# Estabelecimento prisional e a delegação de serviço público

A condição carcerária do Brasil está há muito em uma situação impudica. Não é novidade para nenhum brasileiro ao que os estabelecimentos prisionais submetem os egressos: celas superlotadas, falta de higiene, falta de atendimento médico, dentre outros. Vale lembrar que o Estado optou, na figura do juiz, por restringir a liberdade do apenado para que ele pudesse se reintegrar na sociedade durante o cumprimento da pena a que foi condenado. Porém, nas atuais condições o objetivo de ressocialização não está conseguido ser alcançado.

Buscando uma solução para esses problemas, o Poder Público se deparou com a possibilidade de delegar ao particular a gestão do estabelecimento prisional. Embora essa administração indireta possa ocorrer, devemos analisar os limites que o particular deverá respeitar para poder gerenciar essa atividade.

Para tanto, é necessário tecermos algumas considerações relativas ao poder de polícia e a natureza jurídica da execução penal.

## 3.1 Poder de Polícia

Conforme já dito, o artigo 4º da Lei nº 11.079/2004 prevê as funções típicas do Estado que são indelegáveis à iniciativa privada, por traduzirem atividades que pressupõem o exercício do poder estatal destinado à realização de valores fundamentais.

Fernando Vernalha Guimarães[[1]](#footnote-1) explica que no Brasil é tradicional o reconhecimento acerca da indelegabilidade de determinadas funções estatais. As atividades essenciais de produção/aplicação do Direito, do monopólio da força e da imposição dos tributos são atingidas pela limitação, como refere a doutrina. São indelegáveis as atividades que manifestam o poder de império do Estado.

As disciplinas de ordem pública, as quais utilizam do uso da força para impor condicionamentos e restrições à propriedade e liberdade dos privados, são competências que decorrem da chamada “função de polícia”.[[2]](#footnote-2) Quando o Poder Público interfere na órbita do interesse privado visando proteger o interesse público e, assim, restringe os direitos individuais, atuando no exercício do “poder de polícia”.

Odete Medauar cita Caio Tácito na caracterização do poder de polícia como sendo “conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”[[3]](#footnote-3).

Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que a essência do poder de polícia é o seu caráter negativo:

“No sentido de que através dele, o Poder Público, de regra, não pretende uma atuação do particular, pretende uma abstenção (...) a utilidade pública é, no mais das vezes, conseguida de modo indireto pelo poder de polícia, em contraposição à obtenção direta de tal utilidade, obtida por meio dos serviços públicos”. [[4]](#footnote-4)

O poder de polícia apresenta as seguintes características: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

De acordo com sua conveniência e oportunidade, a Administração Pública tem a liberdade de estabelecer quais serão as limitações impostas ao exercício dos direitos individuais e as sanções aplicáveis nesses casos, sendo seus atos vinculados.

A autoexecutoriedade determina que a Administração Pública pode exercer o chamado poder de polícia sem autorização do Poder Judiciário.

Já a coercibilidade, atributo limitado pelo princípio da proporcionalidade, determina que os atos do poder de polícia podem ser impostos aos particulares, mesmo que, para isso seja necessário o uso da força para cumpri-los.

Portanto, para que o Estado consiga exercer suas funções e preservar o interesse público, usa da violência e a monopoliza. Marçal Justen Filho[[5]](#footnote-5) diz que uma das atribuições do Poder, portanto, está em decidir acerca do uso (instrumental) da violência. Seu monopólio justifica-se para restringir sua utilização “apenas às hipóteses em que seja absolutamente indispensável, reduzindo a capacidade de os diversos grupos sociais gerarem conflitos”. Portanto, caberá ao Estado decidir o momento do uso da violência já que não poderá delegar nem a administração a coação nem a coação por si só.

Fernando Vernalha Guimarães cita Floriano Marques Neto:

“bem entendido que a titularidade do poder de polícia deve sempre permanecer com a Administração Pública, nada obsta a que as providências para a efetivação deste poder sejam trespassadas ao particular. E menos óbice ainda há em que os particulares concorram com os meios necessários para o exercício desta atividade”. [[6]](#footnote-6)

Além disso, o monopólio também é útil na ordem ética, pois não seria moralmente válido a um homem exercer sobre outro homem qualquer espécie de poder expressado pela força.[[7]](#footnote-7)

## 3.2 Natureza Jurídica da Execução Penal

Antes de adentrarmos a natureza jurídica da execução penal, se faz necessária a análise da concessão da administração de presídios à iniciativa privada à luz da Constituição Federal.

