerenciar determinado serviço.

Esses casos em que o estado, como citado acima deve desenvolver privativamente e em caráter de monopólio são brilhantemente explicados por Luiz Cezar Quintans (2015, *online*, apud Quintans 2014, p. 289):

Como se pode perceber na evolução do texto constitucional, na redação da Carta de 1967, era facultado ao Estado intervir no domínio econômico e exercer o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional ou para organizar setor ineficiente no regime de competição e de liberdade de iniciativa. Com o advento da EC no 1/69, o Estado passou a atuar em caráter suplementar à iniciativa privada; e, na atual CF/88, a atuação do Estado na atividade econômica é uma excepcionalidade, em casos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

Consoante ao narrado pelo professor entende-se que seja possível o estado atuar na economia exercendo atividades em mediante monopólio quando de relevância à segurança nacional e interesse coletivo, por isso gera a discussão sobre quais seriam esses interesses.

Um bom exemplo desses interesses é na área de determinadas informações e tecnologias. Outra adequação à interesses nacionais seriam os abastecimentos de energia e assim por diante. Mas e quanto ao sistema prisional?

Mesmo que este seja de suma importância e farto interesse coletivo o ente estatal não o leva como uma de suas principais preocupações. Neste diapasão,

mesmo que seja expresso na lei das parcerias público-privadas, a proibição desta função por meio de delegação ao particular, ainda há que se falar em ajuda ao ente público em tal setor, das maneiras discorridas abaixo.

3.3. Transferência do sistema prisional ao particular

O sistema prisional, com todas as falhas, e problemas de gestão supra-mencionados, demonstra claramente a falha da administração pública de gerir e custear, tais estabelecimentos. Dessa forma, vê-se necessário procurar uma saída para tal desmazela do gestor público com o sistema penitenciário.

Com base nessa necessidade de dar uma melhor gestão ao sistema, visto a clara incapacidade do presente gestor, encontra-se algumas alternativas, dentre as quais explica Celia Cristina Muraro (2012, *online*).

Dentre as alternativas propostas para mudar a situação deste sistema, está à utilização do instituto das Parcerias Público-Privadas - PPPs, como forma de driblar a falta de capital para investimentos do Estado e, assim, com o auxílio da iniciativa privada alcançar um padrão mais digno no atendimento dos apenados. Este instituto surge dentro de uma tendência de privatização global, os quais procuram transplantar ao serviço público a eficiência e a eficácia da iniciativa privada.

Como já visto sobre as parcerias público-privadas, estas são uma forma de concessão especial, a qual o estado, devido à escassez de recursos financeiros ou a indisponibilidade dos mesmos no momento, optam por realizarem obras ou ter serviços prestados em conjunto com o particular, para assim, evitar gastos os quais não pode se dar ao luxo no momento e assim, ao invés de desfalcar os cofres públicos com retiradas de quantias exorbitantes, é mais benéfico ao Estado optar por remunerar sucessivamente o investidor.

Essa ideia de terceirizar o sistema penitenciário para desoneração dos cofres públicos obviamente não se deu início no Brasil e muito menos nos países sub-desenvolvidos. Teve surgimento nos Estados Unidos com suas políticas liberais e se espalhou pelo mundo.

Com essa expansão da ideia de gestão pelo mundo, naturalmente houve vários modos de se aplicar tal pensamento, sendo os mais difundidos os modelos utilizados nos Estados Unidos e o modelo aplicado pela França.

Rafael Damaceno de Assis (2007, *online*), discorre brevemente a respeito do assunto em um artigo, e sobre o modelo americano narra: “No modelo norte-americano, a privatização das prisões era o gênero do qual eram espécies três modelos: 1) Arrendamento das prisões; 2) Administração privada das penitenciárias; 3) Contratação de serviços específicos com particulares. ”

No modelo de arrendamento era basicamente o particular construir e arrendar ao governo aquela obra, a qual depois de determinado prazo era transferida ao particular, e já na administração privada, como o nome já sugere, além de construir a obra, no caso o presídio, ainda ficava a cargo do particular a administração do estabelecimento prisional (Rafael Damaceno de Assis 2007, *online*).

