

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Lívia Freitas Guimarães Oliveira

Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara de Matos

Ribeirão Preto

2013

LÍVIA FREITAS GUIMARÃES OLIVEIRA

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Departamento de Direito Público da
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo para a obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara de Matos

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Freitas Guimarães Oliveira, Lívia

Parceira Público-Privada no Sistema Penitenciário Brasileiro /
Lívia Freitas Guimarães Oliveira -- Ribeirão Preto, 2013.

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Thiago Marrara de Matos

Nome: FREITAS GUIMARÃES OLIVEIRA, Lívia

Título: Parceria Público-Privada no Sistema Penitenciário Brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito
de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização desse trabalho. À minha mãe e meu pai, pelo apoio contínuo e incondicional. Aos meus amigos, pela companhia e alegria em todas as horas. Ao Prof. Dr. Thiago Marrara de Matos, pela paciência e orientação. Aos demais docentes e funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, pela dedicação diária.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as Parcerias Público – Privadas no sistema penitenciário brasileiro, considerando a viabilidade legal desse contrato de parceria para a construção e gestão de presídios. Tendo-se em vista que em 2013 foi inaugurado o primeiro complexo penal do país construído sob o regime de Parceria Público – Privada, pretende-se aqui desenvolver um exame desse contrato, com foco nas obrigações e direitos da contratante (Administração Pública) e contrada (sociedade de propósito específico, na forma de Sociedade Anônima), sobretudo com atenção à forma de remuneração da empresa privada e os possíveis casos de rescisão do contrato. Soma-se a isso a análise de questões emblemáticas acerca do tema: delegação do poder de polícia, lucro do empresário, trabalho dos presos durante o cumprimento da pena e garantias individuais. Para exame dessas questões serão levadas em consideração experiências de países como Reino Unido, França e Estados Unidos, visto ser a experiência brasileira ainda muito recente.

Palavras-chave: Parceria Público-Privada. Sistema penitenciário. Experiências internacionais. Serviço público. Legalidade. Poder de Polícia. Lucro.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the Public - Private Partnerships in the Brazilian prison system, considering the legal viability of this partnership agreement for the construction and management of prisons. Considering that in 2013 opened the first prison under the Public - Private Partnership contract, aims to develop here an examination of the contract, focusing on the rights and obligations of the contractor (Public Administration) and hires (special purpose company, in the form of corporation), particularly with attention to the form of compensation of private enterprise and possible cases of termination. Added to this analysis on flagship issues on the topic: delegation of police power, profit entrepreneur, prison labor during the execution of the sentence and earmarking. For examination of these issues will be taken into account experiences of countries like UK, France and the United States, as it is the very recent Brazilian experience.

Keywords: Public - Private Partnership. Penitentiary system. International experiences. Public service. Legality. Police Power. Profit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1:	23
SISTEMA DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO BRASIL	23
1.1. A crise no Estado Social de Direito	23
1.2. A Constituição Brasileira de 1988 e a descentralização na prestação de serviços públicos.	25
1.3. Parcerias Público-Privadas no Brasil (PPPs)	28
1.3.1- Introdução	28
1.3.2- Conceito e modalidades	30
1.3.3- Llicitação	32
1.3.4- Contratos de Parceria	34
CAPÍTULO 2:	43
AS EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS E BRASILEIRA NA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	43
2.1- Experiências estrangeiras: Reino Unido	43
2.1.1- Experiência dos Estados Unidos.	44
2.1.2- Experiência francesa	45
2.2- Experiência brasileira	47
2.2.1- A situação do sistema e da população carcerária no Brasil.....	47
2.2.2- Terceirização do sistema carcerário no Brasil.....	51
2.2.3- Primeira experiência brasileira em parceria público-privada em penitenciária	54
2.2.4- Da remuneração, da solução de conflitos, da vigência do contrato, da responsabilidade perante terceiros.....	61

2.2.5- Da fiscalização e gerenciamento da execução do contrato, das sanções e penalidades aplicadas, da intervenção e da extinção da concessão administrativa	63
CAPÍTULO 3:.....	67
QUESTÕES ENVOLVENDO A LEGALIDADE DA PARCERIA PÚBLICO – PRIVADA EM PRESÍDIOS	67
3.1- Serviços Públicos.....	67
3.2- Construção e administração de penitenciária como serviço público.	69
3.2.1 – Legalidade ou não para a concessão, em regime de Parceria Público – Privada, de construção de presídios pelo setor privado.....	70
3.2.2- Do Poder de Polícia e do poder disciplinar sancionador.....	73
3.3 – A questão do lucro	77
3.4- O trabalho dos presos.....	79
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

A escassez de recursos públicos para realizar de forma efetiva os investimentos necessários nos setores de responsabilidade estatal – como, por exemplo, o transporte, saneamento, presídios, saúde e habitação – fez que o Estado buscassem novas formas de relacionamento com o setor privado. Muitos países vêm buscando modelos de gestão nos quais a participação do setor privado em investimentos de notável interesse público e social tenda a se tornar mais ativa. Nesse contexto, as Parcerias Público-Privadas (PPPs) surgem como uma forma de a iniciativa privada tornar-se responsável pelos investimentos em alguns serviços públicos, estando sob supervisão estatal e recebendo do governo remuneração pela concessão. No Brasil, antes de serem disciplinadas em nível federal, as “PPPs” já haviam sido normatizadas em alguns estados, como Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, São Paulo, entre outros.

As “PPPs” foram instituídas no âmbito federal pela lei nº 11.079/ 2004 como modalidades de contratos administrativos. Mais uma vez, o legislador brasileiro teve inspiração do direito estrangeiro, seja do sistema da *Common Law* (já que as “PPPs” tiveram origem no direito inglês), seja no direito comunitário europeu, no qual o instituto vem sendo também adotado, sem que haja um modelo único para parcerias, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro.¹

De acordo com a legislação vigente, a expressão pode ser usada juridicamente de duas formas paralelas. Em *sentido estrito*, as parcerias público-privadas são vínculos negociais que adotam a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, como foi definido pela Lei federal – apenas esses contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei. Em sentido amplo, as “PPPs” são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e os particulares para possibilitar o desenvolvimento, sob a responsabilidade deste, de atividades as quais tenham algum interesse geral. Neste sentido, as parcerias são diferentes dos contratos, uma vez que, embora envolvam Estado e particular, ou não geram relação contínua, ou não criam interesses comuns juridicamente relevantes – situação oposta ao que acontece nos contratos de parceria público – privada.² Nessas parcerias há previsão de retorno

¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Parcerias na Administração Pública*, 6^a ed., São Paulo, Atlas, 2008, p.142.

² SUNDFELD, C. (Coord.), *Parcerias Público- Privadas*, 1^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p.18.

positivo para os lados envolvidos: no setor público é o reflexo na melhora do quadro social, político e econômico. Já para o setor privado é, geralmente, o retorno financeiro.

A Lei 11.079/04 reservou a expressão “parceria público – privada” para duas modalidades específicas, embora existam várias espécies. São as modalidades patrocinada e administrativa. Do artigo 2º e seus parágrafos resulta que a parceria público – privada pode ter por objeto a prestação de serviço público ou a prestação de serviços de que a administração seja a usuária direta ou indireta. Para englobar as duas modalidades em um conceito único, ainda de acordo com Di Pietro, pode-se dizer que “*a parceria público – privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bem, mediante contraprestação do parceiro público.*”³

As justificativas para a aprovação da lei que institui as “PPPs” em nível federal constam da mensagem que acompanhou o projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional. Segundo a mensagem escrita, as parcerias alcançaram grande sucesso em diversos países da Europa e na África do Sul como sistema de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado e, no caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, perante as carências sociais e econômicas do país. Portanto, alegou-se que as parcerias permitiriam um amplo leque de investimentos, suprindo demanda desde a área de segurança pública até as de infraestrutura.⁴

A legalidade de PPPs para construção e gestão de determinados serviços públicos é objeto de discussão, como é o caso da interferência do setor privado na construção e gestão de penitenciárias. Uma das principais razões para a controvérsia é que esse é um serviço público diretamente relacionado ao poder disciplinar que envolve a relação autoridade-presidiário. Se antes esse poder era tomado como o exercício uno e imediato do poder de império do Estado, com o avanço tecnológico passou a ser fragmentado, deixando espaço para a discussão sobre a possibilidade da delegação de algumas atividades a ele atinentes. É fato que o estudo das hipóteses de cabimento da

³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo*, 23ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 306.

⁴ Op. cit. (nota 1 supra), p. 142.

delegação de atos de apoio ao poder de autoridade do Estado, pressupõe reconhecer a atuação inadequada e insuficiente do Poder Público, e a potencial melhoria da atividade se suportada, ainda que em parte, por serviços prestados por particulares.

Segundo José Roberto Pimenta Oliveira, a impossibilidade de transferência do poder de coerção jurídica ou física para a iniciativa privada, decorre da própria ordem constitucional, em especial dos princípios republicanos da isonomia, legalidade e moralidade, consagrados na Constituição Federal.⁵ Posicionamento diferente tem Bandeira de Mello: em sua opinião, admitti-se a possibilidade de certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia serem praticados por particulares mediante delegação propriamente dita. Não havendo atribuição de poder ao particular que possa ofender o equilíbrio entre os cidadãos, a restrição à atribuição de atos acessórios ao poder de polícia a particulares não encontra vedação legal. Dessa forma o que Bandeira de Mello propõe é a delegação aos particulares, por concessão administrativa, de determinado conjunto de atividades referentes aos serviços penitenciários.⁶

Soma-se a essa segunda perspectiva o fato de que a experiência estrangeira na gestão privada de penitenciárias acabou por superar a visão de um pesado ônus aos cofres públicos, para ganhar contornos de atividade econômica altamente lucrativa. Do ponto de vista jurídico, trata-se de reconhecer a atividade da execução da pena como o desempenho de funções complexas, fazendo-se a devida distinção entre a função jurisdicional, da função administrativo-jurisdicional e da função administrativa. A primeira, de aplicação da pena pelo juiz, ao lado da atividade administrativo-jurisdicional, desempenhada pelo servidor competente, é decorrência direta do poder coercitivo do Estado, função exclusiva dele. Já a atividade administrativa, como o provimento de estrutura material adequada, pode admitir sua transferência aos privados.

Na complexidade das relações sociais e frente ao atual estágio da técnica, o interesse público de guarda eficiente e digna de presos pode melhor ser atendido se amparado em serviços prestados pela iniciativa privada. O gerenciamento dessas atividades, além do ganho de eficiência, pode revestir-se em economia aos cofres públicos. A adoção da parceria se torna ainda mais conveniente quando considerados os requisitos para a adoção do instrumento, consubstanciados em grandes investimentos para efeito de melhoria, adaptação e construção de estabelecimentos prisionais, assim

⁵ NIEBUHR, Pedro de Menezes, *Parceiras Público- Privadas: perspectiva constitucional brasileira*, 1^a ed., São Paulo, Fórum, 2008, p. 204.

⁶ Op. Cit. (nota 5 supra), p. 206.

como a formatação de todo o esquema empresarial e a exploração voluntária do trabalho dos presos que pode, potencialmente, seguir a atividade carcerária.⁷

Diante do exposto, fica clara a atualidade do tema e a importância de sua discussão. Com a aprovação do marco das PPPs não há dúvida de que serão colocadas em debate as potencialidades do modelo no âmbito da administração penitenciária, reacendendo um debate sobre a privatização dos presídios no cenário doutrinário – tema enfrentado durante toda a década de 90 do século passado no direito penal brasileiro. Sob o aspecto do direito administrativo a questão dos limites da terceirização da atividade prisional pressupõe a exata delimitação do conjunto de atividades estatais vinculadas à execução penal, considerando que esta é resultado do exercício da função jurisdicional criminal.⁸

O Estado de Minas Gerais tem sido pioneiro na aplicação das parcerias para a construção de penitenciárias. O contrato de concessão administrativa para a construção e gestão de complexo penal foi assinado em 16 de junho de 2009, pela Secretaria de Estado de Defesa Social – SEDS e a Concessionária Gestores Prisionais Associados S/A – GPA, tendo como interveniente-anuente a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico – SEDE, prevendo um prazo de dois anos para a construção do empreendimento e a gestão prisional por parte da concessionária no período de 25 anos, até 2036, podendo ser prorrogável até o limite de 35 anos, ou seja, até 2044. O projeto prevê a disponibilização de três mil vagas prisionais, divididas em 5 unidades prisionais, sendo três para o regime fechado e duas para o regime aberto. Além disso, é prevista a construção de uma unidade de administração central do Complexo Penal. 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. Dentre os indicadores que foram definidos estão: o número de fugas, o número de rebeliões e/ou motins, o nível educacional dos internos, a proporção dos internos que trabalham, a quantidade e qualidade dos serviços de saúde prestados, a quantidade e qualidade da assistência jurídica e psicológica aos 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

⁷ Op. Cit. (nota 5 supra), p. 209.

⁸ Op. Cit. (nota 2 supra), p. 427.

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 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.⁹

Posto tudo isso, é de se ressaltar a relevância do estudo dos posicionamentos doutrinários sobre o tema; o estudo da legislação nacional, sobretudo da Constituição Federal, de modo a se verificar se existem impedimentos legais para a concretização das concessões no sistema penitenciário; e as experiências dos outros países – bem como o resultado que obtiveram – tendo sempre por base o contexto político- social em que Brasil.

Os principais objetivos desse trabalho são: I) o estudo da Lei 11.079/2004, a história das privatizações no Brasil e em quais setores se faz mais presente a intervenção privada; II) a análise da atual situação carcerária brasileira e os benefícios e os possíveis riscos que a parceria público-privada pode trazer para o Estado e para os usuários dos serviços sob esse regime. Os benefícios no que diz respeito: a) ao cumprimento mais efetivo de um dos princípios mais caros para a administração pública – o princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos; b) a melhor garantia de direitos fundamentais dos presidiários, inclusive o de ressocialização; c) a economia para os cofres públicos. Em relação aos riscos, a análise recairá sobre a hipótese de a “privatização” dos presídios se transformar em indústrias, seja por causa da possível obtenção de lucro na mão de obra presidiária ou pelo objetivo do setor privado na lucratividade de suas atividades e se isso pode comprometer o cumprimento da lei penal no que diz respeito às garantias dos presidiários e comprometer a qualidade do serviço oferecido, de forma a aumentar o lucro do agente privado; III) estudo das experiências dos países que já adotam esse sistema e quais são os seus resultados. O estudo terá por base as experiências dos Estados Unidos (país com maior número de penitenciárias sob regime privado total ou parcialmente), Inglaterra (principal expoente nas PPPs) e França (país que adota um modelo mais próximo ao que pode ser adotado no Brasil), países que apresentam modelos diversos de PPPs e nos quais alguns Estados brasileiros têm se baseado para construir as penitenciárias sob regime de parcerias, IV) observação das

⁹ Disponível em <http://www.ppp.mg.gov.br/> [08/08/2013].

divergências doutrinárias sobre o tema, apontando os argumentos dos autores que são favoráveis e dos que são contra as “PPPs” para a construção de presídios – neste caso, sobretudo no que diz respeito à suposta ilegalidade das Parcerias Público- Privadas no sistema penitenciário, sob o argumento de alguns autores que o Estado estaria delegando o poder de polícia ao particular; V) por fim, análise do contrato da primeira experiência brasileira no assunto – o Complexo Penal de Ribeirão das Neves, na região Metropolitana de Belo Horizonte – MG.

CAPÍTULO 1:

SISTEMA DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO BRASIL

1.1. A crise no Estado Social de Direito

Para entender a atuação cada vez maior do terceiro setor e as parcerias dele com o Estado em questões que envolvem a prestação de serviços à sociedade é preciso fazer uma breve análise do crescimento desmedido e a consequente crise do Estado Social de Direito.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, as reações contra o Estado liberal e suas consequências desastrosas no âmbito econômico e, sobretudo, social já em meados do século XIX fez consolidar o Estado Social de Direito após a 2^a Guerra Mundial. Passou-se a atribuir ao Estado a função de buscar a igualdade entre os homens e, para isso, deveria intervir em questões econômicas e sociais. O foco deixava de ser a liberdade e passava de ser a igualdade. A ideia vigente é de que existem vários interesses públicos, representativos dos diversos setores da sociedade, e essa concepção teve espaço em diversos países, ainda que de forma distinta. Nas democracias ocidentais está vigente a noção de Estado Social de Direito, a qual é intrínseca a ideia de prestação de serviços, pelo Estado, à população como um todo.

Com essa mudança, as atribuições do Estado cresceram desmedidamente e é inevitável afirmar que a ampliação do poder de polícia contribuiu para essa sobrecarga de funções estatais: se no Estado Liberal o poder de polícia restringia-se a limitar os direitos individuais em prol da ordem pública, no Estado Social de Direito o poder de polícia passou a intervir em setores não relacionados com segurança, atingindo as relações entre particulares.¹¹

O sociólogo português Boaventura de Souza Santos, ao tratar do tema de Reforma do Estado, afirma que há dois paradigmas de mudança social da modernidade – a *revolução* contra o Estado e o *reformismo*, realizado pelo Estado, o qual é a solução do problema, o sujeito da reforma, e a sociedade o seu objeto. Para o autor, a forma

¹⁰ Op. cit. (nota 1 supra), p. 9.