José Luiz Quadros de Magalhães defende a inconstitucionalidade da privatização de presídios:

“Privatizar os Poderes do Estado significa acabar com a república. A privatização da execução penal é a privatização de uma função republicana, que pertence ao Estado enquanto tal. Privatizar o Estado significa acabar com a república, com a separação dos poderes, com a democracia republicana. As funções do Estado não são privatizáveis, entre elas o Judiciário e a execução penal na esfera administrativa.

Privatizar a execução penal e qualquer outra função essencial republicana do Estado significa ignorar não apenas um dispositivo ou princípio constitucional; significa também agredir todo o sistema constitucional. Não há inconstitucionalidade mais grosseira. A nossa Constituição é uma Constituição Social, e não uma Constituição Liberal (...). para privatizar o Estado e suas funções essenciais privatizando, por exemplo, a execução penal, teríamos que fazer uma nova Constituição.”[[8]](#footnote-8)

A privatização dos presídios coloca em risco o princípio da inocência e da legalidade, a segurança jurídica e a própria função do Estado na condição de responsável pela execução penal. O Estado, seja do ponto de vista moral ou jurídico, não está legitimado para transferir a uma pessoa, natural ou jurídica, o poder de coação de que está investido e que é exclusivamente seu, por ser, tal poder, violador do direito da liberdade.

Feita a introdução necessária a respeito da inconstitucionalidade do tema, adentraremos agora a natureza jurídica da execução penal.

Em “Pena e Garantias” de Salo de Carvalho, podemos encontrar o posicionamento do doutrinador acerca dos sistemas de execução penais como sendo administrativos e jurisdicionais.

No caso dos sistemas administrativos, o egresso é objeto da execução e as eventuais mudanças, tais quais atenuações da quantidade ou qualidade da pena, são entendidas como liberalidades do Estado no exercício do *jus puniendi[[9]](#footnote-9).* Nos sistemas jurisdicionais, o preso é visto como sujeito de uma relação jurídica em face do Estado e que, portanto, será titular de direitos e obrigações[[10]](#footnote-10).

Na pesquisa e busca pela natureza jurídica da execução penal, percebeu-se a divisão da doutrina quanto a essa conceituação. Adhemar Raymundo da Silva a considera meramente administrativa. Enquanto Frederico Marques e Salo de Carvalho defendem como sendo jurisdicional, e Ada Pellegrini Grinover enxerga como sendo mista.

Adhemar Raymundo da Silva, defendendo a posição minoritária, expõe que “cessada a atividade do Estado-jurisdição com a sentença final, começa a do Estado-administração com a execução penal”[[11]](#footnote-11).

Salo de Carvalho entende que:

“o entendimento puramente administrativista acabava por se chocar com a imperiosa necessidade de intervenção judicial nos chamados incidentes da execução (basicamente no livramento condicional)”, o que teria gerado “dogmaticamente uma concepção híbrida, qual seja, de que a natureza da execução penal seria tanto administrativa como jurisdicional”[[12]](#footnote-12).

Para Ada Pellegrini Grinover, representante principal da corrente mista: “não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo”[[13]](#footnote-13). Todavia, a doutrinadora, embora defenda a participação conjunta dos Poderes estatais, também salvaguarda a necessidade de apartar cada um dos aspectos.

No mesmo trabalho, ensina:

“deixando de lado a atividade meramente administrativa que resulta na expiação da pena, através da vida penitenciária do condenado, ou de sua vigilância, observação cautelar e proteção, e que é objeto do direito penitenciário e matéria estranha ao processo, o processo de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional” [[14]](#footnote-14).

