

DIEGO FERREIRA ALMEIDA

ANÁLISE DO EDITAL DA PARCERIA PÚBLICO – PRIVADA
PARA A CONSTRUÇÃO E GESTÃO DE COMPLEXO PENAL:

Questionamentos a partir da análise dos fundamentos de Direito
Público relacionados ao Poder de Polícia e a Arbitragem

Belo Horizonte

2008

DIEGO FERREIRA ALMEIDA

ANÁLISE DO EDITAL DA PARCERIA PÚBLICO – PRIVADA
PARA A CONSTRUÇÃO E GESTÃO DE COMPLEXO PENAL:

Questionamentos a partir da análise dos fundamentos de Direito
Público relacionados ao Poder de Polícia e a Arbitragem

Monografia apresentada ao Curso de Administração
Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves
de Carvalho da Fundação João Pinheiro, como
requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel
em Administração Pública

Orientadora: Andréa D'Assunção Ferreira

Supervisora: Andressa Aparecida Carvalho Moura

Belo Horizonte

2008

Diego Ferreira Almeida

Análise do Edital da Parceria Público – Privada para a construção e gestão de complexo penal: Questionamentos a partir da análise dos fundamentos de Direito Público relacionados ao Poder de Polícia e a Arbitragem

Monografia

Requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Administração Pública

Curso de Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro

Banca Examinadora

Avaliadora

Professora Mestra Maria Isabel Araújo Rodrigues

Orientadora

Professora Mestra Andrea D'Assunção Ferreira

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2008

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pela paciência e apoio despendidos ao longo de todos estes anos.

Ao meu irmão Thiago, por sua cumplicidade e auxílio.

À minha orientadora Andréa Ferreira pela atenção, orientação e paciência oferecidas a mim durante todo este trabalho.

À todos membros integrantes da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Defesa Social - SEDS, pelo apoio, compreensão e acolhimento, cuja convivência foi muito engrandecedora.

Aos amigos da XV turma do Curso Superior de Administração Pública, grandes pessoas, importantíssimos para minha formação profissional e pessoal.

Aos professores desta grande instituição pelo conhecimento e exemplos adquiridos.

Agradeço, em especial, a minha supervisora de estágio, Andressa Moura, pela inestimável orientação prestada, fundamental para a construção deste trabalho.

“Foi, pois, a necessidade que obrigou os homens a cederem parte de sua liberdade; e é certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima porção possível que baste para induzir os demais a defendê-lo. O conjunto dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo mais é abuso e não justiça; é fato e não direito.”

Cesare Beccaria.

RESUMO

O surgimento das Parcerias Público-Privadas tem sido muito discutido pela administração pública nos últimos anos como uma nova forma de concessão para serviços públicos de maior complexidade e que envolvam maior aporte financeiro. Com a publicação do Edital de Concorrência SEDS nº 01/2008, para a construção e gestão de um complexo penal, tem-se a futura delegação da execução penal por meio da transferência da gestão a uma empresa privada. O presente trabalho monográfico teve como objetivo analisar se a PPP – Complexo Penal envolverá a delegação do Poder de Polícia a empresa vencedora do certame, nos termos do Edital. Assim como analisar a questão referente a previsão de arbitragem e sua relação com a delegação do Poder de Polícia. O estudo foi realizado a partir de uma análise do contexto das políticas públicas de segurança adotadas em Minas Gerais e a forma como a PPP se encaixa na política de encarceramento. Dentre as observações verificadas, destaca-se, pela importância, o entendimento pela conveniência e legalidade da adoção de PPP para a contratação e gestão de complexo penal, ressalvada, quanto à legalidade, a indelegabilidade da função de agente penitenciário, da postulação administrativa e judicial dos advogados contratados pela empresa e das atividades atribuídas aos membros da CTC.

Palavras-chave: Parceria Público-Privada; Segurança Pública; Arbitragem; Poder de Polícia.

ABSTRACT

The emergence of public-private partnerships has been much discussed by the government in recent years as a new form of concession for public services involving more complex and greater financial support. With the publication of the announcement of Competition SEDS No 01/2008, to build and manage a complex criminal, it has a future delegation of criminal enforcement through the transfer of management to a private company. This monographic study aimed to examine whether the PPP – Prisional Complex involve the delegation of Power of Police the company won the contest, according to Tender. As well as examine the issue regarding the provision of arbitration and its relationship with the delegation of Power of Police. The study was conducted from an analysis of the context of public security policies adopted in Minas Gerais and how it fits into the PPP policy of incarceration. Among the observations noted, there is, the importance, understanding the appropriateness and legality of the adoption of PPP for the contract and management of Prisional Complex, except, as to the legality, no delegated the function of prison staff, the administrative and judicial positions Advocates employed by the company and the activities attributed to members of the CTC.

Keywords: Public-Private Partnership; Public Security; Arbitration; Power of Police.

LISTA DE GRÁFICOS

| | |
|--|----|
| Gráfico 1 – Evolução do número de unidades prisionais da SUAPI – Minas Gerais | 43 |
| Gráfico 2 – Evolução do índice de ocupação de vagas da SUAPI em 2007..... | 44 |
| Gráfico 3 – Evolução da capacidade e ocupação de vagas da SUAPI em 2007..... | 45 |
| Gráfico 4 – Evolução da taxa de encarceramento e de crimes violentos (2002 – 2006) Minas Gerais | 47 |

LISTA DE TABELAS

| | |
|--|----|
| Tabela 1 – Faixa etária dos presos da SUAPI..... | 33 |
| Tabela 2 – Estado civil dos detentos matriculados em estabelecimentos..... | 33 |
| Tabela 3 – Escolaridade dos detentos matriculados em estabelecimentos..... | 34 |
| Tabela 4 – Enquadramento Penal dos detentos matriculados em estabelecimentos.. | 35 |
| Tabela 5 – Tempo de pena dos detentos matriculados em estabelecimentos..... | 36 |
| Tabela 6 – Investimentos na expansão e modernização do Sistema Prisional..... | 42 |
| Tabela 7 – Capacidade e ocupação das APACs – 2008 | 72 |

LISTA DE SIGLAS

APAC – Associação de Proteção e Assistência ao Condenado
BDMG – Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais
BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento
CERESP - Centro de Remanejamento de Segurança Prisional
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CGP - Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas
CNPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CR – Centro de Recuperação
CTC – Comissão Técnica de Classificação
CTN – Código Tributário Nacional
DRH – Diretoria de Recursos Humanos
FJP – Fundação João Pinheiro
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias
LEP – Lei de Execução Penal
LOA – Lei Orçamentária Anual
MP – Ministério Público
NPM – New Public Management
ONU – Organização das Nações Unidas
PIR – Programa Integrado de Ressocialização
PPP – Parceria Público-Privada
SEDS – Secretaria de Estado de Defesa Social
SEPLAG – Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUAPI – Subsecretaria de Administração Prisional

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1. INTRODUÇÃO | 10 |
| 2. O PAPEL DO ESTADO NA PROVISÃO DA EXECUÇÃO PENAL | 15 |
| 2.1. O contexto histórico do surgimento da pena de detenção..... | 15 |
| 2.2. O desenvolvimento do Direito Penal no Brasil | 22 |
| 3. A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO CONTEXTO DA POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA | 25 |
| 3.1. Discussão acerca do surgimento das parcerias como desdobramento da política de segurança pública adotada | 25 |
| 3.2. Os antecedentes do surgimento da PPP em Minas Gerais comparando com o desenvolvimento das parcerias em âmbito internacional. | 32 |
| 3.2.1. A expansão vertical do sistema penal..... | 32 |
| 3.2.2. A expansão horizontal do sistema penal | 35 |
| 3.2.3. Crescimento exacerbado dos gastos com o sistema penitenciário | 38 |
| 3.2.4. Delegação da execução penal para empresas privadas..... | 39 |
| 3.3. A Política de Segurança Pública adotada no Estado de Minas Gerais..... | 40 |
| 4. O SURGIMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO CONTEXTO DA REFORMA ADMINISTRATIVA. | 49 |
| 4.1. O surgimento da Reforma Administrativa no âmbito internacional..... | 49 |
| 4.2. A Reforma Administrativa no Brasil..... | 53 |
| 4.2.1. Breve contexto histórico | 53 |
| 4.2.2. O surgimento da PPP como desdobramento da Reforma do Estado..... | 54 |
| 4.2.3. A estrutura da PPP em Minas Gerais..... | 57 |
| 5. EXPERIÊNCIAS DE PARCERIAS NA GESTÃO DE UNIDADES PENAIS COM O SETOR PRIVADO | 61 |
| 5.1. Novas formas de gestão em parceria com o setor privado, especificamente a co- gestão. | 61 |
| 5.2. Associação de Proteção e Assistência ao Condenado | 69 |
| 6. ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DE DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NO ÂMBITO DO EDITAL DA PPP – COMPLEXO PENAL. | 74 |
| 6.1. Definição de PPP..... | 74 |
| 6.2. Indelegabilidade do Poder de Polícia..... | 79 |
| 6.3. Agente Penitenciário..... | 89 |
| 6.4 Assistência Jurídica | 94 |
| 6.5. Participação na CTC | 97 |
| 7. ARBITRAGEM | 103 |
| 7.1. Definição de Arbitragem e sua previsão no Edital da PPP-Complexo Penal. | 103 |
| 7.2. Análise da Legalidade para a instituição da Arbitragem | 106 |
| 7.3. Disponibilidade e Indisponibilidade de Direitos nos contratos e convênios da Administração Pública | 111 |
| 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 119 |
| 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 124 |

1. INTRODUÇÃO

O tema da segurança pública, tão presente no cenário nacional e internacional nas últimas décadas passou, a partir de 2003, a ser priorizado pelo governo do Estado de Minas Gerais com o crescimento expressivo dos investimentos estaduais nessa área, segundo dados da SEDS, em comparação com os anos anteriores, em virtude, principalmente, das condições deficitárias que se encontravam as unidades carcerárias. Dentre os problemas identificados que explicam a deterioração da ordem pública em Minas Gerais, nos anos anteriores, se destaca a superlotação crônica do sistema prisional, com a custódia de mais de 2/3 dos presos do Estado sob a responsabilidade da Polícia Civil, na maioria das vezes, em condições de ineficiência e não efetividade da Lei de Execução Penal. A partir desse diagnóstico, a política de segurança pública adotada, dentre uma de suas ações, vislumbrou a profissionalização e ampliação do sistema prisional. O objetivo era modificar a efetividade da justiça criminal, por meio da redução do déficit de vagas no sistema prisional, a profissionalização da gestão das unidades prisionais além do incremento de auto-sustentabilidade às penitenciárias.

Neste contexto, juntamente com o início da transferência da gestão de unidades penais para a Subsecretaria de Administração Penitenciária da SEDS, surge a oportunidade de se propor a Parceria Público-Privada para o sistema penitenciário como solução a ser testada.

Assim, conforme previsto no corpo do Edital da Parceria Público-Privada – Sistema Penal, objeto de análise do presente trabalho, o documento apresenta a seguinte justificativa para a constituição da PPP:

Considerando os estudos realizados pela Secretaria de Estado de Defesa Social em relação ao plano de metas do governo estadual para atendimento da demanda futura de novas vagas no sistema prisional do Estado de Minas Gerais, foi verificada a necessidade de construção e operação de unidades penais adicionais no Estado. Esta ampliação atenderá ao crescimento da população carcerária da Região Metropolitana de Belo Horizonte, permitindo que o Governo do Estado mantenha a política de ampliação das condições adequadas de custódia dos sentenciados como forma de preservação da segurança pública.

Dessa forma, percebe-se que o objetivo da PPP será assegurar a agilidade de implantação de novas vagas no sistema penitenciário, assim como possibilitar a melhoria da prestação dos serviços de segurança pública, o aproveitamento de possíveis fontes de

financiamento e o melhor uso dos recursos públicos, ou seja, aproveitar a flexibilidade do setor privado em implementar uma gestão eficiente.

Antes de se optar pela adoção de um novo modelo de gestão do sistema prisional, mister analisar a eficiência do novo empreendimento pois, o Estado, para realizar a concessão administrativa de um serviço público, deve estar pautado por estudos que comprovem que o custo benefício e a produtividade do particular é maior em comparação com a execução do serviço pelo ente público. Tem-se a necessidade de se comprovar a vantagem oferecida pelo Projeto sob a ótica econômica, financeira, técnica e social, identificando o *value for money*, ou seja, o custo benefício.

A preocupação com a eficiência da máquina administrativa pública, representada pelos movimentos de reforma administrativa, teve como consequência a busca do rompimento da rigidez de modelos ortodoxos burocráticos, iniciada em países como a Grã-Bretanha em 1979 e EUA em 1980, locais onde a reforma se inicializou, criando instrumentos de cooperação com o particular. Essa busca por arranjos institucionais inovadores advém da discricionariedade administrativa, uma vez que a tarefa de administrar não se limita a escolher ou a realizar caminhos marcados previamente, mas sim, pressupõe a descoberta de novas composições de fatores diversos, coragem de ousar e propor programas que rompam com problemas do passado (BASTITA JR., 2004). No entanto, é defeso ao administrador público, na busca de soluções como, no caso para o sistema penitenciário, infringir princípios de Direito Público e delegar a iniciativa privada poderes inerentes da administração pública.

A eficiência no âmbito privado não pode ser equiparada com a observada no âmbito público, pois, enquanto no primeiro a eficiência é o instrumento do qual se busca a maximização dos lucros, no âmbito público se tem a busca do bem comum, da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da paz social. Constituem serviços intangíveis, imateriais, fatores estes que dificultam a operatividade na verificação dos resultados. Nesse contexto surge, como objeto deste trabalho, a necessidade de se delinear com precisão os deveres de cada parte na gestão do sistema prisional sem adentrar no Poder de Polícia do Estado, atribuição esta indelegável. Por Poder de Polícia entende-se o conjunto de atribuições concedidas à administração pública para disciplinar e restringir, em favor dos interesses adequados, direitos e liberdades individuais (MORAES, 2005).

Na busca por um novo modelo de governança e um novo marco institucional para as políticas de segurança pública, a Parceria Público-Privada surge como alternativa a ser experimentada, visto que o Estado de Minas Gerais está na vanguarda do movimento, e a PPP – Sistema Penal será uma das primeiras unidades do Brasil a adotar esta metodologia de parceria para serviços concernentes com a execução penal.

Por se tratar de regulação recente no âmbito nacional, uma vez que se inicia a normatização com a Lei Estadual nº 14.868 de 16 de dezembro de 2003, consubstanciada com a regulação geral pela Lei Federal nº 11.079 de 2004, a implementação da PPP ainda está cercada por incertezas, não apenas com relação a possibilidade legal, mas também quanto aos riscos e custos que poderão surgir com a prática de tal empreendimento. Devido a sua própria disciplina legal, que confere grande margem de discricionariedade ao administrador público, principalmente quanto as definições do edital e do contrato, tem-se um ambiente de incertezas conjugado com a complexidade do objeto, fatores estes passíveis de originarem problemas futuros para a administração pública. Daí surge a premente necessidade de se delimitar com clareza, no âmbito do Edital e do contrato, mecanismos passíveis de garantirem a delimitação do Poder de Polícia e da definição de como ocorrerá a arbitragem, uma vez que, antes de se optar pela eficiência, é imperioso a obediência aos ditames legais, ao interesse público e a dignidade da pessoa humana com o fim único de propiciar um serviço público de qualidade condizente com a política de segurança pública adotada pelo Estado.

O objetivo geral deste trabalho consiste em analisar o Edital de licitação do Complexo Penal do Estado de Minas Gerais, verificando se houve a delegação do Poder de Polícia com a concessão administrativa realizada, assim como estudar como a questão da arbitragem está disposta a fim de não envolver o Poder de Polícia.

Em relação aos objetivos específicos, este trabalho buscou estudar o Edital da PPP – Complexo Penal, identificando os principais pontos referentes a política de segurança adotada pelo Estado de Minas Gerais, assim como cláusulas conflitantes com o Direito Público. Analisar as experiências de concessão e as formas de delegação do serviço público de tutela dos sentenciados já utilizadas no Brasil e no mundo, assim como a relação da reforma do Estado com o surgimento da PPP. Buscou verificar como o Edital descaracteriza a função de custódia do preso do Poder de Polícia do Estado, que se configura como

indelegável, assim como promoveu o questionamento de como a solução da arbitragem está regulamentada no Edital.

Quanto a metodologia utilizada, depreende-se a realização de uma ampla consulta bibliográfica referente ao surgimento das PPP's, a sua conceituação e a forma como se relaciona com outras formas de gestão privada do sistema penal. A partir deste estudo, foi levantado o arcabouço geral e o desenho institucional que regulamenta a política pública de segurança mineira, assim como do novo instrumento de concessão, a Parceria Público-Privada. Assim, uma vez analisado o ambiente institucional e o modelo de política de segurança adotado, passou-se ao estudo do Edital da PPP – Complexo Penal, quanto as suas cláusulas e aspectos referentes à legislação e a política adotada. O foco do trabalho constituiu na análise se o Poder de Polícia, por meio das diretrizes propostas pelo Edital, estavam sendo repassadas ao setor privado, no que tange as medidas de ressocialização e gestão do complexo penal, assim como no que se refere a previsão da arbitragem para a solução dos litígios. A pesquisa apresentou um aspecto qualitativo na sua elaboração. No que tange à estrutura da monografia, seccionamos este trabalho acadêmico em oito partes, sendo esta introdução sucedida pelos seguintes capítulos, conforme a seqüência disposta.

No segundo capítulo será analisado o contexto histórico do surgimento da pena de detenção, remetendo às suas raízes históricas e dogmáticas, a discussão travada e os aspectos que caracterizam, ao longo do desenvolvimento da humanidade, as questões atinentes a punição. O objetivo deste estudo será demonstrar a forte questão cultural em que está envolto o tratamento dos sentenciados, na qual a consciência da importância da ressocialização do preso ainda não é entendida por toda a sociedade, muito em causa devido ao próprio passado recente das punições e do tratamento desumano que era conferido aos presos.

No terceiro capítulo será desenvolvido um estudo acerca do contexto do surgimento das parcerias com o setor privado para a prestação dos serviços de execução penal. Neste capítulo será estudado a questão da criminalidade, contrapondo teorias favoráveis e contrárias a política de encarceramento. Assim será realizado um retrato da política de segurança pública adotada em Minas Gerais, no que tange aos investimentos em disponibilização de vagas, contexto este que desenrolou a necessidade de se buscar novas formas de investimento, qual seja, a PPP – Complexo Penal.

Já no quarto capítulo, a partir do surgimento das Parcerias, tema este tratado no capítulo anterior, será realizada uma análise referente ao contexto da reforma do Estado ocorrida no Brasil a fim de se compreender os pressupostos para a adoção de uma nova forma de relação entre o ente público e o setor privado, consubstanciado no projeto da PPP. Neste capítulo busca-se compreender os fundamentos da contratualização da administração pública e seus efeitos como o surgimento de novas formas de concessão, qual seja, a PPP – Complexo Penal.

No capítulo cinco será demonstrado o movimento que já ocorre no seio da administração pública quanto a delegação dos serviços de gestão de unidades penais nos últimos anos no Brasil. Aqui será estudado os modelos de Co-Gestão e APAC, precursores da PPP no que se refere a participação do setor privado na execução penal.

Enquanto isso, no capítulo seis, será apresentado o estudo de caso do presente trabalho, que consiste em analisar e verificar se no âmbito do Edital da PPP – Complexo Penal há previsão de delegação, dentre as inúmeras atividades que serão realizadas na gestão da unidade, do Poder de Polícia para a empresa vencedora do certame. Dessa forma, serão analisados aspectos jurídicos de direito público concernentes ao objeto da licitação em comento.

Já no capítulo sete, se depreenderá, como uma continuação do estudo do Edital implementado no capítulo anterior, um estudo acerca da questão do Poder de Polícia para a previsão da arbitragem para a solução de conflitos entre as partes (Poder público e empresa privada).

Por fim, no capítulo oito serão apresentadas as considerações finais do trabalho, assim como a conclusão referente ao entendimento de adoção ou não da Parceria Público-Privada, a partir da análise dos fundamentos de Direito Público.

2. O PAPEL DO ESTADO NA PROVISÃO DA EXECUÇÃO PENAL

2.1. O contexto histórico do surgimento da pena de detenção

A questão da punição e segregação de indivíduos que de alguma forma, por meio de seus comportamentos, alteraram o equilíbrio social e o ambiente dos quais faziam parte, sempre permeou, ao longo da evolução da humanidade, discussões acerca de sua legitimidade, forma de punição, poder sobre o indivíduo ou uma classe. Atualmente, a discussão se assenta na definição do ente responsável pela provisão da execução penal, sobre a legitimidade e legalidade de se repassar ao particular, por meio de um contrato, a gestão sobre a vida dos presos durante o cumprimento da pena. Antes de adentrar neste contexto, mister analisar a evolução das penas e o surgimento do Direito Penal.

Na antiguidade, a prisão não tinha caráter penal, tendo em vista que o objetivo da unidade prisional era assegurar a integridade física do indivíduo, mantendo este em local seguro até o momento de ser julgado ou executado. Neste período, as penas constituíam-se em pena de morte, corporais e infamantes, por isso a importância de se manter a integridade física do réu até o momento do espetáculo da punição. Segundo Oliveira (1996, p.43), inicialmente a detenção aparece na história como uma medida simplesmente preventiva para, só mais tarde, tomar caráter repressivo e tornar-se um tipo de penalidade. Desta forma, depreende-se que a prisão não tinha qualquer caráter de pena, tendo em vista que o acusado só permanecia encarcerado para garantir sua integridade física até seu julgamento, vez que nesta época as penas se constituíam em penas de morte, corporal (açoites e mutilações) e as infamantes, ou seja, visavam muito mais uma retribuição pelo ato cometido do que a recuperação do condenado. A importância do espetáculo da punição pública residia na formulação de um exemplo que alcançasse toda a população da região.

Durante a Idade Média e Moderna, as formas de punição vivenciadas na Europa ocidental, devido a ausência de uma legislação que conferisse legalidade e imparcialidade aos julgamentos, transformavam acusados e réus na mesma figura, todos sob os auspícios dos poderes absolutos de reis, clero e ricos burgueses.

A ausência de um Direito Penal concomitantemente permeado num ambiente de arbitrariedades confluíu para o estabelecimento de punições cruéis e injustas, na qual o acusado não dispunha de meios e direitos para se defender. Assim, segundo C. Beccaria, eminente estudioso italiano do século XVIII, na sua obra precursora de seu tempo, “Dos delitos e das Penas”, o autor perfaz o seguinte relato das condições penais vivenciadas no seu período:

E, sem embargo, os gemidos dos fracos, sacrificados à cruel ignorância e à opulenta indolência; os bárbaros tormentos multiplicados com pródiga e inútil severidade; crimes não provocados ou quiméricos; a desolação e os horrores de uma prisão, aumentados pelo mais cruel verdugo dos desgraçados – a incerteza -, deveriam inquietar os magistrados que orientam as opiniões das mentes humanas. (BECCARIA, 2004, p.16)

Porque parece que no sistema penal vigente, segundo a opinião dos homens, prevalece a idéia da força e da prepotência sobre a da justiça; porque se atiram, em promiscuidade, na mesma masmorra, os acusados e convictos; porque a prisão é antes um suplício do que uma custódia do réu, e porque a força interna, tutora das leis, está separada da externa, defensora do trono e das nações, quando deveriam estar unidas. (BECCARIA, 2004, p.30)

Assim, depreende-se desse relato as atrocidades cometidas, assim como a necessidade de uma mudança que tivesse como bojo, principalmente, a instituição do respeito à dignidade da pessoa humana na execução penal. O professor Cezar Bitencourt (2006, p.46), complementa o relato ora apresentado, contribuindo para que se tenha uma concepção clara da realidade da aplicação das penas no momento anterior ao surgimento dos estabelecimentos penais, nos moldes que se apresentam atualmente:

Aníbal Bruno destacava, com muita propriedade, que, nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criavam em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. Justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa freqüência e executada por meios brutais e atrozés, como a forca, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arrancamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas, em que a imaginação se exercitava na invenção dos meios mais engenhosos de fazer sofrer, multiplicar e prolongar o sofrimento; as mutilações, como as de pé, mãos, línguas, lábios, nariz, orelhas, castração; os açoites.

Desse modo, compreende-se o contexto que se apresentam as insatisfações e o campo para se realizar as mudanças tão requeridas pela sociedade. O início da utilização da detenção como forma de punição digna e eficaz é a representação da mudança de comportamento da justiça penal. Para Foucault¹, é no fim do século XVIII e princípio do século XIX que se tem a passagem a uma penalidade de detenção, ou seja, a mudança radical da forma de punição, com conseqüências para todos os países e sistemas penais. Para o autor: “A prisão, peça essencial do conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à humanidade” (FOUCAULT, 1987, p.36).

A importância deste acontecimento para a humanidade é imensurável, mas resta lembrar que a transformação iniciada nesta época ainda não se completou, ou seja, torturas, ambientes insalubres, prepotência de autoridades, descaso e injustiça ainda são problemas recorrentes, os quais serão relatados posteriormente quando analisado o sistema penal mineiro.

Foucault (1987, p.14-15) relata com muita precisão o ambiente transformador e as conseqüências imediatas de tal mudança de comportamento por parte dos Estados, o mesmo afirma que a principal modificação dentre tantas que ocorreram, neste período, foi o desaparecimento dos suplícios. Segundo o autor:

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. (...) De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. (...) A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo.

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias conseqüências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro.

Interessante observar que o primeiro movimento para iniciar a passagem para uma forma de punição mais humana e igualitária, surge na Europa, mais precisamente na Inglaterra em 1760, sendo aperfeiçoada e adotada definitivamente na França em 1783, com a apresentação de uma máquina de execução. Neste contexto advém a importância da

¹ Michel Foucault (1926 – 1984), filósofo francês do século XX, autor da obra prima “Vigiar e Punir”.

guilhotina², muitas vezes relacionada a um meio de execução impiedoso e de execução em massa, tendo em vista o caráter desregrado com a qual foi utilizada durante o período do Terror da Revolução Francesa, esta máquina passa a ser utilizada a partir de março de 1792, sendo a mecânica adequada a três princípios diretamente correlacionados com a aplicação de uma pena mais democrática. Segundo Foucault (1987, p.17):

O famoso art. 3º do código francês de 1791 – “todo condenado à morte terá a cabeça decepada” – tem estas três significações: uma morte igual para todos (os delitos do mesmo gênero serão punidos pelo mesmo gênero de pena, quaisquer que sejam a classe ou condição do culpado); uma só morte por condenado, obtida de uma só vez e sem recorrer a esses suplícios longos e conseqüentemente cruéis; enfim o castigo unicamente para o condenado, pois a decapitação, pena dos nobres, é a menos infamante para a família do criminoso.

Ora, apesar de se atribuir a Revolução Francesa o marco do movimento reformador, inquirisse ressaltar que desde o movimento iluminista, a questão penal é discutida, com a intenção dos juristas, deste período, na elaboração de mecanismos e Leis que extinguissem os espetáculos na execução das penas. No entanto, cabe ressaltar que este movimento exemplificado com o surgimento da Guilhotina durante a revolução Francesa, é fruto de um desenvolvimento de idéias de filósofos ao longo do século XVIII, conforme esclarece o professor Cezar Bitencourt (2006, p.47):

(...) é na segunda metade do século XVIII quando começam a remover-se as velhas concepções arbitrarias: os filósofos, moralistas e juristas dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem.

Fizeram coro a esse movimento, principalmente durante o movimento iluminista, na seara político-criminal, três grandes juristas: Beccaria (1738 – 1794), a quem se atribui a provocação da preparação e amadurecimento das reformas penais dos últimos séculos, ou seja, o precursor das idéias penais vigentes. Insinuando a finalidade reformadora da pena privativa de liberdade, Beccaria refutou a idéia da prisão num sentido punitivo e sancionador, na sua obra mais famosa, o autor apresenta o seguinte ideário de aplicação de penalidades pelo Estado:

² A guilhotina, que deve o seu nome a um médico francês, Guillotin (Joseph-Ignace Guillotin, 1738-1814), consistia numa estrutura de madeira com uma lâmina afiada no topo, que cortava as cabeças das vítimas. Esta máquina de morte era mais rápida do que os anteriores métodos de execução e por isso pensava-se que era mais humana. Durante a Revolução Francesa foi usada para matar não só o rei e a rainha, mas também milhares de outras pessoas.

De tudo o que fica exposto pode-se deduzir um teorema geral muito útil, mas pouco adaptado ao uso, legislador mais comum dos países: **“Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima das possíveis em dadas circunstâncias, proporcionada aos crimes, ditada pelas leis.”**(BECCARIA, 2004, p.143, grifo nosso)

Já John Howard (1725 – 1790) inspirou uma corrente penitenciária preocupada em construir estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Buscou reformar as prisões inglesas, no sentido de conferir maior humanização e racionalização das penas, sendo de sua autoria a frase: “A administração de uma prisão é coisa muito importante para abandoná-la completamente aos cuidados de um carcereiro”. Com Howard tem-se o nascimento do penitenciarismo.

Por fim, Jeremias Bentham (1748 – 1832), com contribuições no campo da Penologia, buscou implantar um método de controle de comportamento humano de acordo com um princípio ético, proporcionado pelo Utilitarismo³. Também expôs suas idéias sobre o Panóptico: “Todo o edifício é como uma colméia, cujas pequenas cavidades podem ser vistas todas desde um ponto central. O inspetor invisível reina como um espírito”. O nome “panóptico” expressa “em uma só palavra a sua utilidade essencial, que é a faculdade de ver com um olhar tudo o nele se faz.” (BENTHAM *apud* BITENCOURT, p.55). O autor buscou dispor, nos seus trabalhos, sobre a importância da arquitetura penitenciária para a prevenção e controle dos apenados.

No entanto, este movimento apenas vai alcançar seus objetivos imediatos, quais sejam, o desaparecimento dos suplícios, mesmo que somente de forma oficial, visto que métodos de tortura ainda perduram nas mais variadas localidades, no período compreendido entre 1830 e 1848, quando os Estado passam a penetrar na época da sobriedade punitiva.

³ Corrente filosófica surgida no século XVIII, na Inglaterra, que afirma a utilidade como o valor máximo no qual a elaboração de uma ética deve fundamentar-se. Jeremy Bentham criou, na primeira metade do século XIX, o termo *utilitarian*, como uma designação do conteúdo central de sua doutrina. Contudo, foi Stuart Mill quem, pela primeira vez, empregou o termo *utilitarianism*, ao propor a fundação de uma *Sociedade Utilitarista (Utilitarian Society)*. O utilitarismo baseia-se na compreensão empírica de que os homens regulam suas ações de acordo com o prazer e a dor, perpetuamente tentando alcançar o primeiro e escapar à segunda. Deste modo, uma moral que possa abarcar efetivamente a natureza humana precisa voltar-se para este fato, conduzindo-o às suas últimas conseqüências. Nesta perspectiva, a utilidade, entendida como capacidade de proporcionar prazer e evitar a dor deve constituir o primeiro princípio moral, isto é, seu valor supremo.

Importante ressaltar que a pena de prisão, que teve sua origem nos mosteiros da Idade Média sofreu modificações de toda espécie ao longo da história, buscando a garantia da segurança. Assim, coube a Igreja católica a primazia das prisões, que no fim da Idade Média foram utilizadas pela primeira vez como mecanismo para promover castigos de ordem interna. Segundo Guimarães Júnior (2005, p.1), “A Igreja Católica chamava de penitenciário a clausura onde se recolhiam os pecadores arrependidos para cumprirem penitência, refletirem sobre o erro praticado e abominá-lo. Daí a origem do termo penitenciária, empregado para denominar estabelecimentos penais de maior porte”. Dessa forma, esta clausura comportava desde monges e padres rebeldes a infratores, que tinham como castigo o recolhimento a celas dos mosteiros.

No entanto, é sabido que já no Império Romano se vislumbrava resquícios de prisões, cuja função, conforme discorrido anteriormente, não tinham como objetivo primeiro servir como local para a literal execução de uma punição, mas sim para reter o criminoso.

Outro ponto interessante é o fato da administração estatal da pena, remontar, também, a Roma Antiga, com o desaparecimento da vingança privada, onde o Estado passa a exercer o *ius puniendi*⁴, ressaltando o poder conferido ao *pater familiae*⁵, mas agora com restrições. Configura assim, o apoderamento do Estado da função de punir, outrora renegada aos particulares.

Segundo Durkheim (1995), em análise sobre o crime, o autor discorre que o crime é um “fenômeno social normal”, relativo à sociedade ou ao tipo de cultura dentro da qual ele se produz. Dessa forma, quando o equilíbrio de uma determinada sociedade é comprometido em consequência de uma crise econômica ou moral, certos comportamentos qualificados de desviantes podem resultar do estado de desregramento moral ou econômico dessa sociedade. Assim, o entendimento de outrora cujo teor consistia na atribuição do funcionamento defeituoso das estruturas sociais às falhas do controle social sobre os imperiosos impulsos biológicos, já não mais se coaduna com as novas concepções. Interessante observar que o Direito Penal surge da ineficácia dos meios de controle sociais para harmonizar o convívio social, quando as infrações aos direitos e interesse do indivíduo assumem proporções perigosas que colocam em risco toda a sociedade. Segundo Bitencourt:

⁴ Expressão em latim cuja tradução corresponde a direito de punir.

