



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÕES NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO

ANA CLECIA DE AQUINO LIMA

ANALISE DOS MODELOS DE GESTÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Aracaju

2016

ANA CLECIA DE AQUINO LIMA

ANALISE DOS MODELOS DE GESTÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

**Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe
como um dos pré-requisitos para
obtenção de grau de bacharel em Direito**

Orientador: Prof. Ermelino Costa Cerqueira

Aracaju

2016

ANA CLECIA DE AQUINO LIMA
ANALISE DOS MODELOS DE GESTÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Monografia apresentada como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovado em _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Marcel Figueiredo Ramos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus pais, irmãos e aos integrantes de
toda minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que é Princípio e Fim, autor da Vida, que iluminando minha vida, e concedendo saúde e discernimento ajudou a realizar com grande labuta esta pesquisa.

Agradeço a minha adorável Mãe, Maria Lúcia, mulher de enorme fé, guerreira incansável, presença MATERNA DE DEUS, que nos momentos mais difíceis da minha vida, colocou-me nos braços e lembrou os motivos pelos quais precisamos seguir nos caminhos da vida.

Agradeço ao meu Pai, Antônio homem inteligente e lutador que trilhou a direção desta etapa importante da minha formação acadêmica.

Agradeço aos meus filhos Victor Gabriel, Lucas Vinicius e Enzo Raphael, que mesmo tendo pouca idade e experiência é fonte inspiradora para continuar cada dia a jornada.

Agradeço a minha única irmã, Ana Paula, bem como a meu cunhado Jadson, por se mostrarem sempre preocupados, com as minhas necessidades, nunca mediram esforços para solucionar os problemas que pudessem oferecer dificuldades na minha caminhada.

Agradeço ao meu querido esposo Lucas Boulemares que com sua presença alegre motivou a minha vida nos momentos de tristeza, por ser meu amigo, companheiro de todas as horas e por entender e aceitar a minha ausência.

A meus amigos-irmãos que fizeram parte dessa jornada, e sempre se fizeram presentes em todos os momentos de minha vida, César Moraes, Michel Matteu, Mila, Flávio, Raphaela.

A meu orientador e amigo, Prof. Ermelino Cerqueira, pela paciência, excelente acompanhamento ao desenvolvimento de meu trabalho acadêmico, por compreender minhas limitações sem desacreditar de meu potencial e por sua sábia orientação, sem a qual esse trabalho não teria sido possível.

Agradeço a todos os mestres em especial Professor Fernando Ferreira, Sandro Costa, Diogo Dória e Augusto César. Por mim proporcionar o conhecimento e pela paciência e dedicação.

Agradeço ao amigo Jivaldo que com excelente maestria e paciência, me orientou para que o trabalho se enquadrasse segundo as normas da ABNT.

Agradeço a José Carlos (Carlinhos), meu colega de turma que muitas vezes se preocupava comigo e pela atenção que sempre me deu, que virou meu segundo pai, vai ficar sempre guardado no meu coração.

Em especial aos queridos amigos por me receber de braços abertos e aos poucos se tornarem a minha família de coração, levarei vocês por toda a vida. As minhas queridas amigas, Verônica e Lucineide, por caminharem lado a lado comigo, nos

momentos de felicidade e de dor. A Fábio, Terciano, Thiago, Max Diego, André, Vald'ma, por dividirem comigo o aprendizado e os bons momentos tornando agradáveis os dias mais tensos.

As minhas grandes amigas Anne Caroline e Gleide Paula, pelo apoio em todos os momentos, sempre me incentivando a nunca desistir dos meus sonhos.

Agradeço aos coordenadores do curso de Direito, os professores Pedro Durão, e Patrícia que sempre se empenharam para que o nosso curso fosse de alto padrão.

Agradeço também aos docentes, que durante os períodos acadêmicos estudados nesta Instituição, contribuíram com seus ensinamentos e exemplos ao arcabouço jurídico que nos foi proporcionado.

Agradeço aos funcionários da Limpeza, ao Jardineiro, porteiros, funcionários da biblioteca, informática, do núcleo de pratica jurídica, da secretária, enfim, a todo corpo que compõe a Fanese meu muito obrigado.

Quando alguém compreende que é contrário à sua dignidade de homem obedecer a leis injustas, nenhuma tirania pode escravizá-lo.

Mahatma Gandhi

LISTA DE SIGLAS

COMPAJAF- Complexo Penitenciário Antônio Jacinto Filho.

LEP – Lei de Execução Penal.

PPP- Parcerias Público-Privadas.

SEJUC – Secretaria de Justiça e Cidadania.

SEJUS– Sistema de Informação Penitenciária sistema prisional de Sergipe.

