Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume 15 | n. 1 | 2020 | seer.ufrgs.br/ppgdir

PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN PRISIONS

Andre Luiz dos Santos Nakamura*

RESUMO: A possibilidade de se utilizar da concessão administrativa, modalidade de Parceria Público-Privada, para a gestão terceirizada de estabelecimentos prisionais requer muita cautela do Poder Público. Não é possível a mera importação do modelo existente nos Estados Unidos da América, em razão da vedação de delegação à iniciativa privada do exercício do Poder de Polícia. Apesar de ser possível que o parceiro privado execute as tarefas administrativas realizadas num presídio, qualquer atividade que tenha qualquer efeito no regime de cumprimento da pena do detento não pode ser terceirizada. O contrato de gestão terceirizada de presídios por meio de PPPs pode levar à queda da qualidade dos serviços prestados à população carcerária, com prejuízos ao interesse público. O trabalho do preso, em razão de norma convencional com status de norma de direito fundamental não pode ser terceirizado para a iniciativa privada.

ABSTRACT: *The possibility of using the Public-Private Partnership for out sourced management of prisons requires a lot of caution from the State. It is not possible to simply import the existing model in the United States of America, due to the prohibition of delegation to the private initiative of the exercise of Police Power. Although it is possible for the private partner to perform the administrative tasks performed in a prison, any activity that has any effect on the detention penalty can not be outsourced. The outsourced management contract of prisons through PPPs may lead to a drop in the quality of services provided to the prison population, with losses to the public interest. The handiwork of prisoners, by reason of the conventional norm with status of norm of fundamental right, can not be outsourced to the private initiative.*

PALAVRAS-CHAVE: Parceria Público-Privada. Estabelecimentos prisionais. Poder de Polícia.

KEYWORDS: *Public Private Partnership. Prisons. Police Power.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Concessões administrativas. 2. Experiência nos Estados Unidos da América. 3 Experiência brasileira na PPP prisional. 4 Atividades passíveis de serem realizadas pelo parceiro privado em razão da vedação à delegação do poder de polícia. 5 Aspectos contratuais de uma parceria público-privada no sistema prisional. 6 Trabalho do preso. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O sistema prisional sempre foi, por tradição, estatal. Desde o início dos tempos, a restrição da liberdade em decorrência do descumprimento da norma jurídica sempre foi uma tarefa privativa do Estado. Entretanto, a partir dos anos 80, iniciou-se a privatização de parte do sistema carcerário nos Estados Unidos da América.

Em razão da introdução do modelo de gestão privada de unidades carcerárias no Brasil, com a implantação do Presídio de Ribeirão Neves, em Minas Gerais, faz-se necessário um estudo acerca do modelo de Parcerias Público-Privadas no sistema prisional, em especial sobre seus limites, bem como sobre suas vantagens e desvantagens.

Não se torna possível a importação do modelo norte americano sem ter em conta a disciplina constitucional vigente no Brasil. Além da necessária análise da eventual

* Procurador do Estado de São Paulo. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor na Universidade Paulista - UNIP e Escola Superior da Advocacia - ESA.

vantajosidade do modelo de Parcerias Público-Privadas no setor penitenciário, faz-se necessário estabelecer que atividades podem e quais não podem ou não devem ser delegadas ao parceiro privado.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, este artigo irá relatar a experiência norte americana, elencar e justificar as atividades que podem e as que não podem ser delegadas à iniciativa privada.

1 CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS

Uma forma de se administrar prisões seria por meio das chamadas concessões administrativas, espécie de Parceria Público-Privada (PPP). A concessão administrativa, prevista no art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, é aquela que poderá ser utilizada em serviços públicos onde não há a cobrança de tarifas, razão pela qual a remuneração do concessionário é paga totalmente pelo poder concedente; não havendo a cobrança de tarifa pelo concessionário, ele é remunerado totalmente pelo Estado, que é o usuário indireto do serviço prestado.

A Concessão Administrativa se destina à realização de obras públicas seguidas da prestação de serviços e do fornecimento de bens. Diferentemente das concessões tradicionais, a concessão administrativa pode, também, abranger atividades que não classificadas como serviço público em sentido estrito. Nesse sentido:

> Vê-se, portanto, que nas concessões administrativas há um considerável alargamento da concepção de serviço público, uma vez que tal espécie de concessão poderá abarcar não somente serviços públicos econômicos, previstos no artigo 175 da Constituição Federal, tanto quanto as concessões comuns e patrocinadas, como também outras atividades não incluídas no rol dos serviços públicos econômicos, tais como serviços públicos de caráter social e utilidades relativas aos serviços públicos como função pública (neste último caso, respeitados os limites impostos pelo inciso III do artigo 4º da Lei nº 11.079/2005) (SCHIRATO, 2007)

Não se confunde a concessão administrativa com a mera empreitada de obra pública. A concessão administrativa pressupõe, ao menos, um serviço associado à execução da obra pública, sob pena de não se configurar um contrato de Parceria Público-Privada (PPP). Conforme lição da doutrina, "a *gestão global do serviço* objeto da concessão administrativa,

subordinada apenas ao cumprimento das condições contratuais fixadas, é o suficiente para o tratamento jurídico diverso (Oliveira, 2014)". Conforme lição de Schirato:

> Enquanto nos contratos de empreitada de obra pública o contratado deve simplesmente realizar a obra de acordo com as instruções e especificações impostas pela Administração Pública, após o que todos os riscos são transferidos à Administração Pública, a obra pública, no contrato de concessão administrativa, é apenas uma parcela das obrigações do particular, que deverá também prestar serviços à Administração Pública relativos à infraestrutura construída, recuperada ou ampliada pelo prazo de duração do respectivo contrato, ficando os riscos de funcionamento e solidez da obra realizada com o particular até a respectiva reversão à Administração Pública quando do término do contrato, que terá prazo de duração mínimo de cinco anos. É expressamente vedado pelo inciso III do §4º do artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 a realização de contratação de PPP para a simples execução de obra pública, na modalidade disciplinada pela Lei nº 8.666/93. (SCHIRATO, 2007).

Assim, em tese, toda atividade estatal, mesmo que não se configure como serviço público sem sentido estrito, poderia ser delegada à iniciativa privada mediante a contratação de uma concessão administrativa, desde que houvesse a efetiva gestão desta atividade. Os "serviços públicos", em sentido amplo, passíveis de contratação de concessões administrativas são aqueles em que não existe a cobrança de tarifa ou contraprestação do usuário. Serviços como educação, saúde e gestão de estabelecimentos prisionais poderiam ser contratados mediante Parcerias Público-Privadas (PPPs), na modalidade Concessão Administrativa.

Entretanto, o encarceramento representa a manifestação mais intensa de cerceamento do Estado sobre a liberdade das pessoas[1]. A contratação de Parcerias Público-Privadas no sistema carcerário demanda uma análise que não se contém somente no âmbito do Direito Administrativo. Necessário um estudo das normas constitucionais que protegem os direitos dos presos, bem como dos limites da delegação de atos relacionados ao exercício do Poder de Polícia, praticados dentro do âmbito da execução penal. A princípio, os atos que não têm relação direta com o exercício do Poder de Polícia são passíveis de delação. Entretanto, no âmbito do sistema prisional, tal diferenciação se torna um pouco mais complexa, visto que todos os atos, mesmo os de mera gestão, se desenvolvem num ambiente de limitação de liberdade.