⁵ Expressão em latim cuja tradução corresponde a chefe de família.

O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança. Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça. (BITENCOURT, 2006, p.2)

Este poder exercido pelo Estado, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ou seja, o monopólio da força, também trouxe consigo outra consequência, qual seja, a diferenciação entre julgamento e aplicação da pena. Ora, antes o Estado julgava e executava seu condenado, ou, como durante a inquisição, mantinha-o trancafiado num calabouço ou em celas, origem da prisão.

Já com o advento da detenção, tem-se também a distinção entre aplicação da pena e execução da mesma, os órgãos jurídicos não mais querem ficar responsáveis pela execução da pena impostas por eles, ao contrário, há uma delegação ao Poder Executivo para arcar com os condenados. Segundo Foucault (1987, p.142):

A execução da pena vai se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por um enterramento burocrático da pena.

O autor busca enfatizar o sentimento que passa a perfazer o ideário do sistema judiciário, qual seja, a vergonha de punir, procurando libertar do vil ofício de castigadores, ora, ao atribuir ao Estado (Poder Executivo) a execução penal, os magistrados se vêem motivados a guardar distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo. A via pública dos acontecimentos penais passa a ser, somente, o julgamento, os debates e a sentença, uma vez que começa a se criar um afastamento de interesses quanto a aplicação da pena, ou seja, importante é que se julgue e condene os culpados, quanto a execução da pena imposta, quanto mais distantes dos magistrados e da população, melhor.

Apesar deste período gerar a transmutação da pena com a eliminação do domínio sobre o corpo para uma restrição de direitos pessoais. Com a consequente substituição do carrasco, representação literal do sofrimento, por técnicos das mais variáveis matizes – guardas, médicos, capelães, psiquiatras, psicólogos, educadores, observa-se que foi criada uma responsabilidade para toda a sociedade, qual seja, a recuperação do sentenciado. No entanto, como o próprio Foucault sinaliza, a pena dita democrática por excelência,

também traz, em seu bojo, assimetrias, principalmente quanto a aplicação da pena de forma igualitária para todos, independente das condições financeiras, raciais e culturais. Segundo o autor:

Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz igual, um aparelho judiciário que se pretende autônomo, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, pena das sociedades civilizadas. (FOULCAUT, 1987, p.207)

2.2. O desenvolvimento do Direito Penal no Brasil

No Brasil, o Direito Penal aplicado, a partir do descobrimento do país, passou a ser o Direito Português, neste primeiro momento, constituindo as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1.446, consideradas como o primeiro código europeu completo. Estas foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, em 1.521. No entanto, importante ressaltar, que tais ordenamentos não configuraram eficazes em terras além mar, prevalecendo as Leis impostas pelos senhores das Capitânicas Hereditárias. Assim, o arbítrio dos donatários, na prática, é que estatua o direito a ser aplicado, perfazendo um direito do mais forte no Brasil. Em 1.603 é promulgada na Espanha, mas com aplicação em Portugal devido ao governo conjunto exercido nos dois Estados, por Filipe II, as Ordenações Filipinas, que impunha severas punições, como a previsão de pena de morte, açoites, amputação de membros, as galés, degredo etc. Este código teve aplicação no Brasil até o ano de 1.832, ou seja, já após a proclamação da independência brasileira. Cabe ressaltar que a influência da Igreja nas Ordenações era tamanha que muitos dos crimes previstos se relacionavam com atos contra a Igreja Católica.

Neste período, assentam-se as bases para a instalação de um neofeudalismo luso-brasileiro, nas palavras de Bittencourt (2006), uma vez que, distantes do poder real, os colonos, principalmente senhores, independentes entre si, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar os seus interesses, remontando ao período obscuro vivido na Europa.

Em 1.832, com a promulgação do Código de Processo Criminal, tem-se a aplicação de um compêndio de leis dos mais elaborados para a época, por sua clareza,

precisão, concisão e apuro. Como principal inovação tem-se a previsão do sistema de dias-multa.

Já com o advento da República, foi aprovado e publicado um código em 1.890, antes da Constituição de 1.891. No entanto, a qualidade deste código deixou a desejar, cuja consequência imediata foi a elaboração de várias leis a fim de completar o código, objetivando o tornar prático para realidade brasileira. Em 1.932 foi constituído a Consolidação das Leis Penais, a fim de consolidar a legislação penal que até aquele momento, perfazia numa colcha de retalhos (BITENCOURT, 2006).

Somente em 1.940 é sancionado um novo código criminal brasileiro, durante a vigência do Estado Novo, cuja aplicação se dá até os dias de hoje. Entretanto, duas importantes Leis foram promulgadas a fim de atualizá-lo. A Lei nº 6.416 de 24/05/77 que buscou atualizar as sanções penais e a Lei nº 7.209, de 11/07/84 que institui a nova parte geral. Houve, assim, uma humanização das sanções penais com o advento de penas alternativas à prisão.

Outra importante norma consiste na Lei de Execução Penal - LEP⁶, Lei Federal nº 7.210 de 11/07/84, a qual traz os fundamentos para a ressocialização do preso e regras delimitadoras da forma de execução da pena.

O fato que se deve ressaltar de todo este percurso é que as condições dos presídios atuais não se devem apenas a possível falta de investimentos, mas também a um passado segregador, injusto, do poder da força econômica quanto a aplicação das penas e da justiça. A questão cultural imbuída no sentimento de muitas pessoas, que identificam a punição do criminoso, geralmente acometido por injustiças e sem direitos resguardados, ainda povoa o imaginário das pessoas, muito em causa devido ao pouco tempo decorrido das transformações da execução penal. A própria LEP, que de certa forma propõe diretrizes humanizantes para a execução penal, calcadas na ressocialização do preso, mostra-se ainda, muito recente, não sendo completamente assimilada pela população.

⁶ A Lei de Execuções Penais vem disciplinar o cumprimento da pena previamente estabelecida em sentença ou decisão judicial. Apresenta uma amplitude maior pois não protege somente o direito do detento mas a própria integridade do ser humano com o fim principal de reinseri-lo na sociedade, combatendo, assim, a criminalidade de forma humana e adequada. Seu contexto insere-se na defesa da dignidade da pessoa humana, no caso, na proteção e respeito à dignidade do sentenciado.

É neste bojo que surge a idéia da PPP – Parceria Público Privada, como uma nova alternativa para a aplicação mais eficaz e humana da pena de prisão e da ressocialização, ao mesmo tempo em que proporciona uma redução dos gastos públicos com a manutenção e construção de unidades penais. No entanto, a terra prometida, qual seja a PPP, dos administradores públicos que lidam com os desafios da política de segurança pública deve ser encarado com ressalvas e dentro de um contexto que abarque a questão criminal no ambiente ao qual será inserida. Assim, no próximo capítulo, será abordado o desenvolvimento da pena de detenção, iniciada no século XVIII e XIX, quanto a sua funcionalidade e eficácia nos dias atuais, identificando o arcabouço teórico-fático do surgimento das parcerias com o setor privado para a execução de uma política pública tão importante quanto a execução penal. A partir deste contexto, será exposto o quadro mineiro da política criminal adotado, para assim, tornar possível a identificação de traços comuns entre o surgimento da PPP no âmbito internacional e no âmbito mineiro.

3. A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO CONTEXTO DA POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA

3.1. Discussão acerca do surgimento das parcerias como desdobramento da política de segurança pública adotada

A consolidação das penas de prisão observada ao longo dos séculos XIX e XX acentuou o papel do Estado na provisão e manutenção da ordem pública, constituindo num dos principais bens coletivos da sociedade atual. No entanto, esta assunção de responsabilidades e deveres gerou uma sobrecarga para o Estado, na medida em que a política de encarceramento passou a ser o centro do controle da criminalidade adotado pelos governos de todo o mundo. A afirmação da privação da liberdade como meio mais eficiente de conter os criminosos incorre em implementação de políticas públicas que vislumbrem a forma como será realizado o controle de criminalidade, assim como a definição da importância de medidas repressivas e preventivas na política adotada.

Em meados da década de 80 (oitenta), concomitantemente com o início da reforma gerencial do Estado, ou propriamente como fruto dessa nova visão de Estado, primeiramente nos Estados Unidos e, a seguir, em outros países desenvolvidos como Inglaterra, França, Canadá, Austrália, inicia-se uma política de delegação da execução penal às empresas privadas (MINHOTO, 2000). Diante de um ambiente social no qual os efeitos da efetividade do sistema penal é posto em xeque, no qual as taxas de reincidência são alarmantes, principalmente no Brasil, tem-se uma continuação desse sistema com o investimento em construção de novos presídios, só que, num contexto de reforma do Estado e contingenciamento de gastos, fazendo-se necessário parcerias com o setor privado.

O problema da superlotação das unidades prisionais não é um privilégio do Brasil, segundo Laurindo Minhoto (2000, p.47): “desde a década de 80 o sistema prisional norte-americano tem se defrontado com os problemas da superlotação das prisões e dos custos crescentes do encarceramento”. Essa crise foi intensificada com o crescimento dos custos de administração do sistema, gerando a precarização generalizada das condições de encarceramento. Essa situação criou o cenário para uma crescente intervenção judicial no sistema penitenciário, acentuando ainda mais a crise. A primeira resposta foi a construção de

novas unidades prisionais, com a extensão de suas capacidades, como resposta às determinações judiciais. Como se percebe, a superlotação surge como o ingrediente principal da crise. Para tanto foram criadas várias teorias pra explicá-la, dentre as quais o aumento da taxa de natalidade “*baby boom*” entre as décadas de 40 e 60, no pós-guerra, aumentando, assim, o número de indivíduos na faixa etária mais vulnerável (jovens entre 14 a 16 anos) na década de 80.

Na Europa, observa-se o mesmo efeito de crescimento exacerbado da população carcerária, segundo Laurindo Minhoto (2000, p.57):

Entre 1987 e 1995, a Espanha vivencia um crescimento a ordem de 70%, enquanto a Holanda, nação que possui uma das menores taxas de encarceramento da Europa, cresce, nesse mesmo período, à maior taxa registrada, 106%. Itália, Portugal e Grécia apresentam um crescimento de 41%, 47% e 40%, respectivamente. Até mesmo entre os escandinavos, países sabiamente mais parcimoniosos no uso da prisão, as taxas de crescimento para Suécia e Noruega foram de 34% e 36%, respectivamente, nesse período.

Tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, a política penal se articulou em torno da maior repressão aos delitos menores e a simples infrações (tolerância zero⁷), além do agravamento das penas e a vigilância maior nos territórios considerados de risco, impulsionados pela desregulamentação da administração prisional.

Este modelo adotado pela Europa foi importado dos EUA, no que concerne a maior repressão da polícia, fato este demonstrado pelo aumento rápido e contínuo dos índices de encarceramento em quase todos os países membros da União Européia. Este aumento se deu muito mais pela maior duração das detenções do que a uma inflação das condenações, como ocorreu nos Estados Unidos. Na França observa-se o seguinte cenário, de acordo com Wacquant (2001, p.105)⁸:

A nova organização das penas, observa o criminologista Thierry Godefroy, é estabelecida em relação com o controle de uma população crescente, jovens e adultos em situação de espera entre escolaridade e trabalho, ao passo que se deixa disponível

⁷ Política implementada pelo prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani em meados da década de 1990. Pautou pela redução significativa da criminalidade por meios de ações objetivando a redução do nível de impunidade até então prevalecente no que se refere ao comportamento criminoso de menor gravidade, além de uma polícia proativa capaz de antecipar ao crime. (SAPORI, 2007. p.76).

⁸ Professor na Universidade de California-Berkeley e pesquisador no Centro de Sociologia Européia do Collège de France, é autor de vários trabalhos sobre a desigualdade urbana, violência e corpo, dominação racial e teoria sociológica. Foi professor visitante em Paris, Los Angeles, Rio de Janeiro e Nova York, é membro fundador do grupo de ativistas acadêmicos "Raisons d'Agir" e colabora regularmente para o *Monde Diplomatique*.

uma reserva de mão-de-obra desqualificada e pouco exigente útil para o desenvolvimento do setor de serviços. (...) Essa reconfiguração da punição provoca o aumento da pressão penal não sobre as classes perigosas *stricto sensu*, mas sobre os elementos marginalizados do mercado de trabalho (particularmente jovens e os estrangeiros) aos quais são oferecidos como perspectiva apenas a aceitação de uma inserção no mercado dos empregos inseguros ou sanções carcerárias, sobretudo em casos de reincidência.

Segundo Wacquant (2001, p.96), “o sistema penal contribui diretamente para regular os segmentos inferiores do mercado de trabalho”, até certo ponto exagerada, esta concepção proposta pelo professor citado coaduna, quando analisadas os segmentos que compõe o sistema penal, com a realidade fática. Ao mesmo tempo em que se reduz artificialmente a taxa de desemprego, aumenta-se o emprego no setor de bens e serviços carcerário, setor este caracterizado por mão de obra precária, ainda mais com o advento das parcerias, que não se submetem a Lei de Cargos e Salários existente para a carreira de Agente Penitenciário, por exemplo. Para ele, o desmantelamento do Estado Social no fim dos anos 70 contribuiu para o aumento do desemprego e da cobertura de programas sociais às classes desfavorecidas, resultando, dessa forma, num aumento da criminalidade e, conseqüentemente, das taxas de encarceramento.

Este esfacelamento do Estado moderno concretizado nos anos 80 ocorre concomitantemente com o fortalecimento do Estado penal, incorrendo numa “regressão do estado social para o Estado penal” (WACQUANT, 2001. p.101). Por isso o autor defende a redução drástica da população carcerária e o desenvolvimento de penas alternativas ao encarceramento, na medida em que as penas de detenção constituem uma forma de controle social, que atinge principalmente os cidadãos desfavorecidos financeiramente.

Wacquant (2001) sugere uma correlação entre imigrantes, pessoas de cor, e marginalizados do mercado de trabalho, que compõe as categorias mais vulneráveis da sociedade, com sua representação mais constante na população carcerária. Este fato é agravado com o ideal de focalizar a política criminal mais para a defesa social em detrimento da reinserção. A preocupação inicial é cada vez mais voltada para a austeridade e segurança, com o objetivo de reinserção reduzindo-se a mero slogan de marketing público. Afinal, o tema da segurança pública não pode ser reduzido apenas a uma questão de encarceramento, pois, as prisões, por si só, não apresentam o condão de modificar os índices de criminalidade se não forem acompanhadas de políticas eficazes de reinserção. Segundo Wacquant (2001),

existe um forte risco de se utilizar a intensificação da prisão como estratégia privilegiada de controle social, promovendo, dessa forma, um paradoxo que se vislumbra, *a priori*, na busca dos Governos em remediar com um Estado mais pró-ativo, em termos policial e penitenciário por meio de um Estado menor, em termos de participação econômica e social, menor participação esta apontada por muitos como a causa da escalada generalizada da insegurança pelo mundo.

O professor Luís Saporì (2007) critica esta visão apresentada por Wacquant (2001), afirmando que o mesmo, na medida em que concebe como elementos opostos a prevenção e repressão, reduz a capacidade do Estado responder à criminalidade e prover a ordem pública. A este respeito Saporì (2007, p.86) afirma que o debate referente às políticas públicas não se pode resumir a preferências ideológicas de esquerda, de cunho distributiva e direita de características retributivas, segundo o autor; “exemplo explícito dessa polarização ideológica é o livro de Loic Wacquant intitulado *As prisões da Miséria*”. Dessa forma, as políticas públicas de segurança devem pautar por medidas que sejam capazes de combinar aumento da capacidade repressiva do poder público por meio da atuação da polícia e do sistema prisional juntamente com políticas públicas de acesso e proteção às camadas mais vulneráveis da sociedade. Quanto a capacidade preventiva, vislumbra-se a prevenção social pautada na participação da comunidade.

Segundo Saporì (2007), ao contrário do que afirma os autores citados, a dissolução do Estado Social a partir dos anos 80 não pode ser considerada como a causa principal da disseminação da criminalidade e dos índices de encarceramento, visto que no Brasil se observa um lento processo de regressão da pobreza absoluta. Conforme preceitua Saporì (2007, p.96); houve “(...) avanços nos indicadores de educação, saúde e saneamento básico, bem como de incremento da mobilidade social”. Para o autor, o aumento da criminalidade é fruto da deterioração por parte do poder público em coibir a criminalidade e a violência, principalmente no que se concerne a roubo e homicídios. Este fato foi incrementado com a participação de jovens de áreas periféricas das cidades, motivados pela consolidação do tráfico de drogas nessas localidades.

Por outro lado, a disseminação da violência é exacerbada pela fragilidade do sistema de justiça criminal, ou seja, põe-se em xeque o aparato público organizacional responsável pela fiscalização da ordem. Assim, o exemplo clássico deste modelo é a

impunidade e a motivação crescente para o crime, a existência de unidades penais lotadas e o aumento do déficit de vagas na qual as chances de retorno do detento ao mundo do crime crescem consideravelmente, quando um trabalho de ressocialização não é feito de forma eficiente.

O professor defende a alta taxa de encarceramento brasileira, próxima de 200 presos por 100 mil habitantes, segundo dados de 1995, tendo a mesma duplicado desde a década de 1990. Segundo Saporì (2007, p.105):

(...) a taxa de encarceramento na sociedade brasileira destaca-se no nível internacional, sendo superada pelas da Rússia, EUA e África do Sul. Nossa taxa de homicídios, por sua vez, é também bastante elevada, entre as maiores do mundo, superando em mais de 1.000% a taxa média dos países europeus. Contudo, a enorme diferença entre os níveis de violência existentes na sociedade brasileira e nas sociedades européias não encontra paralelo nos níveis de aprisionamento. A taxa de encarceramento na sociedade brasileira é, em média, 100% maior que a dos principais países europeus, sem considerar que somos superados pela Polônia e a Rússia.

Dessa forma, as altas taxas de encarceramento seriam justificadas pelas altas taxas de crimes violentos, mas tem-se que alertar que este não é o único ponto a se considerar, visto que o próprio autor afirmou que não há uma correlação clara entre taxas de aprisionamento e taxas de criminalidade.

No entanto, a contradição da política de encarceramento mostra-se estampada quando se percebe que o plano de expansão do sistema tem sido defendido pelos governos de todo o mundo, inclusive em Minas Gerais, a partir de 2003, perante a opinião pública, ao mesmo tempo em que há um reconhecimento público explícito da ineficácia da prisão quanto à reabilitação dos detentos. Neste sentido, o professor Laurindo Minhoto apresenta com muita propriedade o quadro que se tem atualmente quanto ao retrato da situação e a complexidade de se propor uma política pública de segurança nestes termos:

É precisamente num contexto de explosão da população penitenciária, de escalada dos gastos, de degradação das condições de alojamento que, por sua vez, tem levado à intervenção judicial no sistema, e de uma postura do público que, ao mesmo tempo em que exige penas mais duras para os violadores da lei penal, recusa-se a autorizar os recursos necessários à construção de novos estabelecimentos, que as prisões privadas têm sido propostas e apresentadas como solução à crise do sistema penitenciário norte-americano. (MINHOTO. 2000, p.64).

Conforme se depreende, esta situação é perfeitamente aplicável ao caso mineiro, como uma das justificativas para a proposta da PPP - Sistema Penal. Na medida em que existe uma pressão, tanto da mídia, quanto da sociedade organizada e população em relação às péssimas condições carcerárias, ao mesmo tempo em que a sociedade, de modo geral, clama por penas mais duras e extensas a cada novo crime bárbaro noticiado. Desse modo, como solucionar o problema, visto que para construir novas unidades penais envolvem-se custos elevados num contexto de escolhas trágicas. A primeira vista, a solução da Parceria promete solucionar todos estes problemas, com uma gestão mais eficiente, custo/preso reduzido frente ao que o Estado despende, além da possibilidade de amortizar os custos de construção durante o período de duração do contrato. No entanto, a questão central é se esta política de altas taxas de encarceramento é eficaz, ou seja, a longo prazo, o Estado continuará com este entendimento, visto que o contrato de PPP dura, em média, 35 anos.

A vantagem proposta pela PPP aos gestores públicos consiste na possibilidade de acesso a novas tecnologias, redução do gasto com pessoal, na medida em que não seria necessário realizar concurso público, deixando ao mercado a regulação dos salários dos empregados contratados pela empresa, redução da burocracia e planejamento com relação às construções, sem atrasos, além de redução do dispêndio de dinheiro público. No entanto, outras questões envolvem a participação do setor privado na gestão das unidades prisionais, como assevera Minhoto (2000, p. 81):

O debate sobre as prisões privada (como tem sido referido pela literatura) está circunscrito prioritariamente à administração privada total de estabelecimentos penitenciários e se concentra basicamente no questionamento de dois pontos: de um lado, a promessa da eficiência e da redução dos custos feita pelos defensores da privatização; de outro, a possibilidade e mesmo a oportunidade e conveniência da delegação do poder de execução da pena às empresas privadas, envolvendo razões de ordem jurídica, política, ética e simbólica.

Principalmente quanto às questões éticas e simbólicas, tem-se que a idéia de se lucrar com o “sofrimento” do detento, ou seja, a empresa será remunerada em virtude do número de presos custodiados, então, o Estado terá que fornecer o “objeto” do qual a empresa auferirá renda e, conseqüentemente lucro. Este objeto consiste em vidas humanas. Ao se estabelecer um contrato de 27 (vinte e sete) anos, dos quais 25 (vinte e cinco) de efetivo funcionamento da unidade, visto que os dois anos iniciais se referem à construção, o Estado está afirmando, mesmo que indiretamente, que durante este período manterá custodiados 3.000 (três mil) sentenciados, no mínimo, na região metropolitana de Belo Horizonte. No

entanto, é dever do Estado realizar investimentos em educação, criação de empregos, ressocialização, ou seja, medidas de contenção à criminalidade e, conseqüentemente, a prática de mais delitos. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado busca reduzir o número de condenados, ou pelo menos deveria pensar em reduzir, ele assina um contrato pelo qual garante (financeiramente, com a possibilidade de alçar um tribunal arbitral caso descumpra) a punição de três mil cidadãos para os próximos vinte e sete anos, com a possibilidade de renovação até trinta e cinco anos. Mesmo que traga ganhos de eficiência, esta opção pela parceria mostra-se, indiscutivelmente, antiética. No entanto é evidente que o crime é fato inerente a qualquer sociedade, logo a demanda de vagas em unidades prisionais tende a se tornar constante. Mas o que este trabalho busca evidenciar é que antiético seria o incentivo a transformar a execução penal em objeto de mercado, já com relação a construção de novas unidades, tem-se que é um direito da sociedade e dever do Poder Público suprir as demandas referentes à segurança pública e, conseqüentemente, da execução penal.

Além disso, existe o proeminente risco, devido a incompatibilidade entre a natureza pública do processo de tomada de decisões inerente à formulação da política criminal e a finalidade lucrativa das empresas, dos interesses privados influenciarem a definição da política criminal, uma espécie de *lobby*, a medida que as empresas se tornarem mais organizadas. Para a empresa envolvida quanto maior o índice de encarceramento, maior a garantia futura para a realização de seu serviço, dessa forma há um risco de haver um *lobby* velado, interessado no aumento da população carcerária para os próximos anos.

Faz-se necessário uma discussão envolvendo toda a sociedade quanto ao papel da prisão enquanto mecanismo de ressocialização, pois, caso contrário, se está apenas cerceando a liberdade de pessoas sem um plano de reabilitá-las ao convívio em sociedade. A medida que se programa uma política de encarceramento, sem outra de prevenção e ressocialização em complemento, incorre-se no risco de se promover um controle social nos termos propostos por Wacquant e Minhoto, sem analisar o problema da criminalidade envolto no ambiente social em que estão inseridas.

3.2. Os antecedentes do surgimento da PPP em Minas Gerais comparando com o desenvolvimento das parcerias em âmbito internacional.

Partindo para o modelo adotado em Minas a partir de 2003, no qual se insere como última novidade a proposta de PPP – Sistema Penal, percebe-se, ao analisar o desenvolvimento da política criminal quanto ao encarceramento, um movimento semelhante ao desenvolvido nos Estados Unidos e Europa, nas últimas décadas. Este modelo foi proposto por Wacquant (2001) na sua obra “As prisões da Miséria” e comparado com o modelo mineiro, a fim de se entender o surgimento das Parcerias Público Privadas no contexto penal.

3.2.1. A expansão vertical do sistema penal

O primeiro movimento é a expansão vertical do sistema, ou seja, a hiperinflação carcerária observada nas últimas décadas, a título de exemplo, Wacquant (2001) utiliza o quadro penitenciário da Califórnia, o qual detém as maiores taxas de encarceramento, conforme demonstrado pelo autor:

O assombroso crescimento do número de presos na Califórnia, como no resto do país, explica-se, em três quartos, pelo encarceramento dos pequenos delinqüentes e, particularmente, dos toxicômanos. Pois, contrariamente ao discurso político e midiático dominante, as prisões americanas estão repletas não de criminosos perigosos e violentos, mas de vulgares condenados pelo direito comum por negócios com drogas, furto, roubo, ou simples atentados à ordem pública, em geral oriundos das parcelas precarizadas da classe trabalhadora e, sobretudo, das famílias do subproletariado de cor das cidades atingidas diretamente pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social. De fato, em 1998, a quantidade de condenados por contenciosos não violentos reclusos nas casas de detenção e nos estabelecimentos penais dos Estados Unidos rompeu sozinha a cifra simbólica do milhão. Nas prisões dos condados, seis penitenciários em cada 10 são negros ou latinos; menos da metade tinha emprego em tempo integral no momento de ser posta atrás das grades e dois terços provinham de famílias dispostas de uma renda inferior à metade do ‘limite de pobreza’. (WACQUANT, 2001, p.83).

Fazendo as ressalvas em virtude do modelo apresentado retratar o quadro Norte Americano, tem-se que, conforme apresentado, a população carcerária se concentra nas parcelas mais pobres e sem perspectiva de crescimento da sociedade, seja pela falta de educação, o que gera, indubitavelmente, falta de oportunidades de emprego, uma vez que não apresenta os requisitos mínimos para o trabalho, ou de uma estrutura familiar. Esta população representa a parcela da sociedade atingida pela desigualdade de renda, que habitam áreas de

risco de criminalidade, como favelas e aglomerados, no qual a presença do Estado é mínima. O perfil da população carcerária mineira apresenta as seguintes características:

TABELA 01

Faixa Etária dos Presos SUAPI

| Faixa Etária (%) | 2006 | 2007 |
|-------------------------|----------------|----------------|
| Menor de 18 anos | 0,09% | 0,17% |
| De 18 a 24 anos | 31,71% | 31,06% |
| De 25 a 29 anos | 27,69% | 28,31% |
| De 30 a 34 anos | 16,74% | 17,05% |
| De 35 a 45 anos | 17,16% | 16,83% |
| De 46 a 60 anos | 5,70% | 5,74% |
| Mais de 60 anos | 0,79% | 0,73% |
| Idade Não Informada | 0,12% | 0,12% |
| Total | 100,00% | 100,00% |

Fonte: INFOPEN – SUAPI⁹

Elaboração: Fundação João Pinheiro (FJP) – Núcleo de Estudos em Segurança Pública (NESP)¹⁰

TABELA 02

ESTADO CIVIL DOS DETENTOS MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS

| Estado civil (%) | 2006 | 2007 |
|-------------------------|----------------|----------------|
| Casado | 9,33% | 9,23% |
| Concubinato | 21,63% | 23,64% |
| Divorciado | 0,79% | 0,82% |
| Não Informado | 2,31% | 1,67% |
| Separado/Desquitado | 1,16% | 1,17% |
| Solteiro | 63,97% | 62,79% |
| Viúvo | 0,80% | 0,68% |
| Total | 100,00% | 100,00% |

Fonte: INFOPEN – SUAPI

Elaboração: Fundação João Pinheiro (FJP) – Núcleo de Estudos em Segurança Pública (NESP)

⁹ Sistema de Informações Penitenciárias - InfoPen, um programa de coleta de dados, com acesso via Internet, que será alimentado pelas secretarias estaduais com informações estratégicas sobre os estabelecimentos penais e a população prisional.

¹⁰ Núcleo de Estudos em Segurança Pública, Centro de Estudos de Políticas Públicas, Fundação João Pinheiro, Fone: (31) 3448-9449 Fax: (31) 3448-9441, Disponível em: <www.fjp.mg.gov.br>.

Conforme se observa, os dados apresentados se referem aos detentos sob custódia do Estado, representado pela SEDS – Secretaria de Estado de Defesa Social, não abrangendo os detentos sob custódia da Polícia Civil. Analisando os dados constata-se que grande parte, ou seja, 59,37% dos presos são compostos por jovens entre 18 a 29 anos. Geralmente são os jovens mais afetados pela dificuldade de alcançarem um bom emprego, assim como são as pessoas mais propícias a se adentrarem no mundo do crime, como preceitua SAPORI (2007). Outra característica é a falta de vínculo familiar, visto que a maioria, mais de 63,97% dos detentos são solteiros.

TABELA 03

**ESCOLARIDADE DOS DETENTOS MATRICULADOS
EM ESTABELECIMENTOS**

| Escolaridade (%) | 2006 | 2007 |
|-------------------------|----------------|----------------|
| Analfabeto | 4,54% | 4,12% |
| Semi-alfabetizado | 11,78% | 10,16% |
| 1º Grau Incompleto | 59,17% | 59,00% |
| 1º Grau Completo | 9,20% | 9,42% |
| 2º Grau Incompleto | 7,04% | 8,74% |
| 2º Grau Completo | 4,32% | 4,77% |
| Superior Incompleto | 0,48% | 0,67% |
| Superior Completo | 0,27% | 0,27% |
| Pós-graduado | 0,01% | 0,05% |
| Não Informado | 3,19% | 2,80% |
| Total | 100,00% | 100,00% |

Fonte: INFOPEN – SUAPI

Elaboração: Fundação João Pinheiro (FJP) – Núcleo de Estudos em Segurança Pública (NESP)

A partir destes dados alarmantes, percebe-se que, mesmo com a universalização da educação promovida na década passada, quanto ao ensino de 1º grau, ou, ensino fundamental, 73,28% dos sentenciados ou presos provisórios não apresentam escolaridade suficiente para conseguir se inserir no mercado de trabalho. Mesmo com a melhora dos níveis sociais vislumbrado nos últimos anos, compreende-se que parcela significativa dos presos não auferiram esta vantagem. Ora, como preceituado por Wacquant (2001), as prisões estão repletas de pessoas precarizadas da sociedade, que não tiveram acesso a um direito básico oferecido pela Constituição, qual seja, a educação. Dessa forma, estas pessoas constituem as não inseridas no mercado de trabalho regularizado, formando um núcleo a parte dos benefícios auferidos pelo crescimento da renda no país.

TABELA 04

**ENQUADRAMENTO PENAL DOS DETENTOS MATRICULADOS
EM ESTABELECIMENTOS**

| Enquadramento Penal (%) | 2006 | 2007 |
|---------------------------------|---------------|----------------|
| Roubo | 21,73% | 26,41% |
| Furto | 11,44% | 16,74% |
| Homicídio | 8,60% | 7,22% |
| Outros crimes contra pessoa | 9,96% | 7,54% |
| Tráfico entorpecente | 10,09% | 5,23% |
| Uso entorpecente | 4,50% | 2,33% |
| Outros crimes contra patrimônio | 2,57% | 1,62% |
| Estupro | 1,93% | 0,96% |
| Lesão corporal | 1,55% | 0,83% |
| Estelionato | 0,84% | 0,79% |
| Contravenção | 0,36% | 0,19% |
| Extorsão com sequestro | 0,26% | 0,12% |
| Sequestro | 0,23% | 0,11% |
| Outros crimes | 25,94% | 29,92% |
| Total | 100,0% | 100,00% |

Fonte: INFOPEN – SUAPI

Elaboração: Fundação João Pinheiro (FJP) – Núcleo de Estudos em Segurança Pública (NESP)

Por fim, quanto ao discurso tão aclamado referente a periculosidade dos detentos, conclui-se, ao analisar a Tabela acima, que houve um crescimento exacerbado do percentual do enquadramento penal de detentos envolvidos em crimes como furto, que passou de 11,44% para 16,74%, crime este de baixo teor ofensivo. Somando-se furto e roubo, depreende a incrível soma de 43,15% dos presos nas carceragens da SEDS, sendo estes crimes não violentos. Interessante ressaltar a queda do número de detentos presos pelo tráfico e uso de entorpecentes, uma vez que é tão comum atrelar a criminalidade com o tráfico nas favelas e vilas. Muitas das penas arroladas acima poderiam ser transplantadas para medidas alternativas, como o estelionato, furto, contravenção, uso de entorpecente e outros crimes de menor potencial ofensivo, desonerando, assim, o sistema penal do Estado.