O terceiro modelo, que é o de contratação de serviços específicos, nas palavras de Rafael Damaceno de Assis (2007, *online*): “Era essencialmente uma terceirização. O Estado fazia um contrato com o particular que abrigava, alimentava e vestia os presos, tendo como contraprestação o seu trabalho. ”

Um comentário ainda sobre o modelo Americano de Rafael Damaceno de Assis (2007, *online*) é que:

Se por um lado os aspectos positivos da privatização consistiam na melhor qualidade e no menor preço dos serviços oferecidos pelas empresas privadas e também na redução dos gastos estatais, os críticos do modelo centravam-se na questão da exploração do trabalho do preso e no uso inapropriado da pena.

Como visto e explicado acima, tal modelo não teria aplicabilidade no Brasil, levando em consideração a inconstitucionalidade da exploração do trabalho do preso bem como o uso inapropriado da pena. Desse modo, Rafael Damaceno de Assis (2007, *online*) explica sobre um diferente modelo, o Frances:

Nesse modelo competia ao Estado a indicação do Diretor-Geral do estabelecimento, a quem competia o relacionamento com o juízo da

execução penal e a responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão. A empresa privada encarrega-se de promover, no estabelecimento prisional, o trabalho, a educação, o transporte, a alimentação, o lazer, bem como a assistência social, jurídica, espiritual e a saúde física e mental do preso, vindo a receber do Estado uma quantia por preso/dia para a execução desses serviços.

Esse modelo de co-gestão entra governo e o setor privado é um grande avanço, pois, partindo do pressuposto de que o estado não proíbe a participação do particular na execução penal, visto que ainda a instiga, como bem apontado na Lei de execução penal (LEP) e seu artigo 4º, onde destaca que “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”. (Laís da Silva Rocha; Larissa Machado Elias; Alessandro Gonçalves da Paixão, 2015)

Nesse sentido, Celia Cristina Muraro (2012, *online*, apud Luíz Flávio Borges D’Urso 2008), que opinou a respeito, após ver o funcionamento dos dois modelos e fazer uma análise de qual seria mais aplicável e viável no Brasil.

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

Enquanto alguns veem a opção de terceirização do sistema como a solução de todos os problemas carcerários que ocorrem no Brasil, grande parte critica e muito, o uso de tal método, pois, além da crença de que esse modelo estaria buscando o lucro do parceiro privado em detrimento da verdadeira solução da crise no sistema carcerário, ainda são encontrados vários impedimentos para tal aplicação.

Em relação a tais impedimentos, Rafael Damaceno de Assis (2007, *online*) suscita 3 principais, tais como sendo eles: éticos, jurídicos e políticos. Sendo os éticos ligados a liberdade individual, onde apenas o estado pode coagir alguém e sendo impossível ser transferido esse poder de coação ao particular, além é claro da vantagem econômica obtida através de trabalho carcerário.

Os impedimentos jurídicos seriam decorrentes das Leis, como por exemplo, a Lei de execução penal, a qual afirma que o caráter jurisdicional é privativo ao Estado, sendo assim indelegável ao particular. E políticas quando se leva em consideração que o administrador público não deve levar em conta apenas o custo benefício do cárcere, como também deve se responsabilizar com a ressocialização do preso no sistema prisional. (Rafael Damaceno de Assis 2007, *online*)

Da mesma forma, como supracitado, é importante analisar outro fator, sendo este com presença expressa na lei 11.079 de 2004, que regulamenta as parcerias público-privadas, onde versa sobre a hipótese de um suposto impedimento para tal, dizendo: Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: “III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”

Assim, tal ponto falha mais uma vez em razão da função jurisdicional, que com base em alguns autores estaria, em tese, contando como parte da execução das penas, sendo assim, estaria proibido, segundo este mesmo entendimento, a transferência ao particular de tal função.

Rogério Tadeu Romano (2017, *online*), em um artigo a respeito do tema aduz sobre uma resolução publicada pelo CNPCP:

Nessa mesma linha, ou seja, de que a execução penal, é função indelegável do Estado, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), editou Resolução em dezembro de 2002, recomendando a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro, embora tendo admitido a possibilidade de terceirização ou privatização de alguns serviços, mas excetuando destes os de assistência jurídica, psicológica, social, segurança, disciplina e administração.

Como visto nos posicionamentos acima, fica claro que as duas correntes se utilizam de fundamentos plausíveis e tem o cuidado de fazer um embate de seus posicionamentos na constituição federal, onde citam alguns princípios para fundamentar suas ideias, porém, seus fundamentos são em princípios e artigos em parte divergentes, em parte concomitantes, restando-se fazer uma análise dentre estes.