[1] "O encarceramento de pessoas apresenta relação direta com o poder de coerção, que consiste em uma das manifestações mais extremas do poder de polícia. Por outro lado, a gestão de estabelecimentos prisionais implica também o desenvolvimento de várias atividades de caráter meramente administrativo ou de feição objetiva, com ampla programação prévia". (KLEIN, 2015).

2 A EXPERIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A experiência dos Estados Unidos da América em Parcerias Público-Privadas no sistema prisional é um importante referencial para que se possa analisar se seria ou não vantajoso ao interesse público a implantação do referido modelo no Brasil. Os Estados Unidos da América têm a maior população carcerária do mundo. Segundo dados no ano de 2017, os Estados Unidos tinham uma população carcerária de 2.145.100 pessoas; o Brasil ocupa a terceira posição, com uma população carcerária de 726.812 pessoas[2]. Assim, um dos problemas orçamentários dos Estados Unidos da América é o grande custo do sistema penitenciário.

A Parceria Público-Privada no sistema prisional é vista como uma forma de diminuição dos custos estatais com o sistema carcerário. Alguns estados americanos que utilizam o sistema prisional administrado pela iniciativa privada têm um custo muito menor por preso que os Estados que adotam um sistema de gestão pública:

> California is spending more than $8 billion on corrections this year, more than 10 percent of the massive state budget. State taxpayers spend about $133 per inmate—every day. Texas, which has the second largest inmate population after California, spends less than one-third of that amount—about $42.50 per inmate per day. One reason Texas spends so much less than California on prisons is its extensive use of public-private partnerships. Since 1989, Texas' annual data shows its cost savings from private prisons have averaged 15 percent a year. During that time, there was not a single year in which government-run prisons matched or were below the private prison costs (GILROY; COUPAL, 2010)[3].

As prisões nos Estados Unidos da América sempre foram públicas, até os anos 80, quando foi dado início a um programa de prisões privadas[4]. Nos Estados Unidos, apenas a decisão acerca de eventual punição a ser aplicada ao preso é de competência dos agentes públicos. As demais atividades, até mesmo a segurança dos presídios, é toda delegada à

[2] BRASIL (2017).

[3] "A Califórnia está gastando mais de US $ 8 bilhões no sistema prisional neste ano, mais de 10% do orçamento estatal total anual. Os contribuintes estaduais gastam cerca de US$ 133 por preso - todos os dias. O Texas, que tem a segunda maior população de detentos depois da Califórnia, gasta menos de um terço desse montante - cerca de US $ 42,50 por preso por dia. Uma razão pela qual o Texas gasta muito menos do que a Califórnia nas prisões é o uso extensivo de parcerias público-privadas. Desde 1989, os dados anuais do Texas mostram que sua economia decorrente das prisões privadas foi em média de 15% ao ano. Durante esse período, não houve um único ano em que as prisões administradas pelo governo correspondessem ou estivessem abaixo dos custos da prisão privada". (tradução nossa)

[4] "Privatization of prisons refers to the contracting out by the government of the operations of prisons to private companies. In the middle ages, prisons were typically private, but by the twentieth century, governments in most countries had taken over their operation". (HART; SHLEIFER; VISHNY,1997)

iniciativa privada[5]. O percentual de presos nas prisões privadas ainda é pequeno, se comparado aos que estão cumprindo pena em prisões públicas.

Os custos das prisões privadas são menores que os das prisões públicas, dentre outras razões, devido à menor remuneração paga aos agentes de segurança naquelas, se comparadas a estas. Os custos de segurança correspondem a aproximadamente dois terços dos custos de um encarceramento. Estima-se que o valor da remuneração dos agentes de segurança das prisões privadas é 15% inferior aos pagos pelas prisões públicas. Dessa forma, a contratação de agentes de segurança com menores remunerações se mostra decisivo para se diminuir os custos do sistema carcerário[6].

Entretanto, os menores custos na remuneração dos agentes de segurança têm gerados alguns problemas ao sistema prisional americano. Agentes pouco remunerados tendem a ser menos qualificados. Foi verificado um caso em que uma empresa privada responsável pela gestão de uma prisão contratou como agentes de segurança pessoas sem qualquer experiência. O resultado foi um aumento dos casos de violência contra os presos, em razão do despreparo dos agentes de segurança, resultando numa grande rebelião[7].

[5] "In the United States today, while private companies by law are restricted from meting out punishment, and public employees are usually present even in private prisons to make decisions on issues that can be interpreted as changes in the severity of prisoners' punishment, almost all the other activities related to incarceration can in principle be privatized. Private prisons have grown rapidly in the United States in the last decade from a capacity of about 1200 prisoners in 1985 to almost 50,000 prisoners at the end of 1994 {Thomas 1995}. Still, private prisons house only about 3 percent of the total prison population". (HART; SHLEIFER; VISHNY,1997).

[6] "Private prisons are perhaps 10 percent cheaper, per prisoner, than public prisons.15 The major reason for the lower costs appears to be the roughly 15 percent wage premium for public guards over private guards {Donahue 1988}. Part of the labor cost difference is that private contractors do not pay the public union wage premium; another part is that they hire lower quality work ers. Since labor accounts for two-thirds of the incarceration costs, the differences in labor costs can roughly account for the 10 percent cost saving from private prisons". (HART; SHLEIFER; VISHNY,1997).

[7] "While CCA private prisons in Tennessee are widely regarded as a success of private prison management, ESMOR's detention facility in Elizabeth, New Jersey, operated for the Immigration and Naturalization Service (INS), is widely regarded as a failure, in part because a riot broke out at that facility on June 18, 1995. The ESMOR facility housed foreign nationals who were caught attempting to enter the United States illegally through Kennedy and Newark airports, and who were awaiting deportation—not exactly a hard core criminal crowd. ESMOR won the INS contract by signicantly underbidding another private competitor, in part because it assumed in its bid lower wage rates for prison staff. The contract actually specified the types of workers that ESMOR was supposed to hire, but it turned out to be possible within the contract to hire as guards individuals who previously guarded goods in warehouses. With respect to training, ESMOR evidently just violated the contract: the INS reports that ESMOR "did not meet requirements of the contract" in this area. Overall, the ESMOR facility was seriously understaffed, guards did not receive enough training, guards were implicated in incidents of physical abuse of prisoners, and supervision of staff by management was lacking. When the riot broke out, the guards immediately ran away, and called the police from a pay phone. INS attributed many of the problems at the facility to ESMOR's cutting corners, principally on labor. The evidence in the report points to the possibility of cost savings by private contractors at the expense of quality, as well as to the government's failure to respond to explicit contract violations by the contractor". (HART; SHLEIFER; VISHNY,1997).