3.2.2. A expansão horizontal do sistema penal

O segundo movimento proposto por WACQUANT (2001) é a extensão horizontal da rede penal, ou seja, abarcar um número maior de pessoas sem considerar a ressocialização como fato primordial, mas sim, a manutenção da segurança e na isolamento de grupos considerados perigosos, conforme o autor supracitado:

Essa mudança de objetivo e de resultado traduz o abandono do ideal e da esquerda da década de 70 e de sua substituição por uma nova penologia, cujo objetivo não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando o seu eventual retorno à sociedade uma vez sua pena cumprida, mas isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos, que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de detritos sociais que com trabalho social. (WACQUANT, 2001, p.86)

Uma das conseqüências deste entendimento é o aumento de duração das penas, promovendo um maior isolamento do sentenciado, contribuindo, assim, para a superlotação dos presídios e o tornando mais integrado com os costumes das prisões. Evidente que este aspecto está fora da alçada dos Governos Estaduais, uma vez que cabe ao Governo Federal legislar sobre Direito Penal. Mas esta questão também envolve os tribunais, quanto a percepção dos juízes ao fato concreto e a aplicação das penas. A Tabela abaixo apresentada é um demonstrativo da duração das penas, que, conforme expresso em dados, algo em torno de 60% dos presos cumprem pena cuja duração está compreendida entre 8 a 15 anos, fato este que demonstra a intenção em renegar a unidade penal o problema da criminalidade, impondo penas de duração elevadas, num contexto de falta de vagas.

TABELA 05

**TEMPO DE PENA DOS DETENTOS
MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS**

| Tempo de Pena (%) | 2006 | 2007 |
|-------------------------------|----------------|----------------|
| Até 4 anos | 16,29% | 18,94% |
| Acima de 4 anos até 8 anos | 30,79% | 33,73% |
| Acima de 8 anos até 15 anos | 27,74% | 26,28% |
| Acima de 15 anos até 20 anos | 10,09% | 8,83% |
| Acima de 20 anos até 30 anos | 11,01% | 8,91% |
| Acima de 30 anos até 50 anos | 3,15% | 2,52% |
| Acima de 50 anos até 100 anos | 0,80% | 0,70% |
| Acima de 100 anos | 0,12% | 0,09% |
| Total | 100,00% | 100,00% |

Fonte: INFOPEN – SUAPI

Elaboração: Fundação João Pinheiro (FJP) – Núcleo de Estudos em Segurança Pública (NESP)

Importante ressaltar, quanto a questão de como a ressocialização está sendo aplicada nas unidades penais, que envolvem tanto as carceragens da polícia civil quanto unidades administradas pela SUAPI, um relatório do Ministério da Justiça, em visita a

algumas unidades penais do Estado, ocorrida em novembro de 2007, relata de maneira verossímil as péssimas condições verificadas nas unidades administradas pela Polícia Civil e o CERESP, administrado pela SEDS a poucos anos, conforme se depreende¹¹:

DELEGACIA DE TÓXICOS: A Delegacia de Tóxicos acolhia, no dia da visita, cerca de 87 presos, em 06 (seis) celas coletivas, um amontoado de homens, praticamente despidos, presos já condenados, provisórios, ora em regime fechado, ora em regime semi-aberto. Na verdade, onde existem 12 presos (uma das celas), o ideal era que comportasse, somente, 02 (dois). Nenhum preso trabalha. Não há assistência médica, nem tampouco medicamentos. Um inspetor da Polícia Civil administra a carceragem, o qual, com a nossa presença, fez questão de demonstrar força e vigor, ao tratar alguns presos com palavrões e indignidade. Alguns presos reclamaram de torturas e maus-tratos, sem, no entanto, apontarem nomes dos torturadores, aliás, o que geralmente acontece. A alimentação destinada aos presos é qualquer coisa de deprimente, dada à falta de higiene. Trata-se, com efeito, de uma verdadeira catástrofe humana, (...).

16ª DELEGACIA DE POLÍCIA (FEMININA): Também administrada pela Polícia Civil do Estado, a 16ª Delegacia de Polícia, no centro de Belo Horizonte, região nobre (Pampulha), acomodava em sua carceragem, na data da visita, cerca de 100 (cem) presas, quando, na verdade, só comportaria 20 (vinte). Também é verdade que as presas vivem num ambiente absolutamente sub-humano, mercê das condições físicas e materiais das 3 (três) celas existentes. (...) São presas condenadas, provisórias, em regime fechado, semi-aberto e aberto e, por incrível que pareça, encontramos uma delas em livramento condicional. Muitas detentas dormem no chão, seja por falta de colchões, seja por falta de local apropriado. Trata-se, sem dúvidas, de um celeiro humano que denigre a imagem de um dos estados mais ricos da federação. Não há educação, nem saúde, nem qualquer tipo de atividade é exercida pelas reclusas. Não existe assistência jurídica. Algumas vezes o próprio delegado de polícia elabora petições em favor delas.

CERESP – GAMELEIRA: Com 1.280 (um mil, duzentos e oitenta) presos, o presídio comporta presos condenados, provisórios, em regime semi-aberto e aberto, quando a sua capacidade populacional é de apenas 800 (oitocentos). (...) Não há exames criminológicos, não possui Conselhos Disciplinares (o castigo é imposto pelo agente penitenciário, sem conhecimento da direção) e 4 (quatro) defensores públicos (que não estavam no local), atuam prestando assistência jurídica. (...) Com a nossa chegada, os presos começaram a gritar, pedindo para conversar, o que fizemos com dois deles. O primeiro mostrou-se revoltado, pois havia estado no isolamento por mais de 40 dias, simplesmente porque um dos agentes penitenciários determinou; o outro, por sua vez, já fazia jus ao livramento condicional – pelo menos no que tange ao lapso temporal – e nunca havia se comunicado com um advogado ou defensor público.

A conclusão do Ministério da Justiça foi que os presos em Delegacias de Polícias precisam ser transferidos urgentemente para unidades prisionais administradas pela SUAPI, assim como, a premente necessidade de implementar assistência jurídica aos presos.

¹¹ Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Relatório de visitas a presídios do Estado de Minas Gerais, entre os dias 26 e 27 de novembro de 2007. Realizada pelo conselheiro: Adeildo Nunes. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRIE.htm>>.

Como se observa, do relatório supracitado, as condições de algumas unidades são sub-humanas, o que representa a política de encarceramento a todo custo em detrimento das condições disponibilizadas aos detentos, demonstrando todo o contra-senso desta política. Insta ressaltar que uma das metas da atual gestão é transferir os presos da polícia civil para unidades do Estado, a fim de propiciar melhores condições, mas importante ressaltar que este número ainda é ínfimo, como será tratado posteriormente neste capítulo.

3.2.3. Crescimento exacerbado dos gastos com o sistema penitenciário

Assim o terceiro movimento consiste, frente ao caos instalado das condições das unidades penais frente a um Estado com aplicação de penas mais duras, longas, e de maior repressão, atingindo visivelmente os cidadãos mais desamparados economicamente, no investimento maciço em construção de presídios. Observa-se é o crescimento excessivo do setor penitenciário no seio das administrações públicas, em todo o mundo, num período de reforma do Estado, controle de gastos e escolhas trágicas. WACQUANT (2001, p.87) contextualiza mais uma vez este movimento:

Essa política de expansão do setor penal não é apanágio dos republicanos. Durante os últimos cinco anos, enquanto Bill Clinton proclamava aos quatro cantos do país seu orgulho por ter posto fim à era do “big government” e que, (...) a Comissão de Reforma do Estado Federal dedicou-se a suprir programas e empregos públicos, 213 novas prisões foram construídas – número que exclui os estabelecimentos privados que proliferam com a abertura de um lucrativo mercado privado de carceragem. Ao mesmo tempo, o número de empregados apenas nas prisões federais e estaduais passava de 264.000 para 347.000, dos quais 221.000 guardas carcerários. (...) No total, a penitenciária contava mais de 600.000 empregados em 1993, o que fazia dela o terceiro empregador do país, atrás apenas da General Motors, primeira firma no mundo por sua cifra de negócios, e a cadeia de supermercado internacional Wal-Mart.

Mesmo com um controle eficiente de gastos e aumento na receita nos últimos anos, para aumentar os gastos nessa importância é necessário modificar as somas destinadas a áreas como saúde, educação e serviços sociais, por exemplo. Neste contexto, o Estado de Minas Gerais, a partir de 2003, aumentou significativamente o aporte financeiro destinado a SEDS. Desta forma, até o presente momento, o Estado mineiro se encaixa em todas as etapas citadas, confluindo para a última, qual seja, a abertura do sistema penal para a participação do ente privado.

3.2.4. Delegação da execução penal para empresas privadas

Dessa forma, tem-se como último movimento o ressurgimento e prosperidade da indústria privada carcerária, que, num ambiente de crescimento do encarceramento, sob condições físicas e econômicas recalcitrantes, no qual o Estado já está realizando grande despendimento financeiro, há o convite pelo Estado de empresas privadas para auxiliá-lo na difícil tarefa de aportar, num intervalo de tempo cada vez mais reduzido devido a crescente demanda por vagas, investimentos na construção e gestão de unidades penais. WACQUANT (2001, p.90), a este respeito afirma: “(...) a expansão sem precedentes das atividades carcerárias do Estado americano foi acompanhada pelo desenvolvimento frenético de uma indústria privada da carceragem. Nascida em 1983, esta já conseguiu englobar perto de 7% da população carcerária.”

Assim, conforme se observa, a expansão das atividades carcerárias concorre com o aparecimento das Parcerias Público-Privadas, no caso brasileiro, uma vez que a política de encarceramento está sendo implementada a todo vapor, impossibilitando que o Estado despenda mais do orçamento para novas construções, recorrendo ao ente privado para implementar mais vagas. Neste contexto, as vantagens apresentadas são tentadoras, principalmente para as empresas, visto que as prisões não utilizam produtos químicos, não fazem barulho, não expõem poluentes na atmosfera e não enfrentam contingenciamento de gastos durante as recessões. Dessa forma, compreende-se que a primeira preocupação do Estado em recorrer a empresas privadas é criar condições para continuar com a política de encarceramento, deixando em segundo plano preocupações com ressocialização, melhoria na gestão e penas alternativas.

Neste sentido é que Minas Gerais abriu para licitação um projeto para a construção e gestão de um complexo penal envolvendo 3000 (três mil) vagas, orçada em R\$ 200.000.000 (duzentos milhões de reais)¹², valor este correspondente a quase totalidade do orçamento disponibilizado para a SEDS para o ano de 2007, segundo dados da Secretaria. Por este caminho outros Estados também deverão se enveredar, assim como já se iniciou a licitação em Pernambuco, num contexto de recursos escassos e do déficit superior a 150 mil

¹² Valor este referente aos custos com a construção do complexo penal, visto que o valor global do contrato perfaz um montante superior a 2 bilhões de reais.

vagas que o Brasil enfrenta. A dúvida que surge ao analisar todo este percurso percorrido pelo Estado de Minas Gerais é se a transferência por si só da gestão de unidades prisionais consiste numa solução para equacionar as falhas do sistema penal. O efeito pode ser adverso, constituindo num atrativo para a ampliação das unidades penais, sinalizando o encarceramento como solução adotada pelo Estado para o problema da segurança pública.

Quanto aos dados em Minas Gerais referente à situação prisional, constata-se claramente a opção, num primeiro momento, pela construção de novas vagas e transferências da custódia de algumas dessas vagas da Polícia Civil para o Estado, por meio do órgão responsável pelo gerenciamento do Sistema Prisional em Minas Gerais, qual seja, a Secretaria de Estado de Defesa Social - SEDS, que o faz através da Subsecretaria de Administração Prisional – SUAPI.

Para entender este contexto, mister analisar a situação do Estado quando da posse da nova gestão, e os desafios para a propositura de uma solução que aplacasse o problema da segurança pública.

3.3. A Política de Segurança Pública adotada no Estado de Minas Gerais

Em Minas Gerais, assim como pelo resto do país, observou-se um aumento significativo da violência e criminalidade nos últimos anos da década de 90 e início da década de 2000. De acordo com SAPORI (2007, p.129): “saiu-se de um patamar de 100 crimes violentos por grupo de 100 mil habitantes para outro superior a 500 crimes por 100 mil habitantes, o que representa um crescimento em torno de 400%”. Mas estes dados refletiram em queda a partir de 2004, havendo uma reversão da criminalidade violenta em Minas Gerais, após 10 anos de crescimento ininterrupto dos indicadores. Torna-se evidente que muito dessa melhora tem correlação direta com a política de segurança pública implementada pelo governo de Minas Gerais a partir de 2003, onde se destaca a política de criação de novas vagas no sistema penal.

Importante ressaltar que o investimento realizado, no período compreendido entre 1996 a 1998 foi de apenas R\$29 milhões de reais, caindo vertiginosamente para apenas

R\$1,3 milhão, entre 1999 a 2003, valores estes anuais¹³. Então, a partir de 2003, vislumbram-se investimentos médios na ordem de R\$ 69 milhões de reais, alcançando próximo a R\$ 200 milhões de reais no ano de 2007. O baixo investimento realizado nos últimos anos num momento de crescimento da criminalidade e conseqüentemente da taxa de encarceramento contribuiu significativamente para o déficit de vagas no sistema penal.

Dois fatores se destacam para o desmantelamento do sistema penal mineiro, primeiramente a desarticulação do sistema policial, conjuntamente com a superlotação das unidades prisionais, inviabilizando qualquer forma concreta de ressocialização, contribuindo para o retorno ao crime, fato este consubstanciado pela atribuição de custódia de 2/3 dos presos à Polícia Civil, a desvirtuando de suas verdadeiras tarefas. Estes fatores têm o condão de influenciar negativamente a efetividade da justiça criminal no Estado. Dessa forma tem-se, assim, de forma cíclica, a reincidência criminal, deixando para segundo plano a ressocialização e as normas da LEP. Assim, a instituição do instituto da PPP para o sistema criminal teve o teor de incrementar a criação de vagas de forma rápida, a fim de suprir com urgência o déficit neste setor.

Entre construção e ampliação de unidades prisionais já existentes, no período compreendido entre janeiro de 2003 à agosto de 2008, o Estado criou 9.883 (nove mil, oitocentos e oitenta e três) novas vagas no sistema prisional, segundo dados da Secretaria de Estado de Defesa Social – SEDS. Quanto aos investimentos realizados, a partir de 2004, vislumbra-se a seguinte ordem de dispêndio financeiro realizado, conforme demonstrado na Tabela 06:

¹³ Fonte: Sistema Integrado de Administração Financeira e Orçamentária de Minas Gerais. SAPORI, pág. 141-142. Se referem a investimentos em segurança pública com recursos do Tesouro Estadual de Minas Gerais, para valores constantes de 2006.

TABELA 06
INVESTIMENTOS NA EXPANSÃO E MODERNIZAÇÃO DO SISTEMA
PRISIONAL

| Período | Expansão e Modernização | | Manutenção | Total (R\$) | Variação em relação a 2004 |
|--------------|-------------------------|----------------------|-----------------------|-------------------------|-------------------------------------|
| | Investimento (R\$) | Custeio* (R\$) | Custeio** (R\$) | | |
| 2004 | 21.321.533,00 | 228.386,00 | 43.914.844,00 | 65.464.763,00 | - |
| 2005 | 108.169.744,00 | 1.168.611,00 | 98.062.308,00 | 207.400.663,00 | 316,8% |
| 2006 | 74.634.021,00 | 3.431.014,00 | 187.680.706,00 | 265.745.741,00 | 722,7% |
| 2007 | 60.743.797,00 | 6.265.697,00 | 237.303.829,00 | 304.313.323,00 | 1187,6% |
| 2008 | 77.155.652,00 | 28.191.573,00 | 250.171.940,00 | 355.519.165,00 | 1730,7% |
| TOTAL | 342.024.747,00 | 39.285.280,00 | 817.133.627,00 | 1.198.443.655,00 | - |

Fonte: SEPLAG

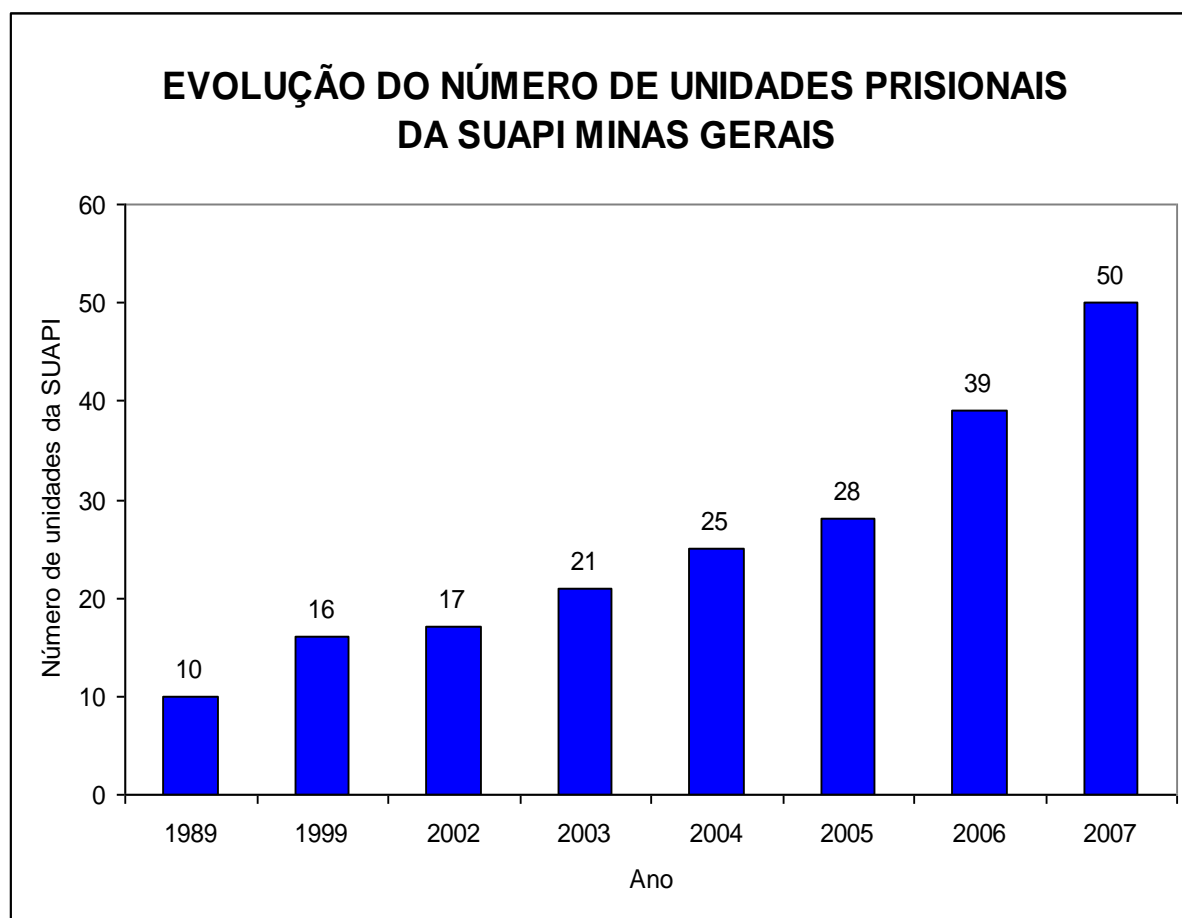
* Gastos com a compra de equipamentos de uso diário, capacitação, materiais de segurança para a operacionalização das unidades.

** Gastos com Agentes Penitenciários, fornecimento de alimentação, contrato administrativo em geral, água, esgoto, energia, vale-refeição, etc.

Neste período foram assumidas 27 (vinte e sete) unidades carcerárias da Polícia Civil, totalizando 3.830 (três mil, oitocentos e trinta) vagas. No final de agosto de 2008 a SUAPI estava completando 72 unidades prisionais, totalizando 19.000 (dezenove mil vagas), estes dados representam o crescimento extraordinário em comparação com as 17 unidades da SUAPI, no início de 2003, que totalizavam 5.381 (cinco mil, trezentos e oitenta e uma) vagas.

O gráfico apresentado abaixo é um reflexo desta súbita, mas necessária, implementação de novas unidades, visto que, além das condições sub-humanas vivenciadas nas carceragens da polícia civil, tem-se que o número de prisões não diminuiu em virtude do Estado ter investido pouco, fato este que contribuiu para aumentar o déficit de vagas.

GRÁFICO 01

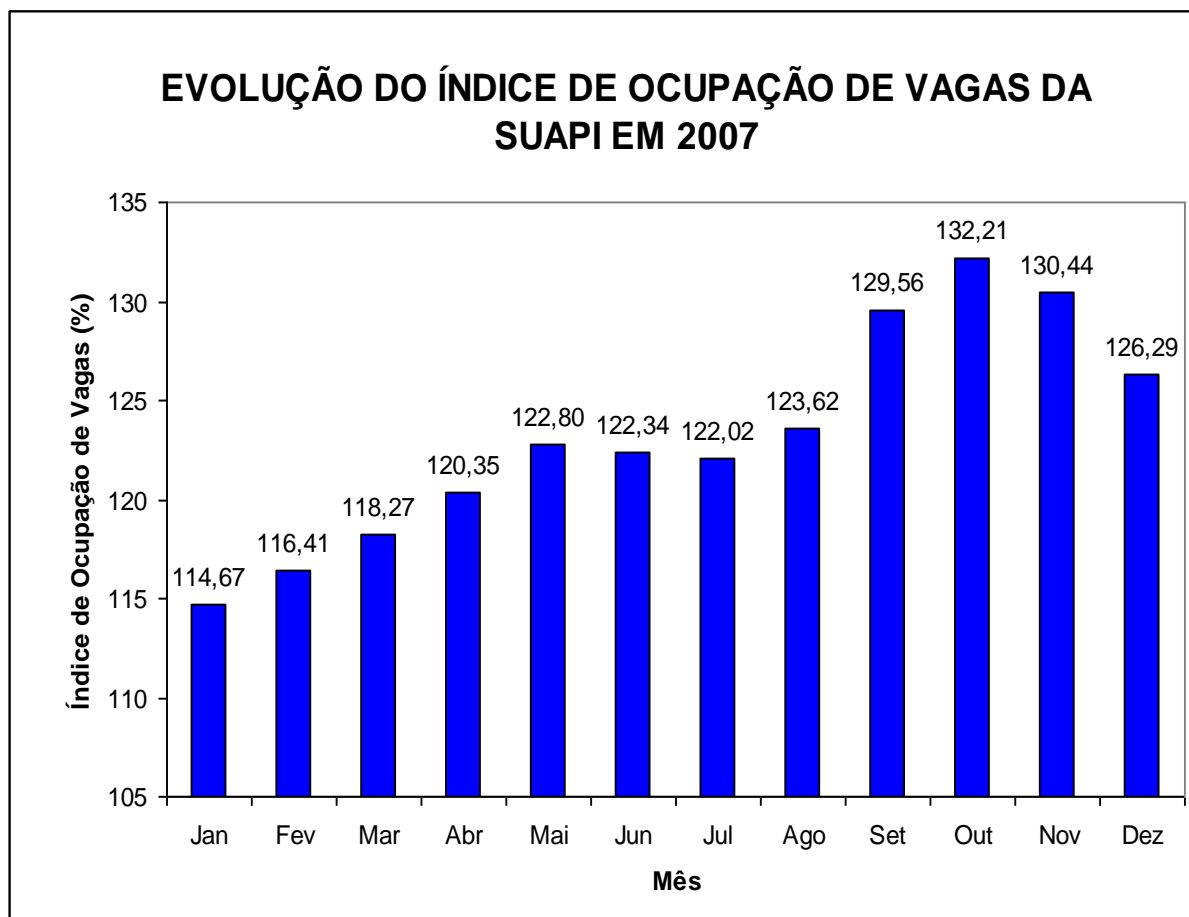


Fonte: Superintendência de Articulação Institucional e Gestão de Vagas - SUAPI
Elaboração: Fundação João Pinheiro (FJP) - Núcleo de Estudos em Segurança Pública (NESP)

Por outro lado, tendo como referência o ano de 2007, mesmo com a criação de mais 11 unidades, o índice de ocupação de vagas não reduziu, pelo contrário, aumentou, evidenciando que o número de prisões realizada cresce num ritmo muito forte. Assim, neste ano, a ocupação foi superior ao número de vagas oferecidas apesar deste último ter sido ampliado gradualmente durante todo o ano. Ora, não há outra conclusão a não ser que o número de vagas criadas não acompanha a demanda da ocupação, demonstrando a política do Estado de aprisionamento como solução para a criminalidade, num primeiro momento. Visto que, se a política de encarceramento se justificasse apenas devido ao déficit de vagas existente, os números apresentados pelo Gráfico 02 deveriam ser decrescentes, uma vez que entre 2004 e 2007 o número de unidades elevou-se em 100%. Pelos dados apresentados, entende-se que o déficit aumentou mesmo com a construção de novas unidades, desse modo, a política de encarceramento também foi ampliada, seja por uma polícia mais eficiente, ou menos tolerante, o que se tem é um índice de encarceramento elevado a tal modo que não se

justifica, uma vez que mesmo que a criminalidade alcançasse dados elevados num curto espaço de tempo, a utilização da prisão mostra-se adotada amplamente.

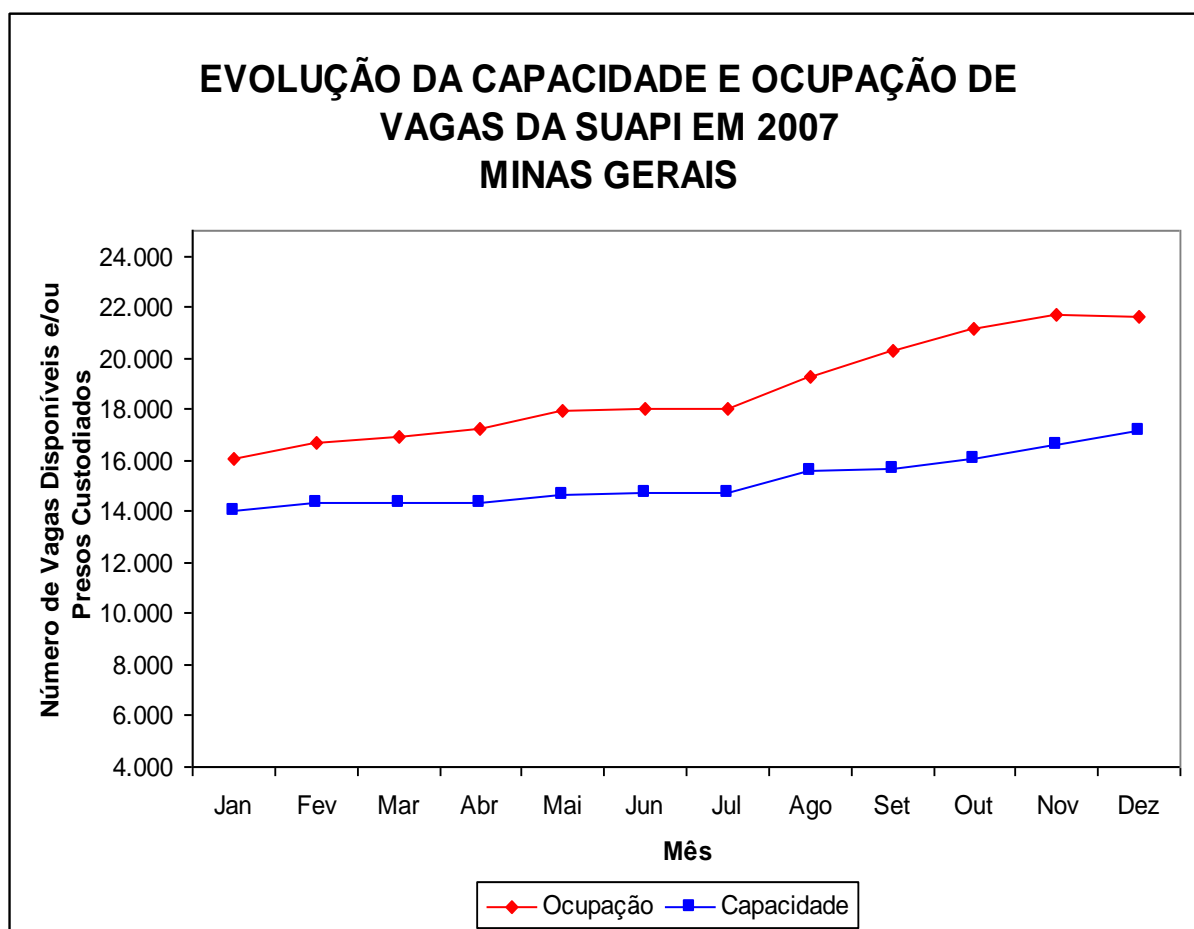
GRÁFICO 02



Fonte: Superintendência de Articulação Institucional e Gestão de Vagas - SUAPI

Elaboração: Fundação João Pinheiro (FJP) - Núcleo de Estudos em Segurança Pública (NESP)

GRÁFICO 03



Fonte: Superintendência de Articulação Institucional e Gestão de Vagas - SUAPI

Elaboração: Fundação João Pinheiro (FJP) - Núcleo de Estudos em Segurança Pública (NESP)

Quanto as taxas de encarceramento compreende-se que a ocupação cresce numa velocidade maior do que a capacidade, mesmo com os extraordinários investimentos, conforme apresentado neste capítulo. Em 2002 a taxa de encarceramento por 100 mil habitantes era de aproximadamente 120 presos e este índice cresceu até o ano de 2007 alcançando um valor de 188 presos, o que corresponde a um aumento de 57,43% desde o início do período. No entanto, tem-se que a taxa de crimes violentos¹⁴ por 100 mil habitantes oscilou durante todo o período analisado, alcançando um valor de mais 540 crimes nos anos de 2003 e 2004, mostrando queda considerável a partir de 2005, com a crescente taxa de encarceramento. A primeira vista pode haver sim uma correlação, mas, conforme se observa, a manutenção dessa política a longo prazo poderá gerar problemas, desde a sua manutenção

¹⁴ CRIMES VIOLENTOS: Ocorrências classificadas como Homicídio, Homicídio Tentado, Estupro e Roubo a Mão Armada, segundo a caracterização determinada pelo Código Penal Brasileiro.

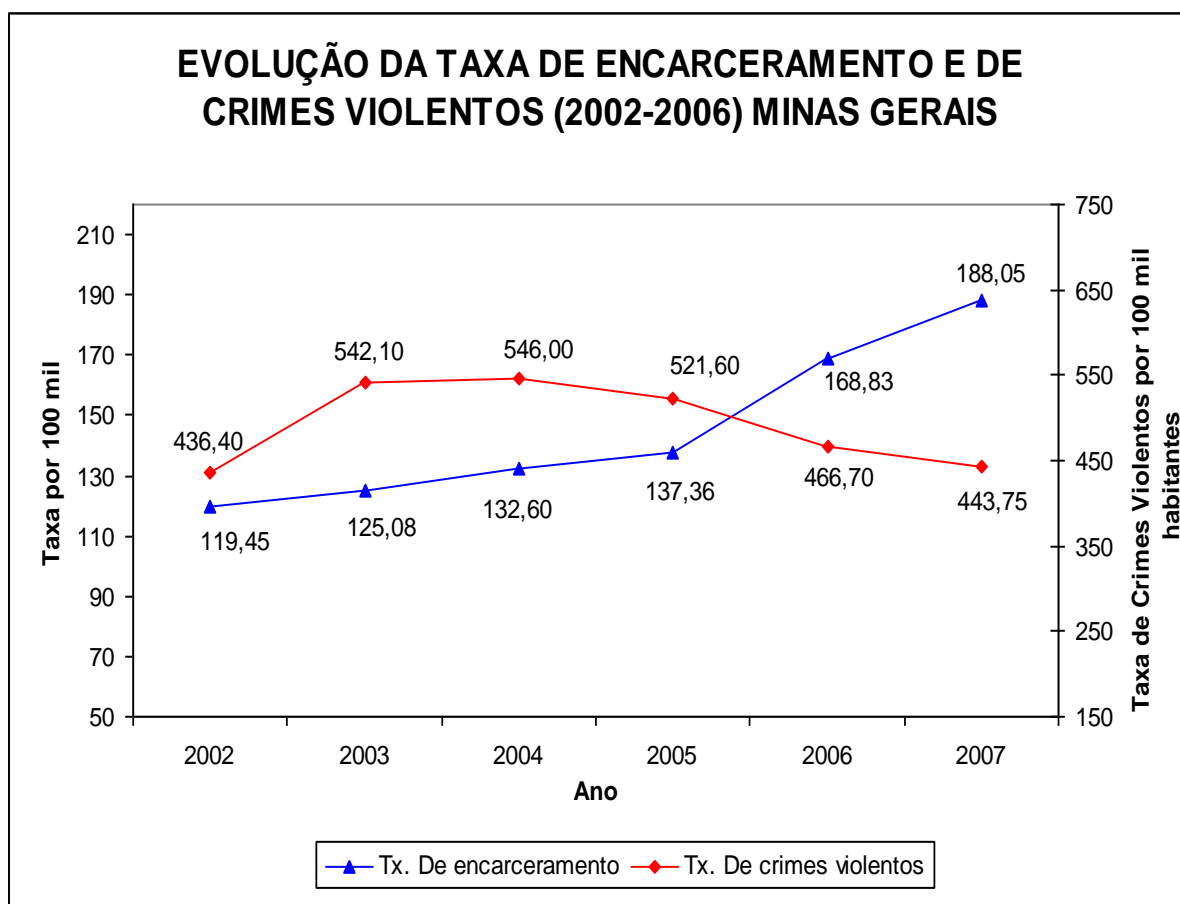
financeira, ao papel de segundo plano renegado a ressocialização, quanto o risco de se tornar um Estado penal.