¹¹ Op. cit. (nota 1 supra), p. 11.

política mais acabada do reformismo foi o Estado Providência nos países desenvolvidos e o Estado Desenvolvimentista nos países periféricos.¹²

O crescimento demasiado e desmedido das atribuições do Estado Social trouxe, por óbvio, consequências negativas: colocou em risco a liberdade individual; levou à ineficiência na prestação de serviços, adotando uma forma burocrática de organização aplicada indistintamente a todas as atividades estatais; afetou o princípio da separação dos poderes, com fortalecimento do executivo o qual passou a exercer função normativa por meio de decretos – lei e medidas provisórias; por fim, enfraqueceu o controle pelo judiciário, já que a lei era examinada apenas em seu aspecto formal.¹³

As consequências desastrosas trazidas por essa forma de Estado passaram a reclamar por mudanças urgentes. Com isso, acrescentou-se a ideia de Estado Democrático, sem deixar de lado o Estado de Direito garantidor dos direitos individuais e o Estado Social mantenedor do bem comum. Somou-se a isso a concepção de Estado Subsidiário: garantem-se os direitos individuais, com o reconhecimento da iniciativa privada e o Estado entra como fomentador, incentivador, fiscalizador da atuação dos particulares. A principal ideia ligada ao princípio da subsidiariedade estatal é a parceria entre o público e o privado. Algumas tendências nascem a partir desse princípio como a diminuição do tamanho do Estado pela privatização; aumento da atividade administrativa de fomento como incentivo à iniciativa privada de interesse público; crescimento das parcerias entre o público e o privado; desregulamentação pela busca de estabelecer um equilíbrio entre liberdade e autoridade; a expressão “interesse público” passa a ser entendida como referência aos interesses da população e não da máquina administrativa. Passa-se a repudiar a forma burocrática de organização da Administração Pública e ganha destaque a privatização, fomento e parceria com o setor privado.¹⁴

É nessa nova concepção de Estado que surge a parceria com o setor privado como forma de diminuir o tamanho estatal, na medida em que delega ao particular algumas atividades que até então eram desempenhadas exclusiva ou majoritariamente pelo Estado, atendendo ao princípio da eficiência na prestação desses serviços. O

¹² VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública. 2^a edição. Belo Horizonte. Fórum, 2010, p. 37.

¹³ Op. cit. (nota 1 supra), p. 12 e 13.

¹⁴ Op. cit. (nota 1 supra), p. 14 a 20.

conceito de parceria tratado dessa forma abrange a parceria público – privada sob as formas de concessão patrocinada e concessão administrativa.

1.2. A Constituição Brasileira de 1988 e a descentralização na prestação de serviços públicos.

O direito brasileiro não ficou inerte a essas alterações. A partir da década de 80 a Administração Pública brasileira começa a sofrer reformas e o instituto da privatização ganha força no cenário nacional como um meio de reduzir o tamanho da atuação do Estado e de seu aparelhamento administrativo, com a consequente quebra de monopólios e delegação de serviços públicos aos particulares.¹⁵

A Constituição de 1988 adotou a fórmula do Estado Democrático de Direito e normas que dão destaque para a participação popular em várias questões que envolvam a administração pública. No texto constitucional foi explicitado que determinados serviços não são exclusivos do poder público, o que abriu espaço para duas possibilidades: prestação pelo Poder Público com a participação da comunidade ou prestação pelo particular.¹⁶ Já no que diz respeito à burocratização, a Constituição/88 retrocedeu em alguns aspectos, como a previsão de regime jurídico único para todos os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas; além da exigência de concurso público para todas as categorias, inclusive da Administração Indireta. Essa caminhada na contramão serviu, contudo, para incentivar a procura de novos caminhos na busca da eficiência na prestação de serviços públicos, principalmente.

Atualmente há uma tendência praticamente universal de Reforma do Estado e, no que diz respeito à Administração Pública, a ideia é transformá-la de “administração pública burocrática” para uma “administração pública gerencial”, voltada para o atendimento do cidadão. A distinção essencial está na flexibilização de procedimentos e na mudança quanto à maneira de controle, que deixa de ser formal e passa a ser de resultados.¹⁷

¹⁵ Op. cit. (nota 1 supra), p. 27 a 30.

¹⁶ Op. cit. (nota 1 supra), p. 24.

¹⁷ Op. cit. (nota 1 supra), p. 31 a 35.

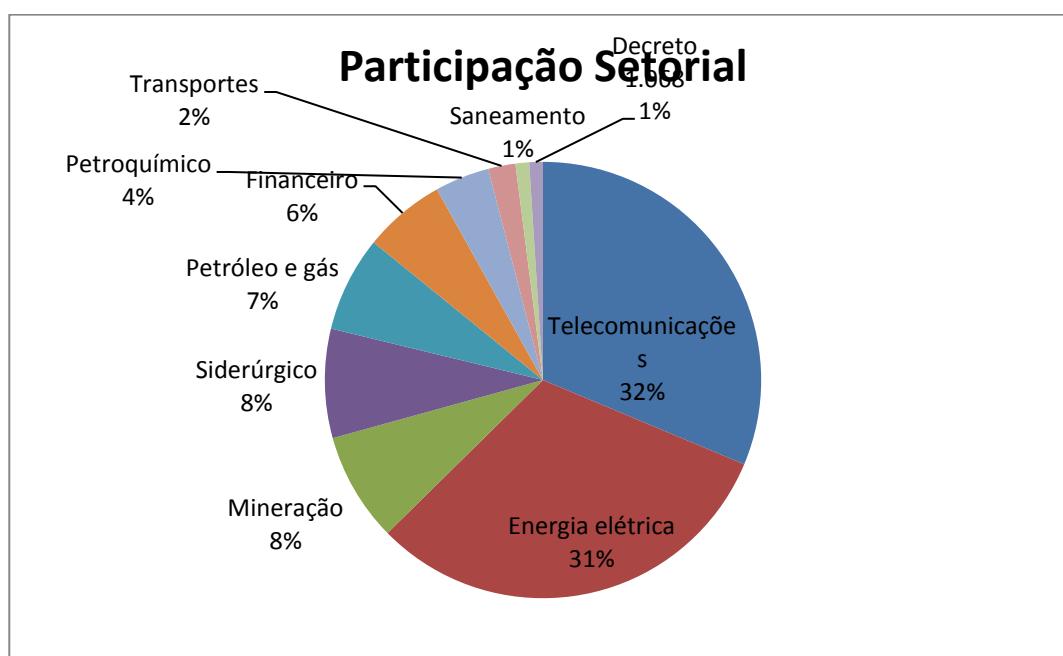
Em relação às privatizações ocorridas no Brasil é certo que elas tomaram impulso a partir dos anos 90. Segundo informações do site do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)¹⁸, o Programa Nacional de Desestatização - PND foi instituído com a Lei nº 8.031, de 12.04.90, quando a privatização tornou-se parte integrante das reformas econômicas iniciadas pelo Governo. Naquela época, foram concentrados esforços na venda de estatais produtivas, pertencentes a setores estratégicos, o que permitiu a inclusão de empresas siderúrgicas, petroquímicas e de fertilizantes no PND. Entre 1990 e 1994, o governo federal desestatizou 33 empresas, sendo 18 empresas controladas e 15 participações minoritárias da Petroquisa e Petrofértil. Foram realizados ainda oito leilões de participações minoritárias no âmbito do Decreto nº 1.068. Com essas alienações o governo obteve uma receita de US\$ 8,6 bilhões que, acrescida de US\$ 3,3 bilhões de dívidas que foram transferidas ao setor privado, alcançou o resultado de US\$ 11,9 bilhões. Os títulos representativos da dívida pública federal, chamados de “moedas de privatização”, foram muito utilizados como meio de pagamento em decorrência da prioridade dada pelo Governo ao ajuste fiscal. Essas “moedas” representaram 81% da receita obtida com as vendas das empresas, no âmbito do PND, no período. As “moedas” aceitas foram: Dívidas Securitizadas, Debêntures da Siderbrás, Certificados de Privatização, Obrigações do Fundo Nacional de Desenvolvimento, Títulos da Dívida Agrária e Letras Hipotecárias da Caixa Econômica Federal.

Ainda segundo informações do site do BNDES¹⁹, a partir de 1995, com o início do governo Fernando Henrique Cardoso, foi conferida maior prioridade à privatização. O PND é apontado como um dos principais instrumentos da reforma do Estado, sendo parte integrante do Programa de Governo, e o Conselho Nacional de Desestatização – CND é criado em substituição à Comissão Diretora. Iniciou-se uma nova fase da privatização, em que os serviços públicos começam a ser transferidos ao setor privado. Foram incluídos os setores elétrico, financeiro e de transporte, rodovias, saneamento, portos e telecomunicações. Um dos principais objetivos tem sido o de proporcionar uma melhoria na qualidade dos serviços prestados à sociedade brasileira, através de aumento de investimentos a serem realizados pelos novos controladores. No período 1995-2002 constatou-se redução da utilização de “moedas de privatização” e aumento do ingresso

¹⁸ Disponível em http://www.bnDES.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bnDES_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/especial/Priv_Gov.PDF, [10/08/2013].

¹⁹ Op. cit. (nota 18 supra).

de moeda corrente nacional, que passou a representar 95% do total arrecadado nos leilões de privatização – isso porque no período mencionado houve estabilização da moeda nacional, o Real. A participação do capital estrangeiro foi bastante significativa no período 1995-2002, atingindo 53% do total arrecadado com todas as desestatizações realizadas no Brasil. As empresas nacionais responderam por 26% da receita, cabendo 7% às entidades do setor financeiro nacional, 8% às pessoas físicas e 6% às entidades de previdência privada, como pode ser visto no quadro da página seguinte. Segue a tabela referente aos dados de 1990/ 2000 sobre os setores no Brasil que as privatizações mais tiveram participação²⁰:



É com base nessa ideia de uma administração pública mais gerencial, flexível e menos burocrática que se iniciou um processo de descentralização administrativa e de onde tomou impulso as privatizações. A Lei 9491 de 1997 (“Lei das Privatizações”) em seu artigo 2º, § 1º expressa o que é considerado desestatização:

- a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações

²⁰ Gráfico elaborado com base no gráfico do estudo do BNDES, disponível em http://www.bnDES.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bnDES_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/especial/Priv_Gov.PDF, [10/08/2013].

sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;

- b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.
- c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

A *transferência para empresas privadas* foi a primeira modalidade utilizada para transferir a terceiros a execução de serviços públicos comerciais e industriais. Mais tarde, começou a surgir o fenômeno da *descentralização por serviços*, na qual o poder público cria pessoa jurídica e a ela é atribuída a titularidade de determinado serviço público – surgem as sociedades de economia mista e empresas públicas. Atualmente, há a tendência de o Estado utilizar a *concessão de serviços públicos* como forma de delegação dos mesmos a empresas privadas, sem deixar de lado a possibilidade de concessão a empresas estatais.²¹

Como já demonstrado pela breve história das privatizações no Brasil, todo esse caminho de descentralização da administração pública foi acompanhado pelo direito brasileiro, que teve como base principal o direito francês. Contudo, por força da própria globalização, nota-se uma influência cada vez maior do sistema da *Common Law* e do direito comunitário europeu no que diz respeito à instituição das parcerias público-privadas: instituição essa que faz parte de um processo de descentralização de serviços públicos prestados pelo Estado, a qual foi instituída como modalidade de contrato administrativo no direito brasileiro pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

1.3. Parcerias Público – Privadas no Brasil (PPPs)

1.3.1- Introdução

²¹ Op. cit. (nota 1 supra), p. 51 a 58.

As parcerias público-privadas no Brasil foram instituídas pela Lei 11.079/ 2004. As justificativas para essa lei constam da mensagem que acompanhou o projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional – o legislador brasileiro se utilizou da inspiração do direito estrangeiro, sobretudo da *common law* e do direito comunitário europeu, onde o instituto já havia ganhado força. O legislador deixou claro que essas parcerias tiveram grande êxito em países como Reino Unido, Portugal, Espanha e África do Sul, como meio de contratação pelo Poder Público perante a falta de recursos e como uma forma de aproveitar a eficiência conseguida pelo setor privado. Acrescentou ainda que “*as Parcerias Público Privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprindo demandas desde as áreas de segurança pública, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica.*”²².

Um dos principais objetivos declarados pelo governo diz respeito à necessidade de realização de obras de infraestrutura, para as quais o Estado não tem recursos suficientes. Segundo Di Pietro²³ esse objetivo é controverso, uma vez que a lei aprovada prevê duas modalidades de parceria – concessão patrocinada e concessão administrativa – nas quais a forma de remuneração abrange total ou parcialmente contribuição pecuniária do poder público.

Até a promulgação dessa lei, quando a Constituição Federal se referia à concessão, tinha-se que entender que a referência era à concessão de serviço público. Após essa lei, ainda que a Constituição permaneça mencionando “concessão”, há de se incluir sob a égide dos referidos dispositivos constitucionais a *concessão patrocinada*, que é definida em lei como concessão de serviço público, ainda que sujeita a regime jurídico um pouco diverso.²⁴ Para Di Pietro, “*outro objetivo das parcerias público – privadas, menos declarado, mas também verdadeiro, é o de privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande partes das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifa dos usuários. Esse objetivo é inafastável de um outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, de fuga do direito administrativo, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisão ser utilizados, como a licitação, os concursos públicos para seleção de*

²² Op. cit. (nota 1 supra), p. 142.

²³ Op. cit. (nota 1 supra), p. 143.

²⁴ Op. cit. (nota 3 supra), p. 304.

pessoal, as regras constitucionais sobre serviços públicos e sobre finanças públicas. A justificativa é a busca da eficiência que se alega ser maior no setor privado do que no setor público.”

As normas que regulam as parcerias são as estabelecidas pela Lei. No entanto, adicionalmente a elas e conforme o disposto no seu art. 3º aplica-se às concessões administrativas o disposto no arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei 8.987 e o artigo 31 da Lei 9.074/95. Por disposição expressa de seu artigo 3º, §1º, às concessões patrocinadas cabe subsidiariamente às normas da Lei 8.987/ 95. Já as concessões comuns de serviços e obras não sofrem qualquer influxo desta lei e persistem sujeitas à Lei 8987/95 e leis correlatas, conforme indicado no art. 3º, § 2º da Lei 11.079. É o que diferencia os regimes entre umas e outras – o das parcerias é muito mais benéfico para o contratado e torna impossível a transformação de atuais concessões comuns em parcerias, sob pena de favorecimento e inconstitucional burla ao princípio da licitação.²⁵

1.3.2- Conceito e modalidades

Para englobar no conceito de Parceria Públíco – Privada as duas modalidades de parceria previstas na Lei 11.079, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua o instituto como “*contrato administrativo de concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público ou a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público*”.

A) Concessão Patrocinada

É a Lei 11.079/2004 que diz o conceito de concessão patrocinada no seu artigo 2º, § 1º:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª edição, Malheiros, São Paulo 2008, p. 761.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

É uma concessão sujeita a regime jurídico parcialmente diverso da concessão de serviço público comum, ordinária ou tradicional. As diferenças entre as duas concessões não são conceituais, mas de regime jurídico. As principais distinções estão no que se refere à forma de remuneração e aos riscos.

Na modalidade patrocinada, o Poder Público faz a concessão de um serviço público, acompanhado ou não de obra pública, podendo, para isso, patrocinar uma contribuição ou contraprestação pecuniária e até 70% ou mais, se houver autorização legislativa, adicionando a esse montante o valor das tarifas cobradas do público. A remuneração do parceiro nessa modalidade é constituída pela somatória de uma parcela do parceiro público às receitas oriundas das tarifas pagas pelo usuário e das receitas alternativas, complementares ou acessórias ou decorrentes de projetos associados.²⁶

A contraprestação do poder público apenas terá início quando o serviço objeto do contrato se tornar total ou parcialmente disponível. Se a prestação do serviço depender da prévia execução de obra pública e do fornecimento ou instalação de bens, o parceiro privado terá que cumprir essas tarefas com custo próprio, uma vez que a tarifa do usuário também não pode ser cobrada antes que o serviço comece a ser prestado. Com isso, assume essencial importância a figura do financiador do projeto de PPP, previsto pela lei 11.079/2004.²⁷

B) Concessão Administrativa

Nos termos do artigo 2º, §2º da Lei das PPPs:

(...)

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

²⁶ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (coord.). Direito Administrativo. 1ª edição, Malheiros, São Paulo, 2008, p. 390 e 391.

²⁷ Op. cit. (nota 1 supra), p. 150.

Na modalidade administrativa o Poder Público empreita ou terceiriza a prestação de serviços, mesmo aqueles em relação aos quais não se admite a cobrança de tarifa ou aqueles em que o contrato envolva, também, execução de obra e fornecimento ou instalação de bens e equipamentos, e fica inteiramente responsável pela remuneração do parceiro público. Nessa modalidade há a possibilidade dada ao Poder Público de promover a concessão de quase todas as suas atividades, sendo que as exceções são tratadas no inciso III do artigo 4º da lei – *indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.*²⁸

Pode-se afirmar que a concessão administrativa constitui-se em um misto de empreitada – uma vez que o serviço, mesmo prestado a terceiros, é remunerado pela própria administração – e de concessão do serviço público – porque o serviço prestado ou não a terceiros está sujeito a algumas normas da lei 8987, sejam as relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionário. O que não existe, na concessão administrativa, é a tarifa cobrada do usuário porque, nesse caso, haveria concessão patrocinada. Por esse motivo, o objeto do contrato só poderá ser serviço administrativo – atividade- meio – ou serviço social não exclusivo do Estado.