Outro fator essencial para a diminuição dos custos do sistema prisional privado é a diminuição da qualidade dos serviços prestados aos presos. A qualidade dos serviços aqui referida diz respeito a prestações essenciais, como alimentação, atendimento à saúde e vestuário adequado. Também, visando à diminuição dos custos, pode ocorrer o descaso com programas de reinserção social. Por fim, é possível que a busca do lucro leve à exploração da força de trabalho dos presos. Nesse sentido:

> The most controversial and interesting issues raised by private prisons concern the quality of service. Quality covers order in the prisons (security of prisoners, escapes, staff conduct toward prisoners, violence by guards and between prisoners, disciplinary procedures, etc.), amenities that prisoners receive (quality of food, health care, dental care, mental care, clothes, quality of facilities, prison work, entertainment, access to legal help, etc.), and rehabilitation (vocational training, other education, parole procedures, etc.). Objections to prison privatization typically focus on quality. To quote DiIulio {1987}, "The history of private sector involvement in corrections is unrelievedly bleak, a well documented tale of inmate abuse and political corruption. In many instances, private contractors worked inmates to death, beat or killed them for minor rule infractions, or failed to provide inmates with the quantity and quality of life's necessities (food, clothing, shelter, etc.) specified in their often meticulously drafted contracts. (HART; SHLEIFER; VISHNY,1997)[8].

As prisões privadas ocasionaram um ambiente de corrupção institucional nos Estados Unidos da América. Houve o surgimento de relações impróprias entre o Poder Público e as concessionárias de serviços penitenciários. Para o agente privado, o preso é um ativo financeiro. A quantidade de presos é um fator decisivo na sua remuneração. Nos Estados Unidos verificou-se que os agentes privados atuantes no setor de presídios começaram a patrocinar as campanhas eleitorais de políticos que tinham propostas de endurecimento da legislação penal[9]. Também se

[8] "As questões mais controversas e polêmicas decorrentes das prisões privadas dizem respeito à qualidade do serviço. Qualidade se refere à segurança das prisões (segurança dos prisioneiros, fugas, conduta dos funcionários prisioneiros, violência por guardas e entre prisioneiros, procedimentos, etc.), as utilidades que os presos recebem (qualidade de alimentos, cuidados de saúde, cuidados dentários, cuidados mentais, roupas, qualidade de instalações, trabalho penitenciário, entretenimento, acesso à ajuda legal, etc.), e reabilitação (formação profissional, outra educação, liberdade condicional procedimentos, etc.). As objeções à privatização da prisão geralmente se concentram na qualidade. Para citar DiIulio {1987}, 'a história do privado no setor prisional é irremediavelmente sombrio, um conto bem documentado de abuso de presos e corrupção política. Em muitos casos, os concessionários privados fizeram presos trabalhar até a morte, houve relatos de espancamento e mortes por infrações de menor potencial, bem como não fornecimento aos presos da quantidade e da qualidade de insumos vitais (alimentos, roupas, abrigo, etc.), mesmo que estes estivessem especificados nos contratos". (Tradução nossa).

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

verificou que políticos e pessoas próximas destes se envolveram em casos de corrupção direta, mediante favorecimento de empresas do setor prisional[10].

As prisões privadas americanas se tornaram um negócio extremamente lucrativo. As companhias se tornaram altamente rentáveis, com grande desempenho na Bolsa de Valores:

> As duas maiores companhias envolvidas no atual negócio das prisões administram estabelecimentos penitenciários nos EUA, Canadá, Inglaterra, França, Alemanha, Austrália e Porto Rico. A Corrections Corporation of America (CCA) e a Wackenhut Corrections Corporations detêm 3/4 do mercado global das prisões. O market share das duas companhias corresponde a 49,32% e 25,81%, respectivamente. Segundo suas previsões, num futuro próximo ambas deveriam expandir os negócios rumo à América Latina e ao Leste Europeu. As recentes visitas de autoridades do Panamá, México, Argentina e Chile a alguns de seus estabelecimentos "dão uma medida significativa do enorme potencial de expansão do mercado global dos serviços de administração penitenciária". Em junho de 1996, enquanto a média anual do índice Dow Jones girava em torno de 11%, as ações da CCA virtualmente dobraram o seu valor e as da Wackenhut valorizaram-se em nada mais nada menos que 155%, o que levou Wall Street a considerá-las uma ótima opção de investimento (hot stocks) (MINHOTO, 2002).

As vantagens do uso de prisões privadas têm sido contestadas. Estudos realizados nos Estados Unidos comprovam que não existe uma vantagem financeira real[11]. Dessa forma, nem mesmo a questão da econômica de recursos pode ser considerada relevante para a adoção de um sistema prisional privado.

No ano de 2016, conforme informação de Correia (2016) o Departamento de Justiça dos Estados Unidos anunciou que pretende deixar de usar prisões privadas para abrigar presos sob custódia federal. As causas são a má qualidade da comida, do atendimento médico e

---

líderes políticos chave: entre 2003 e 2012, a CCa destinou 1,9 milhões a isso, enquanto a Geo Group,2,9 milhões". (FAUS, 2014)

[10] "Finally, the choice of whether to privatize prisons depends on the importance of corruption and patronage. Patronage does not appear to be a huge problem in prison employment in the United States, since the union premium as of this writing is not large. Corruption appears to be a greater concern, at least judging from the available anecdotal evidence. To begin, private prison companies are very active politically. For instance, ESMOR evidently lobbies politicians and makes political contributions to receive contracts {The New York Times, July 23, 1995}. The wife of Tennessee governor Lamar Alexander invested early and profitably in the stock of Corrections Corporation of America, which subsequently got involved very deeply in the privatization of Tennessee prisons with the governor's endorsement {The New Republic, March 4, 1996, p. 9}". (HART; SHLEIFER; VISHNY, 1997).

[11] "Our conclusion is that prison privatization provides neither a clear advantage nor disadvantage compared with publicly managed prisons. Neither cost savings nor improvements in quality of confinement are guaranteed through privatization. Across the board, effect sizes were small, so small that the value of moving to a privately managed system is questionable. An empirical argument against privatization may be made based on the finding that publicly managed prisons tend to provide better skills training programs and seemed to generate fewer complaints or grievances. However, improved training programs may not result in benefits to inmates or society, and the number of grievances filed may not accurately reflect the quality of life in prison". (LUNDAHL, KUNZ; HARRIS; VLEET, 2009).

incidentes relacionados a motins e violência. Entretanto, a política atual do Presidente da República Donald Trump de aumento do número de encarceramentos impediu o fechamento de prisões[12]. De qualquer forma, não mais se avançou no modelo de prisões privadas nos Estados Unidos da América.

3 EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NA PPP PRISIONAL

No Brasil existem 32 (trinta e duas) unidades prisionais administradas pela iniciativa privada, em oito Estados brasileiros[13]. Entretanto, existem apenas duas experiências de PPPs no setor penitenciário no Brasil: a Penitenciária de Itaquitinga, em Pernambuco, e a Penitenciária de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais. O presídio de Minas Gerais está em funcionamento desde 2013 e abriga mais de 600 presos, entre regimes aberto e semiaberto. Já o presídio de Pernambuco deveria ter sido inaugurado em 2014, mas o projeto encontra-se paralisado em razão da falência do vencedor da licitação. Os demais estabelecimentos prisionais privados são administrados num modelo de cogestão que não se confunde com o modelo de PPP.