A autora elenca as atividades da execução penal, que julga ser administrativas: a expiação da pena e o cumprimento material da sentença. Da mesma forma afirma que a apreciação dos incidentes da execução, como concessão de livramento condicional, indulto, remição de pena, entre outros, é função jurisdicional que cabe ao juiz da execução. Essa divisão de conceitos faz parte de uma evolução doutrinária natural e também necessária frente ao crescimento da importância dos incidentes, o qual abalou de forma irreversível a credibilidade da defesa da conceituação administrativista.

A partir do início da vigência da lei de Execução Penal (LEP), “que fixa o conteúdo jurídico da execução (art. 1º), anuncia a jurisdição e o processo (art. 2º), detalha a competência do Juiz de Execução Penal (art. 66) e determina o procedimento judicial (art. 194)”[[15]](#footnote-15). Há doutrinadores como Salo Carvalho que sustentam que a evolução doutrinária e jurisprudencial não acompanhou a inovação normativa, e que, por isso, encontra-se diversos defensores da teoria mista.

Na coletânea “Privatização das Prisões”, escrita por mestrandos em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Maria Juliana Moraes de Araújo expõe sua visão jurisdicional da execução penal. Para ela, a execução penal é *“longa manus da atividade jurisdicional, ou sejam ela acontece nos moldes da sentença que pôs fim ao litígio criminal”[[16]](#footnote-16).* Na concepção da autora, para caracterizar de maneira correta, é imprescindível a percepção da vinculação dos atos de execução aos comandos da sentença.

Na pesquisa e leitura dos principais estudiosos brasileiros que versam sobre o assunto, o reconhecimento da evolução penal para uma jurisdicionalização plena e irrestrita, deixando de lado as políticas de não intervenção judicial na administração dos presídios, é unânime. Porém, muitos destes autores ainda adotam a existência de atividades de natureza diversas – administrativa e jurisdicional – no curso da execução penal, do mesmo modo que verifica-se uma tensão crescente entre ambas as caracterizações, prevalecendo a jurisdicional.

A natureza jurídica da execução da pena é inquestionável, pois como seria possível afirmar que com o trânsito em julgado da sentença a função jurisdicional do Estado se acabaria?

Alfredo de Marsico explica:

“a jurisdição, em suma, é o poder exclusivo de um órgão público de apurar a violação de um direito público ou privado, para a declaração da vontade da lei e a aplicação coativa das consequências cominadas para a infração ou das medidas destinadas a preveni-la”[[17]](#footnote-17).

A própria Ada Pellegrini Grinover, defensora da natureza mista da execução penal, como acima exposto, conceitua em sua obra clássica, *Teoria Geral do processo*, que subsidia a tese da natureza jurisdicional:

“a atividade jurisdicional é uma das funções do Estado, mediante a qual se substitui aos titulares dos interesses em conflito para imparcialmente buscar a atuação da vontade do direito objetivo (...), seja expressando autoritariamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)[[18]](#footnote-18).

Portanto, se faz óbvia a conclusão de que a função jurisdicional inclui a execução do determinado na sentença e, na esfera não penal, essa atividade é pacificamente reconhecida como continuação da atividade jurisdicional. Qual o óbice para a mesma compreensão no caso da execução penal? Grinover também destaca:

“(...) apesar de peculiaridades e diferenças em confronto com a execução civil, a natureza do processo de execução – civil e penal – é exatamente a mesma”[[19]](#footnote-19)

A execução das sentenças, penas e não penais, é promovida pelo juiz competente, por meio de um processo, podendo ser autônomo ao processo de conhecimento, tendo ou não a colaboração de órgãos de outros poderes. O que difere é a intensidade da colaboração desses órgãos. À medida que, para as sentenças civis, o Judiciário dispõe do necessário e, eventualmente, precisa do auxílio do Executivo, especialmente no pedido de força policial, as sentenlas penais que condenam os réus às penas privativas de liberdade serão sempre cumpridas em estabelecimentos prisionais especializados, os quais são mantidos pelo Poder Executivo.