Vale pontuar que a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado é um traço comum nas duas modalidades de PPPs, sob pena de configurar concessão comum. Embora a lei fale em contraprestação pecuniária, nem sempre o poder público desembolsará diretamente valores em pecúnia. A diferença é que enquanto na concessão patrocinada a contraprestação do parceiro público é um plus em relação à tarifa cobrada do usuário, na concessão administrativa ela constituirá a forma básica de remuneração.²⁹

1.3.3- Licitação

Quanto à autoridade competente para a autorização de abertura da licitação e à motivação, a lei disciplina que a minutas de edital serão elaboradas pelo Ministério ou Agência Reguladora em cuja área de competência se insira o objeto do contrato. A autorização para a contratação será dada pelo órgão gestor, a ser instituído por decreto.

²⁸ Op. cit. (nota 3 supra), p. 391.

²⁹ Op. cit. (nota 1 supra), p. 154.

Essa autorização é precedida de estudo técnico sobre a conveniência e oportunidade da contratação e cumprimento de disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal. A dificuldade de dar cumprimento a essa lei é grande, em razão do prazo de duração dos contratos de parceria público- privada, que vai de cinco a trinta e cinco anos e as restrições previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal são limitadas no tempo em função do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual. Não há como o ordenador da despesa fazer estimativas que cubram todo o período de vigência do contrato. As estimativas são feitas para o exercício em que a despesa for efetuada e os dois subsequentes. Por esse motivo, ou essa lei resultará descumprida, no ponto em que empenhará orçamentos futuros, ou levará à rescisão dos contratos que venham a descumpri-la no decorrer de sua execução.³⁰

Em consonância com o princípio da participação popular, inerente ao Estado Democrático de Direito, exige-se que a minuta de edital e de contrato seja submetida à consulta pública, por meio de publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que contenha todas as informações essenciais para que a consulta popular seja efetiva.³¹

A Lei 11.079/04 não estabelece o procedimento a ser adotado para realização da concorrência . O artigo 12 expressa que o certame para a contratação de parcerias público- privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos. Esse artigo, além de sujeitar o certame à legislação sobre licitações e contratos administrativos, estabelece algumas normas específicas sobre a fase de julgamento, indicando critérios. Embora alguns dos critérios apontados prevejam a combinação da maior oferta ou da menor contraprestação a ser paga pela Administração com o da melhor técnica, o inciso I do artigo 12 permite que o julgamento seja precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes. A lei de 2004 trouxe a possibilidade de ser previsto no edital o saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa atender às exigências dentro do prazo. É certo que a lei deixou grande margem de discricionariedade para a elaboração do edital, cabendo à autoridade decidir sobre a

³⁰ Op. cit. (nota 1 supra), p. 171 e 172.

³¹ Op. cit. (nota 1 supra), p. 172.

inclusão ou não de itens como exigência de garantia, responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos executivos das obras, emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem, etc.³²

1.3.4- Contratos de Parceria

O primeiro tipo de contrato é o de gestão por sociedade de propósito específico. Segundo o disposto na Lei das PPPs, em seu artigo 9º e parágrafos, a implantação e a gestão do objeto da parceria serão feitas por sociedade de propósito específico, a qual poderá assumir a forma de companhia aberta com valores mobiliários negociáveis no mercado. Não é permitido ao poder público deter a maioria de suas ações, a não ser quando sua aquisição for efetuada por instituição financeira controlada pelo por ele em face da inadimplência de contratos de financiamento.

Há também o contrato de liberação de pagamentos ao parceiro privado. Seguindo o que é comum nos contratos administrativos de prestação de serviço, o pagamento ao parceiro privado pela execução contratual só poderá ser feito após a disponibilização do serviço objeto do contrato, sendo facultado, se os termos contratuais permitirem, pagar a contraprestação relativa à parcela já fruível do serviço.

Por fim, há o contrato de diretrizes e cláusulas contratuais. No seu artigo 4º a lei aponta certas diretrizes para os contratos de parceria:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

³² Op. cit. (nota 1 supra), p. 173 a 175.

V – transparéncia dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconómicas dos projetos de parceria.

Embora a lei 11.079/04 não fale em equilíbrio econômico – financeiro, não há como negar a observância desse direito. Na concessão patrocinada tal direito é decorrente da aplicação subsidiária da Lei 8987/95. Na concessão administrativa não há disposição expressa nem aplicação subsidiária da 8987/95. Contudo, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro resulta de princípios como os da equidade, razoabilidade, continuidade, indisponibilidade do interesse público. O inciso III do artigo 5º da lei 11.079/04 fala em “repartição de riscos entre as partes”, significando que em caso de ocorrência de desequilíbrio econômico – financeiro do contrato, a administração pública não tem que arcar sozinha com os prejuízos sofridos pelo parceiro privado. Cada parceiro deverá arcar com uma parte do prejuízo, devendo essa repartição de riscos ser disciplinada no contrato.³³ Para as duas modalidades de parcerias está previsto “o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. Essa regra é justificada pelo fato de que para as parcerias o poder público pode oferecer garantias ao financiador do projeto, reduzindo os riscos do empreendimento e possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado”.

O parceiro privado deverá prestar garantias de execução compatíveis com o ônus e riscos envolvidos. O inciso VIII estabelece que no caso das parcerias administrativas não ultrapassarão o limite de 10% do valor do contrato, acrescido, quando for o caso, do valor dos bens que a Administração lhe haja entregado e dos quais será depositário. Por fim, o inciso IX prevê que os ganhos econômicos obtidos pelo parceiro privado em decorrência da redução do risco de crédito nos financiamentos que utilizou serão compartilhados com a administração pública.³⁴

³³ Op. cit. (nota 1 supra), p. 154 e 155.

³⁴ Op. cit. (nota 25 supra), p. 768 a 771.

A contribuição do poder público somente terá início quando o serviço estiver disponibilizado. Por isso, o parceiro privado dependerá de financiamento obtido junto a terceiros, como regra geral. A lei prevê três tipos de garantias para as parcerias público-privada: a garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público; a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado e a contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto.

Em relação ao “fundo garantidor de parcerias público-privadas”, o artigo 16 previu sua criação, “*que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias pelo parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta lei*”. O fundo, para ser assim considerado e existir validamente tem que ser criado por lei que indique as receitas que ficarão vinculadas ao mesmo. O fundo é uma receita específica que a lei afasta do caixa único e vincula a um fim determinado. Sem receita vinculada, o fundo não tem existência legal. Não há possibilidade de o fundo ser criado por instituição financeira, ainda que esta integre a Administração Indireta. O que a instituição financeira poderá fazer é tomar as medidas administrativas para colocar o fundo em funcionamento, depois de ter sido instituído por lei.³⁵

A lei 11.079/04, sem deixar qualquer margem para controvérsia, trouxe a obrigatoriedade da sociedade de propósitos específicos, prevista no artigo 9º, independente de o licitante vencedor ser ou não um consórcio:

Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

³⁵ Op. cit. (nota 1 supra), p. 160 e 161.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

O artigo 14, §1º disciplina a constituição do órgão gestor das parcerias público privadas, a qual conterá representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República. É uma norma aplicável apenas à União. Em cada reunião do órgão deverá participar um representante do órgão da administração pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise. Embora o órgão tenha competência decisória sobre a contratação, depende de prévia manifestação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma. No que diz respeito à licitação, o órgão gestor não a realiza, limitando-se a autorizar a abertura do procedimento e aprovar o edital.³⁶

A lei 11.079/04 não contém normas gerais sobre controle dos contratos de parceria, o que leva à aplicação das mesmas formas de controle previstas para os

³⁶ Op. cit. (nota 1 supra), p. 166.

³⁷ Op. cit. (nota 1 supra), p. 165.

³⁸ Op. cit. (nota 1 supra), p. 166.

contratos de concessão de serviços públicos na Lei 8987/95. Isso não afasta a aplicação dos dispositivos da Constituição Federal relativos a controle.³⁷

É próprio dos contratos administrativos a previsão de penalidades a serem impostas pelo Poder Público ao contratado em caso de descumprimento das cláusulas contratuais. A novidade trazida pela lei 11.079/04 é a aplicação de sanções à Administração Pública – o que é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. A lei não especifica quais são as penalidades cabíveis seja para o parceiro público ou privado, apenas prevê a sua inclusão em cláusula contratual.³⁸

Por fim, em relação ao prazo, o artigo 5º, inciso I, exige que entre as cláusulas dos contratos de parceria conste a referente ao prazo de vigência do contrato, não inferior a 5 anos nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação. Mesmo com as prorrogações, o contrato não poderá superar o prazo de 35 anos. Sendo o prazo do contrato fixado em 35 anos e verificando-se que o mesmo não foi suficiente para recuperação dos investimentos feitos pelo parceiro privado, a prorrogação poderá ser estendida pelo prazo suficiente para que essa recuperação ocorra³⁹.

1.3.5- Os projetos de PPP no Brasil: principais setores de atuação desses contratos e eventos de 2014 e 2016.

Existem hoje no Brasil dois projetos nacionais de em fase de licitação de obras realizadas entre o Poder Público e o setor privado⁴⁰. O primeiro é o “Projeto Datacenter”⁴¹, no qual o Comitê Gestor das Parcerias Público-Privadas, coordenado pelo Ministério do Planejamento, aprovou a minuta do edital, lançado pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal. A PPP proposta para o Complexo Datacenter tem por objeto a prestação de serviços de gerenciamento, manutenção e operação da

³⁹ Op. cit. (nota 1 supra), p. 67.

⁴⁰ Disponível em http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/projetos/nacionais/projetos_nacionais.html [10/08/2013].

⁴¹ Disponível em http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/projetos/nacionais/projetos_Datacenter.html [10/08/2013].

infraestrutura predial do complexo que deverá ser compartilhado pelas duas instituições dando maior segurança aos arquivos dos clientes e das duas instituições bancárias. O Complexo será construído na chamada Cidade Digital, em Brasília e deverá estar concluído em 2011. O contrato prevê a execução da obra civil (um edifício que abrigará equipamentos de processamento e armazenamento de dados) e a instalação de bens pelo consórcio que vencer a licitação, bem como as atividades de operação e manutenção ao longo do contrato.

O Datacenter terá um total de 24.000m² de área construída dos quais 5.200m² serão de piso elevado destinado à área de Tecnologia da Informação. Estima-se, ainda, a criação de cerca 500 novos empregos durante a execução das obras civis. De acordo com o projeto de PPP, serão firmados com a concessionária vencedora do certame dois contratos, sendo o primeiro o de arrendamento do terreno, e o segundo que tratará da prestação dos serviços. O prazo de vigência do contrato é de 15 anos e o valor máximo do contrato será de pouco mais de R\$ 1 bilhão de reais, sendo que o investimento inicial previsto supera R\$ 260 milhões. Com o encerramento do contrato todas as benfeitorias edificadas no terreno passarão ao controle das Consorciadas. (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal). De acordo com o projeto encaminhado pelo BB e Caixa, a parceria vai permitir, entre outras coisas, a simplificação da gestão; a agregação de expertise, agilidade e eficiência do parceiro privado; e a simplificação, durante toda a vigência do contrato, dos processos para adequações que vierem a ser necessárias na infraestrutura predial. Outras vantagens destacadas no projeto são a redução do risco de continuidade; o compartilhamento dos riscos com o setor privado; a garantia da continuidade dos negócios, mesmo em caso de desastres; a redução dos riscos operacionais; adesão aos normativos internacionais (Basiléia II) e, também o não investimento de vultosos recursos pelo Estado.

O outro projeto é “Projeto Pontal” ⁴², com localização na Região do Vale do médio São Francisco, no município de Petrolina/PE. O objetivo é a contratação de empresa para concessão patrocinada do Serviço de Irrigação no Perímetro Pontal, em Petrolina (PE), precedido de obras de conclusão da infraestrutura. A região conta com aproximadamente 33 mil hectares, dos quais 7,7 mil são irrigáveis. O prazo de concessão é de 25 anos. Podem participar pessoas jurídicas brasileiras ou estrangeiras, entidades de previdência complementar, e fundos de investimento, isoladamente ou em

⁴² Disponível em http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/projetos/nacionais/projetos_irrigacao.html [10/08/2013].

consórcio. A sessão pública de recebimento, abertura e julgamento das garantias da proposta será realizada nos dia 29 de março de 2010, das 9h às 14h, na BM & FBOVESPA, localizada na cidade de São Paulo. No mesmo local, no dia 31 de março de 2010 a partir das 10h, será realizada a sessão pública de abertura e julgamento das propostas. O critério de julgamento será o menor valor da contraprestação (peso de 35%) combinado com melhor técnica (peso de 65%), entendida como o maior percentual de ocupação das áreas irrigáveis com pequenos agricultores integrados. O valor teto da contraprestação está fixado em R\$ 202,3 milhões e o percentual mínimo de ocupação com pequenos agricultores está fixado em 25%.

Em âmbito estadual, Santa Catarina, Rio Grande do Norte, Piauí, Goiás, Ceará, Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Sergipe, São Paulo, Pernambuco, Minas Gerais, Bahia, Paraíba, Espírito Santo e Amazonas já possuem legislação disciplinando os contratos de PPP⁴³. Em Minas Gerais, por exemplo, foi inaugurado em 2013 o primeiro complexo penal do país realizado a partir do contrato de parceria público – privada, o qual será objeto de estudo no capítulo 3 desse trabalho. Outros Estados já têm projetos em andamento. São exemplos desses projetos:

a) São Paulo/ Saúde⁴⁴: O Estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Saúde, iniciou o procedimento de consulta pública da "concorrência internacional para contratação de concessão administrativa para a construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais em quatro complexos hospitalares". Serão disputados dois lotes:

- Lote 1: Hospital Estadual de Sorocaba e Centro de Reabilitação e Tratamento dos Olhos e Ouvidos – CERTOO;
- Lote 2: Hospital Estadual de São José dos Campos e Hospital Centro de Referência da Saúde da Mulher – HCRSM.

A PPP foi estruturada via Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), publicado em outubro de 2012. O prazo da concessão administrativa será de 20 (vinte) anos. Os valores estimados dos contratos dos Lotes 1 e 2 são, respectivamente, R\$ 2.251.309.000,00 (dois bilhões, duzentos e cinquenta e

⁴³ Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/projetos/estaduais/estaduais.html> [10/08/2013].

⁴⁴ Disponível em <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/estado-de-s%C3%A3o-paulo-inicia-consulta-p%C3%BAblica-sobre-ppp-para-implanta%C3%A7%C3%A3o-de-novos-hospitais> [10/08/2013].

um milhões e trezentos e nove mil reais) e R\$ 2.578.314.000,00 (dois bilhões, quinhentos e setenta e oito milhões e trezentos e catorze mil reais), calculados, segundo o edital, "com fundamento nos investimentos previstos no contrato de concessão e o somatório das contraprestações estimadas para o período contratual".

- b) Rio Grande do Sul/ Transporte urbano⁴⁵: A Prefeitura de Porto Alegre, por intermédio da Secretaria Municipal de Gestão e Acompanhamento Estratégico – SMGAE e da Empresa Pública de Transporte e Circulação - EPTC, publicou a Solicitação de Manifestação de Interesse 03/2012, cujo objeto é a "apresentação de estudos técnicos com vistas a composição do edital de PPP para implantação da fase 1 do Metrô de Porto Alegre". Foram solicitados estudos de viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica. A implantação da fase 1 prevê a celebração de um contrato de concessão patrocinada. Os interessados em participar do procedimento deverão manifestar-se no dia 12 de novembro, em sessão pública a ser realizada no município. A Prefeitura disponibilizou o termo de referência para os estudos de viabilidade, assim como outras informações relevantes sobre o projeto. O valor máximo global dos estudos apresentados não poderá ultrapassar o teto de R\$ 4.150.000,00 (quatro milhões cento e cinquenta mil reais).

Algumas das obras que o Brasil está realizando para os eventos de 2014 e 2016, Copa do mundo de futebol e Olimpíada, respectivamente, também estão sendo realizadas por contrato de parceria público-privada. Os contratos foram realizados para a construção/ reforma principalmente de estádios. Dos nove estádios de propriedade pública⁴⁶, previstos para a Copa 2014, cinco deles estão contratados no regime de PPP: Bahia (Fonte Nova); Pernambuco (Cidade da Copa); Minas Gerais (Mineirão); Ceará (Castelão) e Rio Grande do Norte (Arena das Dunas). Todos eles seguem o modelo da

⁴⁵ Disponível em <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/porto-alegre-solicita-estudos-de-viabilidade-para-linha-do-metr%C3%B4> [10/08/2013].

⁴⁶ Disponível em <http://www.sinaenco.com.br/downloads/Bernasconi.pdf> [10/08/2013].

Concessão Administrativa, ou seja, em que há uma contrapartida mensal ou anual assegurada pelo Poder Público, com variações em função do desempenho⁴⁷.

