

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

GABRIEL DE JESUS TEDESCO WEDY

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam; Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-691-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinovale.com.br>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, na acolhedora Porto Alegre (RS), ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, dentre os quais destacamos, sem favor algum, o Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, que reuniu um destacado conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos de ampla pertinência acadêmica e inquestionável relevância prática.

Os artigos apresentados foram marcados pelo invulgar apuro intelectual, que deu ensejo a comunicados científicos e discussões de sensível qualidade, nas mais diversas temáticas do Direito Administrativo, a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pelo respeito e a perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. A GESTÃO FISCAL RESPONSÁVEL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM LIAME NECESSÁRIO PARA A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS;
2. FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COMO DEVER CONSTITUCIONAL;
3. O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE DA TEORIA DA UNIDADE DE VALOR, DE RONALD DWORKIN, COMO CONCEITO EPISTEMOLÓGICO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA;
4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA ABUSIVA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AO AGENTE PÚBLICO;
5. UMA ANÁLISE INSTITUCIONAL DO PAPEL DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS;

6. AGÊNCIAS REGULADORAS E UNIDADE ORGÂNICA DA PROCURADORIA DO ESTADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA INTERPRETAÇÃO FEDERALISTA DA CONSTITUIÇÃO E O CASO DO ESTADO DO CEARÁ;

7. ALIENAÇÃO DE BENS MÓVEIS PÚBLICOS NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO: UM ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA;

8. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – RDC: ANÁLISE DA APLICAÇÃO, TRANSITORIEDADE E PERMANÊNCIA DA LEI 12.462/2011;

9. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC): DE SUA ESTRUTURA BASILAR AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE;

10. LIÇÕES PROPEDEÚTICAS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO;

11. APLICATIVOS DE INTERMEDIÇÃO DE CONTRATOS PRIVADOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS: POR QUE A POLÊMICA CONTINUA?;

12. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE EDUCACIONAL PRIVADA: AS CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS, A LIVRE INICIATIVA E ALGUMAS INCOMPATIBILIDADES LEGISLATIVAS;

13. CRISE NO CÁRCERE: A UTILIZAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A PRIVATIZAÇÃO DO PRESÍDIO;

14. O PARADOXO ENTRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL COMO FATOR LIMITADOR DO CARÁTER ABSOLUTO DA PROPRIEDADE PRIVADA PELA INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO;

15. BENS PÚBLICOS NO ATACADO E NO VAREJO: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE ESPECÍFICO E DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA SOBRE TERRAS PÚBLICAS NA LEI N. 13.465/17;

16. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL;

17. DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A FAZENDA PÚBLICA NO ACESSO À JUSTIÇA.

Como visto, trata-se de um rico conjunto de temáticas, que evidencia a marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões sobre a atividade administrativa e a gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

Estamos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos, ainda, os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela já costumeira qualidade dos encontros nacionais, e agradecemos aos colegas de Porto Alegre (RS) pela hospitaleira acolhida que tivemos na bela e moderna estrutura da UNISINOS - nessa verdadeira maratona de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – UFSC

Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CRISE NO CÁRCERE: A UTILIZAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A PRIVATIZAÇÃO DO PRESÍDIO.

CRISIS ON THE CÁRCERE: THE USE OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AND THE PRIVATIZATION OF THE PRESIDENT

Raquel Formiga de Medeiros

Resumo

O presente artigo científico visa analisar a parceria público privada sob novas perspectivas, notadamente a sua aplicação ao sistema prisional brasileiro, com intuito de tentar minimizar o grande problema da superlotação carcerária, tendo em vista a aplicação da legislação penal brasileira e a efetiva ressocialização do condenado. O tema polêmico no Brasil, privatização de presídios, sendo relativamente recente a sua implementação no Brasil, por meio de terceirização da gestão estatal penitenciária, e mais recentemente com a implantação das Parcerias Público-Privadas, com isso surge uma nova perspectiva para a problemática da ressocialização do apenado.