Conforme informações oficiais do Governo de Minas Gerais (2014), o contrato da PPP do Complexo Penal fixou um prazo de concessão de 27 anos, até o ano de 2036, podendo ser prorrogável até o limite de 35 anos, ou seja, até 2044. Os dois primeiros anos de concessão foram destinados à construção do empreendimento e os 25 anos restantes serão para a gestão prisional por parte da concessionária.

O projeto prevê a disponibilização de 3.360 vagas prisionais, divididas em 5 unidades prisionais, sendo três para o regime fechado e duas para o regime aberto. Foi prevista a construção de uma unidade de administração central do Complexo Penal.

O valor estimado do contrato, a valores de 2008, é de R$ 2.111.476.080,00 (dois bilhões, cento e onze milhões, quatrocentos e setenta e seis mil e oitenta reais). O parceiro

[12] "O Departamento de Justiça dos EUA anunciou em agosto que a Agência Federal de Prisões começaria o seu processo de eliminação progressiva do uso de prisões privadas. O Departamento de Segurança Nacional, responsável pela alocação de imigrantes detidos, anunciou uma revisão do seu uso de instalações privadas. Os resultados dessa revisão ainda não estavam disponíveis até a elaboração deste relatório. A proposta do presidente eleito Trump de deter e deportar milhões de imigrantes tornaria difícil ao Departamento de Segurança Nacional fechar qualquer instalação, seja privada ou pública". (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016).

[13] Cf. BREMBATTI, Katia; FONTES, Giulia. Presídios privados no Brasil. *Gazeta do Povo.* 14-06-2019. Disponível em: <https://especiais.gazetadopovo.com.br/politica/presidios-privados-no-brasil/>. Acesso em: 01 fev. 2020.

privado executa os seguintes serviços: i) atendimento médico de baixa complexidade no estabelecimento penal; ii) educação básica e média aos internos; iii) treinamento profissional e cursos profissionalizantes; iv) recreação esportiva; v) alimentação; vi) assistência jurídica e psicológica; vii) vigilância interna; viii) gestão do trabalho de preso.

Cada preso tem um custo médio de R$ 3,5 mil por mês. Metade do valor é o custo real do preso. A outra metade é referente à construção do complexo. Quando a construção for paga, o valor passa a ser o lucro da concessionária.

A remuneração do parceiro privado é vinculada à disponibilidade da vaga prisional e aos indicadores de desempenho dos serviços prestados. Os indicadores compreendem medições das atividades de assistência e apoio ao interno, bem como dos padrões de segurança praticados. São previstos como indicadores de desempenho: i) número de fugas; ii) número de rebeliões e/ou motins; iii) nível educacional dos internos.

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

4 ATIVIDADES PASSÍVEIS DE SEREM REALIZADAS PELO PARCEIRO PRIVADO EM RAZÃO DA VEDAÇÃO À DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

Uma das grandes questões no estudo da Parceria Público-Privada no setor penitenciário é a possibilidade ou não de delegação à agentes privados do exercício do Poder de Polícia. Sobre o Poder de Polícia, assim dispõe o artigo 78 do Código Tributário Nacional:

> Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A palavra "polícia" deriva das palavras grega *politeia* e latina *politia*, que, por sua vez, derivam do Grego *polis,* o que a remete noção de ordem da cidade antiga, acepção sinônima de "administração", que permaneceu com tal conotação até o final da Idade Média, quando o termo "polícia" começou a se especializar, até que, sob o influxo de ideias liberais, por volta do século XVIII, passou a designar atividades do Estado que condicionam as liberdades individuais. Segundo a doutrina,

> Poder de polícia é a faculdade discricionária de que dispõe a Administração Pública em geral, para condicionar e restringir o uso e gozo de bens ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado (MEIRELLES, 1972).

A restrição à liberdade imposta pela autoridade no exercício do Poder de Polícia decorre de lei. É a aplicação da lei no caso concreto. Conforme alerta de Rocha (2013, p. 487-488) "não cabe à Administração estabelecer restrição ou limitação à propriedade e à liberdade que não estejam previstos na lei". O Poder de Polícia se fundamenta no interesse público e supremacia geral da Administração. Esta, segundo Carvalho Filho (2009, p. 79), "mantém, em relação aos administrados, de modo indistinto, nítida superioridade, pelo fato de satisfazer, como expressão de um dos poderes do Estado, interesses públicos".

Do conceito acima, percebe-se que o exercício do Poder de Polícia é uma atividade exclusivamente estatal. Não existe a possibilidade de delegação do Poder de Polícia a agentes privados. O Supremo Tribunal Federal tem um posicionamento contrário à delegação do Poder de Polícia:

> [...] a interpretação conjugada dos artigos 5°, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2002).

A Lei nº 11.079/2004 adotou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que expressamente previu, no art. 4º, dentre outras diretrizes das Parcerias Público-Privadas, a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado. Conforme lição de Oliveira (2011), "a vedação de terceirização abrange tanto o poder de polícia em sentido amplo quanto em sentido

estrito, caracterizando sua inviabilidade pela detenção exclusiva pelo Estado do poder de coerção jurídica". Dessa forma, em razão do entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como em decorrência do comando legal expresso acima citado, não restam dúvidas que o Poder de Polícia a ser exercido dentro do estabelecimento carcerário não pode ser delegado ao parceiro privado.

Entretanto, nem todas as atividades desenvolvidas na administração de um estabelecimento prisional são diretamente relacionadas ao Poder de Polícia. As que não tiverem qualquer relação com o exercício direto do Poder de Polícia, em regra, podem ser delegadas à iniciativa privada. Entretanto, a questão se mostra mais complexa no que se refere a algumas atividades que não se configuram como exercício do Poder de Polícia, mas são relacionadas a este.

Mesmo as atividades passiveis de delegação devem ser previamente programadas pela Administração Pública, diminuindo ao máximo qualquer atuação discricionária do parceiro privado que possa resultar em restrições à liberdade dos presos. A programação das atividades facilita o controle necessário a ser realizado pelo Estado sobre o parceiro privado. Nesse sentido é a lição de Aline Lícia Klein:

> É necessária a prévia programação das atividades a serem desempenhadas pelo particular de modo objetivo, mas não podendo a própria Administração delegar integralmente as suas atribuições. A definição antecipada dos requisitos e procedimentos a serem observados no desempenho das atividades delegadas é imprescindível também para que a Administração possa exercer efetivo controle sobre a atuação do particular (KLEIN, 2015).

É pacífico que as atividades materiais de mera administração do estabelecimento prisional podem ser delegadas para o parceiro privado, bem como a construção do próprio estabelecimento prisional. Nesse sentido:

> Dentre as tarefas envolvidas na execução penal, a assistência material prestada dentro do complexo prisional compreende funções como o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, além de serviços de limpeza e lavanderia. Por não apresentar quaisquer manifestações de coerção ou atividade decisória, inexistem no caso óbices constitucionais ou legais quanto à viabilidade de sua delegação à particulares. Já as atividades relacionadas com a saúde e educação também caracterizam-se como meramente administrativas nas hipóteses em que não exprimam relação direta com as condições da execução da pena, devendo-se analisar à luz do caso concreto a possibilidade ou não de delegação ao parceiro privado (MÂNICA, 2017).