Com efeito, a execução da pena criminal que importar a custódia do preso pelo Estado será controlada pelo juiz, caracterizando desempenho de atividade jurisdicional, relacionando, ainda, atividades administrativas concretizadoras de função jurisdicional desempenhadas pelo servidor competente (atribuições de caráter disciplinar – arts. 47 e 48 da Lei nº. 7.210/84) e atividades administrativas não-jurisdicionais, como o exercício propriamente da custódia física, compreendendo o provimento de estrutura material adequada (fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas) e a promoção assistencial à saúde, jurídica, religiosa, ao trabalho, à educação etc. [[20]](#footnote-20) [[21]](#footnote-21)

Percebe-se que nas penas pecuniárias ou restritivas de direitos (não privativas de liberdade), a participação do Poder Executivo pode não acontecer se houver cumprimento voluntário dentro do prazo pelo condenado. Nesse interim, a execução penal pode se dar sem a colaboração de órgãos externos ao Judiciário.

Com a análise do acima exposto, nota-se que a singularidade não é da execução penal como um todo, mas sim da execução apenas das sentenças que condenam o réu a penas privativas de liberdade. É a pena de prisão que exige do Estado a manutenção de estabelecimentos prisionais para cumprimento de tal determinação judicial pelos condenados. E, ao contrário da maioria das sentenças da esfera cível que envolvem obrigações patrimoniais, a execução da sentença penal se prolonga pelo tempo, o que faz com que a obrigação de manter o aparato caríssimo para cumprimento desta se prolongue junto com a execução da pena pelo egresso.

O que diferencia a execução penal de outros tipos de execução é a manutenção dos estabelecimentos penais pelo Estado-Administração. Por esse motivo é que diversos doutrinadores defenderam que a natureza jurídica da execução penal era apenas e tão somente administrativa.

José Frederico Marques pontua:

“Não importa que a execução da pena, por exigir uma atividade duradoura, seja entregue a órgãos administrativos. Também a execução civil, para satisfazer ao credor plenamente, dá causa, em determinadas hipóteses, à administração forçada de um bem ou conjunto de bens, sem que por isso perca o caráter jurisdicional”[[22]](#footnote-22).

À vista disso, fica muito claro que embora o Poder Executivo seja o gestor do estabelecimento penal não significa, por si só, a natureza jurídica da tarefa desempenhada na execução penal.

Na divisão dos Poderes é atribuída a cada um (Executivo, Legislativo e Judiciário) sua função principal. Porém, eles também exercem a função do outro atipicamente, desde que sejam melhor preparados para execução de determinada atribuição.

Conclui-se que, embora a execução da pena seja exercida pelo Poder Executivo diante de sua melhor estrutura para manter os estabelecimentos penais e, além disso, porque o cumprimento desta atribuição não fere o núcleo essencial da jurisdição, a natureza jurídica da execução penal é jurisdicional, fazendo com que, dessa forma, a execução da pena seja uma função estatal indelegável ao particular por meio de concessão.

## 3.2 Posicionamento Doutrinário e Exemplos de Implementação no Brasil

Feitas essas considerações, encontramos na doutrina posições divergentes com relação a possibilidade do particular executar esse tipo de serviço. Há os que defendem que a concessão desse serviço, observando alguns limites, é uma opção para que o objetivo da ressocialização possa ser devidamente alcançado e outros afirmam ser completamente inconstitucional e que infringe os direitos fundamentais do apenado, como veremos adiante.

Fernando Vernalha Guimarães é um dos que defendem a implementação da parceria público-privada nos estabelecimentos prisionais. Contudo, essa gestão deverá ser mista, com a participação efetiva do Estado. Para ele, é possível traçar uma classificação entre duas categorias de atividades que podem conter-se no escopo da gestão privada de atividades prisionais: a transferência à gestão privada de serviços acessórios apenas mediatamente relacionados à manipulação de competências estatais típicas e a transferência de serviços instrumentais imediatamente comprometidos com esta.[[23]](#footnote-23)

Os serviços mediatamente relacionados à manipulação de competências típicas são os de hotelaria, fornecimento de alimentação, prestação de assistência médica, limpeza, higienização, educação, etc. Portanto, são atividades que não servem imediatamente ao exercício de atividades comprometidas com funções típicas do Estado e, por tal motivo, não há motivos para não delega-las.[[24]](#footnote-24)

O autor esclarece que qualquer atividade dentro de um estabelecimento prisional que não entre em contato imediatamente à manifestação de competências administrativas coativas e nem toca à atividade jurisdicional (que caracteriza a execução da pena) são atividades inquestionavelmente transferíveis à gestão privada, como quaisquer outros atos materiais da Administração Pública.