O professor SAPORI (2007, p.164) salienta que apesar do número expressivo das taxas de encarceramento, tem-se que:

(...) entre dezembro de 1993 e outubro de 2006, essa taxa saltou de 68 presos por 100 mil habitantes para 163 por 100 mil habitantes, representando um crescimento superior a 140%. O ritmo de ascensão da taxa acelerou-se entre 1998 e 2002, mantendo-se no mesmo patamar no quadriênio seguinte. Em outros termos, entre 1993 e 1998 a taxa de encarceramento cresceu 29%; entre 1998 e 2002, 36%; e entre 2002 e 2006, 37%. (...) Não se pode afirmar que a política de segurança pública implementada em 2003 tenha-se destacado pelo incremento do ritmo de encarceramento no Estado, pelo menos em termos relativos. Ela apenas manteve um processo que já vinha ocorrendo desde o governo anterior.

Para o autor estes números representam (SAPORI, 2007, p.165) “uma estratégia de incapacitação de criminosos intensificada pela política pública introduzida em 2003, conferindo atenção especial ao setor e realizando vultosos investimentos na construção de unidades prisionais”. Assim a incapacitação de criminosos seria a principal vantagem desta política, reduzindo as oportunidades para a ocorrência de novos atos, mas, se não existir uma estrutura adequada para ressocializar o preso, estaremos caindo na proposta de Wacquant (2001) quanto a prisão como depositário de pessoas a par da sociedade. A primeira preocupação desta política é o aprisionamento, para sim, numa segunda etapa, implementar as melhorias no sistema penal, é neste contexto que o surgimento das PPP’s se inserem, apenas como mais uma forma de acelerar e propiciar as condições para dar suporte a esta taxa de encarceramento que já ultrapassa a casa dos 188 presos para cada 100 mil habitantes.

GRÁFICO 04



Fonte: Armazém de dados de Ocorrências da Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG) e SUAPI
 Elaboração: Fundação João Pinheiro (FJP) - Núcleo de Estudos em Segurança Pública (NESP)

Em relação ao déficit, desconsiderando as 8.603 vagas em delegacias, sob custódia da polícia civil, o déficit atual do Estado de Minas Gerais é de 20.785 vagas¹⁵. O Plano Plurianual 2008-2011 prevê a criação de 13.680 vagas, no qual há um programa de construção e ampliação das unidades da SUAPI submetido ao Projeto Estruturador do Governo Estadual. O Programa Estruturador nº 020 – Expansão e Modernização do Sistema prisional tem como objetivo reduzir o déficit de vagas no sistema prisional, dando-se ênfase na racionalização da gestão das unidades prisionais e no aprimoramento das condições de segurança e ressocialização de detentos. Com a data de início para janeiro de 2008 à dezembro de 2011, se prevê um valor global orçado em R\$ 854.772.903,00 (oitocentos e cinquenta e quatro milhões, setecentos e setenta e dois mil, novecentos e três reais).

¹⁵ Dados do Plano Diretor do Sistema Penitenciário, composto por um relatório inicial, elaborado pela Comissão de Monitoramento e Avaliação PRONASCI-DEPEN, que traça um diagnóstico da situação atual da Execução Penal no estado de Minas Gerais. 2007.

Objetivando, desta maneira, erradicar as carceragens da polícia civil no Estado de Minas Gerais, priorizando a região metropolitana de Belo Horizonte.

A estrutura que o Estado está criando envolve a criação de seis regiões e cidades pólos, as quais compreendem unidades prisionais, centro de atendimentos e custódia, APAC e unidades de atendimentos sócio-educativo para menores infratores. Assim se depreendem: Região 1 – Cidade Pólo Belo Horizonte, compreendendo 16 unidades prisionais¹⁶; Região 2 – Cidade Pólo Juiz de Fora, abrange 8 unidades prisionais; Região 3 – Cidade Pólo Governador Valadares, abrangendo 5 unidades; Região 4 – Cidade Pólo Montes Claros, compreendendo 02 unidades prisionais; Região 5 – Cidade Pólo Uberlândia, formada por 08 unidades; Região 6 – Cidade Pólo Três Corações, composta por uma única unidade por enquanto¹⁷.

Neste contexto de expansão das unidades penais que a idéia da PPP – Sistema Penitenciário é proposta, coadunando perfeitamente com um dos pilares da política de segurança pública implementada no Estado, qual seja, a elevação das taxas de encarceramento. Dessa maneira cabe inquirir se, num contexto de investimentos do Estado, seria necessário e recomendável a propositura de uma parceria nessa área. Outrossim, cabe também considerar e entender a PPP como última conseqüência da reforma do Estado, sendo a parceria um novo paradigma de administração e promoção do serviço público, conforme será analisado no capítulo seguinte.

¹⁶ Por unidades prisionais entende-se Penitenciária, Casa de Albergado, Presídio, Cadeia Pública, Hospital toxicômano.

¹⁷ Informações concedidas pela Superintendência de Infra-Estrutura da SEDS.

4. O SURGIMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO CONTEXTO DA REFORMA ADMINISTRATIVA.

4.1. O surgimento da Reforma Administrativa no âmbito internacional.

O desmoronamento da fronteira Público-Privado, vislumbrado nas últimas décadas pelos países de todo o mundo, caracteriza-se como uma consequência da reforma administrativa pela qual os Estados estão implementando. Neste contexto é que as Parcerias Público-Privadas se desenvolvem, no momento em que as relações entre Estado e Empresas se coadunam para a consecução do interesse público. Antes de analisar a reforma propriamente dita, insta ressaltar os pressupostos desta relação e o surgimento desta fronteira que acaba por desmoronar. Conforme preceituado por João Bosco (2004, p.31):

O liberalismo econômico reservou a atividade econômica ao domínio do direito privado. Competia exclusivamente ao indivíduo direcionar a economia, sem qualquer intromissão do Estado. A ordem jurídica inerente à atividade econômica retirava seus imperativos do direito privado. (...) O direito público ficava limitado ao âmbito da estruturação e funcionalização políticas do Estado, não se admitindo nenhuma extensão normativa ao domínio econômico (...) A necessidade de o estado passar a ditar normas direcionadas da atividade econômica, estruturando uma genuína política econômica, veio gerar um conjunto normativo destinado a coordenar os destinos da atividade econômica, sem, contudo, suprimir a iniciativa fundamental do indivíduo nessa matéria.

Nesta passagem de mudança de atuação do Estado, tem-se que o mesmo passa a assumir uma atitude promocional, tanto pelas próprias atitudes, como também sobre a atuação da empresa privada, no momento em que esta passa a fazer girar a atividade individual em torno de um centro de interesse global, qual seja, o interesse público consubstanciado pelo ambiente externo e interno almejando alçar um serviço de melhor qualidade para a população.

Assim, diferentemente de Adam Smith ao defender que cada indivíduo, ao maximizar seus interesses pessoais levaria fatalmente ao bem-estar da coletividade, pois ninguém melhor que o próprio indivíduo para promover suas escolhas, observa-se a intromissão do Estado na regulamentação do mercado. O direcionamento do Direito atual, segundo João Bosco (2004, p.32) “altera esta perspectiva, para afirmar que a promoção do bem-estar da coletividade, sem afastar colaboração do indivíduo, levará inarredavelmente à consecução e concretização do bem-estar dos indivíduos integrados na coletividade.” Ora, o que o professor quis dizer é que a busca pelo bem estar deve permear as ações tanto do Estado

quanto do setor privado, seja por meio de parcerias, seja por meio de privatizações ou intervenções públicas, ou seja, esse entrelaçar-se dos interesses, o dos indivíduos e os da coletividade, conduzidos e promovidos pelo Estado, assentados por meio de normas, pois caso contrário se tornaria simples retórica, veio fazer com que se desmoronassem as fronteiras entre o público e o privado. Importante ilustrar com os ensinamentos de Orlando Gomes e Antunes Varela (1977, p.43) a respeito do fim do direito eminentemente privado, assim como o papel de coordenação assumido pelo Estado:

Aquele direito privado que fizera do contrato o instrumento por excelência da vida econômica e a expressão insubstituível da autonomia privada, e, da propriedade, um direito natural do homem sobre o qual se apoiaria a vida econômica da sociedade e dele próprio, não mais existe onde já se implantou a nova economia coordenada e dirigida pelo Estado.

Este desmoronamento apenas se torna mais visível e factível com as práticas inseridas pela reforma administrativa ocorrida no final do século passado. Iniciada na década de 70, a crise do Estado de Bem Estar Social e, conseqüentemente, as reformas no âmbito da administração pública tiveram como fato gerador a crise econômica mundial, iniciada em 1973 com o primeiro choque do Petróleo. Posteriormente, a recessão dos anos 80 iniciada com a segunda crise do Petróleo de 1979, gerou escassez de recursos, principalmente para o Estado que, com a crise fiscal intensificada, devido, sobretudo, ao crescimento de funções assumidas pelo Estado por décadas, fez com que o financiamento dos déficits se tornassem insustentáveis. Por outro lado, a população não mais aceitava, com a mesma parcimônia, o aumento dos tributos e, juntamente com as inúmeras funções acumuladas desde o pós guerra, tem-se a instituição de um ambiente de ingovernabilidade. Por fim, as transformações tecnológicas e a mudança da lógica do setor produtivo afetaram intensamente a organização clássica das burocracias públicas. Diante deste ambiente conturbado, no qual haviam mais demandas e déficits em detrimento das receitas e superávit, surge a premente necessidade de reforma do Estado. De acordo com Fernando Abrucio (1997, p.13):

O tipo de Estado que começava a se esfalecer em meio à crise dos anos 70 tinha três dimensões (econômica, social e administrativa), todas interligadas. A primeira dimensão era a Keynesiana, caracterizada pela ativa intervenção estatal na economia, procurando garantir o pleno emprego e atuar em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento nacional(...). O Welfare State correspondia à dimensão social do modelo. Adotado em maior ou menor grau nos países desenvolvidos, o Estado de bem-estar tinha como objetivo primordial a produção de políticas públicas na área social (...). Por fim, havia a dimensão relativa ao funcionamento interno do Estado, o chamado modelo burocrático weberiano, ao qual cabia o papel de manter a impessoalidade, a neutralidade e a racionalidade do aparato governamental.

Esta redefinição de atuação dos Estados, principalmente no papel desenvolvido na economia, com a busca pela redução dos gastos públicos em áreas sociais, como no sistema prisional, concomitantemente com o esgotamento do modelo burocrático proposto por Weber, estabeleceu a passagem deste modelo weberiano para o gerencial. Bresser Pereira (2006a, p.30) contextualiza este momento da seguinte forma:

O enfoque gerencial da administração pública emergiu com vigor na Grã-Bretanha e nos EUA depois que governos conservadores assumiram o poder em 1979 (governo Thatcher) e em 1980 (governo Reagan) o que levou alguns analistas a verem, nesse enfoque, uma visão intrinsecamente conservadora. Na verdade, só na Grã-Bretanha o gerencialismo foi aplicado ao serviço público imediatamente após a posse do novo governo, e levou a uma reforma administrativa profunda e bem-sucedida. Uma série de programas – o das Unidades de Eficiência, com relatórios de pesquisa e avaliação; o Próximo Passo, com as agências autônomas; e os Direitos do Cidadão – contribuiu para tornar o serviço público na Grã-Bretanha mais flexível, descentralizado, eficiente e orientado para o cidadão. O serviço público britânico tradicional passou por profunda transformação, perdeu os traços burocráticos e adquiriu características gerenciais.

Interessante observar que na Grã-Bretanha, berço das Parcerias Público-Privadas, o desenvolvimento da administração gerencial surge como forma de conter a incompetência e a ineficiência do setor público desde que a burocracia passou a não mais responder aos anseios pela qual foi proposta. Apesar da iniciativa quase que puramente política, com o governo conservador de 1979, tem-se a busca pela redução do tamanho e do custo da administração, somando-se a este fato a “convicção de que o empresariado sabia fazer tudo melhor”, conforme Kate Jenkins (2006, p.202) contextualiza. A palavra de ordem de Thatcher era: “privatização de empresas nacionalizadas no pós-guerra, desregulamentação, devolução de atividades governamentais à iniciativa privada ou à comunidade e as constantes tentativas de reduzir os gastos públicos” (ABRUCIO, 1997, p.16). Além dos mecanismos elencados para reduzir as atribuições do Estado, o *Managerialism* também buscou pela modernização do setor público, inserindo conceitos de busca da qualidade, descentralização e avaliação dos serviços prestados aos cidadãos.

Retomando o conceito do modelo gerencial, também conceituado como *New Public Management – NPM*, cabe salientar que o mesmo propôs a implementação da lógica da produtividade existente no setor privado para o setor público, por meio de um aparato governamental mais flexível. A nova gestão pública ou o desenvolvimento do modelo gerencial pressupôs aplicar às organizações públicas os modelos de gestão originalmente

oriundos da iniciativa privada e dos conceitos de administração estratégica focada nos negócios empresariais e nos conceitos de empreendedorismo. Esse modelo, para a nova gestão pública, apresenta como metas: contextualizar o cidadão como um cliente em foco; dar o sentido claro da missão da organização pública; delegar autoridades; substituir normas por incentivos; elaborar orçamentos baseados em resultados; expor operações do governo à concorrência; procurar soluções de mercado e não apenas administrativas e medir o sucesso do governo pelo cidadão. Todas estas transformações inseridas nos princípios de reestruturação, reengenharia, reinvenção e realinhamento.

Assim, a preocupação com a eficiência da máquina administrativa pública, representada pelos movimentos de reforma administrativa, teve como consequência a busca do rompimento da rigidez de modelos ortodoxos burocráticos, iniciada em países como a Grã-Bretanha em 1979 e EUA em 1980, conforme já conceituado. Dessa forma, a reforma se realizou, criando nos instrumentos de cooperação com o particular a alternativa para a busca de eficiência e qualidade dos serviços públicos prestados. Neste ambiente, como evolução dos modelos de cooperação, que a PPP se insere, sendo a mesma utilizada num contexto no qual o Estado assume a função gerencial e o particular o de executor do serviço público delegado. Essa busca por arranjos institucionais inovadores advém da discricionariedade administrativa, uma vez que a tarefa de administrar não se limita a escolher ou a realizar caminhos marcados previamente, mas sim pressupõe a descoberta de novas composições de fatores diversos, coragem de ousar e propor programas que rompam com problemas do passado (BATISTA JR., 2004).

No entanto, tem-se premente necessidade de se apresentar bem delimitado o objeto que será delegado, num contexto de reformas no qual a pressão do administrador em efetivar as mudanças poderá induzir a infrações legais ou, até mesmo, a desvirtuações quanto ao verdadeiro papel do Estado de funções indelegáveis. Este assunto será tratado posteriormente neste trabalho, quando analisado o objeto da PPP – Complexo Penal.

4.2. A Reforma Administrativa no Brasil

4.2.1. Breve contexto histórico

No Brasil, a crise da administração pública burocrática começou ainda no regime militar, sendo que o modelo burocrático foi implantado no país em 1936, por uma reforma administrativa com o intuito de substituir a administração patrimonialista, buscando criar condições para a aplicação do princípio do mérito profissional. Esta forma foi adotada para combater o nepotismo, empreguismo e corrupção, ambiente no qual o patrimônio do Estado era confundido com o do administrador era incompatível como capitalismo industrial desenvolvido nesta época. No entanto, a burocracia clássica mostrou-se nem rápida, nem de boa qualidade, nem de custo baixo para os serviços públicos prestados, a medida que o Estado Liberal do início do século passado cedia lugar para o Estado Social do século XX.

A segunda reforma implantada no país foi em 1967, por meio do Decreto Lei nº 200/1967, como tentativa de reforma gerencial da administração pública. Constituiu numa tentativa de superar a rigidez burocrática, enfatizando a descentralização por meio de concessão de autonomia a administração indireta. Neste modelo, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista passaram a ficar responsáveis por produção de bens e serviços. Como consequência surgiu a expansão da contratação de empregados sem concurso público, enquanto a administração central permaneceu rígida.

Já a terceira reforma implementada no Brasil, apesar das tentativas frustradas e das modificações realizadas pela Constituição Federal de 1988, ocorre a partir de 1995, no governo de Fernando Henrique Cardoso. Como objetivos têm-se o ajuste fiscal, principalmente nos Estados e Municípios, nos quais o excesso nos quadros era notório, assim como objetivou tornar mais eficiente e moderna a administração pública. O ajuste fiscal foi implementado por meio da exoneração de funcionários excedentes, definição clara do teto remuneratório dos servidores e modificação do sistema de aposentadoria para o servidor. Quanto a definição de atividades públicas e privadas, observa-se a criação, para as atividades estratégicas e exclusivas do Estado, de agências autônomas, com a qual seria negociado o contrato de gestão, com o estabelecimento de objetivos, indicadores de desempenho e a estipulação de um orçamento para o dirigente gerir. No setor dos serviços não-exclusivos, as entidades executoras seriam as organizações sociais. Já para o setor de bens e serviços para o

mercado, a produção deveria caber ao setor privado, por isso as privatizações tão recorrentes durante o governo Fernando Henrique. Tais concepções se adequam, segundo Bresser Pereira (2006b, p.260), “a concepção de que o Estado Moderno – que prevalecerá no século XXI – deverá ser um Estado regulador e transferidor de recursos, e não um estado Executor. As empresas podem ser controladas pelo mercado, onde prevalece o princípio da troca.” No caso dos serviços não-exclusivos, além das organizações sociais, podem-se considerar as Parcerias Público-Privadas, na medida em que configuram numa publicização do serviço, ou seja, a forma de propriedade caracteriza-se por pública não estatal.

O objetivo da reforma implementado no Brasil foi de transitar de uma administração pública burocrática para a gerencial, mas de forma gradual, e conforme a necessidade de cada área.

Na busca por um novo modelo de governança e um novo marco institucional para as políticas de segurança pública, a Parceria Público-Privada surge como alternativa a ser experimentada, visto que o Estado de Minas Gerais está na vanguarda do movimento, e a PPP – Sistema Penal será a primeira do Brasil nestes moldes.

4.2.2. O surgimento da PPP como desdobramento da Reforma do Estado

Retomando ao surgimento das PPP's, quando se aborda as questões de reforma do Estado, da Administração Pública, tem-se a impressão que algo completamente novo está sendo implantado, no entanto, o que se observa é a reformulação de antigos institutos, sob a roupagem atual. A Parceria Público-Privada, em sentido lato, conforme pregado por Anastasia (2006), existe desde da coexistência do Estado e da iniciativa privada. Segundo o eminente professor, “quando os banqueiros Frugger, de Ausburg na Alemanha, no final da Idade Média e Renascimento, financiavam as armadas e tinham participação na exploração do Novo Mundo, era uma parceria público-privada”(ANASTASIA, 2006, p.2). Assim como as Companhias das Índias¹⁸, que consistiam em várias empresas de mercadores que, sob o

¹⁸ Entre as companhias da Holanda, destacou-se a Cia. Holandesas das Índias Orientais, formada em 1602 pela união de seis grupos que vinham, isoladamente, realizando o comércio com o Oriente. Passou a ter o monopólio de navegação, comércio e administração das regiões do Oriente, cabendo ao Estado supervisioná-la. Possuía todos os poderes e privilégios de um Estado Soberano, mas em nome da República das Sete Províncias Unidas. Em 1621 foi fundada a Cia. Holandesas das Índias Ocidentais, com o monopólio do comércio da América, costa ocidental da África e Oceano Pacífico a leste das Molucas. (...) As Companhias de Comércio da Península Ibérica foram constituídas a partir do século XVI. De Portugal destaca-se a Cia. Geral de Comércio do Brasil

monopólio concedido pelo Estado, exploravam o comércio intercontinental nas colônias. Estas companhias se desenvolveram na Inglaterra, na França, Holanda e outros países europeus. Conforme observado, estas parcerias surgem como privilégio da Coroa ou Estados Nacionais recém formados, os quais concediam a um empresário, não porque pensavam que essa concessão seria interessante para a população, mas sim pretendiam auferir o maior lucro que pudessem, beneficiando, também o empresário, um monopólio de exploração comercial.

A partir do século XIX, as concessões dos serviços públicos tradicionais foi se consolidando. Neste período, temos no Brasil as concessões ocorridas no Rio de Janeiro, principalmente em serviços relacionados a fornecimento de gás, iluminação, exploração dos portos, de bondes e demais serviços, sob a forma contratual. No entanto, ao longo do século XX, principalmente no pós-guerra, o Estado passa a ocupar a função de investidor, realizador, ou seja, assumindo o papel de Estado Empresário. Assim, o poder público assumiu para si os serviços públicos que, por ventura, se encontravam sob o controle de terceiros, concedendo alguns para empresas estatais ou para outros entes federados. Por fim, na década de 90 (noventa), com o advento das concessões públicas, tratada nas Leis Federais nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 e nº 9.074 de 07 de julho de 1995, ambas alteradas pela Lei Federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Cabe ressaltar que mesmo neste período, as parcerias entre Estado e o setor privado sempre existiram, pois não se pode considerar um Estado em uma sociedade onde o ente público prestará em seu nome e responsabilidade, por execução direta, todos os serviços públicos que a população necessita.

Ora, conforme analisado, a concessão e a permissão de serviços públicos são práticas utilizadas há séculos, contidas na denominação de parcerias. Segundo Di Pietro (2006, p.20), o que realmente muda é a concepção ideológica de Estado, no que tange a sua relação com a Administração Pública. De acordo com a autora:

(...) não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização de atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada.

(1649), a Cia. de Cacheu e Rios de Guiné (1676) e a Cia. do Comércio de Cabo Verde e Cacheu. A Espanha criou, em 1728, a Cia. de Caracas e em 1747, a das Índias Orientais, de curta duração. O capitalismo antimonopolista veio acabar com o sistema das Companhias do Comércio.

Quanto a necessidade e atualidade de mudança da forma de contextualização entre o setor público e o setor privado não restam dúvidas a respeito da premente necessidade de cooperação, no entanto, o que se deve ressaltar é a forma como as alterações legislativas que concebem este modelo de parceria se coadunam para fundamentar-se num contexto de legalidade e proteção ao interesse público. Neste sentido, a eficiência é o primeiro argumento a ser apresentado para justificar a participação do ente privado na prestação do serviço público, dentre os quais anteriormente não interessavam o mesmo, nos moldes da concessão e terceirização. Segundo Anastasia (2006, p.3):

Surge, então, uma idéia: por que não fazer uma associação mais visceral, mais umbilical entre o Poder Público, através de parcerias público-privadas mais intestinas e em relação a objetos que, aparentemente, em um primeiro momento, não estavam gerando interesse por parte dos empresários privados e, ao mesmo tempo também, o Poder Público, sozinho, de per si, de modo próprio, não teria condições de realizar – serviços potencialmente deficitários ou, eventualmente, serviços que seriam realizados pela própria administração, através de seus meios, que eram remunerados por terceiros, por usuários, como seria o sistema clássico e tradicional das concessões. Isso tudo dentro do enfoque de uma reforma do Estado que se pretende, já superada aquela fase de Estado Mínimo, de Estado grande, ou de Estado pequeno, mas da necessidade do Estado eficiente.

Neste ponto de vista, pode-se compreender que o surgimento das PPP's num contexto de pós-reforma do Estado se enquadra num desenvolvimento das formas de parceria, entendida em sentido estrito, ou seja, a PPP consiste na aproximação máxima entre o público e o privado, como um subproduto da concessão, só que de forma mais intrínseca e firmada para a consecução de objetos mais próximos a serviços condizentes com funções clássicas administrativas do Estado, tais como escolas, hospitais, sistema penal, estradas, dentre outros.

A grande questão que nasce desta parceria é a legitimidade de se transferir um serviço que envolve interesse público para uma empresa particular, importante frisar que o conceito de concessão surge antes do conceito de interesse público, ou seja, é um instrumento idealizado para, além de servir de privilégio a uma determinada pessoa escolhida para ter o monopólio de um serviço, constituir em forma do Estado desenvolver atividades custosas para ele naquele momento, repassando para um particular assumir todos os riscos do empreendimento. A PPP mostra-se como uma evolução deste conceito, ao propor a repartição de riscos entre o ente público e privado, num ambiente de confiança, ao invés de suspeita.

No atual estágio de evolução das parcerias em sentido amplo, o Estado convida o particular para cumprir as funções constitucionais, assumindo compromissos de suas

obrigações como riscos, fornecimento de garantias e a fiscalização, repassando ao ente privado os riscos, a gestão, possíveis lucros e o compromisso de cumprir metas de eficiência. Foi neste contexto que foi estruturado o Programa de Parceria Público Privada de Minas Gerais, dentro da estrutura organizacional administrativa, a partir de 2003, no contexto de reforma administrativa do Estado Mineiro, dentro das premissas do Choque de Gestão.

Com a promulgação da Lei Estadual nº 14.868 de 16 de dezembro de 2003, Minas Gerais assume o posto de primeiro ente da federação a instituir um marco legal sobre o tema das PPP's, além de apresentar um programa avançado, condizente com as reformas administrativas, concedendo autonomia, flexibilidade e iniciativa a este novo órgão, cuja estrutura abarca desde o governador à várias Secretarias de Estado, órgãos de controle, financeiros e parceiros. Inicia-se, no âmbito do Estado, um novo modelo de governança e um novo marco institucional para as políticas atinentes à estruturação da contratualização desenvolvida pelos órgãos do Estado para a execução das parcerias com o setor privado. Este aprimoramento do modelo contratual da Administração Pública surge da demanda por serviços cada vez mais especializados, num contexto de controle fiscal e escassez orçamentária, além da busca de maior eficiência nos serviços públicos prestados, buscando investir inicialmente em infra-estrutura. (ATHAYDE *et al*, 2006).

4.2.3. A estrutura da PPP em Minas Gerais

O Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas de Minas Gerais – Programa PPP, foi instituído em dezembro de 2003, conforme citado, com o intuito de disciplinar e promover arranjos de Parcerias Público-Privadas – PPP's no âmbito da Administração Pública Estadual. Para consolidar este arcabouço institucional, o Programa PPP instituiu órgãos e designou agentes da Administração Pública para realizarem as funções de planejamento, fiscalização e assessoramento técnico. Este Programa é constituído sobre quatro pilares, em que se tem a estruturação organizacional da PPP. São eles o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGP, constituindo uma espécie de conselho deliberativo; a Unidade Operacional de Coordenação de Parcerias Público-Privadas - Unidade PPP, representado o órgão técnico de implementação da política de parcerias; a Rede PPP-MG, composta pelas Unidades Setoriais e, por fim, o Manual de Operações, constituindo numa coletânea de procedimentos a serem seguidos, formalizando a expertise sobre este tema.

O CGP, órgão vinculado à Governadoria do Estado e presidido pelo Governador do Estado, apresenta em sua composição, como membros efetivos, o Advogado Geral do Estado e os Secretários de Estado de Desenvolvimento Econômico, de Planejamento e Gestão, de Fazenda, de Transporte e Obras Públicas, de Desenvolvimento Regional e Política Urbana, de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, e, como membro eventual, o titular da Secretaria relacionada com o objeto da Parceria a ser implementada. Apresenta como competência a aprovação dos projetos de PPP apresentados, encaminhados por órgãos ou entidades da administração estadual, assim como quanto a análise de seus editais, contratos de PPP, seus aditamentos e prorrogações. Compete, também, ao CGP, elaborar o Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas, realizando, permanentemente, a avaliação geral do mesmo. Constitui um filtro de caráter técnico, político, financeiro e econômico, conferindo aos projetos sua aprovação ou arquivamento.

Já a Unidade PPP representa um órgão de assessoramento técnico, realizando a coordenação do programa em âmbito institucional. Situada no âmbito da Secretaria de Estado e Desenvolvimento Econômico – SEDE, apresenta como objetivos a execução de atividades operacionais e de coordenação de Parcerias Público-Privadas, bem como o assessoramento ao Conselho Gestor, além da divulgação de conceitos e metodologias próprios dos contratos de parcerias, auxiliando na elaboração de projetos e contratos, por meio de suporte técnico, especialmente nos aspectos financeiros e de licitação. Este órgão é que desenvolve, analisa e recomenda ao CGP projetos elaborados dentro da modelagem da Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo. A Unidade PPP atua, por fim, como um Centro de Referência de conhecimento sobre conceitos, metodologia e licitação de projetos de PPP em Minas Gerais.

A Rede PPP envolve a participação de servidores da administração pública direta e indireta dos diversos órgãos e Secretarias do Estado de Minas Gerais apresentando, como objetivo, o alinhamento da informação e a capacitação de servidores para implantação da política de Parcerias Público-Privadas no Estado, ou seja, visa interligar informações e contatos, alastrando o conhecimento para todo o Estado a fim de estimular o surgimento de novos projetos e sua inserção no contexto das Secretarias. Atualmente, a Rede é composta pela AGE - Advocacia Geral do Estado, AUGE - Auditoria Geral do Estado, BDMG - Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A, COPASA - Companhia de Saneamento de Minas Gerais, DER/MG - Departamento de Estradas e Rodagem de Minas Gerais, PRODEMGE -

Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais, SEPLAG - Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, SEDS - Secretaria de Estado de Defesa Social, SEMAD - Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, SETOP - Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas, TCE - Tribunal de Contas do Estado e UEMG - Universidade do Estado de Minas Gerais.

Por fim, o Manual de Operações constitui documento idealizado para instruir os gestores e técnicos da Administração Pública, conferindo publicidade e transparência aos procedimentos e ações do Estado. Seus processos e regimentos estabelecidos definem as regras para a elaboração e encaminhamento de propostas de projetos de PPP, a serem apreciadas pela Unidade PPP, pelo Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGP e pelos demais órgãos colegiados responsáveis pela apreciação das iniciativas de PPP.

Entre os projetos já em execução destaca-se a Rodovia MG – 050. Consiste numa concessão patrocinada para a exploração do trecho entre a BR-262 (Juatuba) - Itaúna - Divinópolis - Formiga - Piumhi - São Sebastião do Paraíso, e o trecho São Sebastião do Paraíso - divisa MG/SP da rodovia BR/265. O Projeto PPP da MG-050 prevê a recuperação, ampliação e manutenção da rodovia durante os próximos 25 anos, que conta com uma extensão de 372 km, interligando a região metropolitana de Belo Horizonte à divisa com o Estado de São Paulo. Os investimentos previstos no projeto são da ordem de R\$ 650 milhões, sendo R\$ 320 milhões já para os primeiros 5 anos, segundo dados da Unidade PPP¹⁹.

Já a PPP do setor penitenciário constitui a segunda experiência de parceria do Estado, se encontra em fase de formulação de propostas por parte das empresas interessadas, com a abertura das propostas e julgamento previsto para a segunda quinzena do mês de novembro de 2008. Ora, depreende desta estruturação a questão da novidade que permeia as novas decisões, ou seja, a falta de exemplos fáticos consubstanciados num ambiente de incertezas podendo gerar problemas atinentes à formulação do contrato. Fato este que poderá implicar em custos não previstos no futuro. A instituição da PPP se coaduna com a reforma administrativa e com as novas demandas dos cidadãos, por eficiência, qualidade e menores custos, no entanto, mister ponderar sobre a questão do objeto da parceria e sua relação com os princípios de Direito Público. A execução Penal, conforme será tratada no próximo capítulo,

¹⁹ Portal Eletrônico da Unidade PPP – Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/>>.

já é alvo de delegação a entes privados, no entanto, o objetivo deste trabalho é identificar como a execução penal foi tratada no edital da PPP – Complexo Penal.

5. EXPERIÊNCIAS DE PARCERIAS NA GESTÃO DE UNIDADES PENAIS COM O SETOR PRIVADO

5.1. Novas formas de gestão em parceria com o setor privado, especificamente a co-gestão.

As duas últimas décadas do século passado foram marcadas por profundas transformações econômicas que modificaram radicalmente o Estado e a sociedade em diversos países do mundo. Buscando superar a grande crise do modelo econômico do pós-guerra, quando todo o mundo capitalista avançado caiu numa grande e profunda recessão, diversas nações capitalistas centrais e também periféricas implementaram um amplo programa de reformas orientadas para o mercado.

Apesar de todas as reformas estruturais e do estabelecimento dos marcos regulatórios, de modo geral, os investimentos privados não conseguiram compensar a drástica redução dos níveis de investimento do setor público.

É neste ambiente de severa dificuldade de financiamento estatal que a parceria com o setor privado começa a se desenvolver. Neste sentido, para alavancar o desenvolvimento dos serviços públicos essenciais prestados pelo Estado de Minas Gerais, a implementação de projetos setoriais estruturantes começa a ser discutida. Tais projetos requerem grandes recursos financeiros, dos quais, via de regra, o Estado não dispõe. A solução, no primeiro momento, é a busca de recursos do setor privado que viabilizem os empreendimentos necessários e concedam aos cidadãos, em última análise, maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

Diante disto, é fundamental que se busque novas formas de gestão da coisa pública e de relacionamento com o setor privado, sempre pautado pelos limites da juridicidade. O propósito que se encontra subjacente ao projeto de Parceria Público-Privada em exame é precisamente lançar as bases desse novo relacionamento.