Palavras-chave: Parceria público privada, Privatização, Concessão, Sistema penitenciário, Ressocialização

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the public private partnership under new perspectives, especially its application to the Brazilian prison system, in an attempt to minimize the great problem of prison overcrowding, in view of the application of Brazilian criminal law and the effective resocialization of the convicted . The controversial issue in Brazil, privatization of prisons, being relatively recent its implementation in Brazil, through outsourcing of state penitentiary management, and more recently with the implementation of Public-Private Partnerships, with this emerges a new perspective for the problem of ressocialization of the victim.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public-private partnership, Privatization, Concession, Penitentiary system, Ressocialização

INTRODUÇÃO

A privatização dos presídios é um tema pulsante no sistema jurídico nacional, principalmente com a situação caótica do complexo prisional brasileiro, com raras exceções. A realidade dos presídios no Brasil com superlotações carcerárias, ausência de condições de higiene, ambientes fétidos e insalubres nos leva a constatar o nítido abandono do Estado. É preciso analisar dados empíricos para solucionar a questão da superlotação carcerária, de acordo com o relatório da CPI¹ destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro, dados divulgados no ano de 2015, pelo Ministério da Justiça, ainda que relacionados a dados referentes ao ano de 2014, a situação quantitativa a época da população carcerária brasileira era de 607.731 presos, sendo 376.669 o número de vagas em presídios, haveria um déficit de 231.062 vagas, existindo uma taxa de ocupação no percentual de 161% para 299,7 % de taxa de aprisionamento. O déficit de vagas é uma realidade preocupante. A taxa de ocupação de 161%, por exemplo, significa que, a cada 10 (dez) vagas existentes no sistema, existem aproximadamente 16 (dezesesseis) indivíduos encarcerados. Essa superlotação é a mola propulsora de vários problemas aparentemente sem solução, de um lado o Estado agindo com desrespeito aos direitos humanos e aos princípios da individualização, proporcionalidade e personalidade na execução da pena, e de outro, os presos corrompendo agentes públicos, organizando, gerenciando e comandando os mais diversos delitos sem saírem das celas.

Nesse contexto, o objetivo primordial da Lei de Execuções Penais, ressocializar o preso para que este retorne à sociedade, muito raramente é alcançado. Destarte, utilizando uma metodologia exclusivamente bibliográfica, este artigo procurou arrimo nas determinações da Lei de Execução Penal em relação ao preso, nas condições da realidade carcerária no país, como alicerce para análise do tema privatização de presídios, tecendo breves comentários sobre as experiências em alguns estados brasileiros e a possibilidade de privatização do sistema penitenciário, em alguns casos foi utilizada a gestão compartilhada, mas este artigo terá enfoque na utilização do instituto das parcerias público privadas na gestão prisional, tendo como exemplos alguns dados públicos informados pelo Estado de Minas Gerais, sobre o bem sucedido e já implantado sistema no Complexo Penitenciário em

¹ Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. CPI** – sistema carcerário brasileiro [recurso eletrônico]: relatório final / Câmara dos Deputados, Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.–(Série comissões em ação ; n. 57 PDF)

Ribeirão das Neves, com foco em uma concreta execução penal para fins de ressocialização do condenado viabilizando seu retorno ao convívio em sociedade.

Ao analisarmos o problema, nesse tormentoso terreno que é o sistema carcerário brasileiro, teceremos algumas reflexões sobre a violência no Brasil, indicando o sistema prisional pátrio como um campo fértil para introdução do modelo de parcerias público-privadas, visando uma possível solução ao grave problema do sistema prisional brasileiro.

PARCERIA PÚBLICO PRIVADA: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O INSTITUTO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

A falta de estrutura do Estado, juntamente com as crises financeiras que assolaram a economia, e notadamente também a estrutura administrativa da Administração Pública, fizeram surgir o instrumento da parceria público privada. Por não ter capacidade financeira para implantar os serviços públicos necessários e financiá-los individualmente, o Estado viu com o surgimento do instituto uma saída para implementar de forma significativa o seu desenvolvimento. Com isso, a dita “parceria” com a iniciativa privada foi uma forma de aumentar significativamente os investimentos, de modo a não contrair mais dívidas e fomentar o crescimento exponencial da administração com uma efetiva prestação de serviços públicos.