Por outro lado, impõe limites para a transferência das atividades ao particular:

“(...) há serviços imediatamente instrumentais à manifestação de competências dotadas de coação administrativa, como a atividade de suporte à segurança e vigilância interna, monitoramento eletrônico de pontos vulneráveis, etc. Estes se traduzem em instrumentos para a realização da disciplina interna do presídio. Há gestão *diretamente* afetada a permitir o controle da segurança e manutenção da ordem do presídio. Nestas hipóteses o risco de interferência dos privados na seara das competências estatais indelegáveis é mais visível.” (GRIFO DO AUTOR)

A respeito da opinião contrária, a maior crítica é a possibilidade da iniciativa privada lucrar com a prisão. Rafhael Lima Ribeiro explana:

“O que se observa é que a parceria público-privada no sistema prisional mineiro é uma nova ideia velha de o Estado estatizar o prejuízo e privatizar o lucro, inspirado no modelo neoliberal de privatizações disseminado por Thatcher na Inglaterra e Reagan nos EUA. A lógica é simples e sutil: quando uma empresa privada investe, deve ter garantias de que terá o retorno do investimento. Quando ela constrói uma estrada, isso pode ser garantido por um pedágio. Da mesma forma, quando ela constrói uma cadeia, terá lucro pelo aprisionamento, ou dito de outro modo, pelo objeto desse aprisionamento. Quanto mais passam carros, mais a empresa privada ganha. Assim, **quanto mais se prende seres humanos, mais a empresa lucrará!**“ [[25]](#footnote-25)

Cirino dos Santos defende:

“(...) o dever social de trabalho do condenado representa condição de dignidade humana se realizar a finalidade educativa e produtiva (art. 28 e §§, LEP) de promover a formação profissional do condenado, somente possível pelo gerenciamento por fundação ou empresa pública (art. 34, LEP), com exclusão de qualquer exploração lucrativa por empresários privados, movidos pela ideia exclusiva de valorizar o capital mediante a mais intensa e cômoda extração de mais-valia do trabalho carcerário.” [[26]](#footnote-26) (GRIFO DO AUTOR)

Por fim, concluímos que para essa corrente doutrinária, o particular não poderá lucrar com a população carcerária pois podem apenas estar interessados em seu interesse particular e esquecer do interesse público ser observados.

Demonstrando as duas posições doutrinárias, passamos a analisar os casos em concreto de algumas concessões.

Fernando Vernalha Guimarães[[27]](#footnote-27) cita a experiência com a gestão privada no estabelecimento prisional de Guarapuava, no Paraná. Por força do contrato de operacionalização do presídio (concluído em 2005), coube à empresa prestadora a realização de serviços administrativos, inclusive na área da segurança, envolvendo 115 pessoas no desempenho das tarefas. Os cargos de direção do presídio são ocupados por servidores administrativos (diretor-geral, chefe de segurança e agente penitenciário). Através de cargos com funções estratégicas, a Administração Pública responsabiliza-se pelas decisões de direção do presídio e da segurança, mantendo ainda a fiscalização sobre os serviços gestionados pelo parceiro privado. Cumpre a Administração Pública, ainda, a função de comunicação com o Juízo de Execução Penal. Cabe referir o relatório de visita à Penitenciária de Guarapuava, no Paraná, em março/2011, produzido pela Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça. No documento informa-se que, no período de 16 meses, entre a contratação da empresa prestadora e a finalização do relatório, não houve registro de fuga ou rebelião. Acrescenta-se, ainda, que “a concepção dos serviços prestados, a arquitetura prisional, a manutenção dos ambientes e o respeito ao ser humano são facilmente atestáveis”.

Na Bahia, no ano de 2009, já existiam cinco complexos prisionais sendo geridos pela iniciativa privada, antes mesmo do modelo de cogestão ser adotado, Juazeiro, Serrinha, Valença, Lauro de Freitas e Itabuna. Os contratos firmados são de até 5 anos, diferentemente de outros Estados como Pernambuco e Minas Gerais que anuíram a contratos de mais de 20 anos.