A experiência bem-sucedida de outros países na condução das Parcerias Público-Privadas certamente tem servido de parâmetro para os administradores públicos do

Brasil. Refere-se aqui, especialmente, à experiência inglesa denominada “*Public Private Partnership*”, cuja tradução literal servirá para identificar proposta semelhante no Brasil: a parceria público-privada.

A instituição das Parcerias Público Privadas – PPP, está inserida, no Brasil, como consequência do desenvolvimento da ampla reforma do aparelho estatal, iniciado na década de 1990 como resposta à uma administração ineficiente, conjugado com restrições orçamentárias advindas da crise fiscal experimentada pelo país e pelo mundo, iniciada na década de 1980, conforme analisado anteriormente.

O enxugamento da máquina estatal, observado durante a década de 1990, iniciado no Governo Collor e intensificado no Governo Fernando Henrique Cardoso, insere-se no contexto da crise do *welfare state*, no qual foi imposto aos Estados a revisão da atuação estatal na prestação dos serviços públicos. Dessa forma, empresas foram desestatizadas e serviços outrora prestados pelo Estado foram entregues, por meio de concessão, a agentes privados. Diante deste contexto, Benjamin Zymler e Guilherme Almeida (2005, p.226) perfazem o seguinte comentário:

Incapaz de realizar novos investimentos nos diversos setores da economia, buscou o Estado brasileiro, a partir do Programa Nacional de desestatização, implantado pela Lei nº 8.031/1990, novos mecanismos de oferta de serviços públicos. Afastando-se gradualmente da prestação direta desses serviços, o Poder Público reservou para si as atividades de regulação e de fiscalização, que passaram a ser exercidas basicamente por agências criadas por lei. A prestação desses serviços, agora realizada por terceiros, em regra, estranhos à Administração, concretizou-se mediante a celebração de contratos de concessão ou de permissão e de atos de autorização, em consonância com o dispositivo nos arts. 21, XI e XII, e 175 da Constituição Federal vigente.

Opera-se, por consequência, como saída para a escassez de investimentos públicos, a parceria com a iniciativa privada. Dentre as necessidades mais prementes da atualidade a questão prisional e carcerária se destaca. A superlotação não só do sistema prisional mineiro, como brasileiro, cresce exponencialmente, daí a importância da busca e implementação de novas alternativas também nesta seara.

De fato o que se observou, antes da consolidação de uma legislação que normatize a implementação das PPP's, para a resolução do problema do déficit carcerário foi a utilização da Co-Gestão.

Elaborada em 1996 pelo Dr. Nagashi Furukawa, ex-Secretário de Administração Penitenciária de São Paulo, em Bragança Paulista, a Co-Gestão possibilita ao Estado administrar a área de segurança e contratar uma ONG para administrar as questões sociais referentes à alimentação, saúde, educação e assistência jurídica. Segundos dados do Estado de São Paulo, desde 2004, o Centro de Recuperação Feminino de São José do Rio Preto é administrado pelo Estado e pelo Grupo de Amparo aos Doentes de AIDS (GADA, sigla brasileira), que tem atuado com o Programa Nacional e Municipal de HIV/SIDA e com o UNODC em programas de prevenção às drogas e HIV/Sida. Os custos de manter um preso no CR's podem chegar a um terço dos apresentados em instituições tradicionais.

Como se observa, no modelo adotado pelo Estado de São Paulo, a parceria é realizada com uma ONG, no entanto, cabe salientar, que desde 1999, têm-se realizado parcerias com empresas privadas na gestão de unidades prisionais, sob o bojo da concessão de serviço público, regulamentada pela Lei Federal nº 8.987/95, Lei Federal nº 9.074/95 e pela Constituição Federal de 1988. Neste sistema, conforme definição da Maria Sylvia Di Pietro (2006, p.93):

(...) o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Desse conceito extraem-se algumas considerações, principalmente no que concerne à diferença para a adoção da parceria público-privada. Na concessão comum, o risco do empreendimento é todo da empresa privada, fato este que conseqüentemente incorre em maiores gastos financeiros para o Estado, em contrapartida, pelo serviço prestado. Ademais o prazo de contratação é exíguo, perfazendo, geralmente, em torno de 02 a 05 anos, com possibilidade de renovação, constituindo, assim, um impedimento para que o ente privado realize investimentos de longo prazo. Além disso, tem-se que a regulação deste serviço, realizado por meio de uma legislação não específica, como a Lei de Concessões, confere ao

empreendimento menor segurança quanto ao serviço prestado, tendo em vista às peculiaridades envolvidas com a gestão prisional.

No entanto, malgrado as considerações acima expostas, que indicam que a utilização da concessão comum para a gestão de presídios não é a mais indicada, os exemplos praticados por todo país dão mostra da eficiência da gestão privada em comparação com a gestão pública, tendo em vista os resultados angariados nos últimos anos. Senão vejamos:

A primeira experiência de administração prisional, em um contexto público-privado, ou, ao menos de gestão compartilhada, data de 12 de novembro de 1999, oportunidade em que foi inaugurada a Prisão Industrial de Guarapuava - PIG, a qual está localizada no Município de Guarapuava, distante 265 (duzentos e sessenta e cinco) km da Capital do Estado do Paraná, Curitiba. A PIG foi construída com recursos dos Governos Federal e Estadual, numa parceria estratégica. O custo total, incluindo projeto, obra e circuito de TV, foi no valor de R\$5.323.360,00 (cinco milhões, trezentos e vinte e três mil, trezentos e sessenta reais), sendo 80% provenientes de convênio com o Ministério da Justiça e 20% do Estado. Nesta prisão, a administração da penitenciária foi terceirizada, mas não de modo total. A empresa contratada é a Humanitas Administração Prisional S/C, na verdade um sub-ramo da empresa Pires Segurança. O trabalho exercido por tal empresa envolve "o atendimento aos presos no que se refere à alimentação, necessidades de rotina, assistência médica, psicológica e jurídica dos presidiários". Por seu turno, o governo do Paraná "é responsável pela nomeação do diretor, do vice-diretor e do diretor de disciplina, que supervisionam a qualidade de trabalho da empresa contratada e fazem valer o cumprimento da Lei de Execuções Penais". A Penitenciária Industrial de Guarapuava (PIG) tem capacidade para 240 (duzentos e quarenta) presidiários. O contrato estabelecido entre a empresa de administração penitenciária Humanitas e o Poder Público tem duração estabelecida em dois anos, podendo ser renovado. O Estado paga à empresa a quantia mensal de R\$ 297.000,00 (duzentos e noventa e sete mil reais), o que equivale a cerca de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) por preso. (...) Salta aos olhos o índice de reincidência criminal dos egressos do presídio de Guarapuava, que chega a ínfimos 6%. Em Maringá, no mesmo Estado, tal índice alcança 30%. A média nacional é gritante: 70% de reincidência criminal. (MEDINA OSORIO e VIZZOTTO, 2005, p.2).

Consoante excerto acima transcrito, além do Estado do Paraná, outros Estados também estão adotando este mecanismo de transferência de gestão. No Estado da Bahia existem cinco presídios geridos por meio da co-gestão, no Estado do Ceará são três as unidades prisionais administradas por empresas privadas.

Pelo somatório geral, a Co-Gestão já é praticada em 16 (dezesesseis) unidades penais brasileiras, com uma população carcerária de 7.346 (sete mil e trezentos e quarenta e

seis) detentos. Existem, atualmente, seis empresas brasileiras atuantes na área de administração prisional sob o modelo da Co-Gestão, são elas: Companhia Nacional de Administração Presidiária (Conap), Instituto Nacional de Administração Penitenciária (Inap), Montesinos, Reviver, Yumatã e Humanitas Administração Prisional S/C, na verdade um sub-ramo da empresa Pires Segurança. Neste modelo, o Estado entrega por um período de um a cinco anos uma prisão já construída para uma empresa cuidar de toda a administração interna, da prestação de serviços de alimentação à garantia da ordem interna.

Neste sentido, a eficiência da administração prisional é atestada constantemente pelo Poder Judiciário, responsável, juntamente com o Ministério Público, pela fiscalização da aplicação das normas de execução penal e pela integridade física e mental do sentenciado e do preso provisório pelo Estado.

Neste contexto, a proposição de PPP para o sistema penitenciário configura como uma evolução na estrutura contratual das concessões já realizadas, com respaldo numa legislação específica como a Lei Federal nº 11.079/2004 e a Lei Estadual nº 14.868/2003.

Por este novo modelo de gestão, tem-se uma estrutura contratual mais complexa, elaborada com a fixação de critérios de desempenho que sejam exigentes sem serem inexecutáveis, aliado a uma sofisticada modelagem técnica e financeira cujo objetivo é resguardar o Estado e propiciar garantias e compartilhamento de riscos para o investidor privado, possibilitando menores taxas e maior qualidade, uma vez que o particular será instigado a realizar investimentos de longo prazo, tanto para a aplicação de tecnologias sofisticadas quanto às facilidades de empréstimos.

É neste contexto que Benjamim Zymler e Guilherme Almeida atribuem às PPP's uma abrangência maior do que as concessões comuns, utilizadas no modelo da Co-Gestão, cuja amplitude do conjunto de serviços público advém do art. 175 da Constituição Federal de 1988, segundo os autores (2005, p.258):

Afinal, o citado artigo da Lei Maior regula a prestação de serviços públicos que tem acentuado conteúdo econômico, como, por exemplo, o fornecimento de energia elétrica. Já as parcerias público-privadas poderão propiciar o atendimento de necessidades da população em setores onde não haja interesse econômico por parte dos agentes privados. Assim, poderão ser construídas e operadas desde prisões a

hospitais ou escolas, precipuamente, por meio de concessões administrativas, passando por estradas e portos, esses últimos sob a forma de concessões patrocinadas.

Assim, compreende-se que as Parcerias Público-Privadas constituem uma evolução do modo do Poder Público transferir para o ente privado a prestação de determinado serviço público. O modelo das parcerias visa a tornar atraente determinadas áreas de atuação do Estado para o investidor privado, uma vez que aquele tem que ofertar maiores garantias, em virtude do alto risco envolvido do empreendimento.

Urge ressaltar que, diferentemente do que os críticos ao modelo afirmam, as Parcerias Público-Privadas não constituem uma forma de privatização, mas sim uma forma do Estado angariar investimentos e novas tecnologias de gestão, com ganhos de eficiência, em que os bens construídos, no caso, as unidades prisionais, serão, após o término do prazo de vigência do contrato, revertidos para o Estado. É lícito reforçar também o entendimento de que é transferida para o ente privado a prestação de um serviço público, cuja titularidade permanecerá sob o zelo do Poder Público.

Por derradeiro, quanto à experiência internacional, cabe ressaltar que o modelo de parcerias já é utilizado há algum tempo por diversos países, num contexto de fim do apogeu do Estado do Bem-Estar Social, no fim dos anos 70, principalmente nos Estados Unidos e Reino Unido, no qual emergiu a necessidade de disciplina fiscal, de controle das despesas públicas para evitar a perpetuação dos déficits públicos.

As parcerias com a iniciativa privada no que concerne à gestão de unidades prisionais têm início nos Estados Unidos nos anos 80, num contexto de crise do sistema de execução penal, conforme atesta o professor Laurindo Dias Minhoto (2000, p. 64-65):

É precisamente num contexto de explosão da população penitenciária, de escalada dos gastos, de degradação das condições de alojamento que, por sua vez, tem levado à intervenção judicial no sistema, e de uma postura do público que, ao mesmo tempo em que exige penas mais duras para os violadores da lei penal, recusa-se a autorizar os recursos necessários à construção de novos estabelecimentos, que as prisões privadas têm sido propostas e apresentadas como solução à crise do sistema penitenciário norte-americano. (...) O Estado, ao contratar a execução do serviço ao setor privado, continuaria responsável por seu financiamento, regulação, avaliação e controle, mas se beneficiaria do acesso a novas tecnologias, redução de gastos com pessoal, da

burocracia e dos atrasos recorrentes nos cronogramas, referente à construção de novos estabelecimentos.

Conforme se depreende da citação exposta, os Estados Unidos, há mais de vinte anos, conviveu com o problema enfrentado pelo Brasil, ou seja, déficit de vagas prisionais, falta de recursos disponíveis para investimentos e má gerência das prisões. O caminho escolhido, a partir de 1986, com a transferência da gestão da prisão de Saint Mary, Estado do Kentucky, para a empresa *U.S. Corrections Corporation*, foi a parceria com o setor privado. Compreende-se que o modelo Americano de parcerias se aproxima muito mais da privatização, devido ao fato de ser entregue a empresa privada todo o controle da unidade penitenciária, sobrevivendo ao Estado apenas a fiscalização.

No entanto, a Parceria Público-Privada, nos moldes de sua formulação na legislação brasileira, teve inspiração inglesa, que optou pela adoção desse sistema na década de 1990, sob a nomenclatura de *Public Private Partnership* – PPP, a partir de 1997, sob o governo do Primeiro Ministro Tony Blair.

O embrião do programa de parceria inglês consiste no *Private Finance Initiative* - PFI, em nível nacional, lançado em 1992. Como a própria terminologia denota, o objetivo principal era viabilizar projetos por meio do financiamento privado, uma vez que a capacidade de implementá-los de forma tradicional, se não esgotada, estava ao menos reduzida pelos limites impostos pelo tratado de Maastricht, que limitava o déficit público à 3% do PIB aos membros da União Européia. Este programa pretendeu aumentar a capacidade de financiamento do setor público, através de pagamentos vinculados ao investimento ao longo da duração da vigência do contrato com o ente privado. Dessa forma, buscou-se encorajar a realização de obras e gestão de serviços mediante aporte financeiro privado, por meio de financiamentos a longo prazo.

Quanto à adoção das parcerias, percebe-se a implementação deste modelo, com a inclusão de certas peculiaridades inerentes à cultura e legislação de cada país, em várias regiões do mundo, inclusive quanto à prestação de serviços relacionados com a gestão de unidades prisionais.

Dentre os benefícios, observados da experiência internacional, destacam-se que os prazos de construção dos projetos foram concluídos dentro dos prazos estabelecidos nos

contratos, ou até mesmo antes, ou seja, não houve atrasos ou reavaliação do orçamento previsto, tão comum nas construções públicas. Além disso, houve maior detalhamento dos projetos, maior planejamento, o que gerou prazos menores para a construção. Este comportamento incorre em ganhos de eficiência para o Governo, com a redução dos custos de construção, representando economia para os cofres públicos. Foi constatada economia entre 10% e 17% nos custos de construção, quando comparados com o regime tradicional, devido, sobretudo, a maior eficiência no planejamento e na construção.

Tem-se, também, a redução dos custos por vagas, com o desenvolvimento da competitividade no setor penitenciário, sob o regime PPP, devido à pluralidade de empresas. No entanto, este benefício apenas será conseguido, no Brasil, após a estabilização deste novo mercado que se inicia. Esta competição entre os proponentes provocou uma constante busca por melhorias na prestação de serviços e inovações nos aspectos organizacionais, operacionais, de planejamento e de inovações tecnológicas.

Além do Reino Unido, países como Canadá, Austrália, França, África do Sul e Chile também apresentam parcerias com o setor privado para a administração de unidades prisionais. Na Austrália, por exemplo, as novas penitenciárias, mais modernas e agradáveis, contribuíram para a recuperação dos detentos. Outro impacto interessante foi a oportunidade de empregos criados na redondeza da nova unidade prisional.

Já no Chile, foi implementado um programa de concessão de infra-estrutura penitenciária com a previsão de abarcar 10 (dez) unidades prisionais, com capacidade prevista para 16.000 (dezesesseis mil) novas vagas.

De acordo com o estudo feito pelo BDMG, as experiências internacionais informam que o setor privado pode aportar financiamento de longo prazo com instituições financeiras de todo o mundo e com bancos de investimento como o BDMG e o BID, construir com maior rapidez e eficiência, dentro do prazo pactuado, contribuir com avanços tecnológicos, além de implementar métodos de gestão e operação mais eficientes.

Segundo Zymler e Guilherme Almeida (2005, p.231), ao tecerem comentário quanto às vantagens apresentadas pela PPP na maior parte dos países que a adotaram, informa-se os seguintes benefícios aportados:

- a) prestação de serviços públicos com a eficiência, a eficácia e a qualidade características da iniciativa privada competitiva. Afinal, segundo a doutrina ora dominante, os empreendedores privados representam o estado da arte no que concerne à busca pela melhoria contínua de produtos e de processos;
- b) redução do prazo para a implementação dos empreendimentos, pois, devido à participação de capitais privados, os investimentos deixam de depender exclusivamente dos aportes do setor público;
- c) estímulo à introdução de inovações, modernizações e melhorias por parte do setor privado;
- d) possibilidade de realização de um maior número de projetos.

Ademais, mister salientar neste ponto outra experiência que se aproxima da gestão sob a Co-Gestão para construção e gestão de sistema prisional: o modelo APAC, que será tratado no próximo tópico. Cabe ressaltar as diferenças deste modelo para a Co-Gestão com empresas privadas. No modelo APAC, toda a gestão é realizada por uma associação sem fins lucrativos que tem como norte a participação da comunidade por meio do trabalho voluntário, e a relação do Estado com esta entidade é realizada por meio de Convênios. Já na Co-Gestão cujo modelo é contratual, a empresa privada é contratada para prover a Unidade com serviços de alimentação, assistência jurídica, médica, educacional, permanecendo a direção com o ente público, por meio do Diretor da unidade que é escolhido pelo Estado.

5.2. Associação de Proteção e Assistência ao Condenado

A Associação de Proteção e Assistência ao Condenado – APAC²⁰ constitui uma nova forma de gestão de Unidades Penais, muito desenvolvida no âmbito do Estado de Minas Gerais, principalmente a partir de 2003, uma vez que foi abrangida pela Política de Segurança Pública do Estado. As APAC's constituem associações de direito privado, sem fins lucrativos.

Essas associações atuam segundo uma metodologia própria de recuperação de presos e de defesa da sociedade, ao focalizar suas ações na recuperação do sentenciado em conjunto com o trabalho solidário da sociedade. Constituídas em comarcas espalhadas por todo o Estado, apresentam autonomia gerencial e financeira, gerindo os regimes fechado,

²⁰ Tem suas origens em um grupo de religiosos da cidade de São José dos Campos/SP, que no início da década de 1960 iniciou trabalhos de assistência à unidade penitenciária do município, chamada de Humaiatá. Impulsionado pelo crescente número de rebeliões estabelecidas dentro da unidade e pelo crescente número de fugas, o grupo composto basicamente por psicólogos e advogados tentou aprimorar a condição reeducativa da Instituição, prestando, de início, serviços de natureza assistencial como auxílio jurídico e psicológico, além de nítidas tarefas que objetivavam a evangelização dos apenados. (MORAES, p.62)

semi-aberto e aberto, ficando responsáveis pela tutela de sentenciados, em um número reduzido, a fim de obter o resultado esperado quanto à ressocialização.

Neste sentido, passa a configurar uma dualidade de execução penal (privado e público) no sistema prisional mineiro, haja vista a atuação das APAC's, sendo, inclusive, esta iniciativa apoiada pelo Poder Judiciário, através do Projeto Novos Rumos na Execução Penal²¹. Cumpre ressaltar que a gestão de vagas em uma APAC é exclusivamente realizada pelo juiz da comarca em que ela está inserida.

O método APAC se inspira no princípio da dignidade da pessoa humana e na convicção de que ninguém é irrecuperável, focalizando sua ação na recuperação do preso e da preparação do mesmo para o retorno ao convívio em sociedade. Apresenta como elementos norteadores de sua metodologia a participação da comunidade, sobretudo pelo voluntariado; a solidariedade entre os recuperandos; o trabalho como possibilidade terapêutica e profissionalizante; a religião como fator de conscientização do recuperando como ser humano, como ser espiritual e como ser social; a assistência social, educacional, psicológica, médica e odontológica como apoio à sua integridade física e psicológica; a família do recuperando, como um vínculo afetivo fundamental e como parceira para sua reintegração à sociedade; e o mérito, como uma avaliação constante que comprova a sua recuperação já no período prisional.

Cumpre esclarecer que são entidades pertencentes ao 3º Setor, constituindo este por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos. Coexiste como primeiro setor que é o Estado, e o segundo setor, composto pelo mercado. Constituem, pois, pessoas

²¹ Conforme notícia divulgada no *site* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: O projeto “Novos Rumos na Execução Penal”, coordenado pelo desembargador do TJMG, Joaquim Alves de Andrade, visa à humanização da execução penal, através do método da Associação de Proteção ao Condenado (Apac). O projeto orienta as comarcas e municípios interessados em desenvolver o método Apac, como medida de defesa social, pois atinge até 90% de recuperação do condenado, ao passo que o sistema penitenciário tradicional, gastando três vezes mais, apresenta um índice de apenas 15% de reintegração na sociedade. O Projeto Novos Rumos elabora estratégias e implementa ações de mobilização social, através de audiências públicas nas comarcas, bem como a produção de material informativo/promocional para as Apacs e comunidade, servindo como ferramenta de apoio na propagação do método e também para formação na metodologia. Outra estratégia adotada pelo Projeto é a colaboração na capacitação de dirigentes, voluntários e recuperandos das Apacs, por meio de seminários e cursos, em parceria com a Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC). Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=5646>>. Acesso em 10 de nov. de 2008.

privadas que colaboram com o Estado, desempenhando atividade não lucrativa e função típica, embora não exclusiva, do Estado, recebendo algum tipo de incentivo do poder público.

Na busca pela concretização de suas metas, as APAC's de Minas Gerais têm firmados convênios com a SEDS para realizar parcerias que viabilizem suas atividades.

Por meio da construção de Centros de Reintegração Social ou de Centros de Recuperação, as APAC's passam a oferecer estabelecimentos mais apropriados e mais próximos com as diretrizes estabelecidas pela LEP aos condenados, municipalizando a execução da pena e, bem assim, garantindo importantes avanços no que diz respeito à preservação dos direitos do condenado.

No entanto, importante ressaltar que o funcionamento das APAC's depende, majoritariamente, da aplicação de recursos estatais. Primeiramente, para construir, reformar e modernizar as unidades do sistema penitenciário, adequando-as às necessidades de recuperação dos condenados. Posteriormente, para capacitar os funcionários do sistema penitenciário, tornando mais eficiente a execução da pena. Há modelos de convênio referentes à construção²² e outro modelo para custeio²³ das unidades conveniadas com o Estado.

De acordo com dados da Diretoria de Políticas de APAC e Co-Gestão, órgão este integrante da SUAPI, foram estabelecidos, em conformidade com a LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias) e com a LOA (Lei Orçamentária Anual), o valor anual total de R\$12.735.000,00 (Doze milhões, setecentos e trinta e cinco mil reais) para investimentos nas APAC's conveniadas à SEDS até o final de 2008. Dos quais, R\$ 7.735.000,00 (sete milhões, setecentos e trinta e cinco mil) para convênios de custeio. O custo médio mensal, por preso, considerado para a definição do orçamento foi de R\$ 600,00 (seiscentos reais), valor este muito inferior ao gasto mensal com o preso no sistema comum. Quanto a ocupação, a Tabela 07 demonstra:

²² Esse tipo de convênio prevê a construção do Centro de Reintegração Social, bem como a reforma do imóvel, se necessário. O terreno no qual a APAC será construída geralmente é doado pela prefeitura.

²³ A manutenção de uma APAC inclui despesas como alimentação, vasilhames para cozinha, combustível, serviços de terceiros, folha de pagamento de funcionários administrativos, material de escritório, entre outros. A SEDS não se propõe a cobrir todas as despesas da entidade conveniada, mas sim a atuar como uma das parceiras nesse assunto. Para o repasse do valor conveniado, há uma prestação de contas da APAC, a fim de provar que o dinheiro público está sendo gasto para o objeto ao qual se conveniou.

TABELA 07
Capacidade e ocupação das APAC's - 2008

| Período | Capacidade | Ocupação |
|------------------------|------------|----------|
| Atual (Junho – 2008) | 1.040 | 768 |
| Prevista para dez/2008 | 1.440 | 1.000 |

Fonte: Diretoria de Políticas de APAC e Co-Gestão - DAC - SEDS. 18 de junho de 2008.

Já em relação aos convênios para construção, tem-se a previsão de suplementar o número de APAC's em mais 11 (onze) novas unidades, perfazendo um acréscimo no número de vagas em 950 (novecentos e cinquenta).

Em razão da especificidade dos Convênios celebrados entre o Estado de Minas Gerais e as APAC's, foi promulgada a Lei Estadual nº 15.299/2004, que dispõe sobre a realização destes convênios e estabelece as condições para a remuneração de funcionários contratados das APAC's, pela Fazenda Pública Estadual. No entanto, a regra nas atividades desenvolvidas pelas APAC's deve ser o trabalho voluntário, mesmo com a autorização legal para a utilização de trabalho remunerado em atividades administrativas, caso se porte necessário. A supracitada Lei estabelece as diretrizes, assim como as responsabilidades e condições²⁴.

A APAC é filiada à PFI – *Prison Fellowship International*, órgão consultivo da ONU para assuntos penitenciários, e à FBAC – *Fraternidade Brasileira de Assistência aos*

²⁴ Art. 176-A - Compete às entidades civis de direito privado sem fins lucrativos que tenham firmado convênio com o Estado para a administração de unidades prisionais destinadas ao cumprimento de pena privativa de liberdade, nos termos do inciso VIII do art. 157:

I - gerenciar os regimes de cumprimento de pena das unidades que administrarem, nos termos definidos em convênio;

II - responsabilizar-se pelo controle, pela vigilância e pela conservação do imóvel, dos equipamentos e do mobiliário da unidade;

III - solicitar apoio policial para a segurança externa da unidade, quando necessário;

IV - apresentar aos Poderes Executivo e Judiciário relatórios mensais sobre o movimento de condenados e informar-lhes, de imediato, a chegada de novos internos e a ocorrência de liberações;

V - prestar contas mensalmente dos recursos recebidos;

VI - acatar a supervisão do Poder Executivo, proporcionando-lhe todos os meios para o acompanhamento e a avaliação da execução do convênio.

Art. 4º - Para firmar convênio com o Poder Executivo, a APAC deverá atender às seguintes condições:

I - ser entidade civil de direito privado sem fins lucrativos;

II - adotar o trabalho voluntário nas atividades desenvolvidas com os recuperandos, utilizando o trabalho remunerado apenas em atividades administrativas, se necessário;

III - adotar como referência para seu funcionamento as normas do estatuto da APAC de Itaúna;

IV - ter suas ações coordenadas pelo Juiz de Execução Criminal da comarca, com a colaboração do Ministério Público e do Conselho da Comunidade previsto na Lei de Execução Penal;

Condenados, entidade que congrega, fiscaliza e dá suporte a todas as APAC's do país. O fundamento jurídico se consolida no art. 4º da LEP, qual seja:

Art. 4º - O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Diante dos exemplos abordados, aliado às inúmeras vantagens apresentadas, é cristalino que o posicionamento do Estado de Minas Gerais ao propor uma Parceria Público-Privada para o sistema prisional se coaduna com uma nova forma de relação entre o setor público e o privado, em que ambos, de maneira contratual, estabelecem compromissos de forma a gerar vantagens específicas para cada parte e, sendo assim, para toda a coletividade.

No entanto, cabe ressaltar que no modelo adotado pela APAC, há um convênio firmado entre Estado e a Associação, ou seja, um direcionamento de ações voltadas para a realização de um mesmo fim, com o auxílio do juiz de execução penal do município, da coletividade e de instituições religiosas. Já na PPP, o modelo é contratual, ou seja, interesse opostos entre Estado e Empresa norteiam a prestação do serviço, enquanto o primeiro objetiva a implementação de um modelo de execução penal eficiente, o segundo busca auferir lucro e sustentabilidade para o seu empreendimento. Além disso, a APAC se fundamenta numa série de conceitos e normas de conduta, elaboradas durante décadas, com uma metodologia específica para tratar o preso e alcançar sua ressocialização, esta especificidade é que a torna muito diferente da PPP, que aplicará estritamente as normas previstas na LEP e no Edital quanto a ressocialização do preso, focando mais nos aspectos administrativos, de segurança e redução de custos.

Dessa forma, torna-se importante ressaltar que não se pode apoderar do exemplo da APAC, quanto a gestão de uma unidade penal, como pressuposto fático para o entendimento de sua permissividade ao modelo da PPP, ou seja, a base pela qual se sustenta a APAC, ao constituir uma pessoa de direito privado, é diferente do pressuposto da PPP. Assim, o entendimento é que as parcerias com o setor privado poderão proporcionar benefícios para a qualidade do serviço de execução penal, a ressalva que se faz se relaciona com a impossibilidade de se aplicar os mesmos fundamentos que norteiam a APAC à PPP, no que concerne aos serviços de execução penal. Por isso o presente trabalho analisará as questões atinentes a forma de como a empresa executará as normas de ressocialização sem deflagrar as normas de Direito Público.

6. ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DE DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NO ÂMBITO DO EDITAL DA PPP – COMPLEXO PENAL.

6.1. Definição de PPP

As Parcerias Público-Privadas constituem uma modalidade especial dos contratos de concessão, contudo abrangem a previsão de certas peculiaridades. Editada pela Lei Federal nº 11.079/2004, a qual instituiu normas gerais para a licitação e contratação de PPP no âmbito da Administração Pública, normas estas de aplicação em projetos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. No entanto, cabe ressaltar que o Estado de Minas Gerais foi o precursor em legislar sobre o assunto, com a promulgação da Lei Estadual nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003, devendo a mesma ser interpretada em conformidade com a legislação Federal correlata sobre o assunto.

Diferentemente da concessão comum, a PPP consisti numa cooperação mútua, envolvendo aspectos técnicos e financeiros, com objetos comuns, assim como nos convênios firmados pelo Estado, com a diferença de previsão de lucro para o ente privado. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2007, p.376), a PPP pode ser conceituada como:

(...) o acordo firmado entre a Administração Pública e 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.

Já para Zymler e Almeida (2005, p.248), a PPP pode ser conceituada como “uma associação de capitais públicos e privados, de natureza contratual, por meio da qual são repartidos o financiamento, os riscos e os resultados de um determinado empreendimento”. Mesmo com a previsão de obras, o objeto do contrato de PPP será sempre um serviço de interesse público a ser prestado a sociedade.

Embora existam várias espécies de parceria entre os setores público e privado, a Lei Federal nº 11.079/2004 reservou a expressão parceria público privada para duas modalidades específicas. Nos termos do art. 2º, “parceria público-privada é contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Pelo §1º, “concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a

Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.” E, pelo §2º, “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

A concessão patrocinada tem como característica a existência de duas fontes de recursos para cobrir os gastos. Uma derivada do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários diretos do serviço, enquanto outra, de caráter adicional, oriunda da contraprestação pecuniária do Estado, representado pelo poder público concedente. Um exemplo dessa prática no Estado de Minas Gerais é a PPP – MG 050. Essa modalidade é utilizada para permitir a prestação de serviços públicos que não sejam auto-sustentáveis, cuja receita oriunda das tarifas cobradas dos usuários seja insuficiente para arcar com as despesas totais do parceiro privado.

Já a outra modalidade consiste na concessão administrativa, na qual a administração pública é a usuária direta ou indireta do serviço a ser licitado, configurando como a grande beneficiária dessa modalidade. Não há, nesse sistema a previsão de tarifas a ser pagas pelo usuário da sociedade, ao contrário, o poder concedente efetua diretamente e integralmente o pagamento pactuado. Tem como objeto a prestação de serviço, no caso estudado, a gestão do complexo penal, com a necessidade de execução de obras antes da efetiva prestação do serviço. Neste caso a AP seria a usuária indireta, devido a obrigatoriedade de prover este serviço para a sociedade, perfazendo os condenados como usuários diretos.

Dessa forma, são pontos comuns à concessão patrocinada e à concessão administrativa a prestação de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, sendo que na concessão patrocinada essa contraprestação do parceiro público perfaça apenas um *plus* em relação à tarifa cobrada do usuário. Tem-se, também, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, decorrente implicitamente do artigo 5º, III e IV da Lei Federal de PPP. Há o compartilhamento de ganhos econômicos, o financiamento por terceiros, a previsão de garantias para as PPP's, obtidas, geralmente, de instituições financeiras como o BDMG. A constituição de Sociedade de Propósito Específicos – SPEs, conforme preceituado pelo art. 9º da Lei de PPP, em caráter obrigatório, independente de o

licitante ser ou não um consórcio, a delimitação do prazo contratual, que não pode ser inferior a 05 (cinco) anos, nem superior a 35(trinta e cinco) anos, incluindo eventuais prorrogações. Seu valor deverá ser igual ou superior a vinte milhões de reais, além disso, não poderá apresentar como objeto exclusivo o fornecimento de mão-de-obra, de instalação de equipamentos e execução de obra pública. Por fim, observa-se a necessidade premente da sustentabilidade financeira com a observância de vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria, onde a atividade praticada pelo ente privado tem-se que mostrar mais eficiente e sob um menor custo se a mesma atividade fosse executada pelo ente público. Além da observância ao respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços.