Deste modo, resta-nos analisar princípios e regras as quais se deve ponderar, em busca de uma satisfatória aplicação do direito e fazer uma interpretação a qual não haja prejuízo de interesses.

A respeito da ponderação de valores e princípios, sendo esta uma questão bastante delicada, visto que não há na constituição federal a chamada supremacia entre os princípios, portanto cabe citar as palavras de Barroso, Barcellos, (2003, p. 175) onde narra a respeito da interpretação a qual foi mencionada:

IV. A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

V. A teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto. Cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade por parte do intérprete. Nessas hipóteses, o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.

Assim, conforme mencionado, entende-se que para uma colisão entre princípio é necessária uma valoração e que se proporcione para que se preserve os valores inerentes a tais princípios.

Como visto acima, logo se constata a impossibilidade de pesar entre os princípios apenas no campo das ideias, pois sua valoração é primordialmente feita a

partir de análise caso a caso. Deste modo, resta, portanto, analisar as decisões dos tribunais superiores.

3.4. Posicionamento dos tribunais superiores

Nessa problemática, visto que o assunto em voga se estende a uma interpretação de leis e princípios, cabe-nos apenas observar como se posiciona o poder judiciário a respeito dos complexos prisionais. Assim, exibir-se-á os posicionamentos jurídicos mais relevantes sobre o tema.

Desta forma, cabe salientar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal do Trabalho, onde analisa um agravo de instrumento, a qual negou provimento. (BRASIL, C, 2014, *online*):

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO DO ESTADO DO CEARÁ. SERVIÇOS DE LIMPEZA, MANUTENÇÃO E ALIMENTAÇÃO REALIZADOS EM PRESÍDIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA COM O OBJETIVO DE IMPEDIR O ESTADO DE TERCEIRIZAR TODOS OS SERVIÇOS PRESTADOS DENTRO DO PRESÍDIO. O Tribunal a quo deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo Estado do Ceará para julgar improcedente a ação civil pública, ao fundamento de que a terceirização dos serviços de “limpeza, manutenção, alimentação e outros serviços específicos de atividade-meio” não atinge a atividade-fim do Estado, ao qual cabe, por meio de seus órgãos competentes para a execução penal, o cumprimento da lei, até mesmo no que diz respeito à concessão de benefícios (suspensão condicional da pena e livramento condicional). Consignou que o Estado continuava na administração da pena e de sua execução, que não delegou sua atividade-fim. O Ministério Público do Trabalho, ora agravante, sustenta que é ilegal a terceirização de todas as atividades realizadas dentro do presídio, que, segundo ele, inserem-se na atividade-fim do Estado do Ceará. Também argumenta que a terceirização é irregular, pois havia pessoalidade e subordinação do trabalhador ao tomador de serviços. Com efeito, a jurisprudência desta Corte, sedimentada no invocado item III da Súmula nº 331, autoriza a terceirização de atividade-meio do tomador de serviços, fazendo expressa referência (exemplificativamente) às atividades de conservação e limpeza. A referida súmula considera irregular a terceirização, com a formação do vínculo de emprego do trabalhador com o tomador de serviços, nessas atividades, se houver pessoalidade e subordinação direta. **Consta do acórdão regional que o contrato de terceirização celebrado entre o Estado do Ceará e a Companhia Nacional de Administração Prisional Ltda. – CONAP abrangia os serviços “realizados diretamente nas áreas secundárias de limpeza, manutenção,**

alimentação e outros serviços específicos da atividade-meio”, os quais se inserem na atividade-meio do tomador de serviços. Salienta-se que não há, no acórdão regional, registro de que os serviços realizados nas referidas áreas (atividade-meio) eram prestados pelos trabalhadores terceirizados com pessoalidade e subordinação direta ao Estado do Ceará, tomador de serviços. A apreciação dessa alegação, de nítido conteúdo fático, é vedada a esta Corte, nos termos da Súmula nº 126 do TST. Portanto, como as citadas atividades não se inserem na atividade-fim do Estado e não foi demonstrada a existência de pessoalidade e subordinação entre o tomador e os terceirizados, não prospera a tese defendida pelo agravante da ilegalidade da terceirização, respaldada nesses dois argumentos. Assim, não há falar em contrariedade à Súmula nº 331, item III, do TST. Cabe destacar, ainda, que a indicação de ofensa ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal foi alicerçada nas teses: irregularidade da terceirização e existência de vínculo de emprego entre os trabalhadores que prestam serviços no presídio e o Estado do Ceará, por meio de concurso público. **Entretanto, o fato de o Regional entender pela legalidade da terceirização de atividade-meio, nos termos expostos, não caracteriza afronta ao citado dispositivo constitucional, que apenas exige a investidura em cargo público por meio de aprovação em concurso público, não tendo sido reconhecido vínculo de emprego sem o preenchimento desse requisito. Assim, não há violação do citado dispositivo. Agravo de instrumento desprovido.** (Grifo próprio)