No Paraná, a experiência foi semelhante à baiana. Em 1999, já existiam 6 penitenciárias com administração privada e todas cumpriram seus contratos integralmente até 2006, quando a gestão passou para o governo paraense.[[28]](#footnote-28)

A primeira experiência no Brasil de uma penitenciária construída por parceria público-privada, em Minas Gerais na cidade de Ribeirão das Neves, e se baseia num modelo inglês que valoriza o trabalho do detento.

Antonio Anastasia, governador do estado de Minas Gerais, explicou à Folha São Paulo:

“Não se trata apenas de abrir mais vagas, mas de colocar em funcionamento uma penitenciária-modelo, concebida por meio de um arranjo institucional altamente inovador. São palavras-chaves nessa legislação: trabalho e escola, ressocialização e humanização. E todas têm de ser parte do cotidiano dos presídios

Ao custo de R$ 230 milhões, desembolsados exclusivamente pelo parceiro privado, erguemos em Ribeirão das Neves, na Região Metropolitana de Belo Horizonte, um complexo que irá abrigar, ao longo de 2013, com as cinco unidades completas, 3.040 detentos, em regime fechado e semiaberto. A iniciativa coroa a política que implantamos no Estado: as vagas no sistema prisional saltaram de 5.656 para 28.603, entre 2003 e 2012, um aumento de mais de 406%.”[[29]](#footnote-29)

Essa PPP estruturou-se com um consórcio que venceu a licitação arcando com a arquitetura, a construção e a operação da penitenciária e o Estado só começa a pagar um valor *per capita* a partir do ingresso do preso no estabelecimento prisional.

Para que o Estado consiga fiscalizar a gestão dos serviços pactuados, o valor *per capita* só será pago após análise de 380 indicadores de desempenho, pois a empresa não receberá todo o repasse de recurso se os presos não tiverem uma rotina diária de estudo (quatro horas) e trabalho (seis horas), dentre outras tarefas diárias.[[30]](#footnote-30)

Nesse modelo de PPP o papel de execução da pena ainda está nas mãos do Governo do Estado de Minas Gerais, bem como o transporte dos presos, a segurança externa e das muralhas e a imediata intervenção no complexo em situação de crise ou confronto. [[31]](#footnote-31)

Porém, embora sejam existam resultados satisfatórios apresentados com a introdução da gestão privada nos serviços prisionais, há discussões acerca da viabilidade e constitucionalidade de conceder a execução de serviços administrativos prisionais para a iniciativa privada.

Essa gestão mista de presídios já foi cogitada no passado.[[32]](#footnote-32) Os argumentos que se opuseram a tese eram: na impossibilidade de delegação de atividades envolvidas com coerção, pela quebra de equilíbrio imanente entre os privados; na imoralidade de se produzir juridicamente a submissão de um particular relativamente a outro; e na impossibilidade de se transferir atividades concretizadas da função jurisdicional do Estado.

# Conclusão

À luz da legislação brasileira, os serviços públicos podem ser prestados direta ou indiretamente pelo Poder Público. A questão é saber se todos eles podem ser prestados indiretamente, por intermédio de uma concessionária ou permissionária.

A resposta para esta questão é não. Adotando o conceito de serviço público amplo ensinado por Hely Lopes Meirelles, podemos perceber que todas as funções exercidas pela Administração Pública são serviços públicos, pois visam o interesse coletivo.

Contudo, buscando soluções para o caos na situação prisional brasileira, encontramos diversos exemplos de países que adotaram o sistema de privatização ou de parcerias entre as empresas privadas e o poder público visando diminuir os gastos da administração Pública com a execução penal e solucionar os enormes problemas relacionados com o sistema carcerário.

Porém, no Brasil, adotar a parceria público-privada nos presídios estimula debates a respeito da viabilidade no sistema jurídico brasileiro. Vale lembrar que o objetivo do cumprimento da pena é a ressocialização. Para que isso efetivamente ocorra são necessárias mudanças drásticas no nosso sistema carcerário e com a implantação da parceria público-privada com determinados limites esses problemas podem ser resolvidos.