Os serviços de assistência material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa, elencados no art. 11 da Lei de Execução Penal, a princípio, poderiam ser delegados ao parceiro privado. Entretanto, não podem os parceiros privados decidirem qualquer questão resultante das atividades de assistência que tenha qualquer repercussão na pena. Conforme entendimento de Mangullo (2014), "o concessionário pode promover as aulas, as formas de trabalho, mas não poderá decidir a consequência que isso terá na pena do condenado". Ademais, segundo Klein (2015) "uma avaliação médica que poderá embasar a progressão de regime do preso, por exemplo, adquire relevância diferenciada e deixa de ser uma atividade meramente instrumental à execução da pena".

No que se refere à assistência social, não se pode perder de vista que ela tem uma ligação direta com a liberdade do preso. Conforme dispõem os arts. 22 e 23 da Lei de Execuções Penais, a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. Incumbe ao serviço de assistência social i) conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames; ii) relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido; iii) acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias; iv) promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação; v) promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade; vi) providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho; vii) orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima. Em razão da estreita ligação de tal atividade com a possibilidade de libertação do preso, entende-se que não pode ser terceirizada:

> Quanto aos Artigos 22 e 23 e 25 a 27, referentes à Assistência Social prestada dentro e fora do estabelecimento prisional, deve ser observado, novamente, o caráter de poder decisório incumbido nos atos prestados por estes dentro do estabelecimento. Tais atividades mantêm relação direta com a progressão de pena e com as aplicações de sanções aos apenados. Por meio de relatórios e diagnósticos enviados ao juízo responsável e ao diretor do estabelecimento, bem como as demais atribuições especificadas nos incisos I a VII do Artigo 23, essa assistência pode ter caráter sancionatório, não cabendo, em regra, sua delegação ao particular (MÂNICA, 2017).

A direção do estabelecimento também deve ser pública. O diretor do estabelecimento penal, conforme dispõem os arts. 53 e 54 da Lei de Execuções Penais, pode impor ao preso as seguintes sanções: i) advertência verbal; ii) repreensão; iii) suspensão ou restrição de direitos; iv) isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam

alojamento coletivo. Também pode o diretor do presídio requerer ao juiz a inclusão do detento no regime disciplinar diferenciado. Dessa forma, não pode a direção do presídio ser realizada pelo agente privado parceiro do Estado, devendo tal atividade ser exercida por um agente público[14]. No Presídio de Ribeirão da Neves, optou-se pela existência de um Diretor Administrativo e um Diretor prisional, sendo este um agente público[15].

A controvérsia surge no que se refere aos serviços de vigilância do estabelecimento prisional. Há entendimentos no sentido de que seria possível a vigilância privada nos estabelecimentos prisionais, tendo em vista que não se configuraria nessa hipótese a terceirização do Poder de Polícia. Haveria a mera execução de uma ordem já foi expedida pela autoridade estatal competente. Entende-se que mesmo as atividades exclusivas da administração, tais como o poder de polícia, poderia ter seus atos instrumentais ou materiais transferidos para a iniciativa privada, conforme lição da doutrina:

> Nos casos em que houver atos meramente materiais e instrumentais à manifestação jurídica de competências exclusivas ou típicas estatais (preparatórios ou sucessivos), não haverá atribuição de competência decisória acerca das razões que conduzem à interferência da propriedade e liberdade dos particulares. São atividades consideradas 'serviços instrumentais' à manifestação jurídica do poder de polícia. Nessas condições, afirma-se a viabilidade da gestão privada. Excepcionalmente, mesmo a emissão por privado de ato jurídico (vinculado) manifestante do poder de polícia tem sido admitida [...] a transferência de atividades meramente instrumentais, e geralmente de conteúdo técnico, no desempenho de competências exclusivas do Estado é admitida em nosso direito [...] uma coisa é decidir acerca do conteúdo jurídico e político da manifestação da polícia administrativa, competência reservada indelegavelmente à Administração, outra é promover a mera execução, preparatória ou sucessiva, acerca do que foi (ou será) deliberado pela autoridade pública (GUIMARÃES, 2014)

Entretanto, existe entendimento diverso no sentido de que, em razão das características de um estabelecimento prisional, não haveria como se dissociar o serviço de vigilância com a eventual e potencial aplicação da violência física contra os detentos. Dessa forma, não seria possível, num sistema de prisional mediante Parcerias Público-Privadas, substituir-se agentes

[14]" Por esse motivo, entende-se que a contratação de pessoal que realize funções de direção e gerência não poderá ser delegada, sendo estes, necessariamente, servidores públicos. Isto, porque detém, em seus atos, carga decisória quanto às coerções aplicadas aos reclusos e representam prolongamento da função jurisdicional típica estatal". (MÂNICA, 2017).

[15] "Diferentemente dos presídios de gestão direta, a PPP possui dois diretores gerais, um público, responsável pelas funções do Estado, e um privado, maior representante do consórcio no Complexo. Além dos diretores gerais, há também dois diretores distintos para cada unidade do Complexo. Apesar de possuírem funções diferentes, há um aparente alinhamento estratégico de todo o corpo diretivo". (CORREA, 2014)

penitenciários públicos por agentes de segurança privados, conforme lição de José Roberto Pimenta Oliveira:

> Diversamente do que ocorre nas diversas repartições administrativas, nas quais a *terceirização da vigilância* pode ser legítima se observadas as limitações legais advindas da organização administrativa e do exercício da função pública, nos estabelecimentos penais, haja vista sua finalidade, não ostenta a referida atividade o mesmo caráter instrumental. Com efeito, a operação da segurança do presídio está diretamente ligada ao monitoramento dos deveres dos presos, sendo que, no cumprimento da atividade material, não raro se faz uso da coação para lograr sua execução regular. Disso resulta a vedação de substituição de agentes públicos no exercício concreto dessa atividade material. (OLIVEIRA, 2011)

De fato, em razão das características de um estabelecimento prisional, é questionável a afirmativa de que os serviços de vigilância não teriam relação com o eventual uso da força e imposição de penalidades aos presos[16]. Conforme acima demonstrado, o Poder de Polícia, bem como as atividades que impliquem o uso da força física contra o preso somente podem ser realizadas por agentes estatais, salvo nas hipóteses de legítima defesa ou desforço imediato[17]. Dessa forma, não devem os serviços de vigilância do estabelecimento prisional serem executados pelo parceiro privado. Anote-se que tal conclusão pode levar a um desinteresse da iniciativa privada pelo sistema de PPPs em matéria prisional, tendo em vista que a vigilância representa um dos maiores custos do sistema. Apenas atividades paralelas aos serviços de vigilância, como monitoramento por câmeras e fornecimento de materiais poderiam ser repassados ao parceiro privado[18].