A PPP apresenta como justificativa para sua implementação, nos vários países onde já se tornou um instrumento eficaz, a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a busca por uma melhor eficiência da gestão, principalmente aquela observada no setor privado. Neste sentido, Gasparini (2006, p.406) afirma:

As parcerias público-privadas nasceram na Inglaterra (...). Nesse país foram analisados, segundo os jornais de fins de 2003 e início de 2004, mais de 600 projetos, estando 450 em operação, envolvendo 55 bilhões de libras. Portugal, Holanda, Canadá, Chile e México, entre outros são Países que vivenciam, com bons resultados, essa experiência que começa a existir entre nós, sem que tenhamos vivido algo igual.

No entanto, apenas o tempo dirá se trará resultados positivos dentro da conjuntura jurídica e social brasileira. De qualquer modo constitui mais uma alternativa disponível ao Poder Público para obter recursos e novas formas de gestão eficientes para combater problemas relacionados com a prestação de serviços públicos, inclusive, por exemplo, ao serviço público da execução penal, intrinsecamente relacionado com o tema da Segurança Pública.

Neste sentido, o Governo do Estado de Minas Gerais optou por executar o projeto referente à construção e gestão de um Complexo Penal por meio do seu Programa de Parcerias Público-Privadas, com fundamento no artigo 5º, §1º, inciso IV da Lei Estadual nº 14.868/2003, assegurando a agilidade de sua implantação e o aproveitamento de possíveis fontes de financiamento, adicionalmente ao modelo de gestão tradicional, que nos últimos anos, conforme observado neste trabalho, vem recebendo expressivos investimentos. Conforme o fundamento legal contido na Lei Supracitada:

Art. 5º - Podem ser objeto de parceria público-privada:

§ 1º - As atividades descritas nos incisos do caput deste artigo poderão ser desenvolvidas nas seguintes áreas:

IV - segurança, sistema penitenciário, defesa e justiça;

Inserido neste contexto, o projeto da PPP – Complexo Penal envolve a construção e operação de cerca de 3.000 (três mil) vagas penais na Região Metropolitana de Belo Horizonte, mais especificamente no município de Ribeirão das Neves, em terreno de propriedade do Estado de Minas Gerais. Este número de vagas a serem criadas corresponde a expansão da capacidade de encarceramento de presos sob a responsabilidade da SEDS. O principal objetivo do referido projeto consiste na modernização da gestão penitenciária mineira, por meio de novas metodologias operacionais advindas das empresas privadas, juntamente com a expansão rápida da infra-estrutura do sistema.

Neste sentido foi elaborado o Edital de concorrência²⁵ nº 01/2008 – SEDS/MG, para exploração mediante concessão administrativa da construção e gestão do complexo penal, em conformidade com a Lei Federal nº 11.079/04 e a Lei Estadual nº 14.868/03, na modalidade concorrência internacional, tipo menor valor da contraprestação a ser paga pelo poder concedente, apresentando como objeto a concessão administrativa para a construção e gestão de complexo penal composto por unidades penais, cujas diretrizes referentes à obra, à infra-estrutura e aos serviços estão indicados no Edital. O prazo da concessão é de 27 (vinte e sete) anos, prorrogáveis na forma da Lei e do Edital. Já o valor estimado do contrato é de R\$ 2.111.476.080 (dois bilhões e cento e onze milhões e quatrocentos e setenta e seis mil e oitenta reais), calculado com base na soma dos valores nominais, constantes em valores de 2008, da contraprestação pecuniária mensal e da parcela anual de desempenho, calculadas com base no teto do valor da vaga dia disponibilizada e ocupada em unidade de regime fechado, ao longo do período de concessão administrativa.

O investimento inicial requerido do vencedor do certame será, em termos de projeção, por volta de R\$180.000.000,00²⁶ (cento e oitenta milhões de reais), correspondente a construção do complexo penal, num período previsto em torno de 02 (dois) anos. Cabe

²⁵ A concorrência é a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital. (DI PIETRO, 2005, p. 336).

²⁶ Uma das características do modelo proposto é a indefinição do projeto arquitetônico, que deverá ser apresentado pelos licitantes durante o processo licitatório. Esta indefinição traz problemas quanto a previsão do volume de investimento projetado. Este valor citado corresponde ao histórico de custos de construção de unidades penais em Minas Gerais, projetado para o ano de 2008.

ressaltar que esta corresponde a uma das vantagens da PPP, uma vez que o Estado irá amortizar este valor ao longo dos 25 (vinte e cinco) anos restantes a execução deste contrato, podendo utilizar este valor economizado momentaneamente em outros projetos. No entanto, uma das desvantagens deste modelo é que o ente privado irá aportar este valor através de empréstimos conseguidos perante bancos de investimento cujo juro aplicado é maior se o empréstimo fosse realizado ao ente público diretamente, mas como quem arcará com os custos é o próprio ente público, acabará pagando por esse custo extra. Mas, neste modelo, o ganho que se espera alcançar é o da eficiência na gestão e na prestação do serviço ao longo da execução do contrato com preços menores quando comparados com a mesma execução do serviço se realizado pelo próprio ente público.

No entanto, além dos benefícios apresentados e defendidos por muitos doutrinadores, administradores públicos e empresas tem-se, também, que considerar os efeitos da PPP quanto à sua implicação no Direito Administrativo, assim como o real impacto que esta medida causará na administração pública. Segundo Di Pietro (2006, p.159):

Outro objetivo das parcerias público-privadas, menos declarado, mas também verdadeiro, é o de privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifas dos usuários. Esse objetivo é inafastável de um outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, de fuga do direito administrativo, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados, como a licitação, os concursos públicos para seleção de pessoal, as regras constitucionais sobre servidores públicos e sobre finanças públicas. A justificativa é a busca da eficiência que se alega ser maior no setor privado do que no setor público.

Indubitavelmente, este objetivo da PPP perfaz a lógica de eficiência buscada por este instituto ao desvencilhar da burocracia do setor público e, juntamente, das garantias jurídicas perpetradas na Constituição Federal de 1988, tornando as normas que regem a execução de um serviço público não aplicáveis, em detrimento de um contrato e normas do direito privado. Dessa forma, concomitantemente com os ganhos auferidos pelo Estado em relação a financiamento, ganhos de produtividade e eficiência, tem-se a “fuga” de diretrizes do Direito administrativo como o concurso público, licitação para compra de bens de manutenção, regras de gestão pública e finanças, consubstanciadas em Lei. A PPP, apenas pela justificativa da eficiência, não apresenta o condão de se desfazer de toda a estrutura jurídica que resguarda o direito público existente no Brasil. Assim, a partir dos próximos tópicos, serão analisadas questões atinentes ao Poder de Polícia e a atividades exclusivas do

Estado envolvendo a gestão do complexo penal, objeto desta PPP, e sua relação com os serviços que serão prestados pela empresa que se consagrar vencedora do certame.

6.2. Indelegabilidade do Poder de Polícia

Por Poder de Polícia entende-se o condicionamento da liberdade e/ou propriedade dos administrados em vista dos interesses públicos e sociais, ou seja, limitam-se, em parte, os direitos relacionados com o uso e gozo da propriedade ou do exercício da liberdade de determinado cidadão em prol do interesse de toda coletividade, por isso a indelegabilidade dessa prerrogativa para uma pessoa diferente do ente público. A intenção do Estado, com esta prerrogativa exclusiva, é assegurar a supremacia do interesse público sobre o interesse dos cidadãos quando expressos de forma individual, adequando, assim, o exercício dos direitos individuais ao bem estar social. Assim, o exercício do poder de polícia constitui um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado por parte dos indivíduos.

A partir deste entendimento, o professor Carvalho Filho (2007, p.67) define o poder de polícia “(...) Como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.”

Neste contexto, a construção e gestão do complexo penal, proposto pela PPP em análise, incorrem na suspeita de que o Estado estaria transferindo seu Poder de Polícia, qual seja, a função de punir os detentos e, dessa forma, limitar a liberdade de cidadãos, para uma empresa privada. Por isso a importância de conceituar muito bem esta expressão, contextualizando para o objeto da PPP - Complexo Penal.

Na legislação brasileira, o conceito legal de poder de polícia encontra-se expresso no artigo 78 do Código Tributário Nacional²⁷, o qual determina:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de

²⁷ Lei Federal nº 5.172 de 25 de outubro de 1966.

atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Conforme despendido do conceito apresentado, observe-se que o parágrafo único do artigo 78 do CTN estabelece que o exercício do poder de polícia somente é considerado regular quando desempenhado por órgão competente nos limites da lei aplicável, ou seja, além de respeitar o princípio da legalidade, deverá haver clara estipulação de competência. Assim, o exercício do Poder de Polícia consubstancia atos jurídicos expressivos de poder público, de autoridade pública e, portanto, certamente, não poderiam ser delegados a particulares, ou ser por eles praticados.

No entanto, a realização de um serviço público por um particular não incorre na prática de poder de polícia, conforme denota magistralmente Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p.06) na citação exposta de seu artigo publicado na Revista Direito do Estado:

A tônica que corresponde à chamada “polícia administrativa” – opostamente ao serviço público e à obra pública – não é a prática de atos materiais, mas de atos jurídicos expressivos de poder público. Esta idéia está, de certo modo, parcialmente abrigada na observação de RIVERO, segundo quem, a atividade de polícia ‘se exerce principalmente por via de prescrições, gerais ou individuais’, ao passo que, o serviço público ‘toma a forma de uma gestão’. (Droit Administratif, Dulloz, 3ª Ed, 1965, pág. 363, nº 431).

Abstrai deste excerto que o serviço público em si, no que se refere a construção e gestão de um estabelecimento penal, tem como objeto algo material, ao contrário do Poder de Polícia que tem como objeto a expedição de provimentos jurídicos, ou seja, mandamentos que estipulam a competência de determinado indivíduo ou organização.

Quanto a importância da indelegabilidade do Poder de Polícia não constituir matéria de transferência ao setor privado, ou seja, o fundamento para esta restrição, o professor Bandeira de Mello esclarece, no artigo supracitado:

Deveras, a restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos

quando em causa **liberdade** e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros. (MELLO, 2006, p.09, grifo nosso).

Insta ressaltar que o Poder de Polícia pode ser interpretado em sentido amplo, qual seja, abrangendo tanto atos do Legislativo quanto do Executivo, referindo, segundo Bandeira de Mello (2007, p.788), “ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.” Já o Poder de Polícia em sentido mais restrito, segundo o supracitado autor, relaciona-se apenas a atos do Poder Executivo, conforme exposto:

(...) unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa (MELLO, 2007, p.788).

Estas acepções devem ser interpretadas juntamente com a incidência do Poder de Polícia que o Estado exerce, que poderá se estender tanto a área administrativa quanto a judiciária. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A principal diferença que se costuma apontar entre as duas está no caráter preventivo da polícia administrativa e no repressivo da polícia judiciária. A primeira terá por objeto impedir as ações anti-sociais, e a segunda, punir os infratores da lei penal.

Conforme Álvaro Lazzarini (in RJTJ-SP, v. 98:20-25), a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age.

A primeira se rege pelo Direito Administrativo, incidindo sobre **bens, direitos ou atividades**; a segunda pelo direito processual penal, incidindo sobre **pessoas**. (DI PIETRO, 2005, p.112)

Já em relação aos meios de que se utiliza o Estado para o exercício do Poder de Polícia têm-se, conforme entendimento proposto por Di Pietro (2005, p.113):

1. atos normativos em geral, a saber: pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação, disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções,
2. atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação,

autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.

Dessa forma, quanto analisado a ação do Estado de privar alguém de sua liberdade em benefício do bem geral da sociedade, compreende-se que envolve, num primeiro momento, a expressão de um ato administrativo, por meio de medida repressiva, qual seja a praticada pela polícia, em cumprimento da Lei, representado pelo inquérito policial. Atividades estas dentro do conceito amplo de Poder de Polícia, proposto por Bandeira de Mello. Já num segundo momento, cabe a atuação do Poder Judiciário, compreendendo o Poder de Polícia Judiciária, conforme preceituado por Di Pietro, em relação à área de atuação do Estado, decidindo sobre o mérito da acusação.

Assim, a deliberação da Administração Pública relativa à restrição da liberdade do administrado (exame de mérito) inicia-se no momento da abertura do inquérito policial, e termina no momento da prolação da sentença penal condenatória, sendo a promoção da execução penal mera e restritamente executiva, o que permite, pois, num primeiro momento, o seu trespassar a particulares. Insta ressaltar que a decisão sobre a prisão provisória também cabe ao Poder Judiciário, sendo o Estado responsável pela execução da mesma até a prolação de sentença.

O poder de punir do Estado materializa-se no momento da pretensão punitiva, que se ultima com a prolação da sentença penal condenatória, sendo a pretensão executória, repita-se, mera atividade material, destituída de atribuição de poder que invista os particulares em qualquer supremacia ensejadora de desequilíbrio entre os administrados, pois não envolve expedição de ato decisório que vise a alterar, modificar ou extinguir a situação jurídica do administrado, esta definida na sentença penal condenatória. É nesse sentido também o entendimento de Luís Flávio Borges D' Urso (1999, p.74):

Quanto à constitucionalidade da proposta, partimos da premissa de que a Lei Maior foi clara e o que ela não proibir, permitiu. E mais, na verdade, não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função material da execução penal, vale dizer, 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 um homem poderá ser preso, quanto tempo assim ficará, quando e como ocorrerá punição e quando o homem poderá sair da

cadeia, numa preservação do poder de império do Estado, que é o único titular legitimado para o uso da força, dentro da observância da Lei.

Corroborando com este entendimento, a Lei Estadual de PPP, outrossim, em seu §2º do artigo 6º, estabelece que não se inclui nas vedações à delegação do Poder de Polícia a ente privado, por meio de Parceria Público-Privada, as atividades que tenham por objetivo dar suporte técnico ou material às atribuições nele previstas, segundo a Lei Estadual nº 14.868/2003:

Art. 6º - Na celebração de parceria público-privada, é vedada a delegação a ente privado, sem prejuízo de outras vedações previstas em lei, das seguintes competências:

II - atribuições de natureza política, policial, judicial, normativa e regulatória e as que envolvam poder de polícia;

§ 2º - Não se inclui na vedação estabelecida no inciso II deste artigo a delegação de atividades que tenham por objetivo dar suporte técnico ou material às atribuições nele previstas.

Neste sentido, o particular poderá promover, enquanto atos meramente materiais, a execução do Poder de Polícia, quais sejam, a construção de unidades prisionais, nos moldes, condições e prazos previstos em edital e na legislação pertinente; a prestação de serviços em novas unidades e nas já existentes, como a conservação dos prédios e acessórios e a execução de reparos e reformas necessárias ao pleno e integral cumprimento de seus fins; o fornecimento de alimentação aos internos, em quantidades e em qualidade definidas no edital de licitação; assim como propiciar as condições para a prática de esporte e recreação ao interno, nos moldes e limites definidos no edital e nas normas de segurança estabelecidas e fiscalizadas pelo Poder Público e, por fim, a conservação e limpeza do estabelecimento penal.

Inquire ressaltar a dificuldade de se realizar uma distinção rigorosa relativo as atividades não jurisdicionais, mas, que de uma forma ou de outra, guardam relação direta com o exercício do Poder de Polícia, sejam por envolver o campo decisório ou coercitivo do Estado. Quanto a impossibilidade de transferir a entidades privadas atribuições de natureza jurisdicional ou administrativas jurisdicionais, parece claro, desde logo, sua impossibilidade, por envolverem funções exclusivas do Estado que comportam manejo de autoridade pública, conforme analisado até o presente momento.

Assim, o segundo ponto que se inquire analisar diz respeito à forma como esta gestão será realizada, ou seja, se os atos de gestão, não jurisdicionais, e não meramente materiais, os quais ficarão a cargo da empresa vencedora do certame licitatório influenciarão na custódia e na liberdade do detento. Atividades como atendimento médico, psicológico, jurídico, educacional e a formulação e fiscalização das condições de trabalho do detento, assim como o trabalho realizado pela CTC²⁸ ensejam dúvidas quanto à possibilidade de envolverem questões relacionadas com atividades exclusivas do Estado e, conseqüentemente, indelegáveis.

Consoante Anexo IX do Edital de Concorrência SEDS nº 01/2008, que define todos os serviços que são de responsabilidade do parceiro privado e determina a estrutura básica de funcionamento do complexo penal, verifica-se que são de responsabilidade do ente privado: construção do complexo penal, assistência jurídica, assistência educacional, profissionalizante, cultural e recreativa, educação básica (ensino médio e profissionalizante), assistência ao trabalho, assistência à saúde, assistência social, assistência material (alimentação e materiais para uso), assistência religiosa e garantia da ordem interna.

Já os atos que configuram contextos jurídicos expressivos de uma determinação de autoridade pública, consistente no poder de império do Estado e que, portanto, não podem ser delegados a particulares, à guisa de exemplo, a segurança externa das unidades prisionais e escoltas de presos, a presidência da Comissão Técnica de Classificação e a nomeação do Diretor do estabelecimento penal permanecerão sob a responsabilidade do Estado.

Todavia, conforme determinado no item 3.4 do Anexo IX do Edital em tela, a estrutura organizacional do complexo penal está baseada numa divisão de tarefas e responsabilidades entre o Estado e o parceiro privado. Esta divisão de competências verifica-se pela existência de 01 (um) Diretor Público de Segurança do Complexo Penal e de 01 (um) Diretor Privado de Segurança do Complexo Penal, sendo que ambos se reportarão ao Estado e ao Conselho Consultivo do Complexo Penal²⁹, sendo este formado majoritariamente por

²⁸ CTC – Comissão Técnica de Classificação, seu conceito será explanado num tópico referente a sua atuação e sua relação com atividades relacionadas com o Poder de Polícia.

²⁹ O Conselho Consultivo do Complexo Penal será formado por: um representante da Ouvidoria Geral do Estado; um representante da Defensoria Pública; um representante do Conselho Penitenciário; um representante do Conselho de Criminologia e Política Criminal; um representante do Conselho Estadual de Direitos Humanos;

servidores públicos. Haverá, ainda, 01 (um) Subdiretor Público de Segurança do Complexo Penal em cada unidade penal. A legislação Federal perpetrada pela Lei nº 11.704/2004, estabelece as seguintes limitações:

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

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

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

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

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

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

A partir deste entendimento é oportuno registrar que o ordenamento pátrio não contém qualquer vedação expressa (ou mesmo decorrente dos princípios constitucionais explícitos ou implícitos) de que atividades meramente operacionais de execução penal, prestação de serviços de saúde, educação e assistência social sejam exclusivas de Estado. Pelo contrário, o que há se extrai da norma pátria fundamental é que os serviços de saúde, educação e assistência social são livres à iniciativa privada (art. 109; art. 209; art. 150, VI, “d”); respectivamente, todos da CF/88). Este entendimento também decorre da LEP, quanto aos serviços de educação, art. 20: “As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos

um representante da CONTRATADA; um representante da SEDS, o qual presidirá o Conselho. A atuação do CONSELHO CONSULTIVO DO COMPLEXO PENAL não se confundirá e não prejudicará a atuação de qualquer outro conselho ou órgão relacionado à execução penal no Estado de Minas Gerais, sendo que suas funções estão limitadas aos termos deste CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA. O CONSELHO CONSULTIVO DO COMPLEXO PENAL receberá e analisará os documentos fornecidos pela CONTRATADA, bem como emitirá formalmente seu parecer, incluindo comentários e sugestões, dentro dos prazos estabelecidos.

O CONSELHO, juntamente com a SEDS, solicitará e receberá de forma tempestiva informações sobre os fatos e acontecimentos relevantes referentes ao COMPLEXO PENAL.

Não cabe ao CONSELHO qualquer caráter ou função deliberativa, cabendo-lhe, apenas, funções de caráter consultivo. O CONSELHO participará da escolha do DIRETOR PÚBLICO DE SEGURANÇA do COMPLEXO PENAL, como também disporá de poder regulamentar, nos estritos limites impostos pelas disposições do CONTRATO e seus anexos, e se manifestará exclusivamente pela edição de enunciados. Tais enunciados, de iniciativa exclusiva do presidente do conselho, e aprovados por maioria simples do CONSELHO, terão o objetivo de esclarecer conceitos e institutos deste contrato que se mostrem controversos no curso de sua execução. A emissão dos referidos enunciados não poderá, em nenhuma hipótese, implicar em alguma obrigação que não esteja expressamente descrita no CONTRATO. Informações contidas no item 3.4.3, Anexo IX do Edital de Concorrência SEDS nº 01/2008.

especializados”; e serviços de saúde, art. 14, §2º: “Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento”.

Ademais, é imperioso consignar que o intérprete deve sempre direcionar a interpretação das normas que compõem o ordenamento a um sentido que possibilite maior eficácia, aplicabilidade e resguardo aos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

No entanto, os serviços relacionados com a assistência jurídica, guarda interna, e os serviços de competência da CTC, por envolverem aspectos diretamente relacionados com o direito de liberdade do detento, assim como por, devido a definição das próprias atividades, possuírem o condão de influenciar no livramento e na forma de execução da pena, ou, por envolverem questões atinentes com o uso da coação física, merecem atenção especial. Estas três funções selecionadas serão estudadas de forma separada, por se localizarem no limiar entre a atividade exclusiva do Estado envolvendo Poder de Polícia e atividades materias, de mera execução dos ditames propagados pelas autoridades públicas.

Consubstanciando este entendimento, só que de maneira mais ampla, abrangendo os outros serviços como assistência a saúde, educação, trabalho e social, a Resolução nº 08, de 09 de dezembro de 2002, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ratificou, em decisão unânime, sobre a impossibilidade da privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro. O Conselho considerou como indelegáveis as atribuições do Estado relacionadas à segurança pública e a suposta incompatibilidade dos objetivos da política penitenciária e a lógica de mercado inerente à atividade negocial própria do empresário privado. Conforme preceituado na Resolução supracitada³⁰:

Art. 1º - Recomendar a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro.

Art. 2º - Considerar admissível que os serviços penitenciários não relacionados à segurança, à administração e ao gerenciamento de unidades, bem como à disciplina, ao efetivo acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, possam ser executados por empresa privada.

³⁰ Resolução nº 08, de 09 de dezembro de 2002, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Publicado no DO 11/12/02 Seção I pág – 127.

Parágrafo único. Os serviços técnicos relacionados ao acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, assim compreendidos os relativos à assistência jurídica; médica, psicológica e social, por se inserirem em atividades administrativas destinadas a instruir decisões judiciais, sob nenhuma hipótese ou pretexto deverão ser realizadas por empresas privadas, de forma direta ou delegada, uma vez que compõem requisitos da avaliação do mérito dos condenados.

A Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2003, também do CNPCP, complementa o entendimento referente a execução penal, estabelecendo estas novas diretrizes:

Art. 6º. São diretrizes referentes à administração penitenciária:

I - construção preferencial de unidades, com no máximo 500 vagas, buscando-se evitar a permanência de presos condenados e provisórios em delegacias de polícia;

II - cumprimento de pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais próximos à residência da família do condenado;

III - promoção permanente de assistência jurídica aos presos provisórios, internados e egressos, prioritariamente pelas Defensorias Públicas, e, secundariamente, pelos Cursos e pelas Faculdades de Direito, pelos Serviços de Assistência Judiciária da OAB e por instituições congêneres;

Conforme o disposto no artigo 64, inciso I, da Lei de Execução Penal³¹, é atribuição deste Conselho a propositura de diretrizes da política criminal quanto à execução penal, partindo desta a competência do CNPCP para:

Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:

I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com sede em Brasília, é subordinado diretamente ao Ministro da Justiça, constituindo num importante foco para discussões e deliberações referentes a estudos de prevenção a criminalidade e a políticas de execução penal. O objetivo deste órgão é uniformizar, em âmbito nacional, uma política criminal e penitenciária a partir de estudos periódicos e avaliações do sistema penal vigente. Não apresenta a mesma força normativa de uma Lei para incutir a obrigatoriedade de sua aplicação aos Estados, no entanto, reflete o pensamento de juristas e estudiosos sobre o

³¹ Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

assunto da execução penal, perfazendo um entendimento acadêmico e prático do problema, decorrendo daí sua legitimidade.

Assim, a administração pública mineira, ao optar por desconsiderar esta Resolução, está assumindo a responsabilidade de adotar uma política pública de segurança pautada no desenvolvimento em parceria com o ente privado, envolvendo atividades cujo escopo está intrinsecamente relacionado com a ressocialização do detento. Tais atividades a serem exercidas por uma empresa, segundo entendimento do CNPCP, incorreram em atividades exclusivas do Estado e, portanto, indelegáveis. A LEP é clara ao afirmar que:

Art. 10. **A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado**, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

- I - material;
- II - à saúde;
- III - jurídica;
- IV - educacional;
- V - social;
- VI - religiosa.

O Ministério Público, no mesmo sentido, assevera na inicial da Ação Civil Pública³² que a contratação em voga constituirá “burla ao princípio do concurso público na admissão de servidores (médicos, assistentes sociais, e advogados, dentre outros) para exercerem atividades em estabelecimento penal” e afronta ao disposto no art. 37, II, da Constituição Federal. Além de questionar que a PPP consistiria necessariamente na delegação do Poder de Polícia do Estado para o licitante vencedor, constituindo, assim, em inconstitucionalidade. No entanto, o que se observa é o trâmite desta questão pela justiça mineira, com o provável ensejamento desta questão às mais altas cortes de justiça deste país. Este fato demonstra a fragilidade do tema quanto a sua legalidade, constituindo em mais um risco assumido pelo gestor público ao propor esta matéria envolvendo um objeto tão complexo e importante para a segurança pública, qual seja o fim último da unidade penal, a ressocialização do preso.

³² Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por intermédio da Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Patrimônio Público da Capital, impetrou Ação Civil Pública objetivando anulação do procedimento licitatório e subsequente contratação de Parceria Público Privada para Presídios. Distribuída sob o número 0024.08.135.073-8. A liminar foi indeferida.

6.3. Agente Penitenciário

Na conformação atual, o projeto de Parceria Público Privada buscou estabelecer que as atribuições referentes ao bojo da execução penal, que excepcionalmente acarretam restrições de liberdade, serão de responsabilidade não do agente privado, mas sim do ente público, que se encarregará por meio de um servidor público em cargo de comissão, da direção geral do complexo, inclusive presidindo a CTC e orientado as atividades dos agentes de monitoramento. A primeiro momento poder-se-ia levantar o questionamento de como as sanções disciplinares que acarretam gravame à liberdade do detento, serão aplicadas pelo poder público, por meio do Diretor Geral, e não pelo parceiro privado, consubstanciado na figura do Agente de Monitoramento, razão pela qual poderia concluir pela legalidade do pleito. No entanto, num primeiro momento, até mesmo a escolha do Diretor Geral pode ensejar dúvidas quanto a lisura de sua ação e os interesses da empresa, visto que o mesmo será escolhido a partir uma lista de cinco candidatos indicados pela própria empresa, conforme analisado a seguir.

O Edital estabelece no anexo IX, no item 3.4.4. referente a “Da Escolha e da Nomeação do Diretor Público de Segurança do Complexo Penal” o seguinte procedimento:

A escolha e a nomeação do DIRETOR PÚBLICO DE SEGURANÇA DO COMPLEXO PENAL ocorrerá no mínimo uma vez a cada quatro anos, com a possibilidade de recondução do mesmo diretor às funções, devendo obedecer ao seguinte procedimento, composto de três etapas:

- Primeira etapa: a CONTRATADA fornecerá ao CONSELHO CONSULTIVO DO COMPLEXO PENAL, em até 15 (quinze) dias após solicitação formal da SEDS, uma lista contendo 5 nomes para a escolha do ocupante do cargo de DIRETOR PÚBLICO DE SEGURANÇA DO COMPLEXO PENAL;

- A Secretaria de Estado de Defesa Social poderá, caso entenda oportuno e conveniente, definir as qualificações mínimas dos profissionais que comporão a lista elaborada pela CONTRATADA;

- A definição das qualificações mínimas poderá referir-se à experiência mínima em atividades de gestão penitenciária ou a realização de determinados cursos em áreas relacionadas à gestão penitenciária.

- Segunda etapa: O CONSELHO CONSULTIVO DO COMPLEXO PENAL retirará da lista fornecida pela CONTRATADA dois nomes e encaminhará à SEDS, em até 15 (quinze) dias após a solicitação formal desta, uma lista contendo os três nomes restantes. Tal escolha efetuada pelo CONSELHO CONSULTIVO DO COMPLEXO PENAL deverá se dar por meio de maioria obtida em votação em que cada membro do Conselho tenha direito a um voto. Ao presidente do CONSELHO CONSULTIVO DO COMPLEXO PENAL caberá, além de seu voto, o exercício do voto de desempate, caso necessário;

- Terceira etapa: a SEDS escolherá dentre os três nomes fornecidos pelo CONSELHO CONSULTIVO DO COMPLEXO PENAL, um nome para a ocupação do cargo de DIRETOR PÚBLICO DE SEGURANÇA DO COMPLEXO PENAL e o nomeará em até 60 (sessenta) dias após a entrega pelo CONSELHO CONSULTIVO DO COMPLEXO PENAL à SEDS da lista tríplice mencionada imediatamente acima.”

Ora, este procedimento não coaduna com o entendimento da imparcialidade que deverá possuir o Diretor Público para gerir questões pertinentes a execução penal e de Poder de Polícia, além do comando e controle da guarda interna. O Diretor ao ser necessariamente indicado pela empresa, apesar de transvertido por um cargo de comissão, ou seja, constituindo um servidor público, abre margem para se supor que o mesmo terá uma relação muito mais estreita com o ente privado do que o ente público. Dentre as funções do Diretor encontram-se a promoção da execução penal dos sentenciados, em estreita observância às disposições legais e regulamentares, dando cumprimento adequado e tempestivo às determinações judiciais pertinentes e, relacionado com o trabalho dos agentes, a promoção de medidas de segurança e tratamento para a recuperação social dos sentenciados e para a manutenção e melhoria das condições de custódia, zelando pela integridade física e moral dos sentenciados

No entanto, deixando as questões de suposição, as quais dependerão do efetivo funcionamento do Complexo Penal, a função do agente de segurança penitenciário, no caso da PPP, o agente de monitoramento, mesmo com as decisões referentes a sanção e comando pertencerem ao Diretor Público, envolvem a prática de atividade exclusiva do Estado, conforme será evidenciado.

Ao analisar as disposições deste assunto no Edital, assim como na legislação que regula o assunto observa-se evidências de duas inconstitucionalidades. A primeira diz respeito a prévia existência da carreira para a função pública de Agente de Segurança Penitenciário no âmbito do Estado de Minas Gerais, e a administração pública, com o advento da PPP, criou um novo segmento denominado “Agente de Monitoramento”, a ser ocupado por trabalhadores contratados pela empresa, para executar a mesma função, em evidente infração a norma constitucional do concurso público. Norma esta, conforme preceituado por Carvalho Filho:

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e

psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.(CARVALHO FILHO, 2005, p.560)

Da citação depreende que o concurso consiste num mandato constitucional, com previsão no art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988, investindo o contratado num conjunto de regras, sob os auspícios do regime estatutário. Tem o condão de representar o sistema de mérito, igualando as condições de participação e, principalmente, na escolha do profissional mais apto para realizar uma função pública. Apenas não se admite o concurso público para o recrutamento de servidores temporários, sob a modalidade de contrato administrativo. Essa prática é muito comum na SEDS, na qual, segundo dados da Diretoria de Recursos Humanos - DRH, a Secretaria apresenta um contingente de 10.000 (dez mil) agentes penitenciários, dos quais, 81,18% sob contratos temporários, perfazendo um total de 8.120 (oito mil, cento e vinte) agentes penitenciários. No entanto, com a promoção da PPP – Complexo Penal, haverá a incidência de uma nova modalidade, nomeada de “Agentes de Monitoramento Interno” contratados diretamente pela empresa que se consagrar vencedora do certame. No entanto, premente a necessidade de relatar a existência da Lei Estadual nº 14.695/2003 que cria e regulamenta a carreira de Agente de Segurança Penitenciário, nos moldes legais apresentados abaixo:

Art. 5º Fica criada, no Quadro de Pessoal da Secretaria de Estado de Defesa Social, com lotação na Subsecretaria de Administração Penitenciária, a carreira de Agente de Segurança Penitenciário, composta por cinco mil e quatro cargos efetivos de Agente de Segurança Penitenciário.

Parágrafo único. A carreira de que trata esta Lei integra o Grupo de Atividades de Defesa Social do Poder Executivo.

Art. 6º Compete ao Agente de Segurança Penitenciário:

- I - garantir a ordem e a segurança no interior dos estabelecimentos penais;
- II- exercer atividades de escolta e custódia de sentenciados;
- III - desempenhar ações de vigilância interna e externa dos estabelecimentos penais, inclusive nas muralhas e guaritas que compõem suas edificações.”

§ 5º - **Desenvolve atividade exclusiva de Estado** o servidor integrante da carreira a que se refere este artigo.