Como visto no acórdão acima, observa-se o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, ao qual considera constitucional a terceirização das chamadas atividades meio do sistema prisional. Sendo estas as atividades de hotelaria ora referidas, deste modo, constata-se a possibilidade de implementação de tal instituto em outras partes do sistema prisional brasileiro.

Dito isto, pela falta de jurisprudência a esse respeito, e pela obscuridade jurídica ainda presente sobre o tema, é vista uma impossibilidade de considerar esse posicionamento como majoritário, portanto, há que se falar em aguardar mais decisões para que se esclareça todas as dúvidas a respeito do tema.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, constatou-se a busca pelos governantes de um novo modo de se resolver conflitos. Os quais passaram a serem obrigados a serem devolvidas as condutas danosas na mesma proporção. Porém, mesmo com esse método, ainda não foi algo que conseguiu sanar o problema.

Seguindo o curso do tempo, os líderes começaram a resolver os conflitos eles mesmos ao modo em que acharam mais justo, porém, também não foi algo durável e com o passar do tempo, chegou-se as penas privativas de liberdade.

Assim, surgiu então o sistema carcerário, que desde o seu início deu-se como algo gerido pelo poder estatal, que ficou responsável por cuidar do preso sob sua tutela, mantendo sua integridade física e moral.

Essa gestão, entretanto, com o passar do tempo foi ficando cada vez mais difícil, pois, com o crescente número de detentos, provou-se necessário a aplicação de grandes investimentos para construção de presídios, para alimentar o preso e todos os demais gastos.

O estado, por sua vez, como provedor de inúmeras necessidades de seus cidadãos, bem como saúde, educação, lazer entre outras coisas, viu-se impossibilitado de amparar gastos em muitas áreas, a qual se inclui o sistema penitenciário.

Deste modo, para sanar os consecutivos problemas que apareceram nos presídios, como por exemplo, as doenças, superlotação, rebeliões e vários outros, se descobriu necessário procurar-se por saídas, a qual mais viável foi a utilização do setor privado.

Nesse diapasão, a utilização do setor privado se deu mediante uma modalidade de parceria, a qual os dois lados dividem os riscos do negócio realizado.

Assim, esse sistema de parceria, denominado parceria público-privada, onde o particular custeia todo o investimento e depois é remunerado em parcelas pelo setor público foi aplicado em alguns estabelecimentos do sistema penitenciário.

O presente trabalho deu-se em virtude da necessidade de saber se é constitucional a utilização do setor privado no âmbito da persecução penal, tendo em vista que o poder jurisdicional é algo privativo do ente estatal, bem como se há riscos inerentes da aplicação e execução de tal instituto.

Esse tema é bastante discutido, assim, para esclarecer tal questão, analisa-se diferentes posicionamentos e observando os pontos e entendimentos de ambos os lados para se chegar a uma conclusão bem fundamentada.

Ao ponderar os pontos divergentes, constatou-se que a doutrina que segue o posicionamento de que é viável a utilização desse instituto, não vê nenhuma proibição expressa na constituição para tal aplicação. Porém, a parte adversa, insiste que o poder jurisdicional que é mencionado como papel fundamental e exclusivo do estado abrange claramente a administração do sistema prisional.

Nesse sentido, no decorrer da pesquisa, um ponto que encontrou menos obstáculos, de ambos os lados, foi sobre a utilização da administração particular nos serviços referentes às atividades de hotelaria do estabelecimento penal. Tendo em vista este serviço de hotelaria abranger a alimentação, vestimenta, entre outro.

Assim, conclui-se este trabalho com o posicionamento de que, mesmo que não haja clara narrativa sobre essa questão na constituição federal, não se encontra também nada que obsta a realização dos serviços de hotelaria do sistema prisional por meio do setor privado, não encontrando assim nenhum impedimento legal ou constitucional.