Ressalte-se que, por meio da Emenda Constitucional nº 104/2019, foram instituídas as polícias penais federal, estaduais e distrital. Dispôs ainda a Emenda Constitucional nº 104 que:

---

[16] "Se o exercício da atividade de segurança do estabelecimento prisional demandar o emprego usual, frequente, de mecanismos de defesa, isso implicaria a indevida delegação de poderes públicos de coerção aos agentes privados, pois tal atuação não é incompatível com a natureza excepcional dos direitos privados de defesa" (KLEIN, 2015)

[17] "Em outras palavras, o concessionário estaria habilitado a unicamente 'abrigar' o preso, ressalvadas, por imperativo lógico, as reações porventura decorrentes da exercitabilidade do direito de autotutela conferido ao particular em situações excepcionais, capaz de validar eventuais legítima defesa ou desforço imediato, por exemplo". (MANGULLO, 2014).

[18] "No entanto, no que tange à indelegabilidade absoluta de tarefas relacionadas à segurança dos estabelecimentos prisionais, existe o entendimento de que atividades que compreendem a segurança e monitoramento interno apresentam alguns pontos de conexão com o exercício de coerção pelo Estado, havendo, portanto, ofícios que não exprimem, diretamente, a coerção estatal. A estas, é imprescindível que se analise, de maneira específica, como se realizam tais tarefas e como se ligam ao exercício punitivo. Por isso, em relação à segurança interna, existem atividades que não geram dúvidas quanto à possibilidade de delegação, como o fornecimento de materiais e equipamentos, visto à maior efetividade dos particulares em buscar novos aparatos tecnológicos que possam garantir melhores condições de controle dos presos". (MÂNICA, 2017)

> Art. 4º O preenchimento do quadro de servidores das polícias penais será feito, exclusivamente, por meio de concurso público e por meio da transformação dos cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e dos cargos públicos equivalentes.

A Emenda Constitucional nº 104/2019 transformou todos os agentes penitenciários em policiais penais. Também dispôs que o preenchimento do quadro de servidores das polícias penais será feito exclusivamente por meio de concurso público. Dessa forma, torna-se vedado pela Constituição Federal que agentes privados exerçam a função de agentes penitenciários e, assim, a função de vigilância do estabelecimento penal deve ser mantida com os agentes policiais penais.

As atividades de manutenção da quantidade de presos, de acordo com a capacidade do estabelecimento podem ser delegadas ao parceiro privado o qual, poderia, inclusive, ter a palavra final acerca da compatibilidade ou não da quantidade de presos com a estrutura do estabelecimento penitenciário[19]. Atividades consistentes em levar e trazer o preso, salvo a segurança armada responsável pela segurança, poderia ser de responsabilidade do privado[20]. Entretanto, a decisão acerca de qual será o estabelecimento prisional onde serão alocados os presos deve ser sempre de responsabilidade dos agentes públicos competentes que atuam na execução penal, não podendo tal decisão ser transferida para o parceiro privado[21].

5 ASPECTOS CONTRATUAIS DE UMA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PRISIONAL

Um contrato de Parceria Público-Privada no sistema prisional poderia ter vários formatos. Seria possível a contratação de particulares apenas para gerir um estabelecimento

[19] "Uma das atividades que pode ser delegada ao parceiro privado é a manutenção de quantidade de presos compatível com a estrutura e finalidade do estabelecimento penal. Não há qualquer impedimento para que o controle de número de presos seja realizado pelo particular. Até porque, é justamente uma das questões que não são atendidas nos presídios públicos e que, de certa maneira, justificam a concessão do serviço". (MANGULLO, 2014).

[20] "O controle de entrada (e saída) dos presos pode ser vista como atividade material, já que não implica em qualquer privação direta de liberdade do preso, mas apenas uma questão da prática do recebimento de presidiários, claramente corriqueira na 'vida' da prisão". (MANGULLO, 2014).

[21] "O que, no entanto, deve ser decidido pela Administração Pública, sem possibilidade de delegação ao parceiro privado, é a qual presídio cada detento se destina, enquanto persistir um sistema administrativo híbrido de reclusão, pois somente o Estado detém o poder de decisão acerca da forma de exercício do *jus exequendi*. Não poderá, nessa medida, o particular decidir quem ele receberá". (MANGULLO, 2014).

prisional pronto e em funcionamento. Também seria possível a contratação da construção do estabelecimento prisional pelo Poder Público, mediante regular licitação, seguida da contratação da administração do estabelecimento por um agente privado. Por fim, seria possível a contratação de um agente privado para a construção de um novo presídio, bem como para administração deste.

Para o modelo de contração da construção seguida da administração, podem surgir problemas operacionais. Em regra, o agente privado que tem a *expertise* para obras de engenharia não o tem para a administração de um presídio. Se o ganhador da licitação for uma empresa de engenharia, muito provavelmente, ela irá terceirizar a administração do estabelecimento prisional mediante a contratação de terceiros, ao menor preço, gerando riscos na qualidade dos serviços[22].

Num contrato de Parceria Público-Privada de um presídio existe uma grande possibilidade de incidência do denominado "risco moral". O Estado tem o interesse em pagar o menor valor possível ao agente privado. Este, por sua vez, não tem qualquer estímulo para melhorar a qualidade do serviço que presta aos detentos, tendo em vista que melhorias nos serviços de saúde, alimentação e demais comodidades ao preso ocasionariam o aumento de seus custos que não seriam facilmente ressarcidos pelo Estado[23]. Ao agente privado fica aberta a oportunidade de realizar alterações nos serviços prestados aos presos, diminuindo a qualidade da alimentação, conforto, saúde e ainda ter uma vantagem econômica decorrente destes atos[24]. Nesse sentido:

> In contrast, if the provider is a private contractor, he has the residual control rights over the asset, and hence does not need to get government approval for a cost

[22] "Neste cenário, um dos itens propostos no contrato, pelo Estado, estabelece que a empresa que deverá construir a nova penitenciária, a Construtora, será a responsável por subcontratar o serviço de ressocialização aos detentos. No mesmo contrato, estabelece-se que outra empresa, a Administradora, seja responsável pela administração do presídio. No entanto, é razoável pensar que a Construtora não possua know-how para monitorar eficientemente o serviço de ressocialização, dando origem ao problema de *Moral Hazard* e a possibilidade de oportunismos pós-contratual por parte da empresa terceirizada, ao oferecer um serviço de qualidade inferior a desejada. Portanto, nesse cenário surge o problema do *Moral Hazard*, visto que a construtora terá dificuldades em monitorar eficientemente a qualidade dos serviços prestados pela empresa terceirizada". (REIS*; ASSIS; FERANDEZ*, 2016)

[23] "Nonetheless, we also show that serious and unavoidable incompleteness remains even in the "best practice" existing contracts. Moreover, the incompleteness takes the form described in the model: contractors have an opportunity to reduce costs in ways that may lead to a substantial deterioration of quality". (HART; SHLEIFER; VISHNY, 1997).