Já o Edital da PPP, ao estipular as funções da empresa a ser contratada, estabelece, como atribuições do “Agente de Monitoramento, funções muito semelhantes às praticadas pelo Agente Penitenciário, ou seja, consubstanciando com o entendimento

apresentado de que a função do agente interno da PPP perfaz a mesma função do agente penitenciário. Conforme se observa no Edital, anexo IX, itens 3.2.1 e 3.2.1.2:

Os serviços de monitoramento interno são de responsabilidade da CONTRATADA. compreendem a manutenção da guarda e do monitoramento para a custódia e para a segurança dos sentenciados no interior de cada UNIDADE PENAL, e devem ser executados conforme disposições legais e regulamentares, observadas as orientações e determinações do DIRETOR PÚBLICO DE SEGURANÇA DO COMPLEXO PENAL, ouvido o SUBDIRETOR PÚBLICO DE SEGURANÇA da UNIDADE PENAL.

A CONTRATADA deverá manter em seu quadro de profissionais, alocados em cada UNIDADE PENAL, um contingente adequado de Agentes de Monitoramento internos especializados e habilitados a exercerem a monitoramento interno da UNIDADE PENAL.

A CONTRATADA deverá:

• garantir de forma constante a manutenção da ordem e da disciplina e a segurança no interior da UNIDADE PENAL, inclusive durante os períodos e ocasiões de visitas, observadas as determinações e orientações do DIRETOR PÚBLICO DE SEGURANÇA DO COMPLEXO PENAL, ouvido o SUBDIRETOR PÚBLICO DE SEGURANÇA, e sob a fiscalização da SEDS;

Importante ressaltar, também, que a investidura neste cargo incorre na aprovação em diversas fases componentes do concurso, fato este que demonstra a premente necessidade de um profissional bem selecionado para desenvolver a atividade de agente penitenciário, devido aos riscos da profissão, a necessidade de um controle emocional, e de tratamento com o preso, assim como noções de direito humano e penal. Conforme a Lei Estadual nº 14.695/2003 determina:

Art. 9º – O ingresso na carreira de Agente de Segurança Penitenciário dar-se-á no primeiro grau do nível inicial da carreira, mediante aprovação em concurso público constituído pelas seguintes etapas sucessivas:(Caput com redação dada pelo art. 5º da Lei nº 15788, de 27/10/2005.)

I - provas ou provas e títulos;

II - comprovação de idoneidade e conduta ilibada, nos termos de regulamento;

III - prova de aptidão psicológica e psicotécnica;

IV - prova de condicionamento físico por testes específicos;

V - exame médico;

VI - curso de formação técnico-profissional.

Outrossim, cumpre salientar que o papel do agente penitenciário é regido por dois princípios básicos. O primeiro diz respeito à manutenção do preso dentro da penitenciária, garantindo a disciplina e a ordem interna. O segundo refere-se ao agente penitenciário como “agente social”, ideologicamente orientado, na medida em que constitui o

elo de ligação entre o sentenciado e os agentes responsáveis pelas políticas públicas de “reintegração social”, indispensável ao processo de socialização do preso, fim precípuo da pena privativa de liberdade.

Neste sentido, a importância do artigo 9º, supracitado, da Lei Estadual nº 14.695/2003, ao estabelecer como condição para ingresso na carreira de agente de segurança penitenciário a aprovação em concurso público, constituído, dentre outras etapas, pelo curso de formação técnico-profissional, cuja grade curricular será constituída de conteúdos relativos a Direitos Humanos e Direito Penal.

Isto posto, é de se entender que a delegação desta função a Agentes de Monitoramento contratados pela empresa privada não atende ao interesse público, tal como caracterizado legalmente hoje. Além disso, consubstanciando como o segundo impedimento constitucional, cumpre ressaltar, como impedimento mais premente, ao exercício da função de Agente de Segurança Penitenciário, esta se enquadrar como atividade exclusiva do Estado (art. 6º, §5º, da Lei Estadual nº 14.695/2003) e, como tal, vedada a sua delegação como objeto de Parcerias Público-Privadas, conforme preceituado na Lei Federal nº 11.704/2004, art. 4º, inciso III.

Por envolver atividade exclusiva do Estado, incorre em atividade referente a Poder de Polícia do Estado, na medida em que a gestão da segurança interna do estabelecimento penal envolve o emprego da força física, desde a momentos de suposta rebelião, aos desentendimentos diários que por ventura aconteçam. Segundo Fernando Vernalha Guimarães:

Questão interessante envolve atividades de segurança interna do presídio. Embora já haja experiência quanto à transferência destes no Brasil e em outros países (eventualmente com a transferência da gestão e da operação das atividades de segurança), parece-me que, em princípio, a hipótese poderá traduzir invasão da gestão privada em áreas comprometidas com o exercício imediato da coerção – o que acarretaria sua vedação. Até porque tais serviços colaboram diretamente com a manutenção da disciplina (art. 44. Lei nº 7.210/84) da estrutura penal. A gestão e a determinação de direitos acerca do sistema de segurança interna caberão, indeclinavelmente, à Administração. Nas atividades conexas e de suporte poderá realizar-se por empresas especializadas. (GUIMARÃES, 2005, p.397)

Incube ressaltar que constitui como indelegável o poder decisório e o poder coercitivo do Estado, ambos formadores do Poder de Polícia, sendo delegáveis somente quando se referirem a suporte, ato preparatório, instrumental e incremental do ato decisório ou

coercitivo em si. Assim, nas questões envolvendo o direito público subjetivo do preso de não se submeter a qualquer tipo de coação ilegítima, no caso, quanto praticado por pessoa diferente do ente público, entende-se pela não delegabilidade do serviço correlacionado.

Diante dos argumentos apresentados, tanto de ordem legal, quanto relacionados ao interesse público, conclui-se pela impossibilidade da função de monitoramento interno ser executada por profissional contratado diretamente pela empresa privada.

6.4 Assistência Jurídica

Outro ponto conturbado presente no rol de atribuições que serão realizadas pela empresa vencedora do certame é a questão envolvendo a assistência jurídica ao preso. O item 3.1.1., Anexo IX do Edital estudado, elenca, da seguinte forma, como este serviço será prestado:

A CONTRATADA deverá prestar assistência jurídica aos sentenciados tendo como escopo o suporte aos advogados e defensores públicos que representam os sentenciados cujo cumprimento de pena ocorre em uma das UNIDADES PENAIS sob administração da CONTRATADA. **Exclusivamente na hipótese de ser observada, por qualquer motivo, a ausência de defensores públicos ou de advogados constituídos, a assistência jurídica deverá também promover a representação dos interesses legítimos dos sentenciados em âmbito judicial e administrativo.**

É de responsabilidade da CONTRATADA a integralidade dos custos do serviço de assistência jurídica, referentemente ao seu provimento adequado, quantitativa e qualitativamente, no alcance das respectivas atribuições.

Ora, a atividade pela qual o Edital supracitado faz referência, qual seja, “a representação dos interesses legítimos dos sentenciados no âmbito judicial e administrativo”³³ constitui atividade constitucional restrita a atuação do Defensor Público ou Advogado constituído pela própria parte ou por decisão de ofício do Juiz, perfazendo, assim, em flagrante inconstitucionalidade a previsão de advogado contratado pela empresa, exercer a atividade de representação, tanto judicial quanto administrativa.

A prerrogativa indelegável de representação judicial e administrativa do sentenciado constitui atividade exclusiva do Estado, quando o mesmo não dispuser de

³³ A expressão “âmbito administrativo” faz referência a situação em que o preso acusado por alguma infração no interior da Unidade Penal, antes da aplicação da sanção, deverá possuir defesa a fim de legitimar o processo administrativo de punição.

condições financeiras para arcar com os custos do serviço de um advogado contratado pela própria pessoa. A LEP é bastante clara ao regular esta assistência:

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais.

Nesta esteira, a Constituição Federal estabelece, no art. 5º, inciso LXXIV, que “**o Estado prestará assistência jurídica** integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, e no art. 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Corroborando com esta determinação constitucional, encontra-se a Lei Complementar Federal nº 80 de 1994, a qual organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, estabelecendo outras providências, que assim prescreve:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei.

Art. 2º A Defensoria Pública abrange:

- I - a Defensoria Pública da União;
- II - a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;
- III - as Defensorias Públicas dos Estados.

Art. 3º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

- I - promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;
- II - patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;
- III - patrocinar ação civil;
- IV - patrocinar defesa em ação penal;
- V - patrocinar defesa em ação civil e reconvir;
- VI - atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;
- VII - exercer a defesa da criança e do adolescente;
- VIII - atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;**
- IX - assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes;
- X - atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas;
- XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado;

§ 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público. (grifo nosso)

Por sua vez, compartilhando do mesmo entendimento, a Lei Complementar Estadual nº 65 de 2003, que organiza a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, estabelece como prerrogativa de sua atuação:

Art. 4º – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita aos necessitados, compreendendo a orientação jurídica e a postulação e defesa de seus direitos e interesses em todos os graus e instâncias.

§ 1º – Consideram-se necessitados os que comprovarem insuficiência de recursos, na forma da lei.

§ 2º – À Defensoria Pública é conferido o direito de apurar o estado de carência de seus assistidos.

Art. 5º – Compete à Defensoria Pública:

I – promover, extrajudicialmente, a orientação às partes em conflito de interesses, bem como a conciliação entre elas;

II – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;

III – patrocinar ação civil e ação civil "ex delicto";

IV – patrocinar defesa em ação penal;

V – patrocinar defesa em ação civil e reconvir;

VI – patrocinar ação civil pública, nos termos da lei;

VII – patrocinar ação popular, mandado de injunção e mandado de segurança;

VIII – atuar como Curador Especial nos casos previstos em lei;

IX – exercer a defesa da criança e do adolescente;

X – atuar nos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando a assegurar à pessoa, em quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e das garantias individuais; (grifo nosso)

Dessa forma, a par da legislação vigente, juntamente com as prerrogativas estabelecidas pelo Edital, constata-se que a atividade jurídica em si, qual seja, a representação do preso, apenas poderá ser realizada por Defensor Público, por ser esta, uma função institucional da carreira dos mesmos, e, portanto, indelegável a terceiros. No entanto, atividades de auxílio como o recolhimento de informações perante os condenados, contato eventual com o preso quando requisitado, assim como atividades administrativas relacionadas com a assistência poderão perfeitamente serem realizadas por advogados contratados pela empresa. Na medida em que é notório, na administração pública, a necessidade premente de profissionais, principalmente de defensores públicos, em quantidade suficiente para abarcar o elevado número de unidades penais construídas nos últimos anos. Mas, mesmo com o risco de escassez de profissionais da defensoria pública em quantidade suficiente para atender toda a demanda, transferir a competência denegada a sua carreira a profissionais que não sejam os advogados contratados pelo próprio preso, não justifica a infração ao princípio da legalidade,

tão importante para a organização da administração pública e, para a efetividade do interesse público.

Coadunando com este pensamento, tem-se a ação civil pública com pedido de liminar movida pelo Ministério Público em face da Secretaria de Estado de Defesa Social, distribuída sob o número 0024.07.744.148-3, o MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, que deferiu liminar pretendida para “determinar que o requerido suspenda a contratação de novos advogados, para exercerem atividades da Defensoria Pública, bem como para nomear e dar posse aos candidatos aprovados de acordo com o Edital 01/2006, observada a devida classificação.” Ora, também é de entendimento da justiça a inviolabilidade da função pública dos Defensores, constituindo, assim, a impossibilidade de se permitir ao advogado contratado pela empresa exercer atividades próprias da carreira do Defensor Público, qual seja a postulação administrativa e judicial.

6.5. Participação na CTC

A Comissão Técnica de Classificação – CTC, consiste numa comissão de técnicos penitenciários que têm a responsabilidade de levantar e analisar informações referentes ao diagnóstico Biopsicossocial do detento, assim como do comportamento e atividades referentes ao Ensino, Trabalho, e Conduta Prisional (Segurança) do mesmo. A partir destes dados, a Comissão propõe um programa de medidas terapêuticas a serem desenvolvidas, constituindo o PIR – Programa Individualizado de Ressocialização, cujo escopo estabelece um prognóstico para a ressocialização e reintegração do preso. Esta classificação consiste na primeira medida a ser adotada quanto ao tratamento penitenciário, possibilitando implementar práticas de ressocialização em sua efetividade. Dessa forma a CTC irá acompanhar a execução das penas privativas de liberdade. Conforme previsto na LEP:

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social.

Neste sentido, a LEP prevê, em seu artigo 6º, a existência da Comissão Técnica de Classificação - CTC, a qual compete decidir a respeito do programa de execução a que deve ser submetido o condenado. Referida comissão, nos termos do artigo 7º, conforme explicitado, existirá em cada estabelecimento penal e será presidida pelo Diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Do exposto, verifica-se que a CTC, ao realizar o exame de personalidade e o exame criminológico, bem como todo o processo de individualização da execução da pena, deve dispor de profissionais aptos a realizarem exames clínicos, morfológicos, psiquiátricos, psicotécnicos, sociais, etc, o que requer, invariavelmente, uma equipe composta por profissionais altamente capacitados para tratar de assunto essencialmente técnico e científico. Sobre o tema, impende trazer à colação entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete:

Como já foi visto, o exame de personalidade e o exame criminológico, bem como todo o processo de individualização do tratamento penitenciário, exigem postura técnica e científica e, assim, funcionários aptos a realizarem os exames clínicos, morfológicos, psiquiátricos, psicológicos, sociais, etc., para a síntese criminológica necessária aos informes e pareceres a respeito da periculosidade e adaptabilidade do condenado, básicas para uma correta classificação dos presos e ajustada individualização da pena. Além do psiquiatra, do psicólogo e do assistente social, pode a comissão contar com médicos clínicos, juristas e outros profissionais com qualificações técnicas, conforme a necessidade de cada estabelecimento penal. (MIRABETE, 2000, p.55)

Dessa forma, conclui-se que não há de se falar em manifestação do poder de polícia estatal na atuação da equipe técnica do complexo penal, no que se refere ao trabalho diário, problema este já relatado ao longo deste capítulo, porquanto trata-se de trabalho que requer conhecimento essencialmente técnico e científico.

No entanto, ao que se refere a elaboração em forma de pareceres e informes, quando estes profissionais participarem como membros da CTC, sujeitos, invariavelmente, à apreciação e deliberação da autoridade pública competente, que é o presidente da comissão (Diretor da Unidade Prisional) ou a autoridade judiciária, conforme cada caso, tem-se uma exposição subjetiva do agente frente ao caso concreto que ensejará, de alguma forma, a postulação do entendimento da autoridade julgadora. Este relatório elaborado pela CTC tem o condão de influenciar num dos direitos fundamentais do homem, qual seja a liberdade. Assim, ao permitir que profissionais não vinculados sob a égide do concurso público, ou seja, como

membros efetivos do poder público, opinem e definam o perfil do preso, se estará, invariavelmente, incorrendo na execução de atividade de poder de polícia.

Por outro lado, tem-se também, a questão referente ao PIR, o qual será elaborado pela CTC e influenciará no modelo de ressocialização adotado para cada preso, ou seja, há um viés de decisão do agente participante da CTC, por ser um órgão colegiado. Dessa forma, ao estabelecer as bases em que serão realizadas a ressocialização o agente ao mesmo tempo em que está impondo uma conduta ao preso, estará decidindo a forma como será implementada a mesma.

No entanto, a importância da CTC poderá ser questionada com a promulgação da Lei Federal nº 10.792/2003 que regulamentou o Regime Disciplinar Diferenciado, como também implementou alterações na lei de Execução Penal quanto as atribuições da CTC. A nova redação aplicada aos artigos 6º e 112 retirou da CTC a atribuição de emitir pareceres técnicos, importantes para pautar as decisões do juiz de execução penal quanto às progressões, regressões ou conversões³⁴ da pena. Assim, com a promulgação dessa nova Lei supracitada, não há mais a necessidade para a progressão de regime, de parecer da CTC, dispensando, assim, um importante requisito formal.

Dessa forma, os critérios para concessão de progressão baseiam-se, estritamente, no cumprimento mínimo de 1/6 da pena e pelo merecimento do preso, atestado pelo seu bom comportamento carcerário, conforme previsto no art. 112 da LEP. As alterações processadas nos arts. 6º e 112 podem ser assim analisadas.

Redações anteriores à mudança:

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso

³⁴ Em síntese, aos técnicos integrantes da CTC, cabia a avaliação do sentenciado em casos de sua transferência para regime de cumprimento de pena menos ou mais rigoroso (progressão e regressão respectivamente), ou de substituição de sua pena para um outro tipo (conversão), em razão do que se efetuava o exame criminológico, dando origem a parecer técnico que, por sua vez, servia como base de orientação para a autoridade competente. (LIMA e PIRES, 2004).

tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.”

Redação posterior às mudanças, com aplicação atual:

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

O enfoque em critérios objetivos demonstra, juntamente com a alta taxa de encarceramento, a tendência praticada pelo Estado de visualizar a questão penal sob a ótica punitiva da pena, na qual a ressocialização individualizada é posta em segundo plano. Depreende-se que restou a CTC apenas duas funções, quais sejam, a classificação do sentenciado e a elaboração do PIR, com o devido acompanhamento do preso durante o cumprimento da pena. Assim, como consequência teremos:

Assim sendo, os pareceres técnicos dos membros da CTC, elaborados a partir de exames criminológicos, não deixam necessariamente de existir, mas não servirão mais como base de orientação aos juízes e promotores, os quais deverão pautar suas decisões apenas em aspectos objetivos, como a conduta do condenado. Mais que isso, na conduta observada durante o cumprimento da pena no interior do estabelecimento prisional, deixando à margem outros aspectos como a personalidade do condenado, seus antecedentes criminais, os motivos determinantes do delito e as condições objetivas e subjetivas que podem obstaculizar ou potencializar a não reincidência. (LIMA e PIRES, 2004).

Com o advento dessa interpretação, o Estado passa a privilegiar o disciplinamento interno e sua dimensão punitiva em detrimento da reeducação do condenado e sua readaptação social. Percebe-se que houve um retrocesso com a alteração da LEP, uma vez que há um risco potencial de se conceder um benefício para um preso apenas averiguando seu comportamento, sem analisar as condições psicológicas, de saúde e antecedentes do preso. A ausência de tal atividade poderá permitir a transferência de reclusos para o regime de semi-liberdade ou albergue, bem como a concessão de livramento condicional sem que os mesmos estivessem preparados, influenciando negativamente os interesses da segurança pública.

Insta ressaltar, no entanto, que este entendimento, mesmo com a alteração promovida na LEP, não se encontra sedimentado, visto que a existência de interpretação contrária do STF, restabelece à CTC, sua importância, conforme apresentado:

EMENTA: PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 112 DA LEI Nº 7.210/84, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.792/03. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS. EXAME CRIMINOLÓGICO. ARTIGO 33, § 2º DO CP. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. I - A obrigatoriedade do exame criminológico e do **parecer multidisciplinar da Comissão Técnica de Classificação**, para fins de progressão de regime de cumprimento de pena, foi abolido pela Lei 10.972/03. **II - Nada impede, no entanto, que, facultativamente, seja requisitado o exame pelo Juízo das Execuções, de modo fundamentado, dadas as características de cada caso concreto.** III - Ordem denegada. (HC 86631/PR, Primeira Turma, Min. Ricardo Lewandowski, DJ 20.10.2006, p. 00062, Ement. Vol. 02252-02, p. 00326).

Outrossim, a importância da CTC se materializa quando analisado os princípios constitucionais relacionados com o preso que a mesma busca garantir, principalmente no que se refere ao princípio da individualização da pena, quando a lei não retira do juiz toda possibilidade de diligência à aferição da periculosidade do réu e capacidade de adaptação a novo regime ou à vida social.

O entendimento do judiciário é o de que a Lei Federal nº 10.792/2003 contraria os incisos XLVI (individualização da pena) e LV (contraditório) do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Deste entendimento, depreende-se que a importância da CTC, momentaneamente, foi mantida por decisões favoráveis do Judiciário, dessa forma, o princípio da individualização da pena, causa primeira para a existência da pena privativa de liberdade no Estado Democrático de Direito, deverá ser materializado com os trabalhos diários da CTC. A importância da CTC é apregoada por Silva e Boshi (1986, p.25):

Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisando o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado. Reduzir-se-á a mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução.

Lado outro, cumpre salientar que decisões a respeito da progressão e regressão de regime de cumprimento de pena e conversão de pena, ou seja, decisões que interfiram na liberdade do indivíduo, permanecem sob responsabilidade do Estado, de forma que, por expressa determinação legal, continuam sendo realizadas pelo Poder Judiciário, cabendo à CTC, conforme acima expandido, emitir pareceres e informações para orientação da autoridade pública competente, no momento da decisão, constituindo esta, uma atividade claramente de decisão sobre a liberdade do sentenciado, tornando exercício do Poder de Polícia, nos termos aportados no tópico de conceituação do mesmo.

A partir desse entendimento, sugere-se que os membros componentes da CTC sejam, em sua totalidade, detentores de cargos públicos, tendo em vista o princípio da individualização da pena envolvido nas discussões das reuniões da CTC. O fato da CTC ser presidida por um membro público, no caso, o Diretor do Presídio, não retira dos demais membros suas responsabilidades, afinal, todo apontamento, questões levantadas e considerações realizadas, inevitavelmente influenciarão os trabalhos da Comissão e, conseqüentemente, o relatório a ser analisado pelo juiz da execução da pena, influenciando na liberdade do detento.

7. ARBITRAGEM

7.1. Definição de Arbitragem e sua previsão no Edital da PPP-Complexo Penal.

No novo contexto de atuação da administração pública o Estado passa a repensar a figura do Contrato Administrativo, no qual o mesmo passa a deixar a posição de autoridade absoluta para uma posição contratual. Desta forma, o Poder Público passa a se submeter ao objeto contratado, como nas relações do mundo privado. Neste cenário, a previsão de solução de conflitos por meios amigáveis e pela arbitragem tem como objetivo imediato atrair investidores nacionais e estrangeiros, na medida em que a morosidade da justiça brasileira é uma realidade, assim como propõe a evitar a aplicação de cláusulas exorbitantes, agasalhadas pela Lei Federal nº 8.666/93.

Outro fator importante é a previsão da Arbitragem constituir uma forma de solução de litígio utilizada quase que inteiramente nas relações entre entes privados, uma vez que nas relações envolvendo a administração pública sua utilização ainda redundava em caloradas discussões. Dois fatores são apresentados como impedimentos à sua utilização aos contratos e convênios assinados pela Administração Pública, quais sejam, a legalidade e a impossibilidade de disposição de direitos indisponíveis, ou seja, que envolvam o interesse público. Estas questões serão analisadas no presente capítulo, assim como será apresentado um posicionamento quanto à utilização de cláusula arbitral na Parceria Público Privada para construção e gestão de um Complexo Penal.

O Edital de Concorrência SEDS nº 01/2008 de concessão administrativa para contratação de parceria público-privada, sob análise, assim se reporta quanto a forma de resolver os dissídios formados entre as partes, no item 16 – “Do Contrato”:

16.1 O CONTRATO obedecerá aos termos da minuta constante do ANEXO VIII deste EDITAL.

16.2 A lei aplicável ao CONTRATO será a brasileira, com seus princípios informadores e sua base jurisprudencial, e o juízo da Comarca da Capital do Estado de Minas Gerais será o competente para decidir sobre quaisquer controvérsias decorrentes do CONTRATO, renunciando as PARTES, desde já, a qualquer outro foro por mais privilegiado que o seja.

16.2.1 A legislação brasileira aplicável será aquela em vigor na data dos atos ou fatos que vierem a ocorrer.

16.3 O CONTRATO preverá o emprego de arbitragem como mecanismo de resolução de eventuais divergências entre a CONCESSIONÁRIA e o PODER CONCEDENTE.

Conforme se depreende, o Edital em questão apenas cita o emprego da arbitragem, relegando ao Contrato a forma como será aplicada. Cabe ressaltar a forma sucinta com a qual esta questão foi posta, ressaltando a importância deste assunto para os futuros dissídios.

Primeiramente cumpre conceituar a expressão foro, referente à escolha do local da aplicação do Direito, segundo o Contrato, previsto na Cláusula Compromissória “Cláusula 51 – DO FORO”, parte integrante do Edital, presente no Anexo VIII – Minuta do Contrato:

51.1 Fica eleito o foro da Comarca de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, para dirimir qualquer controvérsia entre as PARTES decorrentes do CONTRATO, que não esteja sujeita ao procedimento arbitral e para a execução da sentença arbitral e atendimento de questões urgentes.

A Cláusula de Foro se refere à determinação da escolha do Direito adotado, presente no contrato, para dirimir quaisquer dúvidas que possam surgir durante a execução e interpretação do Convênio, Termo de Parceria ou Contrato firmado com outra instituição. A utilidade da Cláusula de Foro é justamente para que as partes, num momento anterior à assinatura do Contrato, elejam qual foro estará apto a dirimir as dúvidas e divergências suscitadas ao longo dos efeitos do termo jurídico firmado e pactuado.

A palavra “foro” significa, no âmbito jurídico, o compendio de leis (Constituição, Códigos, leis, portarias, regras, regulamentos) aplicáveis a uma jurisdição, ou seja, um espaço determinado, por força de divisão territorial, no qual impera a jurisdição de juízes e, conseqüentemente, de tribunais. Ao se referir a foro, esta-se dizendo que naquela extensão territorial específica, atuam juízes com competências jurisdicionais.

A questão da eleição de foro antecede e modifica a escolha da lei aplicável. Tanto a cláusula de foro, quanto a cláusula arbitral tratam da questão do conflito de leis, visando assegurar a aplicação de determinado direito ao contrato e facilitar a solução das pendências que porventura possam surgir entre as partes. A cláusula de eleição do foro é

comum, mesmo nos contratos de direito interno. Entretanto, nos contratos internacionais, tal cláusula reveste-se de uma importância muito maior, pois é dela que irão decorrer as regras conflitais que indicarão a lei aplicável a uma determinada situação.

No entanto, no foro arbitrado pela Administração Pública para o Contrato da PPP – Complexo Penal, vislumbra-se a escolha do foro da cidade de Belo Horizonte, em virtude da sede do Governo Estadual e do objeto da contratação se encontrar na região metropolitana. Quanto a expressão “questões urgentes”, presente no item 51.1 do Edital, já citado, percebe-se a má utilização do termo, uma vez que a arbitragem é utilizada principalmente para agilizar a solução dos dissídios, ora, por urgência depreende-se o que deve ser feito com rapidez, com a busca de resultado premente. A não especificação da expressão “questões urgentes”, juntamente com a não especificação do “que não esteja sujeita ao procedimento arbitral”, propiciam formas amplas de interpretação, assim como, geram questões em aberto para os futuros dissídios.

A arbitragem constitui uma forma alternativa de composição de litígios entre partes, principalmente quando se encontram em países distintos no qual o ordenamento jurídico apresenta divergências e a escolha do foro se torna uma discussão polêmica. Este ponto é bastante relevante, tendo em vista que a licitação em análise é internacional, ou seja, compreende a participação de empresas estrangeiras, desde que firmado um consórcio no Brasil. Esta forma alternativa, no qual um terceiro, imbuído de confiança e poderes pelas partes, toma a decisão, sem o processo passar pelas vistas do Poder Judiciário, resulta em polêmica, uma vez que o Estado passaria a conferir a terceiros a solução de litígios para aquele caso específico. Este entendimento pode ser mais conflituoso quando o próprio Estado, representado pelo poder Executivo, aceita a Arbitragem para tratar questões próprias. Neste contexto, o objetivo da arbitragem é proporcionar a efetiva pacificação do conflito de maneira célere e consensual entre as partes.

Pode-se definir a Arbitragem como o ato de submissão de determinada questão a um terceiro imparcial que não o Estado-Juiz, sendo que as partes se vinculam à decisão assim proferida. Desse modo, cabe ressaltar, que a decisão é destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.

Derivada do latim “*arbiter*”, cujo significado se estende a juiz, jurado, louvado, a arbitragem tem seu conceito definido com primazia pelo professor Guilherme Strenger (2004, p.31):

(...) a técnica, pela qual a divergência pode ser solucionada, por meio da intervenção de terceiro, indicado pelas partes, onde se presume a confiança de ambas. Isto tudo tendo por base a assinatura da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, onde as partes confiam a alguém a condução dos trabalhos para solucionar os conflitos. É, por fim, uma decisão, livre de intervenções estatais, destinadas a assumir eficácia de sentença judicial.

Uma vantagem importantíssima é ressaltada pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Eliana Calmon, ao afirmar: “É a arbitragem uma solução de conflito rápida e especializadíssima, pois os árbitros têm formação técnica profunda em sua área de atuação.” Estas duas características constituem argumentos irrefutáveis frente a realidade do judiciário brasileiro.

A celeridade beneficia a Administração Pública ao atender ao princípio da continuidade do serviço público, já a especialização dos árbitros representa indiscutível benefício no que se refere à defesa do interesse público primário, ao promover uma decisão para o litígio de forma mais técnica do que formal.

Quanto à aplicação da arbitragem nas relações contratuais com empresas particulares, observa-se dois óbices, apresentados pela doutrina, que se referem ao princípio da legalidade e ao objeto do contrato, que não poderá versar sobre direitos indisponíveis, por envolverem interesse público, no caso, a execução penal.

7.2. Análise da Legalidade para a instituição da Arbitragem

O princípio da legalidade, que representa uma das conquistas mais marcantes e importantes do Estado de Direito, faz referência aos limites da atuação administrativa, do qual a atuação do Estado deverá se restringir estritamente às determinações da Lei. Ao Estado apenas é permitido agir naquilo que a lei permite, diferentemente da autonomia da vontade, presente nas relações entre particulares. A legalidade constitui diretriz básica da conduta dos agentes da administração, como estabelece a Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

O fato que se discute é se, ao adotar a arbitragem, o Estado não estaria a infringir este princípio, ao não cumprir o estipulado pela Lei 8.666/93, qual seja, representado pelo artigo 55:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

Quanto à legalidade de se adotar a arbitragem, constata-se que a legislação brasileira passa por um período de transformações e adequações à nova realidade de solução de conflitos no âmbito particular. No entanto, os Tribunais brasileiros reconhecem que a adoção da arbitragem, mesmo contrária aos princípios de direito público, apresenta como único óbice, a falta de autorização legislativa, conforme esclarece o Dr. Leon Frejda Szklarowsky (1997) no artigo “A arbitragem e a administração pública”, afirmando que:

O TCU, em memorável julgamento, conquanto tenha sentenciado ser inadmissível o juízo arbitral, nos contratos administrativos, porque contrário aos princípios de direito público, registrou, com muita ênfase, que falta apenas a autorização legal e cita um julgado do antigo TFR que dita textualmente não poder a autarquia celebrar compromisso para resolução de pendências por meio de juízo arbitral, *sem autorização legislativa* (cf. Boletim de Licitações e Contratos, da Editora NDJ, São Paulo, 9/93, Rel. Min. Homero Santos, TC 8217/93-9). O EXCELSO PRETÓRIO, contudo, julgando o caso LAGE, reconheceu a legalidade do juízo arbitral, ainda que em ações contra a Fazenda Pública, assentando que legítima é a cláusula de irrecorribilidade, que não ofende a CF (Rel. Bilac Pinto, RTJ 68/382). O STJ decidiu: "nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo de Genebra de 1923, vigente no Brasil, a cláusula arbitral prescinde de ato subsequente do compromisso e é por si só apta a instruir o juízo arbitral" (RE 616-RJ, Rel. Min. Evandro Gueiros, DJU, Seção I, 13.8.90, p. 7646).

Todavia não merece guarida essa interpretação, eis que já há autorização expressa para a submissão da Administração Pública à arbitragem, tendo em vista o disposto no artigo 1º da Lei Brasileira de Arbitragem³⁵, sendo que o fato de ser uma autorização

³⁵ Lei Federal nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

genérica não lhe retira a validade e/ou utilidade *vis a vis* do princípio da legalidade, que importa no princípio que impõe a precedência da Lei ao fato concreto.

Constata-se que a Lei nº 9.307/96, ao regular a arbitragem em âmbito nacional, não faz distinção quanto à empresa privada ou administração pública, sendo, portanto, um mecanismo que confere legalidade ao ato da administração de se valer da arbitragem nas relações contratuais e convênios, principalmente no âmbito internacional. Este, portanto, configura como mais um argumento a favor da possibilidade de submissão da Administração Pública, direta e indireta, à arbitragem, desde que respeitados os requisitos legais. Deve-se destacar que parte da doutrina entende que a arbitragem também apresenta natureza jurisdicional, somando-se, dessa forma, à jurisdição estatal e não se contrapondo a ela, funcionando como uma alternativa de solução de conflitos, visto o caráter peculiar das negociações envolvendo empresas de capitais internacionais.

Outro ponto interessante relacionado à Lei 8.666/93 diz respeito a seu artigo 54, que estabelece:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Pela análise da supracitada norma, alguns autores defendem que este dispositivo abre precedente para a Administração Pública utilizar princípios do direito privado. O mesmo entendimento apresentou a Ministra Nancy Andrighi, então desembargadora do Tribunal do Distrito Federal e Territórios:

Pelo art. 54 da Lei 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, o que vem reforçar a possibilidade de adoção do Juízo arbitral para dirimir questões contratuais.” (Mandado de Segurança – Pólo Passivo – Tempestividade – Licitação – Interesse Público Indisponível – Juízo Arbitral – Decreto Lei Nº 2.300 e Lei 8.666).

Atualmente, a arbitragem, no Brasil, rege-se por sistemas jurídicos distintos, incluindo a Lei Federal nº 9.307/96, de âmbito geral e por leis específicas. Tais dispositivos são marcos na nova visão da adoção de métodos diferentes dos tribunais judiciais, evidenciando o movimento de transformação nas relações de contratualização. Esta Lei de Arbitragem constitui um marco para a afirmação da solução alternativa de conflitos, significando o acolhimento desse procedimento para dirimir controvérsias. No entanto, sua constitucionalidade fora questionada sob alegação de que tal dispositivo infringia o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

No entanto, o STF julgou que a manifestação de vontade da parte, na cláusula de compromisso, e a faculdade concedida ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso, não colide com o inciso supracitado, entendendo, a Suprema Corte, constitucional a Lei de Arbitragem.

Além da Lei de Arbitragens, ponto de partida para a adoção da solução de litígios de forma consensual, tem-se a previsão legal para sua adoção na Lei Federal de PPP, nº 11.079/2004, a qual estabelece em seu artigo 11 os critérios de adoção, assim como a Lei Estadual nº 14.868/2003, que dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público Privadas, a qual estabelece critérios de arbitragem no artigo 13. Leis estas respectivamente dispostas:

Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Art. 13 - Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem.

§ 1º - Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 2º - A arbitragem terá lugar na Capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral.

Percebe-se que a Lei Federal, no inciso III do art. 11 em comento, faz clara referência à Lei Federal nº 9.307/96, qual seja, os critérios adotados pela Lei Federal de Arbitragem devem ser respeitados pelas Parceiras Públicas Privadas, assim, além da Lei específica, o administrador terá que balizar a adoção da arbitragem conforme à legislação federal sobre o tema. As Leis referentes às PPP's exemplificam a modificação de atuação da administração pública que passa a adotar uma visão mais consensual e menos imperativa nas suas relações contratuais, já que a reforma da administração busca uma maior interatividade do setor público com o particular para a consecução dos interesses da população.

Assim, insta analisar os critérios dispostos no artigo 1º da Lei em comento, qual seja, a questão referente a disponibilidade do direito, requisito este tratado no próximo tópico, principalmente quando se tem a Administração Pública como parte e o assunto referente a expressão “pessoas capazes de contratar”. As disposições gerais da Lei de Arbitragens estão transcritas abaixo:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Percebe-se, portanto, que a Lei Federal nº 9.307/96 constitui-se numa Lei geral, que tanto pode se referir aos contratos públicos, uma vez que a administração tem capacidade jurídica para contratar, quanto aos envolvendo apenas particulares.

Dessa forma, uma vez comprovada a capacidade da entidade administrativa de contratar e a disponibilidade dos direitos patrimoniais, não haverá impedimento do uso da arbitragem pelo instituto da Parceria Público-Privada. O mesmo entendimento apresenta o advogado Giuseppe Neto (2008):

A partir da edição da Lei de Arbitragem - a Lei nº 9.307, de 1996, um intenso debate se instaurou acerca da possibilidade de utilização desse instituto no âmbito dos contratos administrativos, especialmente aqueles regidos pela Lei nº 8.666, de 1993, tendo em vista a inexistência de uma previsão expressa a respeito. Recentemente, a questão voltou à tona com uma decisão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ admitindo a possibilidade de a administração pública se valer da arbitragem para matérias envolvendo o direito público disponível, entendido como aquele que possui natureza contratual ou privada (Recurso Especial nº 11.308 do Distrito Federal).

A instituição das parcerias público privadas – PPP, está inserida, no Brasil, dessa forma, sob a guarda da legislação infraconstitucional, a qual confere ao dispositivo legalidade quanto a sua aplicabilidade nos contratos. Resta agora, analisar a questão da disponibilidade do objeto abarcado pela cláusula arbitral.

7.3. Disponibilidade e Indisponibilidade de Direitos nos contratos e convênios da Administração Pública

Esta questão, sem dúvida, consiste no principal entrave da adoção da arbitragem pela Administração Pública, uma vez que a discussão envolvendo a disponibilidade de direitos patrimoniais por parte do ente público é calorosa e a doutrina, assim como a jurisprudência, não chegaram a um acordo unívoco sobre a matéria. Como exemplo deste conflito doutrinário, apresenta-se o posicionamento de dois doutrinadores a respeito do assunto, mas com posicionamentos completamente divergentes.

O primeiro posicionamento é o apresentado pelo eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), em artigo publicado:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas “*extra commercium*”. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto, condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista deste desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos

recursos, são questões que ultrapassam por completo o âmbito decisório de particulares. Envolvem interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo e, bem por isto, quando suscitarem algum quadro conflitivo entre partes só podem ser solutos pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja dessarte com ele embricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.

Contrapondo ao entendimento do distinto doutrinador, tem-se a interpretação realizada pelo Sr. Carlos Paiva (2006), que assim dispõe sobre o assunto em artigo publicado no *site* Migalhas:

Como se pode ver, o art. 11 cria para a Administração a faculdade de inserir no contrato de PPP mecanismos privados de resolução de disputas - arbitragem. **Esse é um ponto-chave e pode ser considerado um grande avanço legal já que as vantagens são várias: economia processual, celeridade na decisão, contributo para a redução da sobrecarga na Justiça e ainda é um atrativo a mais para a iniciativa privada optar pela parceria com a Administração.**

Celso Antônio Bandeira de Melo, em artigo publicado no ano passado, critica fortemente este dispositivo (a arbitragem nos contratos de PPP) por entender que o mesmo é totalmente inconstitucional. O autor alega que os interesses envolvidos numa parceria público privada são indisponíveis, o serviço público contratado está a tocar em recursos pertinentes a toda a sociedade e por isso mesmo as disputas suscitadas devem ser levadas obrigatoriamente à apreciação do poder judiciário já que este é o único titular capaz de julgar lides que envolvem direitos indisponíveis. Assim, segundo o jurista brasileiro, as controvérsias entre a Administração e a empresa concessionária não poderiam ser transacionadas amigavelmente em esfera extra judiciária.

Ora, hoje o mundo da Economia (movimentação de capitais em âmbito produtivo e especulativo) está de tal forma dinâmico que em questão de segundos situações tidas como estáveis podem se modificar radicalmente. **O contrato de PPP é essencialmente um contrato econômico** e não se pode ficar alheio a isso, as SPE precisam ir até o mercado de capitais levantar montantes para tocar o empreendimento e este mercado é turbulento e instável, incompatível com a morosidade do poder judiciário. Em situações que envolvem milhares (ou milhões) de usuários as concessionárias, e o próprio governo, não podem se dar ao luxo de aguardarem uma posição sobre determinada disputa. A eleição de tribunais de arbitragem (em língua portuguesa) é uma maneira de colocar a Administração no ritmo do mercado e inclusive se beneficiar com isso. Não se deve esquecer que o Estado está amparado por suas procuradorias e advogados e que o interesse público sempre estará representado. **Ademais, a criação de tribunais de arbitragem não excluem nunca a lide da apreciação do poder judiciário. É apenas uma forma de evitar que se chegue a tal ponto, todavia se de maneira alguma houver acordo, a Justiça comum sempre poderá ser invocada. (grifos nossos).**

A Lei de Arbitragem estabelece que para as partes adotarem a arbitragem é imprescindível que o objeto do contrato ou convênio verse sobre direitos patrimoniais disponíveis e, como já salientado, referido dispositivo legal confere legalidade à utilização da arbitragem pela Administração Pública. A discussão que se sobressai diz respeito se os atos

administrativos são disponíveis e, se o são, quais entram nesta matéria, ademais da questão do interesse público que por si só tornaria todo ato administrativo indisponível, e a questão sobre a patrimonialidade que envolve o objeto do contrato.

Analisando o requisito objetivo da arbitragem, qual seja, o direito patrimonial disponível, tem-se que o mesmo é disponível quando possível de ser transacionado, ou seja, quando seu titular tem competência para dispor sobre o direito que detém, enquanto patrimonialidade está ligado a uma percepção valorativa, em sentido econômico-financeiro, passíveis de avaliação pecuniária. Tanto os direitos disponíveis quanto os indisponíveis podem apresentar-se ou não com expressão patrimonial.

Conforme apresentado por Slaibi Filho e Carvalho (2003, p.474) na obra “Vocabulário Jurídico”:

Direito patrimonial é designação de caráter genérico dada a toda sorte de direito que assegure o gozo ou fruição de um bem patrimonial, ou seja, uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente. (...) Os direitos pessoais, embora possam ser considerados economicamente, e se integrem, nestas condições, no patrimônio de alguém, por natureza, não são patrimoniais porque, em princípio, estão fora do comércio e se mostram inalienáveis. Mas, quando vêm integrando relações obrigacionais, identificam-se como direitos patrimoniais, tais como os reais.

Quanto a direito disponível, são aqueles dos quais as partes têm liberdade para negociar, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997, p. 85):

são disponíveis (...) todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação (...).

O problema da arbitrabilidade objetiva reside no fato de que parte da doutrina defende que todos os interesses envolvendo as relações contratuais firmadas pelo Estado são indisponíveis.

Exemplificando a questão temos o mandato de segurança Nº 11.308 – DF (2005/0212763-0), cujo relator foi o Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, o qual discute com muita propriedade a questão da disponibilidade do direito patrimonial, além de versar sobre a competência da Administração Pública para adotar a arbitragem e quais são seus requisitos. O objeto do ditame se referia a possibilidade de juízo arbitral em

contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis, envolvendo uma empresa privada e o Ministério de Estado da Ciência e Tecnologia. Neste julgado, observa-se uma calorosa argumentação em torno do tema, fornecendo ao Estado importantes conclusões e preceitos, fundamentando o uso da arbitragem pelo administrador público nos contratos. Com bastante clareza, o Ministro Eros Grau sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público, fato este que se vislumbra com o seguinte excerto do julgado:

Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à administração. Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como Caso Lage, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Esse acórdão encapou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos. **Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público. (grifos nossos).**

Com base neste comentário, chega-se a conclusão que não são todos os atos da administração que versam sobre direitos indisponíveis, ao contrário, faz parte da jurisprudência julgado reconhecendo a possibilidade de se adotar o tribunal arbitral no âmbito estatal, sendo o Caso Lage, o primeiro precedente a orientar a tomada de decisão do STF.

Como ocorreu no caso analisado em que se decidiu pela concessão de liminar à empresa determinado a conservação do *statu quo ante*, reconhecendo que o judiciário não é competente para julgar o caso devido à cláusula arbitral constante no contrato, decidindo que o litígio deverá ser conhecido por juízo arbitral competente, observa-se a aceitação, por parte do poder judiciário, da utilização da arbitragem pela Administração Pública.

Continuando a explanação, o acórdão faz menção de que não é todo e qualquer direito público passível de arbitragem, mas apenas os reconhecidos como disponíveis, daí vem a explicação para esclarecer o que consiste em disponível para os atos do Estado. Segundo entendimento do professor Celso Antonio Bandeira de Mello, do qual o acórdão se utilizou para explicar a questão, explicação esta que se transcreve para o presente trabalho:

Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nu a circunstância de que não existe coincidência entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público. É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extra-jurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode estes interesses individuais, ao passo que o Estado concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.

Por meio desse esclarecimento, observa-se que a doutrina julga indisponível o interesse público, fazendo distinção quanto ao interesse da administração, este sim passível de disponibilidade, como assevera de forma esclarecedora o eminente jurista. Tal entendimento concorre ao da jurisprudência, conferindo à administração o juízo de discricionariedade perante os diversos atos praticados. Com o objetivo de atender ao interesse público primário, destacam-se aqueles atos dos quais a administração dispõe de determinados direitos patrimoniais em busca de promover o bem coletivo, são os chamados atos de interesse público secundário, em sede de contrato administrativo, os quais visam a proporcionar condições para prover o interesse público primário.

Firmado entendimento favorável quanto à existência de interesses da Administração Pública que são indisponíveis, quais sejam, todos aqueles que dizem respeito ao atendimento imediato do interesse público e, por outro lado, a concorrência dos interesses disponíveis, que representam os interesses do Estado, relacionados a prazos e condições de pagamento, assim como referentes à fixação de preços dos contratos, dentre outras. Tem-se, dessa forma, o entendimento favorável quanto a disponibilidade concernente ao objeto da PPP – Complexo Penal, desde que os atos se revistam de caráter estritamente material, ressalvados os casos elencados no capítulo anterior.

Assim, conclui-se como completamente possível a previsão do instituto da Arbitragem no âmbito do contrato da PPP em comento, desde que não envolva questões atinentes ao Poder de Polícia que, conforme observado, constitui interesse público indisponível.

Outro importante julgado, do STF, é o Recurso Extraordinário Nº 253.885-0 Minas Gerais, cuja relatora foi a Excelentíssima Ministra Ellen Gracie, na data de 04 de junho de 2002, que assim proferiu seu voto:

Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tendo disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimatezação deste interesse. Neste sentido, esta corte, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 52.181, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 68/382, considerou plenamente válida a possibilidade de transação, ao concluir pela legalidade do Juízo Arbitral, inclusive nas causas contra a Fazenda.

Dessa forma, pode-se relacionar os atos de interesse da administração, ou seja, que envolvam direitos disponíveis, como os atos de gestão, os quais são praticados para possibilitar meios para a promoção do interesse público. No artigo de Fabiano de Lima Caetano, o autor, por meio de uma citação do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, explica com maestria as definições de ato de gestão e atos de império,:

O Estado, entretanto, atua no mesmo plano jurídico dos particulares quando se volta para a gestão da coisa pública (*ius gestionis*). Nessa hipótese, pratica atos de gestão, intervindo freqüentemente a vontade de particulares. Exemplo: os negócios contratuais (aquisição ou alienação de bens). Não tendo a coercibilidade dos atos de império, os atos de gestão reclamam na maioria das vezes soluções negociadas, não dispondo o Estado da garantia da unilateralidade que caracteriza sua atuação. (CARVALHO FILHO apud CAETANO, 2002, p.2)

Entende-se que tais atos envolvem direitos disponíveis ao possibilitar que a administração aja como se fosse o particular, no mesmo plano jurídico, sem sujeição entre essa e o administrado. Já os atos de império foram assim definidos:

Atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império (*ius imperii*), não intervindo a vontade dos administrados para a sua prática. Como exemplo, os atos de polícia (apreensão de bens, embargo de obra), os decretos de regulamentação etc.” Há, nesse ato, uma relação de Poder-Sujeição, do

qual consiste no interesse público primário, direito indisponível. (CARVALHO FILHO *apud* CAETANO, 2002, p.2)

Assim, prevalece o entendimento pela possibilidade da arbitragem, inclusive a de caráter internacional, no que diz respeito aos atos de gestão, uma vez que não se deve confundir interesse público, sempre indisponível, com direitos patrimoniais públicos, categoria na qual se inserem bens passíveis de alienação, como os bens dominicais, os serviços passíveis de contratualização, etc. Dessa forma, a Administração, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais sem que isso implique disponibilidade do interesse público, poderá, de igual sorte, convencionar cláusula arbitral.

Em nenhum momento, com a inclusão da cláusula de solução amigável de conflitos olvida-se do princípio da indisponibilidade do interesse público quando se referir a atos de gestão. Muito ao contrário, ele se faz presente quando o administrador público, na iminência de um conflito contratual, o resolve tendo por balizas os princípios da economicidade, da razoabilidade, da motivação e, principalmente, da continuidade do serviço público, ou seja, resolver motivadamente o problema contratual da maneira mais econômica, sem deixar que os serviços públicos prestados à comunidade tenham qualquer solução de descontinuidade.

O professor Gustavo de Oliveira (2005, p.13), em artigo veiculado na Revista de Direito Administrativo Econômico, sintetiza a participação do Estado na adoção do instituto da arbitragem de forma bastante conclusiva, como se observa:

O que realmente deve ser apreciado nessa temática é a natureza dos interesses, bens e direitos relativos ao contrato firmado pela administração. Permitida a sua configuração ao objeto de contrato a ser firmado pela Administração – objeto lícito e possível, reitera-se – haverá espaço para a eleição do juízo arbitral. Questões envolvendo a Administração como locatária, adquirente de bens e serviços em geral, ou seja, contratos de nítida feição privatística, podem prever em seus instrumentos a convenção arbitral.

No entanto, cabe apontar a seguinte ressalva referente ao objeto da PPP – construção e gestão de um Complexo Penal, que tem seu escopo definido da seguinte maneira: “*O objeto da presente LICITAÇÃO é a CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, consoante a Lei Federal nº 11.079/04, pelo prazo de 27 (vinte e sete) anos, prorrogáveis até o limite legal, para a construção e gestão de COMPLEXO PENAL.*”, onde é de fundamental importância analisar o objeto quanto a possibilidade de se adotar a arbitragem. Afinal, caso se

constate que a gestão da execução penal é de competência intransferível do Poder Público, configurando poder de Polícia, estará o mesmo relacionado a interesse público primário e, conforme a análise realizada no presente capítulo, insuscetível de existência de cláusula arbitral.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objetivo analisar o ambiente institucional de propositura da nova modalidade de concessão de serviço público advinda com a Lei Estadual nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003, pioneira no Brasil e anterior a Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituíram a Parceria Público-Privada. Esta parceria foi materializada por meio do Edital de Concorrência nº 01/2008 – SEDS/MG, para exploração mediante concessão administrativa da construção e gestão do complexo penal, objeto de estudo do presente trabalho. Dessa forma, foi realizado um estudo acerca da política de segurança pública adotada em Minas Gerais e o contexto no qual surge a necessidade de se pactuar com o setor privado para fomentar a atividade relacionada com a execução penal.

Conforme analisado, o modelo de PPP surge como consequência das medidas implementadas para fins de reforma do Estado, na qual se objetivou desonerar o Estado de todas as funções que o mesmo realizava de forma ineficiente, conclamando a participação do ente privado para que, juntos, pudessem propiciar à população serviços públicos de melhor qualidade. Consoante este entendimento, tem-se, também, a ampla divulgação do modelo de PPP no cenário internacional, com exemplos de sucesso, principalmente, para problemas de infra-estrutura num cenário de escassez de recursos públicos para investimento imediato. Juntamente integrado a este contexto, há relatórios feitos por técnicos do Ministério da Justiça sobre a superlotação das cadeias públicas, a falta de condições dignas aos sentenciados e a falta de atendimento jurídico adequado, que contribuem decisivamente para a adoção de medidas imediatas para sanar estes problemas.

Dessa forma, imperioso ressaltar que, a partir das observações realizadas, parece válido afirmar que o caráter inovador, freqüentemente tratado em artigos, notícias, publicações e, até mesmo, manifestações do Ministério Público sobre a privatização das prisões a ser realizada pela parceria em comento, deve ser vista com nítidas ressalvas. Afinal, este trabalho teve a oportunidade de constatar que novas formas de gestão de unidades penais que incluem a participação do setor privado, desde empresas de segurança até associações sem fins lucrativos (APAC's), já são uma realidade do sistema penal brasileiro. A PPP surge como um modelo mais bem estruturado, com diretrizes próprias, apregoada a uma relação mais próxima entre o setor público e o setor privado, visando, diferentemente das concessões

comuns, a propiciar a execução de serviços públicos mais complexos e dependentes de maior aporte financeiro, realizando, por meio da contratualização, a regulamentação e a delegação da gestão de um complexo penal, intimamente interligado com a implementação da ressocialização do sentenciado.

O primeiro exemplo de delegação da execução penal a um ente distinto do setor público, no Estado de Minas Gerais, consistiu na adoção do modelo APAC no município de Itaúna³⁶. Além disso, as unidades penais administradas sob a denominação de co-gestão já somam um número considerável em outros entes da federação, contribuindo para o entendimento de que a transmigração do modelo tradicional de gestão, no qual a responsabilidade pela construção e gestão fica a cargo exclusivamente do Estado, passa a ser dividida com o setor privado, por meio de parcerias contratuais ou por meio de convênios.

Assim, diferentemente das modalidades de Co-Gestão e APAC, a PPP – Complexo Penal materializa uma nova forma de parceria com o setor privado, pautada na divisão de riscos entre o setor público e o setor privado de forma mais equânime, a fim de subsidiar o parceiro privado, transmitindo-lhe confiança para um empreendimento que envolve altos recursos financeiros. Além disso, a estipulação de prêmios por resultados³⁷, juntamente com a constante fiscalização do poder público e a as supostas melhorias de eficiência e de gestão, com a utilização de tecnologias, podem contribuir decisivamente para o problema da qualidade na execução penal. Desse modo, a PPP surge para tentar aplacar um dos grandes problemas da execução penal brasileira, qual seja, o déficit de vagas no sistema penal.

Diferente não é o caso de Minas Gerais, em que resta manifesta a superlotação de estabelecimentos penais, seja em virtude da falta de investimentos realizados antes do ano de 2003, seja porque houve considerável aumento do índice de criminalidade iniciado a partir da década de 90. Estes fatores contribuíram decisivamente para a política de segurança adotada quanto ao viés focalizado no investimento da expansão e modernização do sistema

³⁶ “A APAC se estabeleceu no município de Itaúna, que se localiza a precisos 82 quilômetros da capital mineira, em 2 de janeiro de 1986. Naquele ano, um grupo de voluntários íntimos à forma de trabalho do grupo de São José dos Campos, iniciou a prestação de serviços e a evangelização na cadeia pública local.” (Marcus Siqueira – pág. 69).

³⁷ O Edital prevê, como forma de remuneração da empresa vencedora do certame, além do valor da vaga ocupada, uma remuneração referente ao cumprimento de metas de qualidade e desenvolvimento do serviço de gestão e ressocialização, a fim de motivar um melhor desempenho da empresa prestadora do serviço.

penal, a fim de abarcar o crescente número de presos assumidos pela Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais.

Diante desta premente necessidade, tem-se a prioridade conferida pelo governo de Minas Gerais na realização de investimentos no Sistema Penitenciário, visando, prioritariamente, a reduzir o déficit das vagas prisionais e ampliar a taxa de encarceramento no Estado como principal política para combate a criminalidade. Dessa forma, a PPP – Sistema Penal, proporciona de imediato a abertura de 3.000 (três mil) novas vagas sob a égide de uma gestão mais eficiente e mais econômica.

Assim, quanto aos aspectos de conveniência, conclui-se que, apesar da adoção da PPP – Complexo Penal ser eticamente (o que seria eticamente?) criticável, envolver riscos para o Estado, além de conferir um serviço público de extrema complexidade a uma empresa privada, tem-se que este modelo irá proporcionar um número de vagas elevadas sem um investimento imediato do Estado. Além disso, a PPP irá conceder a prestação do serviço a custos menores que o ofertado pelo Estado, com utilização de tecnologias de ponta, de recursos da administração privada e obtenção de ganhos de eficiência. Desse modo, o Estado irá parcelar o custo de construção do Complexo Penal em 25 anos, além disso, o modelo de parceria buscará implementar no âmbito das unidades penais a aplicação da LEP e da ressocialização focando no sentenciado, situação esta muito diferente da observada nas cadeias públicas, e alguns presídios e penitenciárias onde as condições das carceragens são insalubres e desumanas.

Por isso, num primeiro momento, a instituição da PPP se mostra relevante, visto que irá reduzir o déficit apresentado no sistema penal mineiro. No entanto, importante ressaltar que, a longo prazo, tal modelo de concessão demonstra inepto e em contradição com o dever do Estado de promover políticas de redução das condicionalidades que proporcionam a indivíduos incorrerem no mundo do crime. Neste estudo, observou-se que a maioria da população penitenciária é composta por jovens, analfabetos ou com o ensino fundamental incompleto, que cometeram crimes de roubo ou furto. Dessa forma, percebe-se que a política de encarceramento deve ser aplicada conjuntamente com políticas públicas de redução dos riscos sociais que atingem a população desprotegida economicamente e socialmente, o que não restou vislumbrado no edital de PPP para construção e gestão de complexo penal analisado.

Analisou-se, também, a legalidade de se instituir a PPP – Complexo Penal para a construção e gestão de um complexo penal, a qual executará um serviço público de extrema correlação com o Poder de Polícia do Estado. Constatou-se que, a execução penal consiste em atos meramente materiais de execução do poder de polícia, quais sejam, a construção de unidades prisionais, a prestação de serviços como a conservação dos prédios e acessórios e a execução de reparos e reformas necessárias, o fornecimento de alimentação aos internos, por fim, a conservação e limpeza do estabelecimento penal. Assim como os serviços de educação, médico, psicológico e estabelecimento de condições para exercer trabalho tanto interno quanto externamente, configuram atividades estritamente técnicas e, portanto, atinentes a atos materiais de execução penal.

No entanto, a prestação de serviços, mesmo configurando atos meramente materiais, não podem afrontar a legislação. O edital de PPP em análise prevê a possibilidade de delegação das atividades de assistência jurídica, membros da CTC e agente penitenciário (identificado no edital como monitor interno). Verificou-se a impossibilidade de delegação dessas atividades, já que, em relação ao serviço de assistência jurídica, é competência exclusiva da Defensoria Pública postular judicialmente e administrativamente perante a justiça, não podendo, pois, ser delegada a particulares. Já em relação à função de guarda interna e aos serviços da CTC, também consistem em atividades indelegáveis, por serem atividades exclusivas de Estado, além de envolverem questões relacionadas com princípios administrativos e interesse público do sentenciado.

No que tange a utilização da arbitragem, último capítulo deste trabalho, observou-se que consiste numa inédita forma de resolução de conflito, aproximando o ente público e o ente privado para uma solução mais consensual num primeiro momento. Esta previsão da arbitragem visa a dar celeridade ao processo de julgamento além de conferir a profissionais de competência mais técnica a responsabilidade pela resolução do conflito. No entanto, cabe ressaltar a premente necessidade do objeto da disputa não poder envolver, em hipótese alguma, o poder de polícia do Estado.

Dessa forma, conclui-se pela conveniência e legalidade da adoção de Parceria Público - Privada para a contratação e gestão de complexo penal, ressalvada, quanto à legalidade, a indelegabilidade da função de agente penitenciário, da postulação administrativa

e judicial dos advogados contratados pela empresa e das atividades atribuídas aos membros da CTC.

Insta ressaltar a necessidade de cuidados e a observância dos fundamentos de direito público na implementação do modelo, a fim de possibilitar à administração pública o cumprimento do interesse público em conformidade com a legislação.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública – Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos ENAP**. Brasília, Publicação da Fundação Escola Nacional de Administração Pública, n. 10, 1997, 52p.
2. ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Aspectos Gerais das Parcerias Público-Privadas no Contexto da Reforma do Estado. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 01, 30 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/revista>>. Acesso em: 02 de setembro de 2008.
3. ATHAYDE, Luiz Antônio *et al.* Parcerias Público-Privadas. In: VILHENA, Renata *et al.* **O Choque de Gestão em Minas Gerais: políticas da gestão pública para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p.145-157.
4. BATISTA JR., Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 1 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
5. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das penas**. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora CD, 2004.
6. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
7. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 15 de julho de 2008.
8. BRASIL, Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 2004. **Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2008.

9. BRASIL, Lei Federal nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2008.

10. BRASIL, Lei Federal nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2008.

11. BRASIL, Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em 12 de agosto de 2008.

12. BRASIL, Lei Federal nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em 14 de julho de 2008.

13. BRASIL, Lei Federal nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003. **Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/2003/L10.792.htm>>. Acesso em: 10 de outubro de 2008.

14. BRASIL, Lei Federal nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em 25 de julho de 2008.

15. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 08, de 09 de dezembro de 2002**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em: 10 de setembro de 2008.

16. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2003**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em: 10 de setembro de 2008.

17. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Mandato de Segurança nº 11.308 – DF**. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj>. Acesso em 19 de agosto de 2008.

18. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 86631/PR**. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 de setembro de 2008.

19. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 253.885-0/MG**. Ministra Relatora: Ellen Gracie, 04 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 02 de agosto de 2008.

20. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006a.

21. _____. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2006b.

22. CAETANO, Fabiano de Lima. Prescrição e decadência no âmbito da Administração Pública e sua relação com o poder de império: alguns apontamentos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3185>>. Acesso em 24 de setembro de 2008.

23. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.
24. _____. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.
25. DA FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico** . 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
26. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.
27. _____. **Parceria na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, PPP e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.
28. D'URSO, Luís Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.
29. DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
30. FORTINI, Cristina. **Contratos Administrativos: Franquia, Concessão, Permissão e PPP**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.
31. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas prisões**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
32. GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
33. GIAMUNDO NETO, Giuseppe. A arbitragem e os contratos administrativos. **Migalhas Correspondentes**, São Paulo, 12 set. 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=68795>. Acesso em: 11 de jun. 2008.

34. GUIMARÃES JR., Geraldo Francisco. Associação de proteção e assistência aos condenados: solução e esperança para a execução da pena. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 882, 2 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7651>>. Acesso em: 18 de setembro de 2008.
35. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Serviços Penitenciários. In: SUNDFELD, Carlos Ari...(coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
36. GOMES, Orlando; VARELA, Antunes, **Direito Econômico**. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.
37. JENKIS, Kate. A reforma do serviço público no Reino Unido. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006.
38. JUSTINO, Gustavo Henrique. A arbitragem e as Parcerias Público Privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**; Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em 24 de setembro de 2008.
39. LIMA, Regina Campos; PIRES, Sandra Regina de Abreu. As recentes alterações na Lei de Execução Penal e a repercussão no Serviço Social. **Revista Àgora: Políticas Públicas e Serviço Social**, ano 1, n. 01, outubro de 2004. Disponível em <<http://www.assistentesocial.com.br>>. Acesso em 23 de agosto de 2008.
40. MARGARETH. Suzana Rocha. **A natureza jurídica da parceria público privada**. 2004. 120f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2004.
41. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

42. MEDINA OSÓRIO, Fábio; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Sistema penitenciário e parcerias público-privadas: novos horizontes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 882, 2 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7643>>. Acesso em: 03 set. 2008.
43. MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
44. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As Parcerias Público-Privadas (PPPs). **Migalhas Correspondentes**, São Paulo, 12 jan. 2006. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=2026>. Acesso em: 13 de jun. 2008.
45. _____. Serviços Públicos e Poder de Polícia: Concessão e Delegação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia. n. 07, julho/agosto/setembro. 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 de agosto de 2008.
46. _____. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2007.
47. MINAS GERAIS, Lei Complementar Estadual nº 65 de 16 de janeiro de 2003. **Organiza a Defensoria Pública do Estado, define sua competência e dispõe sobre a carreira de Defensor Público e dá outras providências**. Disponível em: <<http://hera.almg.gov.br>>. Acesso em 17 de setembro de 2008.
48. MINAS GERAIS. Lei Estadual nº 14.695 de 30 de julho de 2003. **Cria a Superintendência de Coordenação da Guarda Penitenciária, a Diretoria de Inteligência Penitenciária e a carreira de Agente de Segurança Penitenciário e dá outras providências**. Disponível em: <<http://hera.almg.gov.br>>. Acesso em 15 de agosto de 2008.
49. MINAS GERAIS. Lei Estadual nº 14.868 de 16 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas**. Disponível em: <<http://hera.almg.gov.br>>. Acesso em 10 de junho de 2008.

50. MINAS GERAIS. Lei Estadual nº 15.299 de 09 de agosto de 2004. **Acrescenta dispositivos à Lei nº 11.404, de 25 de janeiro de 1994, que contém normas de execução penal, e dispõe sobre a realização de convênio entre o Estado e as Associações de Proteção e Assistência aos Condenados APACs.** Disponível em: <<http://hera.almg.gov.br>>. Acesso em 15 de outubro de 2008.
51. MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade: A Gestão da Violência no Capitalismo Global.** 1 ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.
52. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal.** 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.
53. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo.** 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2005.
54. MORAES, Marcos Siqueira. **Considerações sobre o Centro de Reintegração Social Franz de Castro Holzward.** 2001. 119f. Monografia (Graduação em Administração Pública) – Escola de Governo, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2001.
55. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 209, p.81-90, jul./set. 1997.p.85.
56. OLIVEIRA, Odete Maria. **Prisão: um paradoxo social.** Florianópolis: UFSC, 1996.
57. PAIVA, Carlos Magno de Souza. Em defesa da lei 11.079/04 - Lei das PPPs. **Migalhas Correspondentes**, São Paulo, 22 mar. 2006. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=22319>. Acesso em: 14 de jun. 2008.
58. RESENDE, João Paulo. **Parceria Público Privada, oportunismo e custos de transação.** 2004. 72f. Monografia (Graduação em Administração Pública) – Escola de Governo, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2004.
59. SAPORI, Luís Flávio. **Segurança pública no Brasil: Desafios e perspectivas.** 1 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

60. SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antonio Paganella. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1986.
61. SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. **Vocabulário Jurídico**. 23 ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
62. STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Do Juízo Arbitral**. Rio de Janeiro: RT Editora, 2004.
63. SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A arbitragem e a Administração Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 1, n. 17, ago. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=469>>. Acesso em: 03 de setembro de 2008.
64. VILHENA, Renata; MARTINS, Humberto Falcão ... (org.). **O choque de Gestão em Minas Gerais: Política da Gestão Pública para o desenvolvimento**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.
65. ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Roque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.
66. WACQUANT, Loic. **As prisões da Miséria**. 1. ed. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.