⁴⁷ No caso da Bahia, os estudos prévios – no formato de Manifestação de Interesse Privado – foram liderados por uma empresa de engenharia consultiva (*Setepla-Tecnometal e Schultz+Partner*) que segue como a projetista executiva. No Mineirão a autorização foi dada à EBP, que subcontratou o escritório de arquitetura Gustavo Pena, para a concepção e anteprojeto (entendido como menos que o projeto básico). Na sequência o consórcio executor contratou BCMF Arquitetos para completar o projeto. Em Pernambuco, o projeto foi elaborado por Fernandes Arquitetos Associados sob os auspícios do grupo privado detentor do terreno. Nos demais casos, o projeto foi contratado diretamente pelo Poder Público. Em Fortaleza o projeto está a cargo da Vigliecca & Associados; O Rio Grande do Norte optou pela contratação direta de empresa internacional: a *Populous Architects*. (op. cit. nota 36 supra).

CAPÍTULO 2:

AS EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS E BRASILEIRA EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

2.1- Experiências estrangeiras

Em nível mundial há hoje em torno de 200 presídios privados, sendo que grande parte deles está nos EUA. No entanto, o pioneirismo nesse assunto é creditado ao Reino Unido, país que em 1992 deu início a esse sistema e que até 2011 contava com nove presídios privados de um total de 138 penitenciárias⁴⁸. Os projetos ingleses sobre o tema são desenvolvidos sob um instrumento denominado “Iniciativa para o Investimento Privado” (em inglês, PFI de *Private Finance Initiative*). Nessa modalidade de associação público-privada, o setor público mantém a responsabilidade pela provisão de parte dos serviços⁴⁹.

O conceito de PFI foi introduzido no Reino Unido em 1992, portanto mesmo ano em que se iniciou a aplicação do sistema de parceria do setor público e privado nos presídios. No começo houve problemas devido a uma falta de coordenação, já que muitos projetos estavam sendo feitos simultaneamente e de forma muito rápida. A correção desses problemas incluiu a formação de uma “força-tarefa” do Tesouro para coordenar os projetos, a definição de prioridades, a remoção de obstáculos técnicos e uma abordagem flexível que permitiu que as PPPs admitissem outros modelos além do típico *conceber, construir, financiar e operar*. Segundo informações obtidas pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) junto ao *International Financial Services* de Londres⁵⁰, no período de pouco mais de 10 anos desde a introdução do instrumento, o

⁴⁸ SANTOS, Jorge Amaral dos, A utilização das parcerias público-privadas pelo sistema prisional brasileiro em busca da ressocialização do preso. Uma perspectiva possível, 2011, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/utiliza%C3%A7%C3%A3o-das-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-pelo-sistema-prisional-brasileiro-em-busca-da-res> [21/07/2013].

⁴⁹ SIGWALT, Sandra Rosane Clausen, Altamiro Manoel da Silva, Rosa Maria Mazzardo Tawaraya, *Projetos de Parceria Público-Privada como Sistema de Cooperação Financeira e Organizacional entre o Setor Privado e a Administração Pública*, 2004, disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055732.PDF> [21/07/2013].

⁵⁰ Op. cit. (nota 49 supra).

governo britânico assinou mais de 500 projetos de PFI, que ultrapassam os U\$ 70 bilhões em investimento.

Os contratos de PFI são regularmente avaliados e auditados pelo *National Audit Office* (NAO), instituição independente do Governo Britânico ligada ao Parlamento (o equivalente ao TCU no Brasil). Uma das principais conclusões dessas avaliações é que as PFIs tem-se mostrado superiores às formas convencionais de contrato, sobretudo no que diz respeito ao prazo de conclusão do projeto, ao cumprimento do orçamento previsto e à relação preço-qualidade dos serviços prestados⁵¹.

2.1.1- Experiência dos Estados Unidos.

A experiência norte-americana, que surgiu nos anos 80, tem cerca de 150 prisões de administração privatizada em 28 estados. A súmula 1981 da Suprema Corte dos Estados Unidos determina que "*não há obstáculo constitucional para impedir a implantação de prisões privadas, cabendo a cada Estado avaliar as vantagens advindas dessas experiências, em termos de qualidade e segurança, nos domínios da execução penal*".

No caso dos EUA a tendência é a privatização total da unidade prisional. A direção e gerenciamento do preso ficariam sob a tutela privada, onde o Estado deve fiscalizar diariamente, por meio do seu funcionário denominado *Contract Monitor* – o qual deve acompanhar a administração e vigiar a preservação da dignidade e dos direitos humanos no tratamento dos presos. A parceria entre o Estado e o setor privados nos EUA adotou três espécies na privatização⁵²: a) arrendamento, b) a utilização de alguns serviços contratados e c) a transferência da direção aos particulares.

- a) No arrendamento das prisões o governo aluga uma propriedade (a prisão é construída por um particular). Certo tempo depois a propriedade da prisão passa a ser do Estado.
- b) A modalidade de serviços contratados de uma empresa privada se refere a alimentação ou serviços médicos. Isto acontece muito em casos de prisões nas quais o agente privado vai formar e dirigir este tipo de estabelecimento.

⁵¹ Op. cit. (nota 49 supra).

⁵² Op. cit. (nota 49 supra).

- c) Na transferência de direção aos particulares, pode acontecer de o agente privado ser responsável pela construção da prisão, mas o elemento fundamental dessa espécie de privatização é que ele dirija a unidade. Nesse caso, contudo, a redução de custo para os cofres públicos é de apenas 1%. Por isso, os americanos discutem o que consideram gastos excessivos para manutenção do sistema prisional privado e os grandes ganhos das empresas administradoras do sistema (entre elas a *Corrections Corporation of America* e *Wackenhut*). Soma-se a isso o fato de que os gastos também seriam muito elevados comparativamente ao que é destinado para educação das classes mais vulneráveis, consideradas as mais propensas a cometerem crimes e/ou sofrerem violência.

Nos EUA o governo propôs uma forma de financiar a construção de novos estabelecimentos com empréstimos de longo prazo, tomados no mercado, lançando “títulos de obrigação geral”. O Estado obteve capital a taxas relativamente competitivas. As receitas para construção de prisões são financiadas com títulos públicos e os presos são considerados terceiros beneficiários dos contratos celebrados entre o Poder Público e as empresas particulares. Os contratos para essa parceria são estruturados em diversos Estados e municípios, sendo que cada localidade estabelece procedimentos de acordo com suas concepções sobre o tema⁵³.

2.1.2- Experiência francesa

Na França o modelo de privatização do sistema prisional teve início em 2004. A ideia de delegar parte dos custos dos presídios com o setor privado surgiu por causa da crise de superlotação que vivia o sistema. Muitos projetos de lei tramitaram na França até se chegar a Lei n. 87/432 de 1987. Ela estabelece a forma de participação no sistema por meio do processo licitatório. Há a dupla gestão, incumbindo ao Estado e também à empresa privada o gerenciamento e a administração conjunta do estabelecimento prisional.

O Estado Francês indica o Diretor-Geral do estabelecimento, a quem compete o relacionamento com o juízo da execução penal e a responsabilidade pela segurança

⁵³ Op. cit. (nota 49 supra).

interna e externa da prisão. A empresa privada encarrega-se de promover o trabalho, educação, transporte, alimentação, o lazer, bem como a assistência social, jurídica, espiritual e a saúde física e mental do preso, recebendo do Estado uma quantia por preso/dia para a execução desses serviços⁵⁴.

Neste modelo, todos os serviços penitenciários podem ser privatizados, com exceção da direção, da secretaria e da segurança. A união do poder público e iniciativa privada visariam propiciar aos detentos melhores condições de reintegração na sociedade

Ao contrário dos Estados Unidos⁵⁵, a França não admite a possibilidade de gestão integralmente feita pelo setor privado, mas tão somente a Gestão Mista. A direção geral, administração e segurança externa do presídio cabem ao setor público. Para a iniciativa privada: a construção do estabelecimento, a guarda interna dos presos, a promoção do trabalho, da educação, do transporte, da alimentação do lazer, a assistência social, jurídica e espiritual, a saúde física e mental do preso.

Em 2003, Luiz Flávio Borges D'Urso, advogado criminalista, que presidiu o Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária de São Paulo e é Membro do Conselho Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, emitiu a seguinte opinião: *“Registro que sou amplamente favorável à privatização, no modelo francês e as duas experiências brasileiras, uma no Paraná há um ano e outra no Ceará, há dois meses, há de se reconhecer que são um sucesso, não registram uma rebelião ou fuga e todos que orbitam em torno dessas unidades, revelam que a ‘utopia’ de tratar o preso adequadamente pode se transformar em realidade no Brasil. [...] Das modalidades que o mundo conhece, a aplicada pela França é a que tem obtido melhores resultados e testemunho que, em visita oficial aos estabelecimentos franceses, o que vi foi animador. Trata-se de verdadeira terceirização, na qual o administrador privado, juntamente com o Estado fazem parceria administrativa, inovando o sistema prisional. Já o modelo americano, o qual também visitei, tal seria inaplicável ao Brasil, porquanto a entrega do homem preso ao particular é total, fato que afrontaria a Constituição brasileira. [...] De minha parte, não me acomodo e continuo a defender essa experiência no Brasil, até porque não admito que a situação atual se perpetue, gerando mais criminalidade,*

⁵⁴ Op. cit. (nota 48 supra).

⁵⁵ Op. cit. (nota 49 supra).

*sugando nossos preciosos recursos, para piorar o homem preso que retornará, para nos dar o troco!*⁵⁶

2.2- Experiência brasileira

2.2.1- A situação do sistema e da população carcerária no Brasil

No que diz respeito à legislação pátria, na Constituição Federal está grande parte dos direitos assegurados aos presos, basicamente em seu artigo 5º⁵⁷, podendo-se dizer,

⁵⁶ MURARO, Celia Cristina, *As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro*, disponível in http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12136 [22/07/2013].

⁵⁷ III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. *Relatório das Nações Unidas e outras boas práticas no tratamento de presos no sistema de justiça criminal*. Instituto Europeu das Nações Unidas para Prevenção e Controle do Delito, Brasília, 2011, p. 33.

dessa forma, que são direitos fundamentais de aplicabilidade imediata. A legislação nacional se baseia na ideia de que a execução da pena privativa de liberdade deve ter por base o princípio da humanidade, sendo que qualquer modalidade de punição desnecessária, cruel ou degradante será de natureza desumana e deve ser combatida. Os direitos e garantias dos presos também encontram respaldo na Lei de Execução Penal (LEP), a qual objetiva efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, trazendo isso de forma clara em seu artigo 1º. Os presos têm, portanto, assegurado tanto pela Constituição Federal, quanto pela Lei de Execução Penal seus direitos à vida, à dignidade, à liberdade, à privacidade, dentre outros.

Da leitura da LEP conclui-se facilmente que alguns de seus artigos estão em perfeita sintonia com as “Regras Mínimas para Tratamento dos Presos”, elaborada pela ONU em 1955. Por não serem tratados internacionais, essas regras não têm poder vinculante, servindo apenas como diretrizes para os Estados. As principais são: a) separação dos presos de acordo com categorias, tais como primário, reincidente, por exemplo; b) fornecimento de condições mínimas de saúde, vestimenta, alimentação, higiene, etc; c) regras sobre disciplinas e sanções; direitos do preso à informação, direito de queixa; d) regras sobre exercícios, lazer e trabalho; e) treinamento de funcionários penitenciários.

Mais recentemente um manual intitulado⁵⁸ “Instrumento Internacional para o Desenvolvimento de Políticas Penitenciárias” foi desenvolvido no Centro Internacional para Reforma do Direito Penal e Política de Justiça Criminal em Vancouver, no Canadá, para melhoria da atual política penitenciária. Desenvolveram uma espécie de ferramenta para auxiliar países na elaboração e avaliação de suas políticas penitenciárias, independentemente de região ou cultura. Esse manual é uma compilação de normas e políticas a partir de várias fontes nacionais e internacionais, incluindo as da ONU. As seis áreas principais do Instrumento incluem: administração, gerenciamento de caso, direitos dos internos, segurança, saúde e disciplina. Esse instrumento pode ser adaptado

para atender as características específicas de várias regiões e países. Mais que isso, essas regras devem servir para estimular um constante esforço para superação de dificuldades práticas no modo de suas aplicações.

Mesmo com todo o aparato legislativo nacional que muito dialoga com as recomendações da ONU sobre os direitos dos presos, o que se observa na prática é que, apesar de todas essas garantias, o sistema penitenciário brasileiro é alvo de muitas críticas por parte de organizações nacionais e internacionais de direitos humanos, na medida em que apresenta deficiências e ilegalidades que, ao invés de proporcionar a ressocialização do condenado, produz uma quantidade significativa de infratores reincidientes. A superlotação dos estabelecimentos prisionais, a falta de projetos de socialização dos detentos, a precariedade e insalubridade dos presídios – que tornam o cárcere um ambiente propício à proliferação de doenças e epidemias – somados com a falta de compromisso do poder público, demonstram um cenário crítico do atual sistema penitenciário nacional. A falta de atenção em garantir o cumprimento efetivo dos direitos humanos e de outras prerrogativas que os submetidos à pena privativa de liberdade têm, acabam incentivando o retorno para a criminalidade.

O Relatório de Atividades 2010⁵⁹ do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão ligado ao Ministério da Justiça, trouxe que “*o crescimento vertiginoso da população prisional e do déficit de vagas, em confronto com o histórico de esforços do Poder Público para a geração de novas delas, é um dado revelador de que esse não pode ser o único componente fundamental das políticas penitenciárias, senão apenas mais um, dentro e um mosaico bem mais amplo e diferenciado. Existem dados que revelam, por exemplo, que elevada parcela da população prisional é composta por presos reincidientes, o que aponta, dentre outras coisas, para o papel deficitário que vem sendo desempenhado nos sistemas penitenciários locais*”.

O mesmo departamento divulgou⁶⁰ que no Brasil há um déficit de mais de 135.000 vagas. Dos 336.358 presos existentes no país, 262.710 cumprem pena em penitenciárias as quais se encontram em condições precárias – o país possui 175

⁵⁹ Ministério da Justiça, Relatório de Gestão 2010, disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={01A851E7-7146-40CA-8A09F39B000AB667}&BrowserType=NN&LangID=pt-br> [29/07/2013].

⁶⁰PASTANA, Debora Regina, *Estado Punitivo e Encarceramento em Massa: Retratos do Brasil Atual*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 77, meses de março- abril, IBCCRIM, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

presídios nessa situação. Estima-se que seja necessária a construção de mais 130 prisões para que não haja superlotação, a um custo médio de 15 milhões de dólares para cada unidade construída.

Dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁶¹ informam que o Brasil tem a terceira maior população carcerária de todo o mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Nos últimos cinco anos, houve um crescimento de pouco menos de 40% no número de presos do país. Do total da população carcerária, cerca de 44% ainda são presos provisórios, ou seja, esperam o julgamento de seus processos. O uso excessivo da prisão provisória no Brasil como uma espécie de antecipação da pena é uma realidade preocupante. Outro dado considerado grave pelo CNJ é a superlotação dos estabelecimentos prisionais do País - o Brasil está atrás somente da Bolívia nesse item. A situação nos presídios levou o Brasil a ser denunciado em organismos internacionais.

Segundo dados do InfoPen⁶² (Sistema de Informações Penitenciárias, ligado ao Ministério da Justiça), apenas 17% do total presos brasileiros exerciam algum tipo de atividade laboral dentro do sistema penitenciário, em 2012. Nos últimos 5 anos, o número de presos que trabalham dentro das prisões cresceu 6%, mas a média ainda é baixa. As mulheres, respeitando as proporções dos números, geralmente trabalham mais que os homens – 25% do total de presas estão desenvolvendo alguma atividade laboral dentro dos presídios, enquanto entre os homens a taxa é de 16%. As atividades internas que mais foram desenvolvidas pelos presos em 2012 foram: apoio ao estabelecimento penal (42%), parceria com a iniciativa privada (32%), artesanato (16%), atividade industrial (4%), parceria com órgãos do Estado (4%), parceria com paraestatais (ONGs e Sistema S) (1%) e atividade rural (0,9%). O estado que apresentou um melhor panorama para esse quesito foi Santa Catarina. Já o Ceará foi o estado que apresentou a pior taxa. São Paulo, Estado com a maior população carcerária do país (190.818 presos até junho de 2012), apresentou uma média de 234 presos em cada 1.000 que estão desenvolvendo atividades laborais dentro dos presídios nos últimos cinco anos.

⁶¹ Disponível em <http://apamagis.jusbrasil.com.br/noticias/2396283/brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo>, [29/07/2013].

⁶² Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/iab/levantamentos/populacao-carceraria-e-trabalho-nas-penitenciarias/>, [29/07/2013].

A solução imediata, mas insuficiente e pouco eficaz, seria a construção de mais presídios ou disponibilização de vagas, com a adoção de um sistema prisional que concretizasse a reabilitação e impedisse a reincidência, nos termos idealizados na legislação vigente. Para amenizar a superlotação dos presídios seria necessária a realização de mutirões para verificar a situação dos detentos, fazer uma reavaliação dos processos criminais, com objetivo de averiguar aqueles que fazem jus a concessão benefícios como a progressão de regime ou liberdade condicional. Ainda assim, essa alternativa seria apenas paliativa ante a inexistência de projetos de ressocialização, pois os detentos, uma vez soltos, acabam retornando para a criminalidade e assim para o sistema penitenciário, na forma de um círculo vicioso.