Os maior óbices constitucionais que encontramos é a delegação da execução da pena e o aplicação do Poder de Polícia pela iniciativa privada. Chegamos a conclusão ao decorrer deste trabalho de pesquisa que se a execução da pena criminal é controlada pelo juiz da Execução Penal caracteriza a continuação da atividade jurisdicional e, portanto, função indelegável do Estado. Assim, não resta dúvidas de que as atribuições de natureza jurisdicional são impossibilitadas de serem transferidas a entidades privadas, ou seja, a execução da pena em si. Bem como o Poder de Polícia, que pela sua característica de coercibilidade, determina que os atos do poder de polícia possam ser impostos aos particulares, mesmo que, para isso seja necessário o uso da força para cumpri-los, e por tal atributo, inexecutável pelo particular a outro particular.

No entanto, dentro de um estabelecimento prisional diversas atividades são exercidas. Concordando com Fernando Vernalha Guimarães o qual defende que as atividades prisionais que podem ser exercidas pela iniciativa privada são as que não envolvem funções típicas do Estado, pois se tratam de serviços acessórios, como: hotelaria, fornecimento de alimentação, prestação de assistência médica, limpeza, higienização, educação, etc. Essas atividades, definidas como execução material, não encontram impedimentos na Constituição Federal para execução pelo particular.[[33]](#footnote-33)

As atividades de suporte à segurança e vigilância interna, monitoramento eletrônico, etc, são atividades dotadas de coação administrativa e derivadas do Poder de Polícia. Na supervisão desses instrumentos necessários para a disciplina interna do presídio o risco de interferência dos privados nas competências estatais seria maior, por isso se enquadra em função indelegável.

O modelo de PPP implantado em Ribeirão das Neves, Minas Gerais, causou diversas críticas e aceitações no mundo jurídico. O coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), Luciano Losekann, afirmou: “Se esse modelo de parceria público-privada de gestão penitenciária possibilitar a qualificação e a ressocialização dos presos, como prevê o contrato de concessão administrativa, eu aposto nessa ideia. Hoje, pelo modelo público atual, o preso sai pós-graduado em criminalidade”. [[34]](#footnote-34)

Concordando com o posicionamento, essa parceria pública com a privada pode dar certo se ambos respeitarem os limites legais de atuação. Porém, uma das maiores críticas acerca dessa parceria é o aferimento de lucro do particular com o trabalho do preso e seu cumprimento de pena. Contudo, não há nada de errado o particular aferir lucro sobre o capital investido, visto que nesse tipo de contrato todo o capital inicial é da iniciativa privada e o investimento conta com a dimensão temporal do dinheiro. Ou seja, o particular investe sabendo que vai lucrar em determinado tempo. Não é caridade, é empenho e investidura de mão de obra e administração.

Na composição de custo pelo serviço, o Estado já tem a visão da lucratividade que o contrato vai gerar para o particular. Se o Estado não está utilizando recursos para investimento, então é justo remunerar quem o faz.

Ao determinar os serviços e funções que caberão executar pelo particular e pelo Poder Público, basta que a fiscalização da execução seja acompanhada de perto pela Administração sempre visando o alcance do real objetivo da pena, ressocialização.

A vista disso e ante ao tudo exposto nesse trabalho, concluímos o Estado na administração das atividades complexas do dia-a-dia pode precisar buscar a solução dos problemas junto à iniciativa privada. Uma tentativa de solucionar a situação atual que se encontra as penitenciárias brasileiras é a Parceria Público-Privada e essa gestão dos deverá funcionar de forma mista, salvaguardando os princípios constitucionais e o interesse público.