Considera-se dever do Estado prestar serviço público de excelência aos seus cidadãos que obrigatoriamente pagam seus impostos. A sociedade clama por melhorias em vários serviços prestados pelo Estado, e o tripé básico de sustentação e desenvolvimento de uma sociedade são segurança, saúde e educação. A boa gestão desse tripé centraliza-se na viabilidade e eficiência pelo Estado, executando aquilo que lhe é próprio como obrigação, com fiscalização em todos os níveis, planejamento, desenvolvimento e aplicação dos recursos humanos e orçamentários².

É interessante mencionar o conceito de serviço público para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público. (DI PIETRO, 2014, p. 106)³

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 319-320

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106

As Parcerias Públicas Privadas iniciaram-se pela falta de estrutura do Estado, pela ausência de capacidade financeira para implantar serviços públicos e financiá-las individualmente. Notadamente, com o auxílio da iniciativa privada, essas condições aumentariam significativamente, tornar-se-ia um excelente investimento e um modo de não contrair mais dívidas. O Estado poderia perfeitamente usufruir de serviços prestados pela iniciativa privada, já que não tem recursos suficientes para suprir os seus gastos, de forma mais eficiente e mais lucrativa.

Assim, vislumbrou-se uma forma do País buscar um meio de obter recursos para melhorar e ampliar sua infra-estrutura, gerando um grande crescimento e um déficit na crise econômica, surgindo formas de capacitação financeira para realização de novos empreendimentos. Alguns fatores foram primordiais e serviram como estopim para a criação das Parcerias Público-Privadas no Brasil, entre eles citamos o crescimento da dívida pública e a crise fiscal. Ademais, houve a necessidade de redução do déficit fiscal, aumento da arrecadação e redução dos gastos públicos orçamentários. Assim, com a crise da economia e com a experiência exitosa em outros países dessa modalidade de concessão, o Brasil deu início às discussões que resultariam no Projeto de Lei nº 2.546, de 2003, em que se buscava permitir alterações que tornassem mais potente o sistema de parceria e o compartilhamento dos riscos e o financiamento privado.

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) tiveram sua efetiva aplicação com o advento da Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, que teve o fito de instituir normas gerais para licitação e contratação no âmbito da administração pública.

Importante mencionar a doutrina da Professora Fernanda Marinela para quem a PPP é considerada um acordo entre a Administração Pública e uma pessoa do setor privado, senão vejamos, *in verbis*:

(...) é um acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado, com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes. Trata-se de uma espécie de concessão de serviço público denominada concessão especial. (MARINELA, , 2007. p. 484.)⁴

Embora existam muitas espécies de parcerias entre os setores público e privados, a lei que instituiu as PPPs reservou-lhe para duas modalidades específicas, quais sejam a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

⁴ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. Vol I. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 484.

A concessão patrocinada é uma concessão de serviços públicos ou de obras públicas, sendo, portanto, uma delegação da prestação de serviços públicos, precedida ou não por obra pública, feita pelo poder concedente à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. O objeto desse tipo de concessão é a prestação de serviços e obras à coletividade e a remuneração não será somente por meio de tarifa do usuário, mas também por patrocínio obrigatório do Poder Público. Já a concessão administrativa é um contrato de prestação de serviço em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta e que necessariamente envolve a prestação de serviço, execução de obra, fornecimento e instalação de bens. Nessa modalidade, a relação da empresa contratada é diretamente com a Administração Pública, não tendo com os administrados qualquer relação. Porém, frise-se que nessa modalidade tem características especiais que é o grande investimento disponibilizado pelo contratado e que a lei exige expressamente que o contrato não pode ser somente de serviço, devendo ser mesclado com a execução de obra e fornecimento de bens.