A superlotação, a falta de programas de trabalho, educação e profissionalização, acaba incentivando o sedentarismo e uso de drogas que, em conjunto com a falta de higiene, os ambientes precários e insalubres dos presídios, a proliferação de diversas doenças (tuberculose, pneumonia, hepatite e doenças sexualmente transmissíveis), torna ineficazes quaisquer medidas imediatas que não venham acompanhadas de um projeto completo de mudança do sistema carcerário e da população presa. O fato de muitos condenados estarem cumprindo pena em estabelecimentos inadequados, precários e superlotados, sob a guarda e responsabilidade de agentes despreparados e preocupados com a própria segurança, são incentivo para fugas em massa de presos ou realização de rebeliões internamente organizadas.

2.2.2- Terceirização do sistema carcerário no Brasil

Compete ao Estado exercitar e executar o “direito de punir”, cabendo-lhe a realização do direito penal material e a concretização da sentença condenatória. Na execução da pena, o “Estado- Administração” atua por meio de seus órgãos, embora sob controle jurisdicional. Dessa forma, a responsabilidade pela assistência e integridade física e moral de um condenado ao regime fechado cabe ao Estado. O que acontecer ao preso durante seu cumprimento de pena em estabelecimento prisional é imputado ao Estado. Contudo, diante da má situação em que se encontra parte considerável dos presídios do país e das condições degradantes pelas quais muitos condenados passam,

tem-se argumentado em favor da terceirização de serviços carcerários no Brasil, quando não em favor da privatização do sistema prisional⁶³.

Baseado no modelo francês, o Brasil em 1999 deu início à terceirização de prisões no Estado do Paraná. Apesar de ter interrompido o modelo em 2006, a experiência paranaense influenciou para outras unidades da federação, entre elas: Santa Catarina, Espírito Santo, Bahia, Ceará e Amazonas. No final de 2008, eram 16 os estabelecimentos penais operados por empresas privadas no país. No modelo de terceirização atualmente em curso no Brasil, cabe ao Estado a construção e a execução das funções de direção (executadas por funcionários públicos lotados nas unidades penais) e segurança externa da unidade (realizada pela Polícia Militar). A empresa privada é responsável pelo fornecimento dos demais serviços necessários ao funcionamento do estabelecimento penal, o que inclui alimentação, vestuário, serviços de vigilância interna (executados por agentes penitenciários da empresa contratada), assistência médica, jurídica e social, bem como atividades que visam à reinserção do interno: trabalho prisional, cursos profissionalizantes, ensino fundamental e médio, dentre outros. O setor privado parceiro do Estado é remunerado mediante o pagamento de montantes fixos, correspondentes ao número de presos no estabelecimento penal⁶⁴.

A terceirização é a contratação de uma empresa específica para a realização de uma atividade-meio, que será desempenhada por terceiros, não se tratando de uma delegação de serviços públicos, mas sim, de contrato de prestação de serviços. Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁵ que “*cada vez que a Administração Pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando*”. A melhor exemplificação diz respeito aos serviços de vigilância e limpeza, os quais passaram a ser atribuídos para a empresa privada. A atividade de controle é desempenhada por funcionários vinculados a uma empresa privada, contratada para a prestação desses serviços. Configura-se terceirização, portanto, no

⁶³FORTINI, Cristiana (org.), *Terceirização na Administração*, 1^a edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009, 81p.

⁶⁴ CABRAL, Sandro e Sergio G. Lazzarini, *Impactos da Participação Privada no Sistema Prisional: Evidências a partir da Terceirização de Prisões no Paraná*, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rac/v14n3/v14n3a02.pdf> [02/08/2013].

⁶⁵ Op. cit. (nota 3 supra), p. 344 .

sentido de que o Estado permanece como titular da atividade, ainda que o seu desempenho seja realizado por uma empresa privada⁶⁶.

É certo afirmar que a terceirização não é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, desde que não seja para atividades-fim do Estado. As atividades- meio podem ser perfeitamente terceirizadas, sendo que o Estado permanece como titular das delas e a empresa privada contratada consegue realizar a prestação de serviço terceirizado com melhor qualidade.

Segundo informações obtidas no site oficial da Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos – Bahia⁶⁷, nesse Estado, os seguintes presídios possuem cogestão com a iniciativa privada: 1) Conjunto Penal de Juazeiro, 2) Conjunto Penal de Serrinha, Conjunto Penal de Valença, 3) Conjunto Penal de Lauro de Freitas e 4) Conjunto Penal de Itabuna. A empresa Reviver em conjunto com o Governo do Estado administra os três primeiros complexos penitenciários citados. A empresa, como cogestora, é responsável pelo projeto operacional; gerência operacional e administrativa; pessoal de segurança, técnico e administrativo; suprimentos para os internos; alimentação; veículos; medicamentos; manutenção; ressocialização; gestão administrativa; projeto educacional, laborativo, religioso e recreativo. Sob a responsabilidade do Estado estão os cargos de direção, vice-direção e chefia de segurança; a edificação e infraestrutura; bem como a custódia dos internos.

De acordo com a Reviver⁶⁸, vários benefícios vêm sendo alcançados com o sistema de cogestão, como: o preso aprende uma profissão, o que possibilitará, após o seu cumprimento de pena, uma ocupação e geração de renda para a sua família; resultados satisfatórios referentes aos índices de reincidência, de 2% nesse tipo de parceria e de mais de 80% no sistema tradicional, sendo que os investimentos são similares. A humanização da pena e o reflexo na ressocialização dos presos para a sociedade são dois dos principais benefícios conseguidos pela terceirização desses presídios.

⁶⁶ GUEDES, Thalita Moreira, Maria Esperia Costa Moura e Ernani de Souza Cubas Junior, *Terceirização e Parcerias Público-Privadas: Alternativas para Amenizar alguns dos Problemas Enfrentados pelo Sistema Penitenciário Brasileiro*, disponível em http://www.criminal.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Artigos/Artigo_encaminhado_revisada.pdf [02/08/2013].

⁶⁷ Op. cit. (nota 66 supra).

⁶⁸ Disponível em <http://www.reviverepossivel.com/> [02/08/2013].

Em Santa Catarina⁶⁹, na Penitenciária Industrial de Joinville não existe superlotação e os presos não têm permissão para fumar. Vários custodiados trabalham, tendo parte do salário (1/4) destinado à melhoria das instalações da unidade. Sob a responsabilidade da empresa privada está a administração do presídio, incluindo a segurança interna e a prestação de serviços básicos (alimentação, vestuário e atendimento médico). Já o Estado é responsável pela fiscalização da empresa, segurança externa e disciplina dos detentos.

É importante frisar que a terceirização na prestação de serviços como alimentação, vestuário, limpeza, assistência médica, odontológica, psicologia, psiquiátrica e social pode ser realizada, desde que estes profissionais não participem da “Comissão Técnica de Classificação”, no Conselho Disciplinar e na elaboração de laudos (como o exame criminológico), que são solicitados judicialmente para a verificação de possibilidades de benefícios aos presos, sendo que tais atividades influenciam diretamente na execução penal, que é efetuada exclusivamente pelo poder estatal⁷⁰.

Em relação à assistência jurídica, é dever do Estado proporcionar gratuitamente àqueles que não possuem condições de constituir advogado particular, art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, pois se trata de uma atividade-fim. Já em relação à segurança, visto que a empresa privada não possui as mesmas prerrogativas que a Administração Pública – como poder de polícia e presunção de veracidade dos atos administrativos – esta atividade é exercida pelo próprio Estado. Os cargos de direção, vice-direção e chefia de segurança deverão também ser indicados pelo Estado, pois fiscalizarão todas as atividades exercidas pela empresa privada.

2.2.3- Primeira experiência brasileira em parceria público – privada em penitenciária

No dia 28 de janeiro de 2013, em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte – MG foi inaugurada a primeira penitenciária de iniciativa privada do país. A penitenciária foi construída por um consórcio de cinco empresas – uma sociedade de propósito específico na forma de sociedade anônima, respeitando a

⁶⁹ Op. cit. (nota 66 supra).

⁷⁰ Op. cit. (nota 66 supra).

exigência da cláusula 18.1 do edital de contratação⁷¹. O consórcio Gestores Prisionais Associados (GPA), vencedor da licitação, é o responsável por construir e administrar o complexo, obedecendo 380 indicadores de desempenho definidos pelo governo mineiro, por meio de um contrato de concessão administrativa⁷², com prazo de 27 anos. Ao contrário da terceirização, em que a iniciativa privada recebe a prisão a ser administrada, na PPP a empresa parceira tem de construir o presídio do zero com recursos próprios ou financiados. O custo da obra é resarcido aos poucos à iniciativa privada, diluído nas mensalidades que o estado paga pelo serviço de gestão do presídio⁷³.

Pelo que se depreende da análise do corpo do edital, dos seus anexos e do contrato, é dever da concessionária a execução de obra e fornecimento, bem como a instalação de bens, quais sejam⁷⁴: todos os serviços preliminares de execução da obra, bem como pintura, instalações necessárias e serviços complementares, além de toda a construção dos blocos que irão compor o complexo penal. O item 3 do anexo IX do edital⁷⁵ ainda prevê que cabe à concessionária executar as atividades relacionadas à operação e gestão do complexo penal, em parceria com a Administração Pública que obedecerá as seguintes diretrizes:

I) São deveres da contratada:

Os deveres da contratada estão expressos no contrato na cláusula 17.3⁷⁶ e estão melhor detalhados no anexo IX do Edital de Licitação. De forma geral, constituem obrigações da concessionária prestar serviços assistenciais aos sentenciados, sendo de

⁷¹ da concessionária. 18.1 a concessionária será uma sociedade de propósito específico, a ser constituída pelo ADJUDICATÁRIO, na forma de sociedade anônima, na conformidade da lei brasileira, cuja finalidade exclusiva será de explorar o objeto da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, sendo os estatutos e a composição acionária aqueles apresentados na LICITAÇÃO. Disponível em <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetos-celebrados/complexo%20penal/arquivos-para-download-1/Corpo%20do%20Edital%2001.2008.pdf> [06/08/2013].

⁷² De acordo como artigo 2º, § 2º da Lei 11.079/2004 concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

⁷³ Disponível em http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/conteudo_423608.shtml, [09/08/2013].

⁷⁴ Disponível em <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetos-celebrados/complexo%20penal/edital-e-anexos> [06/08/2013], anexo IX.

⁷⁵ Op. cit. (nota 74 supra).

⁷⁶ Disponível em <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetos-celebrados/complexo%20penal/arquivos-para-download> [I/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf](http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetos-celebrados/complexo%20penal/arquivos-para-download) [07/08/2013].

responsabilidade da mesma a integralidade dos custos dos serviços e atividades assistenciais, referentemente ao seu provimento adequado, quantitativa e qualitativamente. Os serviços deverão ser prestados de forma a propiciar amplo e total atendimento aos sentenciados da unidade penal e, ressalvado o disposto em contrário, não poderão ser interrompidos por ausência ou impedimento dos profissionais contratados e mantidos pela contratada, incluindo, mas sem se limitar a gozo de férias, enfermidades, afastamentos de qualquer ordem ou por qualquer motivo.

a) Da assistência jurídica.⁷⁷

Cabe à contratada prestar assistência jurídica aos sentenciados, tendo como escopo o suporte aos advogados e defensores públicos que representam os sentenciados cujo cumprimento de pena ocorre em uma das unidades penais sob administração da contratada. Resumidamente, a concessionária deve garantir que nenhum sentenciado passe mais de 75 dias sem um atendimento jurídico pela sua equipe. Na hipótese de inexistência de advogado constituído ou de defensor público, a atividade de assistência jurídica deverá incluir a representação do sentenciado em juízo para a realização de pedido de *habeas corpus*, pedido de indulto, livramento condicional, progressão de regime, unificação de pena, revisão criminal e interposição de recursos. Os presos devem ser mantidos informados sobre sua situação processual, principalmente no que se refere ao cálculo e execução pena. Deve ser garantido aos sentenciados defesa perante o Conselho Disciplinar (“CONDISC”).

b) Da assistência educacional, profissionalizante, cultural e recreativa.⁷⁸

A concessionária deve prestar esses serviços a todos os sentenciados que aceitarem e/ou voluntariamente os solicitarem. Essas atividades devem abranger: educação básica com ensino médio e fundamental; educação profissional; atividades desportivas – recreativas e artísticas – culturais. Para a realização dessas tarefas, facultase à contratada, mediante convênio em que a contratante figurará como interveniente – anuente desenvolver as atividades conjuntamente a órgãos e entidades públicos e/ou privados especializados. Deve haver uma biblioteca em cada unidade penal e a concessionária deverá manter atualizada a avaliação do nível de escolarização do sentenciado e emitir atestado de frequência escolar. Da mesma forma, deve a contratada

⁷⁷ Op. cit. (nota 76 supra), p. 8 a 10.

⁷⁸ Op. cit. (nota 76 supra), p. 10 a 14.

prestar ensino profissional e de capacitação para o trabalho. O ensino deverá contemplar especialidades que permitam estreita correspondência com as necessidades, perfil educacional dos sentenciados e requisitos do mercado de trabalho.

c) Da assistência ao trabalho.⁷⁹

Sob a fiscalização da contratante, a contratada deverá ser responsável pelo incentivo ao trabalho remunerado dos internos; seleção dos sentenciados para o trabalho, observada as orientações do diretor público de segurança do complexo penal; alocação e/ou retirada dos sentenciados aos/dos postos de trabalho, também observadas as orientações do diretor; manutenção de registro do histórico e da remuneração do trabalho do sentenciado; elaboração e/ou revisão do relatório de frequência dos sentenciados para efeito de remuneração; garantia da emissão de atestado de trabalho aos sentenciados, para efeito de remição de pena com base na frequência apurada; supervisão dos sentenciados em regime semi- aberto durante a realização de trabalho externo. A concessionária atuará como gestora de todo contrato de trabalho com os sentenciados, bem como figurará em cada um desses contratos como uma interveniente-anuente.

São possíveis duas configurações para o trabalho dos sentenciados, sendo que em ambas a tomadora do trabalho não poderá ser a contratada, direta ou indiretamente. A “configuração A” consiste em trabalho preferencialmente de natureza industrial, rural ou agrícola e de serviços, cujo tomador seja uma pessoa jurídica terceira, e que guarde, com contratada independência administrativa, financeira, comercial e societária. O tomador poderá ser órgão ou ente da esfera pública. A “configuração B” é referente a trabalho de serviços gerais e de manutenção da unidade penal, incluindo serviços de panificação, cozinha, lavanderia, limpeza, faxina e serviços gerais. Em ambos os casos, sob a fiscalização da contratante e do diretor de segurança, a contratada será responsável pela prospecção e administração dos postos de trabalho, bem com pela manutenção da ordem e da disciplina, pela higiene e pela segurança labora e disciplinar.

d) Da assistência a saúde.⁸⁰

⁷⁹ Op. cit. (nota 76 supra) p. 15 a 19.

⁸⁰ Op. cit. (nota 76 supra) p. 19 a 24.

O atendimento médico dever ser adequado e tempestivo, atuando, sempre que possível, de maneira preventiva. Os atendimentos médicos de média e alta complexidade são de responsabilidade do poder público, por meio do Sistema Único de Saúde. Por parte da contratada, os serviços médicos aos sentenciados serão feitos por meio de consultas, prescrição e fornecimento de medicamentos e materiais médico – hospitalares, bem como encaminhamento para consultas especializadas, exames laboratoriais e atendimentos de emergência que não consubstanciem procedimentos de baixa complexidade. Em relação aos serviços médicos de média e alta complexidade, a contratada deverá encaminhar as solicitações pertinentes à Secretaria de Estado de Defesa Social, mediante comunicação formal com a respectiva aprovação endereçada ao Diretor Público de Segurança.

A concessionária deve contratar e manter dentro de cada unidade penal, no mínimo: um médico clínico geral; um médico psiquiatra; um enfermeiro; um auxiliar de enfermagem; um psicólogo; um terapeuta ocupacional; um ortodontista; um auxiliar de consultório dentário.

Cabe ainda à contratante prover cuidados diferenciados para sentenciados portadores do vírus HIV, bem como de doenças crônicas e degenerativas. Deve ser garantida a higiene e as condições de salubridade na unidade penal; realização de programas de imunização; providenciar a vacinação dos sentenciados e dos funcionários da cada unidade penal e prevenir a ocorrência de epidemias; promover programas de combate às drogas e prover atividades de recuperação e tratamento do indivíduo dependente químico que possua condição de ser tratado na unidade penal.

e) Da assistência social.⁸¹

Nesse quesito a preocupação maior é em relação à reintegração social do preso. Deve ser promovido o restabelecimento e a preservação do vínculo entre sentenciado e seus familiares, com as diligências de investigação de afinidades necessárias para tanto, bem como a expedição de documentação civil por órgãos públicos, em favor do sentenciado e/ou familiares. Devem ser emitidos pareceres, laudos e informações técnicas sobre o sentenciado à família e a comunicação com colaboradores religiosos – garantindo, dessa forma, o direito constitucional de liberdade e prática religiosa. É essencial a promoção de práticas de semi – liberdade, visando à ressocialização.