[24] "O Risco Moral ocorre devido ao fato de a firma possuir o conhecimento dos resultados de determinados movimentos intrinsecamente endógenos, bem como, custos e medidas administrativas, o que permite a ela modificar estes valores para obter alguma vantagem quando os contratos são definidos". (REIS*;* ASSIS; FERANDEZ, 2016)

> reduction. At the same time, if a private contractor wants to improve quality and get a higher price, he needs to negotiate with the government since the government is the buyer of the service. As a consequence, the private contractor generally has a stronger incentive both to improve quality and to reduce costs than the government employee has. But, the private contractor's incentive to engage in cost reduction is typically too strong since he ignores the adverse impact on quality (HART; SHLEIFER; VISHNY, 1997)[25]

Mesmo que se especifiquem nos instrumentos contratuais a forma como devem ser prestados os serviços de alimentação, reeducação, assistência médica e outros que proporcionem comodidades aos presos, o Estado nunca terá o controle do que realmente é realizado dentro do estabelecimento prisional[26]. Corre-se o risco do surgimento da denominada "seleção adversa[27]", ficando o parceiro público nas mãos do parceiro privado que pode executar o contrato da forma que lhe proporcionar o maior lucro, desprestigiando o interesse público[28].

Ademais, não se pode perder de vista que, para o parceiro privado, quanto maior for o encarceramento, maior será o lucro. Devem ser previstos no contrato formas de remuneração que premiem a progressão da pena e o desencarceramento. A previsão de remuneração atrelada

[25] "Por outro lado, se o fornecedor for um contratado privado, ele tem os direitos de controle residual sobre o ativo e, portanto, não precisa obter aprovação do governo para uma redução de custo. Ao mesmo tempo, se um fornecedor privado quiser melhorar a qualidade e obter um preço mais alto, ele precisaria negociar com o governo, já que o governo é o comprador do serviço. Em regra, o contratante privado geralmente tem um incentivo mais forte para melhorar a qualidade e reduzir custos do que o funcionário do governo. Mas no sistema penitenciário, o incentivo do contratante privado para se engajar na redução de custos é tipicamente muito forte, já que ele ignora o impacto adverso na qualidade" (tradução nossa).

[26] "When should a government provide a service in-house, and when should it contract out provision? We develop a model in which the provider can invest in improving the quality of service or reducing cost. If contracts are incomplete, the private provider has a stronger incentive to engage in both quality improvement and cost reduction than a government employee has. However, the private contractor's incentive to engage in cost reduction is typically too strong because he ignores the adverse effect on noncontractible quality. The model is applied to understanding the costs and benefits of prison privatization". (HART; SHLEIFER; VISHNY, 1997).

[27] "A Seleção Adversa ocorre quando o governo não consegue identificar a qualidade do serviço prestado pelas empresas privadas candidatas a fornecerem o serviço, antes de o contrato ter sido assinado". (REIS*; ASSIS; FERANDEZ,* 2016).

[28] "In sum, our model suggests that a plausible theoretical case can be made against prison privatization. This case is weakened if competition for inmates can be made effective, but strengthened by the relevance of political activism by private contractors. One instance in which the case against prison privatization is stronger is maximum security prisons, where the prevention of violence by prisoners against guards and other prisoners is a crucial goal {The New York Times Magazine 1995}. In many cases, the principal strategy for preventing such violence is the threat of the use of force by the guards. We have shown that it is difficult to delineate contractually the permissible circumstances for the use of such force. Moreover, hiring less educated guards and undertraining them—which private prisons have a strong incentive to do—can encourage the unwarranted use of force by the guards. As a result, our arguments suggest that maximum security prisons should not be privatized so long as limiting the use of force against prisoners is an important public objective. Consistent with this view, only 4 of the 88 private prisons in Thomas's {1995} census of private adult correctional institutions in the United States are maximum security. In contrast, private halfway houses and youth correctional facilities, where violence problems are less serious, are common {Shichor 1995}". (HART; SHLEIFER; VISHNY 1997).

exclusivamente ao número de presos atendidos pode estimular comportamentos e fraudes que dificultem a progressão e a saída do preso do estabelecimento[29].

6 TRABALHO DO PRESO

Outro aspecto sensível é questão do trabalho do preso e das possiblidades da exploração da mão-de-obra carcerária pelo parceiro privado. Deve-se analisar a questão a partir da Constituição Federal que, no art. 5º, XLVII, "c", determina que não haverá penas de trabalhos forçados. A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984, em seu art. 28, determina que o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Segundo o art. 31 da Lei de Execução Penal, o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Contudo, interpretando-se este dispositivo legal em harmonia com o texto constitucional, verifica-se que o trabalho é obrigatório, mas não pode ser imposto ao preso, devendo este ser estimulado a trabalhar durante o cumprimento da pena, como medida necessária à sua readaptação social, em razão da remuneração, bem como em razão da possibilidade de sanções pelo não cumprimento do trabalho. Conforme lição de Silva (2007, p 149-150), "o trabalho nas prisões deve ser estimulado, deve-se persuadir o condenado sobre a conveniência do trabalho".

Conforme dispõe o art. 34 da Lei de Execução Penal, o trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado; o § 2º deste dispositivo legal dispõe que os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios. O trabalho externo, conforme art. 36 da Lei de Execução Penal, somente poderá ser realizado em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

[29] "Um dos aspectos aptos a comprometer a objetividade no desenvolvimento das atividades de polícia delegadas é a vinculação da remuneração do particular aos resultados da atividade que exerce. Diante disso, faz-se necessário determinar a forma de remuneração do particular de modo que não incentive desvios de conduta". (KLEIN, 2015)

De toda a disciplina legal acima, percebe-se que o trabalho, apesar de ser um dever do preso, não pode lhe ser imposto, muito menos por um agente privado, se aquele não quiser realizá-lo.

Logo, apesar do trabalho poder ser implantado pela iniciativa privada, através de convênios com o Poder Público, não pode o trabalho do preso ser objeto do contrato de Parceria Público-Privada para que se possa constituir em lucro para o parceiro privado, nem pode este ser autorizado a alienar a mão-de-obra carcerária para outras empresas privadas, sob pena de se criar condições para que, na prática, se instaure um regime de trabalhos forçados.

O trabalho do preso não pode ser posto à disposição de agentes privados. Tal vedação consta expressamente do art. 6º do Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27, de 1992:

> Art. 6 [...]
> 3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. *Tais trabalhos ou serviços de devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado* (grifos nossos).

Um tratado de direitos humanos é uma norma de direito fundamental, na forma do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Apesar de anterior à Emenda Constitucional 45/2004, o Pacto de São José da Costa Rica tem natureza de norma de direito fundamental, estando acima das leis e abaixo da Constituição Federal, com *status* de norma superlegal. Conforme voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Britto "o Pacto de San José da Costa Rica, tendo o seu fundamento de validade na Constituição brasileira (no § 2º do art. 5º), se contrapõe a qualquer norma ordinária brasileira interna[30]".

O Pacto de São José da Costa Rica expressamente proíbe que o Estado coloque seus presos para trabalhar para particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado. Dessa forma, totalmente inconstitucional a previsão constante do art. 10 do Projeto de Lei nº 513/2011[31] que prevê:

[30] BRASIL, 2008.
[31] BRASIL, 2011.