1. SUNDFELD, op. cit., p. 395. [↑](#footnote-ref-1)
2. Idem, p.388. [↑](#footnote-ref-2)
3. Caio Tácito a*pud* Odete Medauar. [↑](#footnote-ref-3)
4. DE MELLO, op. cit., p. 725-727. [↑](#footnote-ref-4)
5. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 7-9. [↑](#footnote-ref-5)
6. SUNDFELD, op.cit., p. 391. [↑](#footnote-ref-6)
7. Idem, p.390. [↑](#footnote-ref-7)
8. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Privatizar o sistema carcerário? In: OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres, MATTOS, Virgílio de (Org.). Estudos de execução Criminal: Direito e Psicologia. 2009, p. 73-76. [↑](#footnote-ref-8)
9. CARVALHO, Salo. Pena e Garantias, 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. [↑](#footnote-ref-9)
10. idem. [↑](#footnote-ref-10)
11. SILVA, Adhemar Raymundo *apud* CARVALHO. Op. Cit. p.166. [↑](#footnote-ref-11)
12. CARVALHO. op. cit., p. 166. [↑](#footnote-ref-12)
13. GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal. Execução Penal**:** mesas de processo penal, doutrina, jurisprudências e súmulas. Sâo Paulo: Max Limonad, 1987, p.7. [↑](#footnote-ref-13)
14. Idem, p. 10. [↑](#footnote-ref-14)
15. CARVALHO. op. cit. p. 168. [↑](#footnote-ref-15)
16. ARAÚJO, Maria Juliana Moraes de. A execução penal como extensão da atividade jurisdicional, in ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (coord.). **Privatização das Prisões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 48. [↑](#footnote-ref-16)
17. DE MARSICO, Alfredo *apud* Edgard Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 18ª ed. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1987. p.44. [↑](#footnote-ref-17)
18. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 83. [↑](#footnote-ref-18)
19. GRINOVER, op. cit. p. 7. [↑](#footnote-ref-19)
20. SUNDFELD, op.cit., p. 395. [↑](#footnote-ref-20)
21. O juiz, na esfera da execução pena, além desempenhar função jurisdicional, também tem atribuições de caráter administrativo. Exerce função administrativa quando zela pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança: inspeciona estabelecimentos prisionais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidades; interdita estabelecimento penal: compõe e instala o Conselho da Comunidade: etc. (art. 66, VI-IX da Lei nº. 7.210/1984). [↑](#footnote-ref-21)
22. MARQUES, José Frederico. Da Competência em Matéria Penal. 1ª ed. Atualizada por José Renato Nalini e Henry Marques Dip. Campinas: Millenium, 2000. [↑](#footnote-ref-22)
23. SUNDFELD, op.cit., p. 396. [↑](#footnote-ref-23)
24. Idem. [↑](#footnote-ref-24)
25. RIBEIRO, Rafhael Lima. As prisões da miséria. Ed. Jorge Zahar. [↑](#footnote-ref-25)
26. <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/privatizacoes_presidios.pdf>>. Acesso em 23/09/2013. [↑](#footnote-ref-26)
27. SUNDFELD, op. cit., p. 394. [↑](#footnote-ref-27)
28. <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/07/13/ult5772u4623.jhtm>> Acesso em 23/09/2013. [↑](#footnote-ref-28)
29. <<http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetos-celebrados/complexo%20penal/noticias/inovacao-na-gestao-prisional-e-tema-de-artigo-do-governador-na-folha-de-s-paulo/?searchterm=Pres%C3%ADdio>> Acesso em 23/09/2013. [↑](#footnote-ref-29)
30. <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23285:juiz-diz-apoiar-parceira-publico-privada-na-gestao-de-presidios-se-houver-ressocializacao-de-presos>> Acesso em 23/09/2013. [↑](#footnote-ref-30)
31. <<http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetos-celebrados/complexo%20penal/noticias/inovacao-na-gestao-prisional-e-tema-de-artigo-do-governador-na-folha-de-s-paulo/?searchterm=Pres%C3%ADdio>> Acesso em 23/09/2013. [↑](#footnote-ref-31)
32. “Proposta de regras básicas para o programa de privatização no sistema penitenciário brasileiro” (proposta de Edmundo Oliveira, em reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, realizada no Ministério da Justiça, em Brasília, no dia 27.01.1992). [↑](#footnote-ref-32)
33. SUNDFELD, op.cit., p, 397. [↑](#footnote-ref-33)
34. <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23285:juiz-diz-apoiar-parceira-publico-privada-na-gestao-de-presidios-se-houver-ressocializacao-de-presos>> Acesso em 238/09/2013. [↑](#footnote-ref-34)