⁸¹ Op. cit. (nota 76 supra) p. 24 a 26.

f) Da assistência material.⁸²

É dever de a contratada fornecer alimentação aos sentenciados, composta de quatro refeições diárias. É responsável pelo fornecimento de colchões, lençóis, toalhas, cobertores, artigos de higiene pessoal e vestiário. Também fica a cargo da concessionária o fornecimento de todo material necessário à prática desportiva, material escolar, material médico – hospitalar.

g) Do Sistema de segurança e serviços de monitoramento interno, da portaria, da disciplina, controle e inspeção.⁸³

A guarda e monitoramento para a custódia e para a segurança dos sentenciados no interior de cada unidade penal ficam sob responsabilidade da contratada e deve ser executados de acordo com orientações de determinações do diretor público de segurança do complexo penal. A contratada deverá manter em seu quadro de profissionais, alocados em cada unidade um contingente adequado de agentes de monitoramento internos especializados e habilitados a exercerem a monitoramento interno da unidade penal. Os funcionários contratados para esse fim não poderão portar armas de fogo ou armas brancas no interior das unidades.

Em relação à portaria, deve a contratada executar serviços de recepção, controle e registro de entrada e saída de pessoas autorizadas, mediante a entrega de crachás de identificação e senhas, recolhendo as carteiras de visita com prazo de validade expirado. Também compete a ela a realização de todas as pessoas, veículos e volumes quando da sua entrada ou saída da unidade. A revista corporal em mulheres e crianças deve ser feita por agentes de monitoramento do sexo feminino.

O sistema de segurança e disciplina, também realizado pela contratada, deve evitar fugas, rebeliões, motins e tumultos e garantir o não-uso da violência contra o sentenciado. Cabe também a manutenção de ocorrências que atestem a disciplina do sentenciado.

h) Da infraestrutura, da comunicação e do sistema de informação.⁸⁴

⁸² Op. cit. (nota 76 supra) p. 26 a 29.

⁸³ Op. cit. (nota 76 supra),p. 30 a 37.

⁸⁴ Op. cit. (nota 76 supra), p. 37 a 46.

A contratada deverá prover investimento e manutenção constantes nos bens móveis e imóveis da unidade penal, a fim de mantê-los em condições adequadas de utilização, além de evitar o uso de bens deteriorados ou obsoletos, promover a constante atualização dos equipamentos e sistemas em uso, sejam mecânicos, eletrônicos ou de qualquer outra natureza.

Anualmente a contratada deve apresentar como parte integrante do Plano anual de manutenção e atualização da infraestrutura um planejamento de execução voltado às questões referentes à comunicação, observando, no mínimo: um aparelho telefone; um aparelho de fax e um terminal de acesso à internet, todos devidamente instalados e em perfeito funcionamento para cada membro da diretoria.

A manutenção da infraestrutura tem como escopo a eficiência das condições de segurança e operação, devendo manter em bom estado físico e funcional os edifícios e recintos, suas instalações, obras de paisagismo e obras complementares.

II) São deveres da contratante:

A cláusula 17.2 do contrato de parceria⁸⁵ estabelece que são obrigações da contratante: a) remunerar a concessionária; b) indicar formalmente a esta, a todo tempo e modo, a equipe de fiscalização dos serviços; c) fornecer todos os elementos técnicos necessários ao desenvolvimento da concessão administrativa que estejam disponíveis ao poder concedente; d) orientar a concessionária quanto a melhor forma de exploração da concessão; e) prestar, quando cabível, as informações solicitadas pela concessionária para o bom andamento da concessão administrativa; f) fundamentar devidamente suas autorizações, decisões, aprovações, pedidos ou demais atos praticados ao abrigo do contrato; g) nomear servidores para ocuparem os cargos de Diretor Público de Segurança de cada unidade penal; h) disponibilizar o imóvel onde será localizado o complexo penal, responsabilizando-se pelas obras necessárias para garantir o acesso ao local indicado; i) garantir transferência e transporte de sentenciados para o complexo penal e dele para outra localidade no Estado de Minas Gerais e, por fim, j) responsabilizar-se pela execução externa do complexo penal, de suas muralha e área adjacente.

⁸⁵ Op. cit. (nota 76 supra), p. 36 a 38.

2.2.4- Da remuneração, da solução de conflitos, da vigência do contrato, da responsabilidade perante terceiros.

De acordo com a cláusula 12 do contrato⁸⁶, o valor estimado do contrato é de R\$ 2.111.476.080 (dois bilhões cento e onze milhões e quatrocentos e setenta e seis mil, setecentos e oitenta reais), calculado com base na soma dos valores nominais, constantes em valores de 2008, da contraprestação pecuniária e da parcela anual de desempenho, calculadas com base no teto do valor da vaga dia disponibilizada e ocupada em unidade de regime fechado, ao longo do período de concessão administrativa.

A concessionária deverá compartilhar com o poder concedente, em partes iguais, os ganhos econômicos que obtiver, em decorrência da redução do risco de crédito dos financiamentos por ela eventualmente utilizados, especialmente em virtude da renegociação das condições já estabelecidos ou da quitação antecipada das respectivas obrigações. O compartilhamento será feito por intermédio da redução correspondente do valor da contraprestação pecuniária mensal imediatamente vincenda. Os ganhos eventualmente auferidos na execução do contrato, nomeadamente os referentes à redução de custos que decorram diretamente da eficiência empresarial da concessionária, bem como os propiciados por alterações tecnológicas ou pela modernização, expansão ou racionalização da concessão administrativa, reverterão, exclusivamente, para a concessionária. – já os ganhos econômicos obtidos pela concessionária, decorrentes de redução, extinção ou isenção de tributos, sejam federais, estaduais ou municipais, reverterão, integralmente para o poder concedente (cláusula 25 do contrato⁸⁷).

Em relação ao mecanismo de pagamento, o anexo XI do Edital de licitação⁸⁸ dispõe que o pagamento da contratada será estruturado por unidade penal e a cada uma dessas unidades corresponderão três componentes de pagamento calculados de forma independente. A periodicidade de pagamento de cada componente também se dará de forma independente, podendo ser, conforme o caso, mensal ou anual. Os recebimentos da contratada serão formados por três componentes: 1) contraprestação pecuniária

⁸⁶ Op. cit. (nota 76 supra), p. 23.

⁸⁷ Op. cit. (nota 76 supra), p. 54 a 58.

⁸⁸ Op. cit. (nota 74 supra), anexo XI.

mensal; 2) Parcela anual de desempenho; 3) Parcela referente ao parâmetro de excelência.

A contraprestação pecuniária mensal corresponde a um valor mensal calculado com base no índice de desempenho, no índice composto de qualidade da disponibilidade, nos dados de ocupação e nos dados de disponibilidade em consonância com o apresentado no Sistema de Mensuração de Desempenho e Disponibilidade. É calculada conforme o regime referente da unidade penal – unidade de regime fechado e unidade de regime semiaberto.

A parcela anual de desempenho refere-se a um valor pago à contratada com base no desempenho obtido por análises e avaliações de natureza anual. Após a apuração do parâmetro anual de desempenho, será efetuado um pagamento limitado a 1,5% da receita total auferida pela contratada referente à contraprestação pecuniária mensal dos 12 meses a que corresponder o referido parâmetro anual de desempenho. Tal pagamento terá característica de um bônus associado ao desempenho anual da contratada.

Mensalmente será apurado o parâmetro de excelência e será pago à contratada a parcela referente ao parâmetro de excelência equivalente a um valor em reais numericamente igual ao valor do parâmetro de excelência.

No que tange à solução de conflitos, dispõe a cláusula 16 do Edital de Licitação⁸⁹ que a lei aplicável ao contrato será a brasileira, com seus princípios informadores e sua base jurisprudencial, e o juízo da Comarca da Capital do Estado de Minas Gerais será o competente para decidir sobre quaisquer controvérsias decorrentes do contrato, renunciando as partes a qualquer outro foro por mais privilegiado que o seja. A legislação brasileira aplicável será aquela em vigor na data dos atos ou fatos que vierem a ocorrer. O contrato prevê, na cláusula 37⁹⁰, o emprego de arbitragem como mecanismo de resolução de eventuais divergências entre a concessionária e o poder concedente.

Em relação ao prazo, dispõe a cláusula 6 do contrato que o prazo de vigência do contrato é de 27 anos contados a partir da data de sua assinatura. Esse prazo poderá ser prorrogado de forma a assegurar a efetiva e adequada gestão do complexo penal pela

⁸⁹ Op. cit. (nota 76 supra), p. 41.

⁹⁰ Op. cit. (nota 74 supra), p. 96 e 97.

concessionária, respeitados os limites estabelecidos na legislação aplicável. A eventual prorrogação estará subordinada a questões de interesse público.

A concessionária responderá exclusivamente por quaisquer prejuízos causados a terceiros, por si ou seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a si vinculada, na execução das obras e prestação das atividades e serviços abrangidos pela concessão administrativa, sem prejuízo de eventuais direitos que possa exercer perante terceiros, não sendo assumida pelo poder concedente qualquer espécie de responsabilidade dessa natureza (cláusula 19 do contrato)⁹¹.

2.2.5- Da fiscalização e gerenciamento da execução do contrato, das sanções e penalidades aplicadas, da intervenção e da extinção da concessão administrativa.

A fiscalização da concessão administrativa, abrangendo todas as obras, serviços e atividades da concessionária, durante todo o prazo do contrato será executada pelo poder concedente. Se a concessionária não acatar as determinações realizadas pelo poder concedente, este poderá tomar, diretamente ou por meio de terceiros, as providências necessárias para corrigir a situação, correndo os respectivos custos por conta da concessionária, sem prejuízo da aplicação das sanções e penalidades pertinentes (cláusula 21⁹²).

Sobre a intervenção (cláusula 38⁹³), o poder concedente poderá realizá-la sempre que ocorrer as seguintes situações, além das razões por interesse público:

- Paralisação injustificada das atividades, assim entendida a interrupção da execução das obras, da prestação dos serviços e atividades fora das hipóteses previstas no contrato e sem a apresentação de razões tidas pelo poder concedente como aptas a justificá-la;
- Desequilíbrio econômico e financeiro decorrente de má administração que coloque em risco a continuidade da concessão administrativa;

⁹¹ Op. cit. (nota 74 supra), p. 46.

⁹² Op. cit. (nota 74 supra), p. 48 a 50.

⁹³ Op. cit. (nota 74 supra), p. 98 a 101.

- Inadequações, insuficiências ou deficiências graves e reiteradas dos serviços e atividades prestados e das obras executadas, caracterizadas pelo não atendimento dos parâmetros de desempenho previstos no contrato, não resolvidas em prazo fixado pelo poder concedente para regularização da situação;
- Utilização da infra-estrutura referente à concessão administrativa para fins ilícitos;
- Prática reincidente de infrações definidas como graves;
- Hipóteses em que haja risco à continuidade e qualidade ou possam acarretar prejuízo à segurança pública e/ou ao meio ambiente;
- Omissão em prestar contas ao poder concedente ou oferecimento de óbice à atividade fiscalizatória que pressuponham qualquer prática já citada.

Em relação às penalidades, elas estão previstas na cláusula 33 do contrato⁹⁴ e serão aplicadas no caso de inadimplemento total ou parcial das obrigações do instrumento contratual pela concessionária, ficando essa sujeita às seguintes penalidades (sem prejuízo das sanções de natureza civil e penal): 1) advertência formal, a versar sobre o descumprimento das obrigações assumidas e a determinação da adoção das necessárias medidas de correção; 2) multa; 3) caducidade da concessão administrativa; 4) suspensão temporária do direito de participação em licitações e impedimento de contratar com a administração pública; 5) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes desta punição e até que seja promovida sua reabilitação perante a administração pública estadual, que será concedida sempre que a concessionária ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes; 6) descredenciamento do sistema de registro cadastral.

A aplicação das sanções deverá levar em consideração a natureza e a gravidade da infração; os danos resultantes aos serviços e atividades, à segurança pública, ao meio ambiente, aos agentes públicos e aos sentenciados; a vantagem auferida pela concessionária em virtude da infração; circunstâncias agravantes e atenuantes; situação econômico – financeira da concessionária; antecedentes.

⁹⁴ Op. cit. (nota 74 supra), p. 84 a 91.

Por fim, no que tange à extinção da concessão administrativa⁹⁵ ocorrerá pelo advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, falência ou extinção da concessionária ou anulação. Extinta a concessão administrativa, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios vinculados à exploração da concessão administrativa, transferidos às concessionárias, ou por esta implantados, no âmbito da concessão administrativa. Haverá imediata assunção dos serviços pelo poder concedente.

⁹⁵ Op. cit. (nota 74 supra), p. 102 a 109.

CAPÍTULO 3:

QUESTÕES ENVOLVENDO A LEGALIDADE DA PARCERIA PÚBLICO – PRIVADA EM PRESÍDIOS

3.1- Serviços Públicos

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁶ que as primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a chamada Escola de Serviço Público, eram tão amplas que abrangiam, algumas delas, todas as atividades do Estado. Maria Sylvia cita o conceito de serviço público elaborado por Mário Masagão, que adotou um conceito amplo. Ele considera como serviço público *toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins*. Nesse conceito está incluso a atividade judiciária e a administrativa – nesta última, o Estado exerce atividade primária, decidindo sobre o seu próprio procedimento, ao passo que, na primeira, desempenha função de terceiro, ao gerenciar o procedimento das partes. Para ele, a atividade administrativa é própria da Administração Pública. Há também o conceito de serviço público em sentido estrito, e, para a mesma autora, essa conceituação confina o serviço público entre as atividades exercidas pela administração pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional. O serviço público seria uma das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado. Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁷ considera dois elementos como integrantes do conceito: o substrato material, que é a prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administradores, e o substrato formal, que lhe dá caráter de noção jurídica, consistente em um regime jurídico de direito público, composto por princípios e regras caracterizadas pela supremacia do interesse público sobre o particular e por restrições parciais. Sobre esse conceito de Bandeira de Mello, a professora Maria Sylvia faz uma crítica em relação ao fato de que existem outras espécies de serviços que são considerados públicos e nem por isso são usufruíveis diretamente pela coletividade – como serviços administrativos do Estado prestados internamente, serviços diplomáticos, pesquisa científica⁹⁸. Daí a professora Maria Sylvia elabora seu conceito de serviço Público⁹⁹: “*toda atividade material que a lei*

⁹⁶ Op. cit. (nota 3 supra), p. 98 e 99.

⁹⁷ Op. cit. (nota 25 supra), p. 619.

⁹⁸ Op. cit. (nota 3 supra), p. 100.

⁹⁹ Op. cit. (nota 3 supra), p. 102.

atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seu delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

Por essa definição, é certo dizer que existem três elementos a serem considerados¹⁰⁰: 1) o elemento subjetivo, sendo que o serviço público é sempre incumbência do Estado, conforme artigo 175 da Constituição Federal e sempre depende do Poder Público, sendo que sua gestão também é incumbência do Estado, que pode fazê-lo diretamente ou indiretamente (por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade); 2) o elemento formal, pelo qual o regime jurídico a que o serviço público se submete também é definido por lei; 3) e o elemento material, que diz respeito a todas as atividades do Estado, sendo que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público.

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

Ensina Maria Sylvia¹⁰¹ que existem determinados princípios que são inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos: o da continuidade do serviço, o da mutabilidade do regime e o da igualdade dos usuários. O princípio da continuidade tem aplicação, sobretudo em relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública. O princípio da mutabilidade do regime jurídico autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo. Em decorrência disso, nem servidores públicos, nem os usuários desses serviços e nem os contratados pela Administração têm direito adquirido à manutenção de determinado

¹⁰⁰ Op. cit. (nota 3 supra), p. 102 a 104.

¹⁰¹ Op. cit. (nota 3 supra), p. 107 e 108.

regime jurídico. Por fim, pelo princípio da igualdade dos usuários, qualquer pessoa faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal.

Em relação à classificação de serviços públicos, o critério que mais importante para o presente trabalho diz respeito ao fato de ser exclusividade ou não do Poder Público a prestação do serviço¹⁰² – esse critério permite falar em serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado. Os artigos 21 e 25 da Constituição Federal trazem exemplos de serviços exclusivos do Estado, como serviço postal e o correio aéreo nacional e o serviço de gás canalizado. Já outros serviços podem ser executados pelo Estado ou pelo particular – sendo que nesse caso é mediante autorização do Poder Público. Como exemplos desse último caso, também contemplados na Constituição Federal estão o serviço de saúde, previdência social, educação e assistência social.

3.2- Construção e administração de penitenciária como serviço público.

Diante do que foi exposto sobre o conceito, princípios e classificação de serviços públicos, não resta dúvida de que a construção/ administração de presídios é um serviço público.

Tomando por base o conceito da professora Maria Sylvia, incumbe sempre ao Poder Público a construção e administração de penitenciárias, visto se tratar de um assunto que envolve segurança pública e direitos humanos, tendo atenção ao disposto tanto na Lei de Execução Penal quanto no artigo 5º da Constituição (elemento subjetivo), sendo que o Estado pode optar por fazer sua gestão direta ou indiretamente. Em relação ao elemento material, o serviço de construção e administração dos cárceres obedece ao regime jurídico de direito público, que, segundo a própria Maria Sylvia¹⁰³, nesse caso os agentes são estatutários; os bens são públicos, as decisões apresentam todos os atributos do ato administrativo, em especial a presunção de veracidade e a executoriedade, a responsabilidade é objetiva e os contratos regem-se pelo direito administrativo. Isso não exclui de forma alguma a possibilidade de utilização de institutos de direito privado, em circunstâncias permitidas por lei. E, por fim, atende também ao elemento material, qual seja, corresponde a uma atividade de interesse

¹⁰² Op. cit. (nota 3 supra), p. 112.