Confirmando ainda mais essa questão, tem-se a realização de um julgado pelo tribunal superior do trabalho, onde os ministros confirmam que não há impedimento para a utilização das atividades de hotelaria prestadas no sistema carcerário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

André Fontenelle. **A Pena Privativa de Liberdade**. In: **Andrefontenelle**. Disponível em: <<http://www.andrefontenelle.com.br/pena-privativa-de-liberdade/#Especies>>. Acesso em: 7 jan 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **CURSO DIREITO ADMINISTRATIVO**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro-RJ, v. 232, p. 141-176, abril./jun 2003.

BENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. Ed. ver. Ampl. e atual. De acordo com a lei nº 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Delegação de serviços públicos e parcerias público-privadas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=505>. Acesso em: 7 mai 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mai 2018.

_____. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Presidência da república, Casa civil, subchefia dos assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 11 mai 2018.

_____. **Decreto nº 86.215, de 25 de Julho de 1981.** Fixa normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal, nos casos que especifica. Presidência da república, Casa civil, subchefia dos assuntos jurídicos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-86215-25-julho-1981-435410-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 mai 2018.

_____. **Decreto nº 95.886, de 29 de março de 1988.** Dispõe sobre o Programa Federal de Desestatização, e dá outras providências. Presidência da república, Casa civil, subchefia dos assuntos jurídicos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1988/decreto-95886-29-marco-1988-446305-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 mai 2018.

_____ **LEI Nº 5.645, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1970.** Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Presidência da república, Casa civil, subchefia dos assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5645.htm>. Acesso em: 9 mai 2018.

_____. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em: 9 mai 2018.

_____ **Lei Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Presidência da república, Casa civil, subchefia de assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 12 mai 2018.

_____ **LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Presidência da república, Casa civil, subchefia de assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 12 mai 2018.

_____ **Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994.** Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências. Presidência da república, Casa civil, subchefia de assuntos jurídicos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8883-8-junho-1994-372228-veto-23935-pl.html>>. Acesso em: 12 mai 2018.

_____ **LEI Nº 9.074, DE 7 DE JULHO DE 1995.** Estabelece normas para outorga e

prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Presidência da república, Casa civil, subchefia dos assuntos jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 15 mai 2018.

_____ **LEI Nº 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1998.** Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de 1993, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Presidência da república, Casa civil, subchefia dos assuntos jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19648cons.htm>. Acesso em: 15 mai 2018.

_____ **LEI Nº 9.854, DE 27 DE OUTUBRO DE 1999.** Altera dispositivos da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, que regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Presidência da república, Casa civil, subchefia dos assuntos jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9854.htm>. Acesso em: 10 mai 2018.

_____ **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. Presidência da república, Casa civil, subchefia dos assuntos jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 3 mai 2018.

_____ **LEI Nº 12.349, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2010.** Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1o do art. 2o da Lei 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Presidência da república, Casa civil, subchefia dos assuntos jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm>. Acesso em: 3 mai 2018.

_____. **Lei prevê redução de pena para os presos que estudam.** Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/04/lei-preve-reducao-de-pena-para-os-presos-que-estudam>>. Acesso em: 5 fev 2018.

_____. **Levantamento mostra escolaridade dos presidiários no País.** Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2012/04/levantamento-mostra-escolaridade-dos-presidiarios-no-pais>>. Acesso em: 5 fev 2018.

_____. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 155, DE 15 DE MARÇO DE 1990.** Cria o

Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Presidência da república, Casa civil, subchefia de assuntos jurídicos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1990/medidaprovisoria-155-15-marco-1990-370449-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 mai 2018.

_____. **População carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos.** Distrito Federal. Disponível em:<<http://www.justica.gov.br/news/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>>. Acesso em: 5 fev 2018.

Carla Mereles. Brasil e e sua população carcerária. In: **Politize**. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/populacao-carceraria-brasileira-perfil/>>. Acesso em: 8 fev 2018.

CARTA CAPITAL. Mais de 60% dos presos no Brasil são negros. In: **Carta Capital**, São Paulo, abr 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/mais-de-60-dos-presos-no-brasil-sao-negros>>. Acesso em: 25 jan 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.
CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. Evolução histórica do direito penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 11, nov 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php_n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4756>. Acesso em:14 jan 2018.

COUTINHO, Jacinto Teles. A indelegabilidade da execução da pena e a inconstitucionalidade da terceirização prisional no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13876>. Acesso em abr 2018.

COUTINHO, Jacinto Teles. A execução da pena como função jurisdicional e indelegável do Estado. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3677, 26 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25020>>. Acesso em: 18 maio 2018

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas S.A -2015.