É importante mencionar algumas das principais características das PPPs possibilidade de financiamento pelo setor privado, compartilhamento dos riscos, pluralidade compensatória que nada mais é do que a necessidade do Poder Público especificar no edital as formas de contraprestação ao investimento privado. A lei 11.079/04, em seu artigo 4º, elenca alguns requisitos que deverão ser observados no afã de seguir as diretrizes, são eles: a necessidade de eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos; o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; a indelegabilidade das funções de regulação jurisdicional do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias. E ainda, a transparência dos procedimentos e das decisões, no sentido de que a clarividência seja um princípio presente em toda atuação administrativa; a repartição objetiva de riscos entre as partes; e a sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria.

Os contratos de PPPs apresentam também benefícios para o parceiro privado, deste modo, visando garantir o sucesso da parceria, bem como assegurar o pagamento da contraprestação devida ao parceiro privado, o art. 8º da lei 11.079/04 elencou algumas garantias aos prestadores de serviço das PPPs, tais como: O primeiro benefício que percebemos é a vinculação das receitas dos entes e órgãos do Poder Público, porém apesar de

bastante atrativo deve-se observadas às vedações expressas no inciso IV do artigo 167 da CRFB. E, ainda, a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei e a contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público. Existe também a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público e as garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

Convém mencionar que com essas Parcerias Público-Privadas a Administração Pública tem muito a ganhar, com financiamento para realização de obras e serviços necessários para o interesse público viabilizando a prestação desses serviços pela Administração.

PRIVATIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DAS PPP NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS.

O sistema penitenciário tem como fim a punição do delito, mas busca a educação do delinquente, focando a ressocialização do preso na sociedade. O assunto tem grande relevância no Brasil. A superlotação, a má remuneração dos agentes penitenciários, a falta de higiene, a péssima estrutura dos presídios, levam às dificuldades da aplicação dos princípios e garantias direcionadas ao preso, sendo necessária a adoção de medidas alternativas. Nesse contexto caótico, a parceria público-privada surge como alternativa viável para sanar o problema dos presídios e garantir os direitos do preso, para que este cumpra pena de maneira digna e proporcional ao delito, à fim de que seja reintegrado à sociedade.

No Brasil o encarcerado tem a previsão de garantias de sua integridade física e moral em diversas legislações, tanto nacional quanto internacional. Todos estatutos demonstram a preocupação com os direitos do preso, os princípios a ele inerente e as disposições dos direitos humanos. Contudo, a realidade não espelha as determinações legislativas.

Na atual conjuntura brasileira a situação dos presídios é preocupante, pois apresenta maus tratos, superpopulação carcerária; falta de higiene; condições deficientes de trabalho; deficiências no serviço médico, que pode chegar em muitos casos, a sua absoluta inexistência; regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, índices de corrupção de alguns funcionários penitenciários que permitem e até participam do tráfico; abusos sexuais; ambiente propício à violência dentre outros problemas. A incerteza da eficiência das penas privativas de liberdade, gera a necessidade de se buscar alternativas para melhorar o sistema prisional. Os agentes penitenciários são mal remunerados, os direitos dos condenados não são

respeitados, sendo esta a maior causa de descontentamento e de rebeliões. Diante disso, fica cada vez mais distante o caráter ressocializador da pena.

A inobservância dos direitos dos presos é um fato que evidencia as mais variadas formas de violência, demonstrando as deficiências da pena privativa de liberdade. E, ainda, é por meio da conflitividade carcerária que os detentos demonstram à sociedade as condições desumanas que a vida carcerária lhes oferece, evidenciando que o encarceramento nas condições atuais serve apenas para agravar o problema.

A prisão está em crise, conseqüentemente, também estão o objeto preventivo e ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que, grande parte dos questionamentos e críticas que são feitos ao sistema prisional referem-se à impossibilidade de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Frise-se que, além das péssimas condições do sistema carcerário, tem-se a insuficiência da receita do Estado para equalizar a situação com a construção de novas penitenciárias e melhorias das existentes. Nesse contexto, várias alternativas vêm sendo propostas, uma delas é a ideia da parceria público-privada.

No Brasil, tem sido proposto um programa de parceria público-privada baseado em uma gestão mista, ou seja, envolve de um lado a administração pública e de outro a iniciativa privada, cabendo a esta, entre outras coisas, a construção, manutenção e funcionamento do estabelecimento prisional. No caso dos presídios, utiliza-se a modalidade de concessão administrativa, pois, haverá repasse financeiro do Estado, sem cobrança de tarifa dos usuários.⁵

A participação do setor privado no sistema prisional é uma prática recorrente em outros países. Porém, no Brasil, é algo novo e muito discutido. Para o Direito Administrativo a parceria público-privada no sistema prisional é possível, não havendo o que se falar em ilegalidade. Atendendo os requisitos legais da parceria público-privada, o contrato para manutenção e administração dos presídios não pode ser inferior a cinco nem superior a trinta e cinco anos, admitindo a lei eventual prorrogação. Além do limite temporal, existe uma exigência mínima do valor do contrato da parceria público-privada, a saber que é vedado a celebração cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

⁵ MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 3

Embora já exista parceria público-privada em presídio brasileiro, não há lei nacional específica que regulamente a gestão privada nas penitenciárias. Contudo, a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210 de 1984) são omissas quanto ao encarceramento ser exclusivamente responsabilidade do poder público. O Decreto Lei n.º 3.689 de 1941, também não contém nenhuma norma que impeça a delegação da responsabilidade prisional.

Nesse compasso, não havendo impedimento, é plenamente possível e legal a adoção da parceria público privada nos presídios brasileiros. A Lei de Execução Penal, nos seus artigos não proíbe a privatização dos estabelecimentos prisionais:

Verifica-se que não há, na Lei, dispositivo que proíba a possibilidade da gerência e operação material dos estabelecimentos penais serem exercidas por entidade 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.

Ademais, da maneira em que a pena é executada, é fácil perceber que o princípio da humanidade e da garantia da individualização da pena, que propõem tratamento digno e execução diferenciada, constitui algo distante da realidade, muito embora há existência da previsão legal na Lei de Execuções Penais Brasileira.

É necessário um olhar atento da sociedade, e a preocupação do Estado para buscar solucionar o problema das prisões no Brasil. O Estado, a fim de defender e garantir os direitos fundamentais do preso, deve aceitar, no meio da crise econômica, que a parceria público-privada é uma medida necessária para contornar esse terrível problema.

No Brasil, tem sido proposto um programa de parceria público-privada baseado numa gestão mista, de um lado a administração pública e de outro a iniciativa privada, cabendo a esta, entre outras coisas, a construção, manutenção e funcionamento do estabelecimento prisional. No caso dos presídios, utiliza-se a modalidade de concessão administrativa, pois, haverá repasse financeiro do Estado, sem cobrança de tarifa dos usuários. Nesse projeto, os servidores do sistema penitenciário continuariam sendo servidores estatais – contudo há outro projeto propondo os servidores de empresa privada, para reduzir o investimento do setor público. A empresa privada construiria a prisão, dentro dos parâmetros da Administração, e gerenciaria o centro penal. Também poderia explorar o trabalho remunerado dos presos, assim sendo, cada detento contribuiria para manutenção do

estabelecimento. Visa-se reforçar a presença do Estado com as parcerias, no intuito de haver cooperação, comprometimento com metas e resultados.

É possível afirmar que a implantação da parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro sob a ótica do direito administrativo e a legalidade dessa proposta. Deve-se levar em consideração também, as experiências internacionais e nacionais para refletirmos sobre as vantagens e as desvantagens da parceria público-privada nos presídios.

Embora já exista parceria público-privada em presídio brasileiro, não há lei nacional específica que regule a gestão privada nas penitenciárias. Contudo, a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210 de 1984) são omissas quanto ao encarceramento ser exclusivamente responsabilidade do poder público. Por isso, não havendo impedimento, verifica-se que as prisões privadas são possíveis no Brasil.

É importante esclarecer que, em um sistema prisional privado, a responsabilidade pela sentença penal continua sendo exclusiva do poder público, bem como o acompanhamento da execução penal, sendo como responsabilidade do privado o confinamento. Não pode haver confusão entre a função jurisdicional do Estado e a administração da penitenciária.

De acordo com o jurista Luiz Flávio Borges D'Urso⁶ não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função material da execução penal. Assim, o administrador particular será responsável pela comida, pela limpeza, pelas roupas, pela chamada hotelaria, enfim, por serviços que são indispensáveis num presídio. Já a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que, por meio de seu órgão-juiz, determinará quando o homem poderá ser preso, quanto tempo assim ficará, quando e como ocorrerá a punição e quando o homem poderá sair da cadeia, numa preservação do poder de império do Estado, que é o único legitimado para o uso da força, dentro da observância da lei.⁷

O marco principal no Brasil foi no dia 28 de janeiro de 2013, em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte, Minas Gerais, na qual se teve a primeira experiência em parceria público-privada em penitenciária, com a inauguração de um novo presídio, construído na forma de concessão administrativa, com base na Lei nº 11.079/04. A penitenciária foi construída por um consórcio de cinco empresas – uma sociedade com

⁶ Luiz Flávio Borges D'Urso, advogado criminalista, que presidiu o Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária de São Paulo e foi membro do Conselho Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e ex-presidente da OAB/SP.

⁷D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Privatização das Prisões Mais Uma Vez a Polêmica**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10717-10717-1-PB.htm>>.

propósito específico, na forma de sociedade anônima, com a exclusiva finalidade de explorar o objeto da concessão administrativa, ou seja, o presídio. O consórcio Gestores Prisionais Associados (GPA), vencedor da licitação, foi o responsável por construir e administrar o complexo, obedecendo 380 indicadores de desempenho definidos no contrato pelo governo mineiro, com prazo de 27 anos, válido até 2036, podendo ser prorrogado até 2044, onde completa 35 anos.

Ao contrário das terceirizações utilizadas em outros presídios brasileiros, em que a iniciativa privada recebe a prisão a ser administrada, na parceria público-privada a empresa parceira tem de construir o presídio, instalar bens e prover serviços com recursos próprios ou financiados. O custo da obra é ressarcido aos poucos à iniciativa privada com as mensalidades que o Estado paga pelo serviço de gestão.⁸

É nítida a preocupação com o princípio da continuidade do serviço público nesse tipo de parceria, o contrato deixou expresso que os serviços devem ser prestados ininterruptamente, de maneira adequada, que propicie ao sentenciado de forma ampla e total as assistências devidas. Cabe à contratada prestar aos encarcerados assistência jurídica, médica, social, material, educacional, profissionalizante, cultural, recreativa, além de assistência ao trabalho, à fim de que o preso possa reintegrar à sociedade. O Estado ficou na incumbência de remunerar a concessionária; indicar equipe de fiscalização dos serviços; fornecer elementos técnicos necessários ao desenvolvimento da concessão; orientar e prestar informações para o bom andamento da exploração; nomear o Diretor Público de Segurança de cada unidade; disponibilizar o imóvel onde será localizado o complexo; transferência e transporte dos sentenciados e; segurança externa do estabelecimento.

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 ao longo do período da concessão administrativa. Ademais, a concessionária deve compartilhar com o poder concedente, em partes iguais, os ganhos econômicos que obtiver. E, ainda, a concessionária responde por qualquer prejuízo causado, além de poder ser aplicada multa, repasse inferior do que o estabelecido ou extinção do contrato por qualquer descordo com padrão exigido, voltando os serviços ao poder concedente.

O complexo penitenciário de Ribeirão das Neves em Minas Gerais possui 2.016 presos condenados nos regimes fechado e semiaberto. Não são aceitos estupradores nem integrantes

⁸ OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. 2013. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. Cap. 2

de facções. Cada preso custa, em média, R\$ 3.500 por mês. Metade do valor é o custo real do preso. Quando a construção for paga, o valor passa a ser o lucro da concessionária. Nos presídios administrados pelo governo de Minas, cada detento custa, em média, R\$ 2.700 por mês. A outra metade é referente à construção do complexo. Nas celas ficam, no máximo, quatro detentos. Em quatro anos de funcionamento, apenas um preso conseguiu fugir do complexo. A tecnologia é um diferencial, pois tudo é automatizado, são quase 800 câmeras para acompanhar o que os detentos fazem. Até o comando para os presos saírem das celas é automatizado. Os consultórios médicos, psicológicos e odontológicos são bem equipados, os presos têm total acesso e incentivo aos estudos, trabalhos, cursos profissionalizantes, oficinas de arte e cinema⁹

É possível visualizar algumas vantagens para o Estado na contratação da execução do serviço ao setor privado, mantém responsabilidade por seu financiamento, controle, avaliação e regulação, contudo, se beneficia do acesso à novas tecnologias, redução de gastos com pessoal, na burocracia que deixa de ser empregada na compra de materiais e dos atrasos recorrentes dos cronogramas, fundamentalmente na construção de novos estabelecimentos.

As vantagens estão presentes no sentido de aumentar a capacidade de vagas no sistema prisional; proporcionar um cumprimento de pena de maneira digna; estabelecer parcerias com a sociedade no sentido de proporcionar trabalho ao apenado e com isso facilitar seu retorno à sociedade, além de desonerar o Estado no tocante a investimentos em curto prazo. Havendo cumprimento das obrigações impostas a ambos os lados da parceria, tendo em vista o objetivo de recepcionar na comunidade um ex-presidiário ressocializado, esse modelo de gestão prisional poderá trazer muitos benefícios para a sociedade.

Em outro aspecto relevante, o Estado e o consórcio buscam empresas que se interessem com o trabalho do preso. As empresas não podem contratar o trabalho deles a não ser para cuidar das próprias instalações da unidade, como elétrica e limpeza. As condições de trabalho do preso não são regidas pela CLT, mas sim pela Lei de Execução Penal. A Constituição Federal assegura que nenhum trabalhador pode ganhar menos de um salário mínimo, a LEP afirma que os presos podem ganhar $\frac{3}{4}$ de um salário mínimo, sem benefícios. Um preso sai até 54% mais barato do que um trabalhador não preso assalariado e com registro em carteira, economia que é mais vantajosa para o Estado, que terá o contrato com redução de

⁹ G1. Jornal Nacional. **MG tem primeiro presídio construído e administrado por empresa.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/mg-tem-primeiro-presidio-construido-e-administrado-por-empresa.html>>

custo. Contudo, o lucro do consórcio não vem diretamente do trabalho dos presos, mas sim do repasse mensal do estado.

É preciso destacar também algumas opiniões contrárias a privatização dos presídios sob as mais variadas justificativas, destaca-se a mais recorrente, alguns especialistas afirmam que para quem investe em presídios, será necessário ter cada vez mais presos, utilizando-os como fonte de lucro. Questionam eficiência dos presídios com parceria. Outro ponto criticado é a terceirização do cargo de agente penitenciário e o acesso de informações de inteligência de segurança pública que terá a empresa privada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O presente artigo teve como escopo analisar as Parcerias Público-Privadas no Sistema Penitenciário Brasileiro. É um assunto tratado pelo Direito Administrativo e pelo Direito Penal, torna-se interessante estudar como devem ser feitas as parcerias de particulares com o Estado em relação aos presídios brasileiros, uma vez que ainda não existe lei específica regulamentadora sobre o assunto. O sistema penitenciário no Brasil passa por uma crise profunda, são diversos casos de superlotação, degradação das condições de alojamento, presídios desestruturados e ineficientes, descumprimento de leis e garantias fundamentais dos presos, escassez de recursos públicos, para realizar de forma efetiva os investimentos nos setores de responsabilidade estatal, falta de higiene, condições deficientes de trabalho, deficiências no serviço médico, entre outros. A ressocialização do preso é praticamente inexistente, e o Brasil continua não respeitando o tratado internacional sobre os Direitos Humanos, no que diz respeito à garantia de humanidade e respeito à pessoa privada de sua liberdade, e a situação segue insustentável, embora a utopia de se tratar o preso adequadamente tenha condições de se transformar em realidade no país.

É possível afirmar que o crescimento demasiado do Estado e a péssima administração do governo trouxeram consequências desastrosas para os âmbitos sociais e econômicos. Nesse contexto, formou-se a concepção de que o Estado é garantidor de direitos individuais, mantedor do bem da coletividade e passa a fomentar, fiscalizar e incentivar a iniciativa privada. A parceria com o setor privado surge como forma de diminuir algumas atribuições do Estado, e potencializar o atendimento ao princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos. É certo que, o Estado não consegue cuidar do preso, e que se faz necessário e urgente a melhoria do sistema prisional, através do comprometimento com metas e resultados.

Nesse aspecto, delegar algumas funções do Estado ao ente privado, como ocorre em alguns países e começa a ser experimentado em alguns Estados brasileiros, parece ser uma das formas de se corrigir o caos no sistema prisional do país. Conclui-se que, haveria melhoria nas condições dos presídios, pois, haveria instalações novas e/ou reformadas, adequadas a um ser humano, em boas condições sanitárias, possibilidade de atendimento médico a todos, sem necessidade de deslocamento para casos de pouca gravidade ou urgência, o estímulo ao trabalho, que apresenta atualmente quadro deficiente.

É inegável que várias indagações sobre esse tema surgem tanto na sociedade civil quanto entre os gestores administrativos, por exemplo como poderemos prever um futuro carcerário mais socializador e restaurador diante de tantas incertezas sociais e políticas? A violência e as facções criminosas que comandam os pátios, as celas e a administração prisional tem solução? Essas são algumas indagações que podem ser respondidas, ao nosso sentir, com uma atuação conjunta da sociedade e do poder público. Observa-se que o cenário não é favorável, afetando sobremaneira o que podemos chamar de controle público da ordem social, levando a uma constatação preocupante em que toda essa evolução criminal não é acompanhada pelos segmentos que compõem o sistema de segurança pública.

É bom destacar que no Brasil temos exemplos de presídios explorados pela iniciativa privada com utilização do modelo de PPP nos Estados de Alagoas, Espírito Santo, Paraná, Santa Catarina e Minas Gerais com resultados satisfatórios dentro da exigência da legislação brasileira e dos parâmetros internacionais de respeito aos direitos humanos.

As Parcerias Público Privadas na área de segurança pública apresentam-se como uma solução viável para produzir o mínimo que é exigido pela Lei de Execução Penal e ao que exigem os organismos internacionais, com uma prestação ágil que o Estado diretamente não tem condições de fornecer. A busca ideal por uma gestão carcerária que apresente agilidade administrativa gerando naturalmente redução de gastos em benefício não apenas do encarcerado, mas sim de toda a sociedade.

Assim, delegar parte do serviço público, por meio das parcerias público privadas, para construção e administração do presídio é abrir espaço para que os direitos individuais dos condenados sejam de fato garantidos, bem como uma chance efetiva de resolver os problemas nos presídios, tais como superlotação, degradação das condições de alojamento, falta de higiene, condições deficientes de trabalho, deficiências no serviço médico. Em consonância, há possibilidade da diminuição do índice de reincidência criminal. É um desafio enorme, mas tem se mostrado bem sucedido, consoante a experiência de Ribeirão das Neves em MG, desde

que haja interesse do poder público em fiscalizar tanto a implantação do sistema quanto o desenvolvimento de acordo com o estabelecido em contrato.

REFERÊNCIAS:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 abr 2018.

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

_____. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 13.ª edição, Malheiros, São Paulo, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Privatização das Prisões Mais Uma Vez a Polêmica**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10717-10717-1-PB.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2003,

G1. Jornal Nacional. **MG tem primeiro presídio construído e administrado por empresa**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/mg-tem-primeiro-presidio-construido-e-administrado-por-empresa.html>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Vol I. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Processo Penal**, 13.ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2002.

MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. 2013. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Método, 2017.

_____. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. 2ª. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

_____. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª. ed. São Paulo: Método, 2013.

OSTERMANN, Fábio Maia. **A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional**. 2012. 32 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 19.^a edição, Malheiros, São Paulo, 2001.

SILVA, Ricardo Dias da. **A privatização de presídios como mecanismo garante dos direitos fundamentais constitucionais na execução penal: uma tendência factível ou falaciosa?**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7551#_ftn12>. Acesso em: 20 abr. 2018.