¹⁰³ Op. cit. (nota 3 supra), p. 103.

público: segurança pública, punibilidade do condenado, garantia de direitos fundamentais.

Em relação à sua classificação algumas observações merecem ser feitas: primeiro, se há obstáculo legal para que não possa haver concessão ao setor privado e segundo, se o poder disciplinar do Estado seria concedido ao particular em caso de privatização, ainda que parcial, do sistema carcerário.

3.2.1 – Legalidade ou não para a concessão, em regime de Parceria Público – Privada, de construção de presídios pelo setor privado.

A Lei 11.079/2004 tem uma única vedação em relação ao objeto das Parcerias Público – Privadas que vem expresso no artigo 2º, § 4º, III:

§4º É vedada a celebração de contrato de parceria público – privada:

(...)

III- que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Em relação à Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) há divergência quanto à interpretação de poder ou não existir concessão ao setor privado de construção e gestão de penitenciárias. Uma interpretação é que da análise literal da Lei de Execução Penal há clara proibição de que a execução do sistema carcerário seja gerenciada por empresas privadas, bem como a delegação da gestão penitenciária aos particulares. Outra interpretação é que a LEP, nos seus arts. 73 e 74, não proíbe a interferência do setor privado nos presídios:

Do Departamento Penitenciário Local:

Art. 73 – a legislação local poderá criar Departamento Penitenciário ou órgão similar, com as atribuições que estabelecer.

Art. 74 – o Departamento Penitenciário local, ou órgão similar, tem por finalidade supervisionar e

coordenar os estabelecimentos penais da unidade da Federação a que pertencer.

Essa interpretação está de acordo com o que Júlio Mirabete entende: “*Nada impede que a lei federal ou estadual, por instrumento hábil (delegação, concessão, permissão ou privatização), encarregue uma pessoa jurídica de direito privado de exercê-la para promover a execução material das penas (...). Mas em caráter geral, por força de norma complementar estadual, nada impede que os estabelecimentos penais sejam geridos e operados por empresa privada, ressalvadas as atividades jurisdicionais e administrativas judiciárias (...). Não há dispositivo que vede a possibilidade da gerência e operação material dos estabelecimentos penais ser exercida por entidade privada. Em nenhum momento a lei federal dispõe que o diretor e os servidores devam ser obrigatoriamente servidores públicos. Embora se refira a pessoal administrativo, deve-se entender que essas funções podem ser exercidas por particulares, de entidade privada, quando se trata de atividades de mera execução material da pena (vigilância, instrução técnica, trabalho, assistência etc.)*”.¹⁰⁴

Por esse entendimento não há, na LEP, dispositivo que proíba a possibilidade de a gerência e operação material dos estabelecimentos penais serem exercidas por empresa privada. Porém, o controle e fiscalização do cumprimento e das condições da pena continuam a ser exercidos pelo juiz da execução, e a realização da atividade administrativa-judiciária pelos demais órgãos da execução penal. O Plano Nacional de Segurança Pública, publicado no ano 2000, prevê no compromisso n.º 13 o aperfeiçoamento do sistema penitenciário:

(...) propõe-se o incremento da aplicação de penas alternativas, a abertura de 25 mil vagas no sistema penitenciário, por meio de presídios que atendam as 25 necessidades de cada região e com a construção, pela primeira vez no Brasil, de penitenciárias federais. Nessa questão é importante levar em conta experiências de sucesso das parcerias com a comunidade, o trabalho e a educação do preso, assim como a terceirização de alguns serviços

¹⁰⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *A privatização dos estabelecimentos penais diante da lei de execução penal*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, n. 1, jan./jul. 1993. apud PINTO, Sânia de Rezende. Aspectos da privatização de presídios. Origem, previsão legal, modelos, experiência brasileira e internacional. Revista Atena, n. 01, p. 101-119. IESB e Metropolitana. Setembro/2006. Disponível em <http://www.iesb.br/ModuloOnLine/arquivos/RevistaAtenaVI.pdf> [12/08/2013].

penitenciários menos relevantes. Parte nuclear do problema a ser enfrentado está na carência de pessoal penitenciário treinados especialmente para exercer suas tarefas.¹⁰⁵

Independente de o sistema ser misto ou público deverá haver supervisão do Departamento Penitenciário Nacional, de acordo com a atribuição exposta no artigo 72, inciso II da própria Lei de Execuções Penais: “Art. 72. São atribuições do Departamento Penitenciário Nacional: (...) II - inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais; (...)”.

Outro ponto importante sobre a legalidade das PPPs em presídios diz respeito à sua convergência com os princípios da Administração Pública. A atenção ao princípio da eficiência é, sem dúvida, o principal quando se fala em parceria do poder público com o setor privado – princípio esse contemplado pelo artigo 37 da Constituição Federal. Visa-se reforçar a presença do Estado com as parcerias, no intuito de haver cooperação, comprometimento com metas e resultados. O artigo 4º da Lei 11.079/2004 traz os princípios constitucionais da eficiência, publicidade, segurança jurídica e supremacia do interesse público expressos, visando assim à garantia de bom funcionamento das parcerias.

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – (...)

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

¹⁰⁵ PORTAL DOS DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. PLANO NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em http://www.dhnet.org.br/3exec/novapolicia/plano_segpub.htm [12/08/2013].

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

O inciso I, que dispõe acerca da eficiência, assegura a agilidade, perfeição e o rendimento dos contratos. Este princípio impõe deveres do cumprimento dos prazos e qualidade dos serviços prestados. O inciso V expressa o princípio da transparência, sendo este um princípio constitucional, que permite o controle e publicação dos atos, para que os mesmos tenham validade. O inciso VI dispõe sobre a repartição dos riscos – o Estado banca os riscos não-administráveis, viabilizando a entrada do capital privado, para a realização de um grande número de obras. Esse princípio visa que apenas parceiros privados com estabilidade sejam atraídos para os negócios, sob o risco de o Estado arcar com dívidas praticamente impossíveis de serem cumpridas, e assim, muitas obras estariam inacabadas por falta de verba, o que não é a intenção deste. Por fim, o inciso VII dispõe sobre as vantagens do projeto, mediante uma contraprestação do Poder Público, o particular realiza a obra e a população a tem à disposição.

Por fim, e o mais importante, é a questão que tange à constitucionalidade ou não da parceria no sistema carcerário. Nos direitos fundamentais, expressos no artigo 5º da Constituição, foi assegurado aos presos que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art 5º, XLVIII), garantindo o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX).¹⁰⁶ O art. 24, inciso I, prevê as regras de competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito penitenciário.

Por esses dispositivos constitucionais citados, somados ao princípio da eficiência na prestação de serviços públicos e a crise no sistema penitenciário nacional, conclui-se que há legalidade para inserção da iniciativa privada no sistema prisional. Contudo, em uma análise política, a privatização das prisões significaria assumir a ineficiência do Estado na prestação do serviço público referente ao sistema penitenciário brasileiro e, ainda, demonstrar a falha quanto à efetivação da reabilitação dos detentos.

3.2.2- Do Poder de Polícia e do poder disciplinar sancionador

¹⁰⁶ Op. cit. (nota 57 supra).

O poder de polícia coloca em tensão dois aspectos opostos, que são a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual. O fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados. O direito brasileiro moderno adota o conceito¹⁰⁷ segundo o qual *poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.*

Ensina Maria Sylvia¹⁰⁸ que ainda que a medida de polícia seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência, forma e fins e até mesmo em relação ao objeto. Em relação aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse público. Quanto ao objeto, ou seja, o meio de ação, a autoridade sofre limitações, mesmo quando a lei lhe dê várias alternativas possíveis. Aqui tem aplicação o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins – o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa a proteger.

Quando há o debate sobre possíveis ilegalidades na concessão por parceria público-privada para a construção de presídios a questão do Poder de Polícia sempre aparece, isso porque, como já exposto, esse poder é uma prerrogativa do Estado com a finalidade de preservar o interesse público e, ao possivelmente delegá-lo, ainda que em parte, para o setor privado, há uma inversão de princípios: ao invés de agir em conformidade com o interesse público, passa-se a agir de acordo com os interesses de particulares. Segundo Alessandra Teixeira, presidente da Comissão de Sistema Prisional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais¹⁰⁹, “*a prerrogativa da garantia da segurança é do Estado pela Constituição, então, não se pode colocar o sistema prisional, que faz parte disto, em mãos privadas*”. Contudo, não há razão de ser para essa preocupação, uma vez que o poder de polícia existe apenas na relação externa, ou seja, do Estado contra terceiros, em geral, fora do presídio. Por isso, no contrato para a construção do Complexo Penal em Ribeirão das Neves não houve a transferência da segurança externa para a concessionária.

¹⁰⁷ Op. cit. (nota 3 supra), p. 117.

¹⁰⁸ Op. cit. (nota 3 supra), p. 122.

¹⁰⁹ SCOFIEL, Gilberto, *Especialistas divergem sobre eficácia do modelo*, disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/especialistas-divergem-sobre-eficacia-do-modelo-7063354> [11/08/2013].

Ensina Bandeira de Mello¹¹⁰ que os atos jurídicos expressivos do poder público, de autoridade pública não poderiam – salvo circunstâncias excepcionais ou hipóteses muito específicas – ser delegados a particulares ou ser por eles praticados. Contudo, isso não impede que certos atos materiais que os precedem não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação, por força do qual o contratado prestará a atividade para o Poder Público, sem vínculo jurídico com os administrados sem remuneração captada diretamente destes.

A crítica é dirigida também em relação à delegação da segurança interna e, nesse caso, o que está sob análise é o poder disciplinar sancionador. Os que criticam a atuação das empresas privadas no sistema carcerário alertam para o fato de que nessa situação há a transferência desse poder para o ente privado. Contudo, tomando por base o contrato realizado para a construção do Complexo Penal em Ribeirão das Neves- MG observa-se que uma das obrigações do Poder Público concedente é justamente nomear servidores para ocuparem os cargos de Diretor Público de Segurança de cada unidade penal e responsabilizar-se pela execução externa do complexo penal, de suas muralha e área adjacente¹¹¹. Portanto, todas as questões relacionadas às sanções disciplinares que o preso vier a sofrer por cometimento de falta, passarão, necessariamente, pelo Diretor Público de Segurança, o qual não é um empregado da empresa concessionária, mas um servidor público – e o que está totalmente convergente com o disposto no artigo 54 da Lei de Execução Penal.

Art. 53. Constituem sanções disciplinares: I - advertência verbal; II - repreensão; III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei. V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente. § 1º A autorização para a inclusão do preso em

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Grandes Temas de Direito Administrativo*, 1ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 296.

¹¹¹ Op. cit. (nota 76 supra).

regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

Da mesma forma que as PPPs em presídios não afastam do Estado o Poder de Polícia, também não afastam do judiciário a decisão final sobre a execução penal, nem a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública. Na prática de infrações pelo preso, a LEP nos artigos 59 e 60, garante a instauração de procedimento disciplinar, garantindo a defesa. Continua sendo de competência do Ministério Público a fiscalização da execução da pena e da medida de segurança, bem como do Conselho Penitenciário. Soma-se a isso o fato de que na própria lei 11.079/2004 está expresso que uma das diretrizes observadas é quanto à indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada.

Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, **dependerá de despacho do juiz competente** (grifei).

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...)

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

Pelo exposto, concluindo-se que não há restrição legal e que no caso de PPPs em presídios não há delegação do Poder de Polícia para as empresas privadas concessionárias, é certo dizer que a construção, administração e gestão de penitenciárias não é serviço público exclusivo do Estado, podendo haver concessão com o setor privado. Faz a ressalva que, da mesma forma que não há impedimentos para a parceria

nesses casos, tão pouco deve o Estado delegar totalmente o serviço ao particular, isso porque a Constituição Federal garante que cabe ao Estado a observação e garantia dos direitos fundamentais. Em se tratando de presídios, a fiscalização estatal do cumprimento das garantias fundamentais é essencial.

3.3 – A questão do lucro

Ponto sempre controvertido no que diz respeito à interferência privada no sistema carcerário é o que diz respeito ao lucro das empresas concessionárias. A divergência tem razão de existir.

No modelo estadunidense, no qual algumas penitenciárias foram integralmente privatizadas, os resultados obtidos não foram tão satisfatórios quanto se esperava, ao contrário. Segundo Rogério Greco¹¹², nos últimos 30 anos o sistema penitenciário americano se transformou em um investimento altamente rentável, não apenas para as construtoras americanas, mas para as cidades onde eram construídas as penitenciárias. O sistema carcerário privado começou a ocupar lugar de destaque. Empresas especializadas foram surgindo ao longo dos anos, destinadas ao fornecimento dos produtos de última geração para a segurança do sistema. Até mesmo as empreiteiras especializadas começaram a concorrer a essa parcela importante do mercado. Atualmente, os Estados Unidos contam com mais de quinze companhias que disputam essa fatia do mercado – são mais de 160 estabelecimentos prisionais com finalidade lucrativa, divididos em 30 Estados diferentes. Diante disso, é certo afirmar a preocupação ética quanto à questão do lucro, já que, sendo empresas privadas, essa seria sua maior finalidade. Surgiram então três empresas que hoje lideram o mercado mundial dirigido ao setor: a *Corrections Corporation of América* - CCA, a *Wackenhut Corrections Corporations* e a *United Corrections Corporation*, todas atuando em países como Estados Unidos, Canadá, França, Alemanha, Austrália e Porto Rico¹¹³. De acordo com o Departamento de Justiça americano, a economia para o governo com um presídio privado é de apenas 1% em relação a um presídio mantido pelo Estado. Opositores da

¹¹² GRECO, Rogério, *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade*, 1^a edição, Saraiva Editora, São Paulo, p. 231.

¹¹³ Disponível em <http://www.pjg.ce.gov.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=76> [12/08/2013].

privatização também afirmam que os administradores das cadeias fazem lobby por leis mais duras e encarceramentos mais longos¹¹⁴.

No Brasil, como a primeira penitenciária foi inaugurada no começo de 2013, é cedo para dizer o quanto essas empresas lucrarão e qual o resultado efetivo que trarão em termos de ressocialização dos presos, garantia dos direitos fundamentais deles enquanto cumprem a pena privativa de liberdade e a redução para o Estado do custo de manutenção dos presos. Rogério Greco¹¹⁵ cita um trecho de Carlos Eduardo Ribeiro Lemos sobre a questão do lucro:

“Esses argumentos de cunho ético não deveriam ater-se somente ao objetivo das empresas, ou se obterão lucros em cima da punição dos criminosos. Na verdade, para que a pena tenha um peso para o delinquente, é preciso que ele entenda quais as razões que levaram à aplicação da mesma. É muito mais significativo para ele quem decretou a pena e o motivo, do que quem irá executá-la, desde que o faça nos termos do mandamento legal. Por isso, não pode haver influência negativa no fato de que um ente privado execute a sentença penal condenatória nos devidos termos da mesma.”

Portanto, em relação ao lucro das empresas brasileiras na construção e gestão de presídios não há muitas conclusões por enquanto devido à experiência ainda recente. Contudo, faz-se imprescindível a fiscalização Estatal quanto ao tratamento dado aos presos para que, em nome da finalidade maior da empresa privada – o lucro, não ocorra o destrato dos que cumprem pena privativa de liberdade. O que se sabe é que a parceria foi feita com um investimento pela empresa privada de R\$ 280 milhões¹¹⁶.

¹¹⁴ FERNANDES, Nelito, *Privatizar resolve?*, Revista Época, disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG76972-6009,00-PRIVATIZAR+RESOLVE.html> [12/08/2013].

¹¹⁵ Op. cit. (nota 112 supra), p.313 e 314.

¹¹⁶ Disponível em <http://www.horadopovo.com.br/2013/01Jan/3122-23-01-2013/P4/pag4d.htm> [13/08/2012].

3.4- O trabalho dos presos

Diretamente ligado à questão do lucro está o trabalho desempenhado pelos presos nas penitenciárias privadas durante o cumprimento da pena, isso porque é sabido que o preso tem garantido constitucionalmente o direito de não ser forçado física nem moralmente (art. 5º, XLVIII, alínea c) ¹¹⁷ ao trabalho e quando a gestão do presídio é concedida ao particular, há a preocupação de exploração do trabalho dos condenados para aumentar o lucro da empresa.

Quando trata do assunto, a Lei de Execução Penal expressa no artigo 28 e seguintes, basicamente que o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade, tendo o trabalho finalidade educativa e produtiva. A LEP não aborda a celebração de convênios para inserção da iniciativa privada, com fins empresariais, porém, cabe ressaltar que não a proíbe.

A preocupação é no sentido de as empresas particulares não terem interesse em combater a criminalidade, objetivo teórico da administração penitenciária, já que adquirem o lucro através da existência da própria criminalidade. Porém, de acordo com a proposta de regras básicas para o programa de privatização no sistema penitenciário brasileiro apresentada e com base em experiências estrangeiras, observa-se que o lucro dos empresários seria proveniente de pagamento pelo Estado e não do trabalho dos presos. Tal fato também é observado na análise do contrato de PPP no Complexo Penal de Ribeirão das Neves – MG: todo o lucro obtido pela empresa privada é de responsabilidade do Poder Público, não incluindo o trabalho do preso para tanto¹¹⁸. Ademais, está disposto no artigo 29, §1º da LEP o destino da renda auferida pelo trabalho realizado durante o cumprimento de pena:

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

¹¹⁷ Op. cit. (nota 57 supra).