Emerson Barros da Silva, |Tatiany Silva Azevêdo, | Ana Rosa. Penas privativas de liberdade. In: **Jus**, Paraíba. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37687/penas-privativas-de-liberdade>>. Acesso em:15 jan 2018.

ESTADÃO. A falência do sistema prisional. In: **opinião estado**, São Paulo. Maio 2010. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,a-falencia-do-sistema-prisional-imp-,545374>>. Acesso em: 13 fev 2018.

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

HORTA, Ana Clélia Couto. Evolução histórica do Direito Penal e Escolas Penais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514>. Acesso em: 13 jan 2018.

JUSTIFICANDO. Superlotação dos presídios facilita proliferação de doenças, afirma médica. In: **Carta Capital**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/15/superlotacao-dos-presidios-facilita-proliferacao-de-doencas-afirma-medica/>>. Acesso em: 13 fev 2018.

Laís da Silva Rocha; Larissa Machado Elias; Alessandro Gonçalves da Paixão. As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro. **Revista Jurídica**, Anápolis/GO, Ano XV, n. 24, v1, jan. – jun. 2015, UniEVANGÉLICA

Leônidas Marques Fernandes/Oannes Miranda. A função da pena privativa de liberdade em um Estado democrático e pluralista de direito. In: **jus**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25556/a-funcao-da-pena-privativa-de-liberdade-em-um-estado-democratico-e-pluralista-de-direito>>. Acesso em: 12 jan 2018.

Marcus Vinícius Almeida Sousa. A privatização do sistema penitenciário brasileiro. In: **Revista Jus Navigandi**, fev 218. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64387/a-privatizacao-do-sistema-penitenciario-brasileiro>>. Acesso em abr 2018

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MURARO, Celia Cristina. As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12136>. Acesso em: abr 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11. Ed. rev. Atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

QUITANS, Luiz Cezar. A Constitucionalidade dos Contratos de Concessão de Petróleo e Gás no Brasil. In: **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://quintans1.jusbrasil.com.br/artigos/236747462/a-constitucionalidade-dos-contratos-de-concessao-de-petroleo-e-gas-no-brasil>>. Acesso em: 15 mar. 2018

Rafael Damaceno de Assis. Privatização de prisões e adoção de um modelo de gestão privatizada. In: **Direitonet**, mai 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3483/Privatizacao-de-prisoas-e-adocao-de-um-modelo-de-gestao-privatizada>>. Acesso em abr 2018.

Raphael Ribeiro Lopes. A inconstitucionalidade do sistema de terceirização do sistema penitenciário. In: **Direitonet**, Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6252/A-inconstitucionalidade-do-sistema-de-terceirizacao-do-sistema-penitenciario>>. Acesso em: 7 fev 2018.

ROMANO, Rogério Tadeu. A execução penal é tarefa indelegável do Estado. In: **Jus**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/54955/a-execucao-penal-e-tarefa-indelegavel-do-estado>>. Acesso em: 13 mar. 2018

SANTIAGO, Leonardo Sagrilo; DE CASTRO, Roger de Moraes. **A mudança da lei penal ao longo da história e o monitoramento eletrônico como alternativa a prisão**. Santa Maria, 2012.

SANTOS, Jorge Amaral dos. As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2269, 17 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13521>>. Acesso em: 1 maio 2018

SILVA, Draciana Nunes da. Terceirização no sistema prisional brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13884>. Acesso em: 11 fev 2018.

SILVA, Laís Alexandre da. Violência e sistema prisional: um reflexo da desigualdade social. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12534>. Acesso em: 13 fev 2018.

Tayla Roberta Dolci Rossini. O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso. In: **Direitonet**, São Paulo, jan 2015. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>>. Acesso em: 3 fev 2018.

TST. Tribunal Superior do Trabalho **Agravo de instrumento em recurso de revista: -airr-38040-43.2005.5.07.0006. Relator:** Ministro José Roberto Freire Pimenta. DJ: 06/08/2014. aplicacao4, Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=141874&anoInt=2010&qtdAcesso=27045017>>. Acesso: 17 mai 2018.

UOL. Presídios brasileiros, uma antologia de violência sem trégua. In: **Notícias UOL**, Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2018/01/10/presidios-brasileiros-uma-antologia-de-violencia-sem-tregua.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Terceirização na Administração Pública. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/5/edicao-1/terceirizacao-na-administracao-publica>. Acesso em: