

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

JOSÉ BARROSO FILHO

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Barroso Filho; José Querino Tavares Neto - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-421-1

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Legitimidade. 3. Democracia.
4. Intervenção. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Não se pode esquecer que Economia, para além das escolhas sobre o uso dos recursos escassos necessários a vida e no incremento das forças produtivas, é decisão política e opção de prioridades.

Em tempos de crise econômica, seguida de grave crise política, e ainda do questionamento da legitimidade da atividade estatal – fragilizada pelo estágio puberdade/obsoleto da Democracia Brasileira, a partir de fissuras institucionais em que as funções do Estado disputam hegemonia em torno do Poder – enfrenta a academia a tarefa de compreender o estágio de desenvolvimento econômico e político do "projeto" brasileiro de Nação.

No Grupo de Trabalho: TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO I, a partir da elaboração de 18 artigos aprovados e apresentados, cujos temas variavam entre a constituição econômica brasileira, desenvolvimento sustentável e regulação de vários setores, mais uma vez, o Direito Econômico foi problematizado com eximia competência e profundidade, típicas do CONPEDI, na sua presente edição, assim como nas passadas.

Na tarefa profícua de análise dos trabalhos e intervenções da bancada coordenadora, percebeu-se trabalhos versando sobre o papel do Estado no processo produtivo, em face da sua intervenção direta e indireta, na busca do desenvolvimento socioeconômico; ou ainda, na visão de alguns, objetivando a efetivação do capitalismo humanista.

O Grupo de Trabalho teve o intuito de construir uma oportunidade para a dialética e a retomada do projeto de desenvolvimento social, em meio a reincidência ao neoliberalismo de austeridade, sempre no sentido de problematizar a condição do Estado como propulsor /indutor da economia na produção capitalista da América Latina, ao mesmo tempo em que o projeto de síntese capital/trabalho globalizante, desde o desenvolvimentismo do setor público, vem sendo atropelado, de forma avassaladora, pela financeirização da Economia, e é preciso, então, compreendê-lo em suas nervuras.

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto (UFG)

Prof. Dr. José Barroso Filho (ENAJUM)

DA MERCANTILIZAÇÃO DO PRESO ATRAVÉS DA PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO MINEIRO.

ON THE COMMERCIALIZATION OF PRISONERS THROUGH THE PRIVATIZATION OF THE PRISON SYSTEM OF MINAS GERAIS.

Renata Martins de Souza ¹
Giovani Clark ²

Resumo

O presente artigo tem por escopo analisar a viabilidade da privatização das penitenciárias da nação. Após um estudo sobre a ineficiência da Administração Pública na adoção dos modelos convencionais de retribuição da pena, far-se-á uma análise da privatização dos presídios, apontada pelo governo do Estado de Minas Gerais como alternativa (eficiente) para a elevação do padrão de segurança e melhoria das condições de cumprimento de pena. Por fim, será demonstrado que tal modelo implica, na realidade, em uma indevida exploração da população carcerária, por meio da mercantilização do preso e sem nenhuma preocupação com a efetivação dos ditames constitucionais.

Palavras-chave: Punição estatal, Parcerias público- privadas, Neoliberalismo de regulação, Mercantilização do preso

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to examine the viability of privatization of prisons of Brazil. After studying the inefficiency of public administration in the adoption of conventional models of punishment restitution, there will be an analysis of the privatization of jails, appointed by the government of Minas Gerais as an (efficient) alternative to the elevation of the standard of safety and improvement of punishment compliances. Finally, it will be demonstrated that this model (actually) implies in the improper operation of the prison population through the commercialization of those trapped and without any concern about the constitutional rulings effectiveness.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State punishment, Public-private partnerships, Neoliberalism of regulation, Commercialization of prisoners

¹ Doutoranda em Direito Público e Mestre em Teoria do Direito pela PUC/MG. Professora da graduação de Direito da Rede Doctum, lecionando Direito Constitucional. Defensora Pública do Estado de Minas Gerais.

² Possui Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito pela UFMG. Professor da PUC Minas nos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) e da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação).

1. INTRODUÇÃO

A fragilidade do sistema penitenciário brasileiro, bem como os elevados níveis de criminalidade adulta e infanto-juvenil, aponta para a ineficiência dos modelos convencionais de retribuição da pena, de matriz repressivo, em todas as unidades da federação.

Tal como ocorre na gestão da segurança pública e do sistema penitenciário, o "despreparo" administrativo e financeiro do Estado e da Administração Pública impedem também a realização de outros serviços públicos essenciais para atender as necessidades sociais (educação, saúde, previdência, assistência social).

Como forma de tentar contornar este quadro, o setor público muitas vezes delega para terceiros atividades que originariamente seriam de sua competência.

Neste sentido, seguindo alguns modelos já existentes em outras nações, o Brasil passou a permitir o envolvimento da iniciativa privada em funções públicas na década de noventa do século passado, muito embora, tal tipo de atividade somente tenha sido versada no ano de 2004, com a vigência da Lei Federal n.º 11.079, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP) no âmbito da Administração Pública.

A criação das PPPs foi uma forma alternativa para suprir a falta estatal em determinados serviços indispensáveis para o crescimento econômico e não ao desenvolvimento, sem aumento da carga tributária, mediante colaboração entre os setores público e privado.

Nem mesmo o sistema carcerário ficou imune à terceirização de serviços para o setor privado, tornando-se tal tipo de atividade pública uma propensão que tende a se estender a todo território nacional, por causa das falhas do sistema, cabendo aqui a ressalva de que tal problema decorre, dentre outros fatores, do aumento da população carcerária e da ausência de preparo dos agentes do Estado.

Dada a relevância do tema, o presente artigo, que emprega o método de pesquisa essencialmente bibliográfica, e tem como referencial teórico doutrinadores como o introdutor do Direito Econômico no Brasil, Washington Peluso Albino de Souza; o penalista argentino, Eugênio Raúl Zaffaroni; o administrativista, José dos Santos Carvalho Filho, entre outros, propõe uma análise sobre os pontos positivos e negativos da implantação da PPP carcerária e, mais e especificamente busca desvendar se tais parcerias nos

estabelecimentos prisionais no âmbito estadual beneficiam mais os interesses econômicos que sociais. Ademais, o Estado de Minas Gerais será usado como exemplo por ter sido pioneiro na utilização da parceria objeto do trabalho.

2. A INEFICÁCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Para melhor compreensão do tema, necessário faz-se realizar um breve estudo sobre a história do direito penal e as formas de punição, bem como sobre os problemas comumente apontados ao sistema prisional brasileiro.

Entende a melhor doutrina que o direito penal não se desenvolveu de forma retilínea ao longo da história da humanidade, ou seja, consequência de um encadeado de ideias e fatos, mas tão somente como fruto da evolução dos povos, cada qual com suas peculiaridades e características próprias.

Nessa trilha, acerca da evolução do Direito Penal, elucida Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 28-30), que num primeiro momento, nas sociedades primitivas vigorou a fase da vingança divina, em regra resultante da influência exercida pela religião na vida dos povos antigos. As penas eram severas e podiam até mesmo implicar no sacrifício da própria vida do infrator. Evoluiu-se, posteriormente, para a vingança privada, que tinha como marca principal a reação desproporcional da vítima, de seus parentes e até mesmo do grupo social (tribo) contra aquele que cometeu o delito. Por fim, diante da melhor organização social, o Estado toma para si a responsabilidade de impor sanções ao infrator, afastando, assim, a vingança privada, ganhando destaque a pena de prisão desde meados do século XVIII.

Entretanto, conforme afirma Foucault (2002, p. 63), desde o século XVIII já vinha sendo diagnosticado pela sociedade civil, filósofos e teóricos do Direito o desrespeito à condição humana de punir:

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; nos *chapiers de doléances* e entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco (FOUCAULT, 2002, p. 63).

Na atualidade, o direito penal permanece atribuindo ao Estado o direito de punir, sendo certo que na maioria dos países a privação da liberdade ainda continua sendo a

principal pena imposta àquele que pratica ilícitos penais, apesar das diversas críticas apontadas à tal método. Neste sentido, afirma Eugênio Raúl Zaffaroni:

A prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão, o que não é difícil de explicar. O preso ou o prisioneiro é levado a condições de vida que nada têm a ver com as de um adulto: é privada de tudo que o adulto faz ou deve fazer usualmente e com limitações que o adulto não conhece (fumar, beber, ver televisão, comunicar-se por telefone, receber ou enviar correspondência, manter relações sexuais etc.). É também ferido em sua auto-estima de todas as formas imagináveis, pela perda da privacidade, de seu próprio espaço e submissões a revistas degradantes. A isso, juntam-se as condições deficientes de quase todas as prisões: superlotação, alimentação paupérrima, falta de higiene e assistência sanitária etc., sem contar as discriminações em relação à capacidade de pagar por alojamentos e comodidades. O efeito da prisão, que se denomina prisionização, sem dúvida é deteriorante e submerge a pessoa numa 'cultura de cadeia', distinta da vida do adulto em liberdade (ZAFFARONI, 2001, p. 135-136).

A Constituição vigente estabelece que a cidadania, além de fundamento, é uma das principais características do Estado Democrático de Direito. Seguindo esta trilha, a Lei nº 7.210 de 1984 - Lei de Execução Penal (LEP), recepcionada por aquela, reconhece o preso como um sujeito de direitos, estabelecendo princípios e regras relacionados à execução das penas e das medidas de segurança no âmbito nacional.

Apesar de possuir uma “legislação moderna”, a população carcerária no Brasil ainda é tratada com descaso, já que na prática não se concretizam os direitos humanos dos detentos, dentre eles, tratamento individualizado, assistência médica, jurídica, religiosa, educacional, social. Assim sendo, a quase totalidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros não estão suficientemente aparelhados para prover as necessidades dos detentos, os quais passam a viver em condições degradantes. Nesse sentido, esclarece Nucci:

(...), o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante a pena privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distante do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto (NUCCI, 2006, p. 949).

Com efeito, são vários os problemas vivenciados no sistema prisional brasileiro. Em um quadro como tal, não é de se espantar que o Brasil ocupe hoje o quarto lugar no ranking

das nações com a maior população carcerária. Os dados são de um levantamento realizado recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).¹

Diante disso, é apontada como proposta para solução do problema (uma delas é a mais vinculada e festejada na grande mídia e na sociedade) a implantação das parcerias público-privadas nos sistemas prisionais, conforme será examinado a seguir.

3. A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA COMO MODALIDADE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Dado o aumento das necessidades da sociedade por serviços públicos que, em sua maioria, não são devidamente prestados pela Administração Pública tem-se possibilitado em muitas nações a interação do capital privado na Administração Pública.

Apesar de instituto relativamente recente no Brasil, regularizado somente em 30 de dezembro de 2004, com a criação da Lei n.º 11.079/2004², as parcerias público-privadas há anos existem "informalmente" no Brasil e também em outras nações e são utilizadas como alternativa pela entidade Estatal a fim de delegar ao particular funções que primordialmente seriam de sua alçada.

Neste sentido, quanto às parcerias público-privadas, ensina o mestre Washington Peluso Albino de Souza (2005, p. 362) que a referida modalidade “oferecida como inovação em virtude da "incapacidade financeira" do Estado, especialmente, para obras de infraestrutura, constitui prática desde há muito efetivada, especialmente nos países de família anglo-saxã”. Ensina ainda o introdutor do Direito Econômico no Brasil sobre o tema PPP:

Incluimos estes “contratos administrativos” entre modalidades de Intervenção do Estado no Domínio Econômico, na mesma linha que adotamos para a relação entre Direito Administrativo e Direito Econômico. O “contrato”, pela sua própria natureza e definição, enquadra-se no Direito Administrativo. Sua execução como instrumento de política econômica, envolvendo o cumprimento de suas finalidades, e evitando as falhas da experiência anterior, são do domínio do Direito Econômico (Souza, 2005, p. 363).

¹Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 19 out. 2016.

²Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

A princípio, com o objetivo de facilitar o entendimento de tal sistema, necessário se faz conceituá-lo e discriminarmos as nuances que o caracterizam, para posteriormente contextualizarmos sua aplicação no que concerne às prisões.

Segundo leciona Carvalho Filho (2014, p. 436-441) o compartilhamento dos riscos é uma das características básicas da concessão sob o regime da parceria público-privada, implicando esta em modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante o compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos públicos. Na referida contratação, há estipulação do limite do valor contratado, bem como de seu termo, não podendo o contrato ser inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e sequer possuir prazo inferior à 5 (cinco) anos (o prazo máximo é de 35 anos de vigência).

Insta observamos que, ao contrário do que ocorre com nas concessões simples, por meio da referida modalidade, tida como concessão especial, o concessionário recebe contrapartida pecuniária por parte do poder concedente. Com efeito, ensina ainda Carvalho Filho (2014, p. 433-434) que as Parcerias Público-Privadas possuem dois tipos de modalidades de concessão: Patrocinada e Administrativa. No primeiro caso, o parceiro privado planeja, executa e opera uma atividade de caráter público, precedida, ou não, de obra pública, em que parte da remuneração do serviço entregue a população, será paga pelo parceiro público, na forma de contraprestação adicional, em espécie. O usuário pagará o restante dos custos do investimento, por intermédio de uma tarifa decorrente do uso do equipamento público. Ressaltando-se que a Administração poderá complementar o custo da tarifa, em busca de um valor mais acessível à população.

Já na segunda modalidade, a Administração Pública é a usuária direta ou indireta do serviço público concedido, ainda que envolva o projeto, a execução, a instalação e a operacionalização da obra, ou serviço. O parceiro privado será remunerado unicamente pelos recursos públicos orçamentários, após a entrega do contratado, tal como ocorre no presídio da cidade de Ribeirão das Neves/MG, que não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, sendo o pagamento do serviço efetuado diretamente pelo concedente.

Acerca do tema, esclarece Faria (2015, p. 427) que mesmo antes da vigência da Lei n.º 11.079/2004 a Administração Pública já vinha praticando essa espécie de parceria público-privada, vez que a Lei federal n. 8987/1995 já disciplinava a concessão, por meio da qual o particular assumia a construção, ampliação ou recuperação e determinada obra, por

conta e risco, por prazo determinado, custeada com recursos próprios obtidos por meio de financiamento negociado pela própria concessionária.

Com efeito, o elemento que melhor caracteriza a parceria público-privada é o compartilhamento entre o Estado e o particular de investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos, cabendo primordialmente à entidade Estatal a atividade de fiscalização e ao particular desde a execução de obras até a gestão da atividade-fim, arcando com as perdas e ganhos, incluindo pelo jurista Washington Peluso Albino de Souza (2005, p. 363) como um dos contratos entre as modalidades de intervenção do Estado no Domínio econômico, sobretudo na regulação.

Ademais, nesses tempos atuais neoliberais reguladores de austeridade a parceria pública e privada vem sendo utilizada, de forma cada vez mais intensa, pelos Estados ocidentais no intuito de remodelar suas intervenções no domínio econômico, inclusive quanto aos serviços públicos essenciais, significando assim a modificação do marco legal (Lei n.º 11.079/2004) e a passagem do referido serviço ao setor privado empresarial, garantindo-se a ele a eliminação de riscos, bem como a sua remuneração. É quase um capitalismo sem risco, onde o Estado minimiza os seus poderes, flexibiliza suas normas e restringe sua capacidade de controle/fiscalização, todavia é garantidor (AVELÃS NUNES, 2011, p. 443) dos lucros dos oligopólios privados. Ensina o jurista lusitano Avelãs Nunes quanto ao Estado garantidor:

[...]este conceito surgiu no seio da social-democracia europeia, nomeadamente por obra da corrente apostada na renovação do pensamento social-democrata que ficou conhecida por terceira via, da qual são figuras de proa, no plano teórico, Anthony Giddens (*The Third Way. The Renewal of Social Democracy*, 1998) e, no campo da acção política, Tony Blair.

Em termos gerais, o *estado garantidor* é definido, por uma lado, como “um Estado ‘desconstrutor’ de serviços encarregados de prestações essenciais do cidadão”, e, de outro lado, como “um Estado ‘fiador’ e ‘controlador’ de prestações dos serviços de interesse geral por parte de entidades privadas” (AVELÃS NUNES, 2011, p. 443).

O Brasil, desde a década de 90 do século passado, vem sendo submetido à um movimento neoliberal de regulação, que se afasta do modelo de regulamentação. Ao tratar das fases do neoliberalismo, o Professor Washington Peluso Albino de Souza (2005, p. 331-343) destaca que após a instabilidade social gerada no século XIX pelo Estado liberal, surgiu o neoliberalismo da regulamentação do início do século XX, onde o Estado Empresário, seja como prestador de serviços públicos essenciais, seja como realizador/executor de atividades econômicas estratégicas, atuava na vida economia com vistas a atacar os abusos do poder

econômico privado, realizar o crescimento modernizante (BERCOVICI, 2005, p. 52-53), ou perseguir o desenvolvimento (SOUZA, 2005, p. 371), dentre outros motivos impostos pela realidade.

Entretanto, a partir da década de 80 do mesmo século, o neoliberalismo inicia uma nova fase, denominada da regulação, caracterizada pela transferência das atividades estatais à iniciativa privada e uma maior intervenção indireta do Estado, por meio de normas legais de controle e incentivo do mercado, e das agências reguladoras.

Os Estados nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação transferindo serviços e atividades econômicas estatais à iniciativa privada (via privatização e desestatização), agora, atraentes ao capital, em face da “redução” dos ganhos com a indústria bélica da guerra fria e dos avanços científicos. [...] O poder estatal continuou a intervir indiretamente no domínio econômico, através de normas legais (leis, decretos, portarias); assim, como de forma intermediária, via agência de regulação. Todavia, diferentemente das empresas estatais, as agências não produzem bens ou insumos nem prestam serviços à população, mas somente fiscalizam e regulam o mercado ditando “comandos técnicos” de expansão, qualidade, índices de reajuste de preços/tarifas, etc (CLARK, 2008, p. 70).

A ordem econômica brasileira, que trata das normas constitucionais que definem os objetivos de um modelo para a economia e as modalidades de intervenção do Estado nessa área, possui amparo no art. 170 da Constituição Federal, onde encontra-se estabelecido um conjunto de princípios constitucionais (Constituição econômica) de como a ordem econômica deve se pautar. Neste ponto, importante é destacar que o nosso ordenamento jurídico admite a economia de mercado, dentre outras formas de produção em face do pluralismo constitucional (CLARK, CORRÊA, NASCIMENTO, 2013, p. 292), possibilitando, porém, a intervenção estatal na vida econômica da nação, de forma a assegurar existência digna a todos e a justiça social.

Berenice Reis Lopes (2016, p. 29-30), ao realizar diagnóstico quanto à postura estatal frente ao domínio econômico, destaca que em especial no que toca à intervenção do Estado na economia é possível observar o seguinte: durante a vigência do Estado de Direito identificou-se uma valorização à liberdade do mercado, que, contudo, não vedava a mínima intervenção estatal; já no Estado Social, ocorre uma mudança de postura do Estado, revelando uma alta intervenção estatal no domínio econômico, para conter as crises advindas do sistema capitalista, buscando, sobretudo, efetivar a distribuição de renda.

Por fim, continua Berenice Reis Lopes (2016, p. 29-30), no atual estágio de Estado Democrático de Direito, o Estado retrai de sua postura interventiva anterior, sob o dogma da

suposta ineficiência, iniciando-se um processo de maior intervenção indireta (normas) e das propaladas agências de regulação, sendo revelada então uma das facetas do neoliberalismo, ou seja, o neoliberalismo de regulação (SOUZA, 2005, p. 331) Posteriormente, o dito Estado regulador transforma-se em garantidor (de austeridade), optando por se distanciar “do contexto econômico”, alargando, mais ainda, a atuação do setor privado na prestação dos serviços públicos e nas atividades socioeconômicas estratégicas, antes executadas diretamente pelos próprios poderes públicos, todavia sendo ele (o Estado) garantidor dos lucros privados, utilizando, sobretudo, das parcerias públicas e privadas.

Dentro de tal contexto, ensina Avelãs Nunes (2011, p. 457), que hoje a intervenção do Estado na execução dos serviços públicos essenciais se torna subsidiária. Assim, os serviços públicos passam a ser prestados pela iniciativa privada e não mais pelo próprio Estado, que passa a atuar de forma complementar a iniciativa privada.

De tal forma, assim como a privatização, a prestação de serviço público mediante concessão de serviços através das parcerias público-privadas também se torna comum no contexto atual, diante das crescentes demandas sociais e a justificativa da suposta incapacidade econômica do Estado.

A atuação subsidiária do Estado na prestação de serviços básicos leva Berenice Reis Lopes a afirmar que a política econômica atual aponta para a:

(...), predominância para a desregulação e estabelecimento de parcerias público-privadas, instrumento jurídico considerado o mais adequado para fomentar e garantir os investimentos da iniciativa privada, em grave e literal afronta ao texto constitucional, especialmente aos fundamentos da ordem econômica (LOPES, 2016, p. 55).

Assim, apesar de à princípio tal tipo de parceria, em decorrência de suas características, se mostrar como uma suposta (eficiente) alternativa para o Estado desenvolver sua função primordial, que é organizar e controlar toda a célula social, atendendo aos seus anseios, é possível verificar que a terceirização de atividades (serviço público) possui prós e contras, conforme será visto no próximo tópico.

4. A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DE MINAS GERAIS

A implantação de tal tipo de sistema nos presídios do Brasil ainda encontra-se em fase embrionária, baseada tão somente nas experiências de um plano piloto: o complexo Penal de Ribeirão das Neves, localizado no Estado de Minas Gerais.

A idealização de tal modelo surgiu no ano de 2008, em Minas Gerais, e a sua vigência teve início em janeiro de 2013, com a proposta de promover condições mais humanas aos presos, bem com tornar o próprio Estado mineiro eficiente quanto ao dito serviço público e reduzir os gastos estatais.

Quanto à Parceria Público-Privada no presídio de Ribeirão das Neves, dados da Secretaria de Estado de Defesa de Minas Gerais³ esclarecem o seguinte:

[...] No edital para a PPP Penitenciária foi criada uma concessão administrativa de 27 anos, sendo dois reservados apenas para a construção do complexo, que gerou cerca de 1.500 empregos diretos e indiretos.

Venceu o Consórcio GPA. O parceiro privado é responsável pelo financiamento e construção da obra, buscando medidas que a tornem mais eficiente e propícia à futura operação. Na fase de operação, cuidará da manutenção do complexo e pela gestão dos serviços exigidos pelo Estado, que incluem, entre outros, atividades educativas e de formação profissional, fornecimento de refeições, tratamento de saúde, atendimento psicológico e assistência jurídica aos presos.

A gestão da segurança interna continua sob a responsabilidade do Estado, que mantém seu papel de fazer cumprir as penas estabelecidas pela Justiça, acompanhando a execução das penalidades em conjunto com o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Judiciário. Também cabe ao Estado o transporte dos sentenciados e a segurança externa e das muralhas. [...].

Contudo, o modelo de privatização dos presídios por meio de parceria público-privada gera divergências.

Os favoráveis à parceria pública e privada dos presídios utilizam como argumento o fato de que o Estado brasileiro há muito tem demonstrado que não possui capacidade e qualidade em sua gestão em vários setores da administração, mostrando-se evidente a má gerência dos presídios, os quais se encontram sucateados e sem condições de prover o mínimo que seja de possibilidade de ressocialização de qualquer indivíduo que seja. Neste sentido, sustenta Fernando Capez⁴ que a privatização do sistema penitenciário é a melhor solução para melhora das condições de vida dos detentos, argumentando que a adoção de alternativa:

³Disponível em <<https://mg.gov.br/governomg/portal/c/governomg/516031-pioneirismo-na-ppp-para-presidios/0/5315?termo=>>>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁴CAPEZ, Fernando. Entrevista concedida à Vilbégina Monteiro, *Data Venia Revista Jurídica Digital*, ano N° V55, Brasil, mar. de 2002.

É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O estado não tem recursos para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é a questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível é um fato.

Seguindo tal trilha, argumentam que a implementação de PPPs nos presídios implica na melhoria na qualidade de atendimento ao preso, na redução de custos (já que segundo dados da Secretaria do Estado de Minas Gerais, o valor que será pago por vaga ocupada é 25% menor que o atual custo de manutenção dos presos) e na infraestrutura adequada dos presídios, afirmando Amanda Costa (2010, p. 26-31) que “a implementação da PPP penitenciária visa suprir aquilo que o Estado não é capaz de oferecer, trazendo em sua proposta um Sistema Penitenciário adequado, o qual acredita-se ter maior sucesso em efetivar a função precípua da pena: a ressocialização”.

Neste sentido, as parcerias publico-privadas surgem como alternativa (supostamente mais eficiente) de se lidar com o déficit de vagas, bem como meio de proporcionar maior qualidade dos serviços prestados aos detentos e a redução dos custos financeiros com o referido serviço público.

Em contrapartida, outros doutrinadores afirmam que tal parceria é inconstitucional, já que a segurança pública é função indelegável do Estado. Ademais, o referido modelo teria por objetivo único viabilizador dos lucros privados, e não proporcionar a ressocialização dos apenados. Neste sentido, José Luiz Quadros de Magalhaes ressalta que:

Privatizar os Poderes do Estado significa acabar com a república. A privatização da execução penal é a privatização de uma função republicana, que pertence ao Estado enquanto tal. Privatizar o Estado significa acabar com a república, com a separação dos poderes, com a democracia republicana. As funções do Estado não são privatizáveis, entre elas o Judiciário e a execução penal na esfera administrativa. Privatizar a execução penal e qualquer outra função essencial republicana do estado significa ignorar não apenas um dispositivo ou princípio constitucional; significa também, agredir todo o sistema constitucional. Não há inconstitucionalidade mais grosseira (MAGALHÃES, 2009, p. 73-76).

Desta forma, é possível observar que o modelo de privatização dos presídios por meio de parceria público-privada, apesar de apontado supostamente como solução (eficiente)

para o sistema carcerário na nação por parte do Estado de Minas Gerais, ainda divide opiniões entre os doutrinários e profissionais do Direito.

5- A MERCANTILIZAÇÃO DO PRESO ATRAVÉS DA EXPLORAÇÃO DA MÃO-DE-OBRA CARCERÁRIA

Conforme visto acima, argumenta-se que através da parceria público-privada o Estado necessariamente garante a lucratividade do setor privado, bem como diminui gastos públicos.

Com efeito, por meio de tal prática, o Estado concede à iniciativa privada a execução do serviço de segurança pública antes por ele oferecido, sob a justificativa de promover maior “eficiência financeira” do sistema penitenciário.

Não obstante tal argumento, alerta Berenice (2006, p. 55/57) para o fato de que o Estado Garantidor, que adota uma política desregulamentadora, minimamente intervencionista e subsidiária, encontra-se pautado por uma visão individualista na grande diminuição dos custos e incrível aumento dos ganhos privados, não tendo nenhuma preocupação em promover ou efetivar uma verdadeira democracia.

Ainda, importante é observar que apesar de implicar na aparente redução de custos pelo Estado, a exploração, por agentes do setor privado, de mão-de-obra vulnerável e barata dos encarcerados (sempre, é claro com vistas à obtenção de lucro) ofende a dignidade destes, na medida em que resta desconsiderada a função primária da pena: a ressocialização e a formação profissional do indivíduo, que deixa de ser visto como um fim em si mesmo, passando a ser tratado como instrumento voltado ao enriquecimento de terceiros absolutamente estranhos a este múnus público.

De fato, a contratação via parceria público-privada se mostra mais atraente para o setor privado em tal caso, já que além de não precisar assumir o risco do empreendimento sozinho, a exploração da mão de obra carcerária não se encontra submetida ao regime de trabalho regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

A Lei de Execução Penal (LEP) regulamenta o trabalho do preso, mas deixa de conferir a este trabalhador a incidência das normas celetistas, afirmando não haver relação de emprego entre o trabalhador preso e a outra parte. A lei ainda dispõe que a remuneração

garantida ao detento é de pelo menos 3/4 do salário mínimo para 44 horas semanais, o que implica na redução dos custos das empresas.

Diante de tal contexto, conforme acrescenta Berenice Reis Lopes (2006, p. 114):

O trabalho corre sérios riscos de ser utilizado não como objeto do interesse ressocializante, mas como fator de produção de bens e a um custo muito menor que o praticado no mercado, ou seja, verifica-se a implantação legal de exploração de uma mão de obra extremamente barata, que conseqüentemente garantirá maiores lucros ao empresário (LOPES, 2016, p.114).

Aponta, ainda, Lopes (2016, p. 117) um outro dado agravante, consistente na obrigação atribuída ao poder público concedente de "garantir demanda mínima ao concessionário", dado que das 3.360 vagas disponibilizadas, deve-se garantir lotação de pelo menos 3.024 presos, o que demonstra a clara intenção do contrato de estimular e proteger o setor privado, assegurando-lhe 90% (noventa) por cento de sua demanda na sua atividade cotidiana, ou seja, os apenados são numerosos e garantidores de demandas de lucros privados.

Diante de tal impasse, muitos argumentam que o Estado de Minas Gerais, ao invés de permanecer investindo no encarceramento como meio manutenção do lucro do setor privado, deveria apostar em alternativa menos dispendiosa e mais eficaz, qual seja, a extensão na implantação da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) nas comarcas do Estado, vez que tal método além de ser pautado na humanização e já testado, possui baixo custo de investimento, além de baixos índices de reincidência, mostrando-se, assim, viável, do ponto vista jurídico e econômico. Neste sentido, afirma Leal (2014, p. 164) que “a APAC é louvável porque, entre outros aspectos positivos, humaniza a pena e dignifica os reclusos, reduzindo os custos de manutenção e os níveis de reincidência”.

Com efeito, sob o prisma restaurativo, a metodologia de Associação de Proteção e Assistência aos Condenados é tida como um dos modelos mais eficientes. A APAC é uma entidade civil com personalidade jurídica de direito privado, dedicada à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade. A grande diferença entre a APAC e o sistema prisional comum, é que naquela os próprios presos são igualmente responsáveis pela sua recuperação e têm assistência religiosa, médica, psicológica e jurídica prestada pela comunidade.

Ademais, a segurança e disciplina do presídio são feitas com a colaboração dos recuperandos, tendo como suporte funcionários e voluntários, sem a presença de policiais

civis, militares ou agentes penitenciários. Os internos são convidados a frequentar cursos profissionalizantes, atividades esportivas, artísticas e artesanais, evitando a ociosidade. A metodologia APAC fundamenta-se no estabelecimento de uma disciplina rígida, caracterizada por respeito mútuo, ordem, trabalho e envolvimento da família do sentenciado. Além disso, o método demanda baixo investimento de capital por parte do Estado, já que mantido, basicamente, por meio de doações de pessoas físicas, jurídicas e entidades religiosas, de parcerias e convênios com o Poder Público, instituições educacionais e outras entidades, institutos e organizações não governamentais, bem como das contribuições de seus sócios. (OTTOBONI, 1997, p. 57-61).

O advogado Mário Ottoboni (1997, p. 50), idealizar do método Apac, ainda ressalta a importância da participação comunitária na reinserção do apenado à comunidade, ao afirmar que “o estado já provou exaustivamente, a sua incapacidade para, sozinho, resolver o problema”.

Importante destacar que segundo dados do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais⁵, estima-se que a reincidência entre os egressos das unidades APAC gira em torno de 15% (quinze por cento) enquanto que os oriundos do sistema comum alcançam o percentual de 70% (setenta por cento).

Apesar disso, conforme visto acima, o Estado de Minas Gerais permanece investindo no modelo convencional de matriz repressiva, fomentando, inclusive, a privatização do sistema prisional.

Neste sentido, reconhecendo os excessos da intromissão do setor privado na prestação de serviços públicos tidos como essenciais e buscando resguardar os valores publicísticos que guiam a nossa ordem constitucional econômico, importante frisar as palavras do Professor Giovani Clark:

A nossa ideologia constitucional atual não apresenta apenas comandos jurídicos puramente capitalistas como interpretam os que professam a fé da glória do mercado, mesmo depois de sua “mutilação” pelas emendas constitucionais reguladoras. Naquela temos outros comandos, também jurídicos, que determinam posturas ativas do Estado e da sociedade, ou seja, de mudanças, sobretudo por intermédio de políticas econômicas, não reservando jamais aos poderes públicos um papel de financiador/garantidor dos lucros, das barbaridades sociais e da ditadura do poder econômico privado (CLARK, 2013, p. 449).

⁵Disponível em < <http://www.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas/novos-rumos/apac/apac-apresentacao/apac-apresentacao.htm> >. Acesso em: 19 out. 2016.

Nestas circunstâncias, imperioso torna-se reconhecer que o Estado, amparado por norma manifestamente inconstitucional, transfere seus serviços públicos essenciais ao setor privado (pautado apenas pela obtenção do lucro), ficando à mercê dos interesses econômicos privados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho foi possível verificar que a atividade punitiva estatal se modificou com a evolução da humanidade e que, por motivos múltiplos, o Estado de Minas Gerais tem adotado uma tendência que já existe há anos em outras nações, qual seja, a entrega da atividade que sempre foi do Estado para empresas particulares, por meio da privatização dos presídios, tudo em nome do neoliberalismo e agora regulador garantidor.

Com efeito, o Estado neoliberal regulador transfere para o setor privado os serviços públicos básicos, sem demonstrar nenhuma preocupação com a concretização dos ditames constitucionais, dado que a única preocupação das empresas é a obtenção de lucros.

Assim, o Estado, se valendo de práticas neoliberais, passa a transferir serviços estratégicos da nação à iniciativa privada, colocando em risco a sua própria soberania, na medida em que ao transferir para outrem serviços básicos como saúde, educação e segurança, acaba reconhecendo a sua questionável ineficiência e incapacidade como gestor da comunidade, o que implica no próprio esvaziamento da figura estatal, bem como no empoderamento e fortalecimento do poder econômico privado.

O Estado brasileiro, ao adotar tal prática, minimiza o seu papel, deixando de atuar como protagonista, isso enquanto garantidor dos direitos assegurados constitucionalmente aos apenados. Ademais, o próprio Estado e a sociedade civil organizada também se fragilizam e ficam dependentes de um poder econômico privado, cada vez mais poderoso e oligopolizado, senhor inclusive dos serviços públicos essenciais e de atividades socioeconômicas estratégicas da nação.

Importante destacar que não merece prosperar o argumento de que a privatização dos presídios seria o método mais eficaz e menos dispendioso para o Poder Público, vez que conforme demonstrado alhures, ao contrário deste, o método de Associação de Proteção e Assistência aos Condenados é comprovadamente apontado como modelo eficaz para a execução penal brasileira, vez que além de focar na ressocialização, de forma humanizada do

apenado, alcança baixo índice de reincidência, e demanda baixo investimento de capital por parte do Estado. Assim sendo, o argumento financeiro, ou seja, de redução dos gastos estatais com os apenados e o sistema carcerário não é válido e, logicamente cai por terra.

O modelo APAC apresenta, de fato, ilimitadas conquistas, dentre elas: a redução dos índices de criminalidade e o resgate da dignidade do apenado, conforme impõe a legislação. Portanto, sua implantação representa uma enorme contribuição para a ruptura de uma ordem injusta, elitista e racista, existente por séculos na nação, fundada em discursos vazios pregados pelos defensores da barbárie e por aqueles que buscam lucros ilimitados e arbitrários.

Diante disso, entendemos que o Estado ao delegar parte do poder de punir (a execução da pena em si), ao setor privado lucrativo, que não possui nenhuma preocupação com a ressocialização do apenado e com a redução dos índices de criminalidade, senão com a própria obtenção de ganhos financeiros, por meio da exploração vil da mão de obra do encarcerado, combinando-se ainda o gasto do dinheiro público e a eliminação de qualquer risco privado, implica em flagrante inconstitucionalidade e violação aos Direitos Humanos.

7. REFERÊNCIAS

AVELÃS NUNES, Antônio José. As duas últimas máscaras do estado capitalista. **Revista Pensar**. v. 16. p. 409-476, jul./dez. 2011. Fortaleza.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Custos dos Direitos e Reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CLARK, Giovani. CORRÊA, Leonardo Alves. NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia Constitucional e Pluralismo Produtivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. Especial, p. 265-300, 2013.

CLARK, Giovani. A ADI 1950: O voto aula de direito econômico. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de Andrade; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org). **Direito: Teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 429-451.

CLARK, Giovani. Política econômica e estado. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de. CLARK, Giovani. **Questões polêmicas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2008.

CLARK, Giovani. **O Município em face do Direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COSTA, Amanda. **Análise da implantação da parceira público-privada nas penitenciárias de Minas Gerais com ênfase na ressocialização dos presos**. Piumhh: Revista Phrónesis, v. 2, n. 2, p. 11-37, jul. 2010.

FARIA, Edimur Ferreira. **Curso de Direito administrativo positivo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

LEAL, César Barros. **Justiça Restaurativa amanhecer de uma era: aplicação em prisões e centros de internação de adolescentes infratores**. Curitiba: Juruá, 2014.

LOPES, Berenice Reis. **A parceira público-privada: uma transição entre o Estado regulador e o Estado garantidor**. 2016 138f. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade católica de Minas Gerais. Programa de Pós- Graduação em Direito;

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Privatizar o sistema carcerário?** In: OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres, MATTOS, Virgílio de (Org.). Estudos de execução Criminal: Direito e Psicologia. 2009.

MINAS, Governo de. **Pioneirismo na PPP para presídios**. In. Governo de Minas Gerais. 2012. Disponível em: <<https://www.mg.gov.br/governomg/portal/c/governomg/516031-pioneirismo-na-ppp-para-presidios/0/5315?termo=PPP+do+sistema+penitenci%C3%A1rio&termos=s>>. Acessado em 12 out. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável: APAC, a Revolução do Sistema Penitenciário.** São Paulo: Cidade Nova, 1997.

PRADO, Antônio Carlos. **Armadilhas na privatização de presídios.** In. Isto é independente. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/colunas-e-blogs/coluna/330364_ARMADILHAS+NA+PRIVATIZACAO+DE+PRESIDIOS>.

Acessado em 12 out. 2016.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.