¹¹⁸ Op. cit. (notas 74 e 76 supra).

- b) à assistência à família;
- c) a pequenas despesas pessoais;
- d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Por fim, vale ressaltar que existe outra preocupação quanto à privatização dos presídios, como destaca Rogério Greco¹¹⁹: em países onde há alto índice de corrupção do Poder Público, a delegação não somente da construção, mas da manutenção do sistema prisional privada, geraria um custo excessivo para o Estado, em virtude do superfaturamento das obras e dos serviços públicos. É fato que para evitar tal realidade deve haver fiscalização acentuada dos órgãos competentes, principalmente do Ministério Público. Da mesma forma, o custo mensal do preso deverá ficar em valor inferior àquele que seria gasto diretamente pelo Estado caso estivesse à frente da administração do sistema.

De acordo com a afirmativa do mesmo autor¹²⁰ “é importante ressaltar que os países que adotaram a terceirização ou privatização completa do sistema prisional não conseguiram resolver, por completo, os problemas carcerários. (...) No entanto, houve significativa melhora da qualidade de vida dos detentos. Isso porque a cobrança a uma empresa privada, sobretudo com a aplicação das penalidades existentes no contrato pela falta de cumprimento das cláusulas nele previstas, tornam a efetivação dos serviços prometidos muito mais fácil. As empresas que não cumprirem o pactuado estarão, portanto, sujeitas a multas altíssimas, as quais, possivelmente, se não saldadas, acarretarão sua saída do mercado.”

¹¹⁹ Op. cit. (nota 112 supra), p. 315.

¹²⁰ Op. cit. (nota 112 supra), p. 319 e 320.

CONCLUSÃO

O crescimento demasiado das atribuições do Estado Social e o fortalecimento do poder de polícia, colocando em risco a liberdade individual, trouxeram consequências desastrosas para os ambitos social e econômico. Diante desse cenário, formou-se a concepção de “Estado Subsidiário”: o Estado é garantidor dos direitos individuais, mantenedor do bem comum e passa a agir como fomentador, fiscalizador e incentivador da iniciativa privada. A principal ideia do Estado Subsidiário é a parceria com o setor privado. Essa parceria com o particular surge como forma de diminuir o tamanho do Estado e potencializar o atendimento ao princípio da eficiência na prestação de serviços públicos.

O direito brasileiro não ficou indiferente a essas transformações. A Constituição de 1988 deixa explícito que determinados serviços não são exclusivos do poder de público. Nas décadas de 80 e 90 a administração pública brasileira passou por transformações e o instituto das privatizações ganhou força no cenário nacional. No início da década de 90 foram concentrados esforços na venda de estatais produtivas, pertencentes a setores estratégicos¹²¹. A partir de 1995, com o governo de Fernando Henrique Cardoso, os serviços públicos começam a serem transferidos para o particular – um dos objetivos era melhorar a qualidade na prestação desses serviços para a população. Entre os anos de 1990 e 2000 os três setores que tiveram maior interferência das privatizações foram: telecomunicações, energia elétrica e mineração¹²².

A implementação das privatizações no Brasil foi acompanhada pelo direito interno que regulamentou normas com base, sobretudo, no direito francês, mas que também buscou institutos da *common Law*, e um deles foi regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.079/2004, sendo uma modalidade de contrato administrativo – as Parceria Públco-Privadas. Segundo a professora Maria Sylvia, o motivo declarado pelo governo para a implementação desse instituto é controverso, já que o governo alega que o Estado brasileiro não tem recursos para obras de infraestrutura, mas nas PPPs a remuneração do particular é feita com contribuição

¹²¹ Op. cit. (nota 18 supra).

¹²² Op. cit. (nota 20 supra).

pecuniária do poder público.¹²³ Há duas modalidades de PPP: concessão patrocinada e concessão administrativa, sendo que em qualquer um dos contratos deve haver licitação prévia.

Algumas obras que o Brasil está realizando para os eventos de 2014 e 2016 também estão sendo realizados por contratação em forma de PPP, sobretudo a construção/ reforma de estádios – dos 9 estádios de propriedade pública, 5 estão contratados em regime de PPP.¹²⁴

Já no que diz respeito aos contratos de PPPs em penitenciárias, a experiência brasileira é muito recendo, sendo que em 2013 foi inaugurado o primeiro complexo penal em parceria com o setor privado do país, na região metropolitana de Belo Horizonte- MG. Contudo, outros países já utilizam o instituto no sistema carcerário.

O Reino Unido foi o país pioneiro e atualmente os Estados Unidos são o país com o maior número de presídios privatizados. Uma peculiaridade do modelo americano é que há possibilidade de privatização total da penitenciária. As maiores críticas ao sistema americano são no sentido de que a construção e gestão de presídios se tornou um negócio altamente lucrativo, sendo que três grandes empresas possuem a maior fatia desse “mercado”: *Corrections Corporations os America, Wackenhut Corrections Corporation e United Corrections Corporation*. Além disso, há relatos de más condições de sobrevivência dos condenados dentro desses presídios, com a incidência de superlotação e baixo índice de ressocialização dos egressos – fatos que são um contrassenso aos objetivos de delegação desse serviço à iniciativa privada. Soma-se a isso a existência de pressão por parte das gestoras desses presídios para que o legislativo de cada Estado americano torne as leis mais severas para facilitar a condenação e, consequentemente, elevar o encarceramento, isso porque em alguns presídios as empresas recebem pelo número de presos.¹²⁵

Diferentemente do modelo americano, o modelo francês não permite a privatização total das penitenciárias. O Estado faz o gerenciamento e a administração junto com o particular. Segundo o professor Luís Flávio Borges D’Urso¹²⁶, o modelo

¹²³ Op. cit. (nota 1 supra).

¹²⁴ Op. cit. (nota 46 supra).

¹²⁵ Op. cit. (nota 112 supra).

¹²⁶ Op. cit. (nota 56 supra).

francês seria o mais adequado para a realidade brasileira, já que a privatização total afrontaria a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal.

No Brasil, não resta dúvida de que o sistema carcerário é falho em proporcionar condições que atendam as garantias fundamentais dos presos durante o cumprimento de pena. É falho também na reinserção social do egresso, produzindo um número alto de reincidência. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça¹²⁷, nos últimos 5 anos houve um aumento de 40% na população carcerária do país. Dados do InfoPen¹²⁸ deixam claro que os Estado não garante ao preso condições de trabalho, educação, nem mesmo as necessidades básicas – além de haver superlotação em grande parte dos presídios do país.

Há algum tempo algumas penitenciárias já terceirizam alguns serviços como alimentação, atendimento médico, segurança interna etc¹²⁹, mas a primeira experiência em privatização de penitenciária ocorreu apenas em janeiro de 2013, quando foi inaugurado o Complexo Penal de Ribeirão das Neves, na região metropolitana de Belo Horizonte/MG. A concessão à iniciativa privada foi feita na forma de Parceria Público – Privada na modalidade “concessão administrativa”.

A vencedora da licitação para a construção e administração do complexo penal foi um consórcio que criou uma sociedade de propósito específico, na forma de Sociedade Anônima (em conformidade com exigência da lei 11.079/2004). Essa sociedade é de titularidade de 5 empresas e tem a obrigação de execução de obra e fornecimento, bem como a instalação de bens. Sua remuneração está diretamente relacionada ao desempenho no cumprimento das obrigações estabelecidas no edital e anexos, bem como no contrato. Fica a cargo do Estado nomear servidores para ocuparem os cargos de Diretor Público de Segurança de cada unidade penal.

No entanto, a construção e gestão de presídios em parceria com o setor privado não é questão pacífica. Questiona-se a legalidade da interferência do particular em um serviço público que abrange garantia dos direitos individuais, dos direitos humanos, do uso do poder de polícia e de sanções administrativas e judiciais. Não há dispositivos

¹²⁷ Op. cit. (nota 61 supra).

¹²⁸ Op. cit. (nota 62 supra).

¹²⁹ Op. cit. (nota 69 supra).

legais que vedem a iniciativa privada na construção e gestão desse serviço, desde que os servidores e diretores dos presídios sejam obrigatoriamente servidores públicos.

Outro ponto que faz levantar dúvidas sobre o assunto é em relação ao poder de polícia, já que se trata de poder exclusivo do Estado. Contudo, na concessão à empresa privada, o poder de polícia continua sendo estatal, já que os servidores e diretores são funcionários públicos (como acontece no Complexo Penal de Minas Gerais) e o judiciário continua decidindo sobre a condenação e execução da pena. Além disso, no modelo criado no Brasil a Administração Pública faz a gestão junto com a empresa privada e tem dever de fiscalizar as atividades realizadas por esta.

É questão controversa também o lucro da empresa privada. A experiência americana mostrou que há lucros exorbitantes para as empresas em troca de uma economia de apenas 1% para os cofres públicos.¹³⁰ Pelo fato de a experiência brasileira ser muito recente, não há conclusões sobre os lucros das empresas e a economia ou não para o Estado. Porém, ainda que o lucro seja grande, se os direitos dos condenados forem respeitados e haver economia significativa para a Administração Pública, bem como a ressocialização do egresso, não há porque o lucro do empresário ser ponto controverso nessa questão.

Diretamente relacionado ao problema do lucro está o trabalho dos presos durante o cumprimento de pena. A preocupação é no sentido de que a empresa não tem interesse em combater a criminalidade, mas apenas em garantir seu lucro. Todavia, essa preocupação não tem razão de ser, já que o lucro dos empresários será proveniente do Estado – de acordo com o cumprimento do contrato – e não do trabalho dos presos.

Não há, portanto, qualquer óbice legal para a intervenção parcial da iniciativa privada na construção e gestão de penitenciárias. Vencidas questões como a preocupação com o lucro do empresário, delegação do poder disciplinar sancionador ao particular e exploração do trabalho dos presos, não há porque coibir a iniciativa privada no sistema carcerário do país, já que o Estado tem-se mostrado falho tanto em cumprir as exigências da lei, quanto em garantir a reinserção do egresso na sociedade e atender ao princípio da eficiência na Administração Pública. Delegar parte do serviço público de construção e gestão de penitenciárias ao particular é abrir espaço para que a os direitos individuais dos condenados sejam garantidos na prática, bem como uma chance

¹³⁰ Op. cit. (nota 114 supra).

efetiva de diminuir o índice de reincidência criminal e tentar amenizar a situação de superlotação de muitos presídios brasileiros. O modelo de privatização total dos presídios, contudo, não deve ser o modelo adotado, não só pela má experiência americana, como pelo fato de que afrontaria a Constituição Federal e retiraria do Estado qualquer poder fiscalizatório sobre o empresário – e nesse caso sim, haveria perda de exclusividade do poder de polícia pelo Estado.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MAGISTRADOS, Brasil tem a Terceira Maior População Carcerária do Mundo. Disponível em: <<http://apamagis.jusbrasil.com.br/noticias/2396283/brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em 29 julho de 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, 1^a edição, São Paulo, Saraiva, 2006.

CABRAL, Sandro e Sergio G. Lazzarini, Impactos da Participação Privada no Sistema Prisional: Evidências a partir da Terceirização de Prisões no Paraná. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v14n3/v14n3a02.pdf>>. Acesso em 02 agosto de 2013.

CANEN, Doris, *Âmbito de Aplicação das Parcerias Público- Privadas*, 1^a edição, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010.

CORDEIRO, Greciannhy Carvalho, *Privatização do Sistema Prisional Brasileiro*, 1^a edição, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 23^a edição, São Paulo, Editora Atlas, 2010.

_____. *Parcerias na Administração Pública*, 6^a edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Dora Maria de Oliveira Ramos, Márcia Walquiria Batista dos Santos, Vera Lúcia Machado D'Ávila. *Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos*, 5^a edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação, 1^a edição, Belo Horizonte, Editora Forum, 2008.

ESTUDO BNDES SOBRE PRIVATIZAÇÕES. Disponível em: <http://www.bnDES.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bnDES_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/especial/Priv_Gov.PDF>. Acesso em 10 agosto de 2013.

FERNANDES, Nelito, *Privatizar resolve?*, Revista Época. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG76972-6009,00-PRIVATIZAR+RESOLVE.html>>. Acesso em 12 agosto 2013.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira, *Parcerias Público- Privadas: aspectos constitucionais*, 1^a edição, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006.

FINGERMANN, Henrique, *Experiências em Parceria Público Privada*, V.2, 1^a edição, São Paulo, Editora Summus, 1993.

FORTINI, Cristiana (org.), *Terceirização na Administração*, 1^a edição, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009.

FOUCAUT, Michel. *Vigiar e Punir*, 40^a edição, Petrópolis, Editora Vozes, 2012.

GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS. Disponível em: <<http://www.reviverepossivel.com/>>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/>>. Acesso em: 08 agosto 2013.

_____. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetoscelebrados/complexo%20penal/arquivos-para-download1/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf>>. Acesso em: 07 agosto 2013.

GRECO, Rogério. *Direitos humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade*, 1^a edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

GUEDES, Thalita Moreira, Maria Esperia Costa Moura e Ernani de Souza Cubas Junior, *Terceirização e Parcerias Público-Privadas: Alternativas para Amenizar alguns dos Problemas Enfrentados pelo Sistema Penitenciário Brasileiro*. Disponível em: <http://www.criminal.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Artigos/Artigo_encaminhado_revista.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2013.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. PPP Parceria Público- Privada, 1^a edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

INSTITUTO AVANTE BRASIL, População Carcerária e Trabalho nas Penitenciárias, 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/iab/levantamentos/populacao-carceraria-e-trabalho-nas-penitenciarias/>>. Acesso em 29 julho de 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 31^a edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 25^a edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

_____. *Grandes Temas do Direito Administrativo*, 1^a edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Relatório de Gestão 2010*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={01A851E7-7146-40CA-8A09F39B000AB667}&BrowserType=NN&LangID=pt-br>. Acesso em 29 julho de 2013.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/projetos/nacionais/projetos_Datacenter.html>. Acesso em 10 agosto de 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *A privatização dos estabelecimentos penais diante da lei de execução penal*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, n. 1, jan./jul. 1993. apud PINTO, Sâmia de Rezende. Aspectos da privatização de presídios. Origem, previsão legal, modelos, experiência brasileira e internacional. Revista Atena, n. 01, p. 101-119. IESB e Metropolitana. Setembro/2006. Disponível em: <<http://www.iesb.br/ModuloOnLine/arquivos/RevistaAtenaV1.pdf>>. Acesso em 12 agosto de 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*, 4^a edição, São Paulo, Editora Atlas, 2007.

MURARO, Celia Cristina, *As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12136>. Acesso em 22 julho de 2013.

NIEBUHR, Pedro de Menezes, *Parcerias Público- Privadas: perspectiva constitucional brasileira*, 1^a edição, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008.

OBSERVATÓRIO DAS PARCERIAS PÚBLICO – PRIVADAS. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/esp%C3%ADrito-santo-publica-pmi-para-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-unidades-escolares>>. Acesso em 10 agosto de 2013.

PORTAL DOS DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. PLANO NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/3exec/novapolicia/plano_segpub.htm>. Acesso em 12 agosto de 2013.

PORTE, Roberto, *Crime Organizado e o Sistema Prisional*, Editora Atlas, São Paulo, 2007.

PASTANA, Debora Regina, *Estado Punitivo e Encarceramento em Massa: Retratos do Brasil Atual*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 77, meses de março-abril, IBCCRIM, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

SANTOS, Jorge Amaral dos, A utilização das parcerias público-privadas pelo sistema prisional brasileiro em busca da ressocialização do preso. Uma perspectiva possível, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/utiliza%C3%A7%C3%A3o-das-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-pelo-sistema-prisional-brasileiro-em-busca-da-res>>. Acesso em 21 julho de 2013.

SINAENCO, *Concessões e PPPs na Copa e Olimpíadas*. Disponível em: <<http://www.sinaenco.com.br/downloads/Bernasconi.pdf>>. Acesso em 10 agosto de 2013.

SCOFIEL, Gilberto, *Especialistas divergem sobre eficácia do modelo*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/especialistas-divergem-sobre-eficacia-do-modelo-7063354>>. Acesso em 11 agosto de 2013.

SHELP, Diogo, Nem parece presídio:O Brasil terá as primeiras prisões construídas e administradas pela iniciativa privada. O modelo é eficiente, como demonstram os presídios terceirizados, 2009. Disponível em: <http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/conteudo_423608.shtml>. Acesso em 09 agosto de 2013.

SIGWALT, Sandra Rosane Clausen, Altamiro Manoel da Silva, Rosa Maria Mazzardo Tawaraya, *Projetos de Parceria Público-Privada como Sistema de Cooperação Financeira e Organizacional entre o Setor Privado e a Administração Pública*, 2004. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055732.PDF>>. Acesso em 21 julho de 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari, *Parcerias Público- Privadas*, 1^a edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Relatório das Nações Unidas e Outras Boas Práticas no Tratamento de Presos no Sistema de Justiça Criminal*, Instituto Europeu das Nações Unidas para Prevenção e Controle do Delito, Brasília, 2011.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (coord.). *Direito Administrativo*, 1^a edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

VIEIRA, Antonieta Pereira Vieira, Henrique Pereira Vieira, Madeline Rocha Furtado e Monique Rafaella Rocha Furtado. *Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública*, 4^a edição, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública – uma análise crítica*, 2^a edição, Belo Horizonte, Editora Forum, 2010.