> Art. 10. O concessionário terá liberdade para explorar o trabalho dos presos, assim como utilizar ambientes do estabelecimento penal para a comercialização de produtos e serviços oriundos desse trabalho, e dos lucros advindos será deduzida a remuneração devida, observado o disposto neste artigo.

Por fim, não se pode perder de vista que o trabalho é diretamente relacionado ao regime disciplinar. Conforme art. 44 da Lei de Execução Penal, a disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Dispõe o art. 126 que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. Logo, o trabalho tem estreita relação com o regime disciplinar do preso, estando abrangido pelo Poder de Polícia indelegável à iniciativa privada.

Dessa forma, o trabalho do preso deve ser organizado pelo Poder Público, diretamente ou mediante convênio, não podendo entrar na equação econômica do contrato de Parceria Público-Privada, muito menos deve ser permitido ao parceiro privado terceirizar o trabalho do preso.

CONCLUSÃO

A celebração de Parcerias Público-Privadas no setor prisional não pode implicar em qualquer delegação de atividades que possam ter repercussão na pena do condenado, em razão da vedação à terceirização do Poder de Polícia.

A segurança interna do presídio, em razão das características do sistema carcerário, não pode ser realizada por agentes privados. Não há como desvincular a segurança de um estabelecimento prisional da possibilidade e necessidade de uso da força contra os presos, razão pela qual incide a vedação da delegação do Poder de Polícia. Ademais, após a Emenda Constitucional nº 104/2019, todos os agentes penitenciários foram transformados em policiais penais e estes somente podem ser contratados mediante concurso público, o que inviabiliza a transferência das atividades relativas à segurança interna no estabelecimento prisional ao parceiro privado.

O trabalho do preso, apesar de obrigatório, não pode lhe ser imposto. O Pacto de São José da Costa Rica impede que o trabalho do preso possa ser disponibilizado para agentes privados. Desta forma, seria inconstitucional qualquer previsão no contrato de concessão

administrativa de presídios a possibilidade de gestão e contabilização do trabalho do preso como forma de remuneração do concessionário.

O contrato de uma Parceria Público-Privada no sistema prisional é de grande risco para o interesse público e pode ocasionar situações em que o parceiro público não tem como controlar a execução do contrato pelo parceiro privado. Trata-se de um contrato incompleto, onde o parceiro privado terá ferramentas de diminuição de custos, em detrimento do interesse público, que dificilmente poderão ser controlados pelo parceiro público. Existirá um estímulo do parceiro privado em diminuir a qualidade do serviço prestado visando diminuir custos e aumentar os lucros. Ademais, considerando que o destinatário do serviço a ser prestado pelo privado é a população carcerária, pouco influente nas decisões políticas, dificilmente o Estado terá outro fator de análise da vantajosidade do modelo que não seja a eventual diminuição dos custos do sistema carcerário, desprezando eventual queda da qualidade de vida da população carcerária.

Por todo o acima exposto, percebe-se que, a princípio, não é a melhor escolha para o atendimento do interesse público a adoção de um modelo de parcerias público-privadas no sistema prisional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 104, de 4 de dezembro de 2019. *Altera o inciso XIV do caput do art. 21, o § 4º do art. 32 e o art. 144 da Constituição Federal, para criar as polícias penais federal, estaduais e distrital*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc104.htm#art3>. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. *Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: atualização - junho de 2016. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. Senado. *Projeto de Lei nº 513, de 2011*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4320011&ts=1553274596205&disposition=inline>. Acesso em 24 mar. 2019

BRASIL Supremo Tribunal Federal. *ADI 1717*, Relator (a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00063 EMENT VOL-02104-01 PP-00149.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 87585*, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, voto do Ministro Carlos Brito. disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em 01/02/2020.

BREMBATTI, Katia; FONTES, Giulia. Presídios privados no Brasil. *Gazeta do Povo.* 14-06-2019. Disponível em: <https://especiais.gazetadopovo.com.br/politica/presidios-privados-no-brasil/>. Acesso em: 01 fev. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CORREA, Alessandra. Por que os EUA decidiram deixar de usar prisões privadas. *BBC News Brasil.* 27/08/2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37195944>. Acesso em: 22 mar. 2019.

CORREA, Gustavo Freitas; CORSI, Lucas Cavanha. O primeiro complexo penitenciário de Parceria Público-Privada do Brasil. *Fundação Getúlio Vergas – EAESP.* 2014. Disponível em: <https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/o_primeiro_complexo_penitenciario_de_parceria_publico-privada_do_brasil.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

FAUS, Joan. O negócio sujo das prisões privadas nos EUA. *El País.* 23/01/2014. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/23/internacional/1390438939_340631.html>. Acesso em 25 mar. 2019.

GILROY, Leonard; COUPAL, Jon. The Case for Privatizing California's Prisons. *Reason.* April, 2010. Disponível em: <https://reason.com/2010/04/14/the-case-for-privatizing-calif/>. Acesso em 01 fev. 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a teoria das atividades indelegáveis. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; FERRAZ, Sério; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo.* São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-406

HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. The proper scope of Government: theory and na application to prisios. *The Quarterly Journal of Economics*, p. 1.127-1161. November 1997. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/proper_scope.pdf>. Acesso em 21/01/2019.

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

HUMAN RIGHTS WATCH. Estados Unidos: eventos de 2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/country-chapters/298279>. Acesso em: 25 mar. 2019.

LUNDAHL, B. W.; KUNZ, C., Brownell, C.; HARRIS, N.; VLEET, R. V. Prison Privatization: A Meta-analysis of Cost and Quality of Confinement Indicators. *Research on Social Work Practice*, april, 2009, 383–394. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1049731509331946>. Acesso em: 21 jan. 2019.

MANGULLO, Marcella Querino. As Parcerias Público-Privadas na atividade penitenciária. IN: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIN, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (coord.). *Parcerias Público-Privadas:* teoria geral a aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 399-415.

MÂNICA, Fernando Borges; BRUSTOLIN, Rafaell. Gestão de Presídios por Parcerias Público-Privadas: uma análise das atividades passíveis de delegação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas.* Vol. 7, nº 1, 2017, p. 304-320.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Poder de polícia e segurança nacional*. In: Revista dos Tribunais, v. 61, n 445, p. 287 – 298.

MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Lua Nova*, v. 55, p. 133-154, 2002.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Terceirização da Administração Pública: possibilidades e limites. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo.* São Paulo: Malheiros, 2014, p. 407/464.

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

REIS, *Magnus dos; ASSIS, Rodrigo Salvato de; FERANDEZ, Rodrigo Nobre. Desenho contratual de Parcerias Público-Privadas para presídios. Economic Analysis of Law Review.* V. 7, nº 1, p. 53-70, Jan-Jun, 2016

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 219-235, out./dez. 2007. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49825>. Acesso em: 10 fev. 2016.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição Federal.* 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007

Submissão: 19/09/2019
Aceito para Publicação: 10/03/2020