SINDPEN- Sindicato dos Agentes Penitenciários de Sergipe.

RESUMO

O presente trabalho faz uma síntese analítica dos modelos de gestão adotados pelo Estado no âmbito administrativo do sistema penitenciário brasileiro, bem como da celebração de contratos entre o Poder Público e Empresas Privadas relativas a execução continuada dos serviços nas unidades prisionais, fazendo um comparativo sistemático dos meios administrativos públicos no setor. Busca-se, no entanto, encontrar as carências e falhas que temos quanto à gerência e aos investimentos necessários no sistema prisional brasileiro, que, de certa forma, atua de forma precária e cujas perspectivas de melhoras são muito poucas. Temos então uma necessidade urgente de encontrar soluções inovadoras que possam restaurar esse setor tão importante e isso é razão para ampla discussão como forma de buscar essas mudanças. Os relatos históricos no mundo afora demonstram o quanto é necessário se fazer mudanças e adotar métodos que sejam viáveis com o intuito de melhorar a qualidade de serviços nas unidades prisionais. Encontramos em nossas pesquisas diversos exemplos em nosso país de experiências de Parcerias através de terceirizações e outros modelos de gestão que podem surtir bons resultados. Estes, por sua vez, parecem favoráveis, pois apresentam aspectos positivos até então não vislumbrados no sistema convencional. Houve uma evolução normativa através dos processos de adoção dos modelos de gestão, com previsão de regulamentação específica destes, visando novos investimentos no sistema carcerário em todo o país, tanto na parte de infraestrutura quanto na operacional, preservando as competências legais do Estado. Essa recente experiência em terceirizar as atividades meio em presídios vem confirmara amplitude das ações que o Poder Público deve proporcionar ao detento durante o cumprimento de sua pena, para que encontre condições dignas, proporcionando-lhe a tão almejada ressocialização.

Palavras-chave: Gestão. Administração Pública. Ressocialização. Presos.

ABSTRACT

This work is an analytical overview of the management models adopted by the Public This work is an analytical overview of the management models adopted by the State at the administrative level Brazilian penitentiary system and the execution of agreements between the Government and Private Companies, for the continued performance of services in prisons, making a systematic comparative public administrative resources in the sector. Seeks, however, to find the shortcomings and failures that we as the management and the necessary investments in the Brazilian prison system, which, in a way, acts precariously and whose prospects for improvements are very few. then we have an urgent need to find innovative solutions that can restore this sector so important and this is reason for broad discussion as a way to get these changes. Historical reports world outside, shows how it is necessary to make changes and adopt methods that are viable in order to improve the quality of services in prisons. We found in our research many examples in our country partnerships experiences through outsourcing and other management models that can bear fruit good results. These in turn, seem favorable, since they have positive aspects previously not envisioned in the conventional system. There was a normative evolution through the adoption processes of management models, regulatory forecast with specific these, targeting new investments in the prison system throughout the country both in the infrastructure and in operating, preserving the state's legal powers. This recent experience in outsource support activities in prisons, confirms the extent of the actions that the Government should provide the prisoner while serving his sentence, to find decent, giving you the much desired resocialization.

Keywords: Management. Public. administration, Resocialization, Arrested.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. A SITUAÇÃO ATUAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	15
3. FORMAS DE INGRESSO DA INICIATIVA PRIVADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	21
3.1. DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	21
3.2. DAS PRINCIPAIS ESPÉCIE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	22
3.2.1. Contrato de obra pública	22
3.2.2. Concessão de serviços públicos	23
3.2.3. Consórcio público	23
3.2.4. Permissão de serviço público	24
3.2.5. Parceria público privada	24
3.2.6- Das espécies de contrato previstas como parceria no sistema prisional	26
3.2.6.1-Parceria Pública Privada	26
3.2.6.2- Terceirização	27
4. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA REFERENTE ADMINISTRAÇÃO PRIVADA NO SISTEMA PRISIONAL	30
4.1. POSICIONAMENTO FAVORÁVEL	30
4.2. POSICIONAMENTO CONTRÁRIO.....	32
5. PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PARCERIAS PRIVADAS	36
5.1- DA LEGALIDADE.....	36
5.2- MODALIDADE DE GESTÃO EM SERGIPE.....	39
5.3- DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO	40
5.4- DA DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO	41
5.5- ENTENDIMENTO DO ESTADO.....	43
5.6- CONTESTAÇÃO DA REVIVER.....	44
5.7- SITUAÇÃO ATUAL DO PROCESSO	46
6- CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50
ANEXOS I.....	53

1. INTRODUÇÃO

As políticas brasileiras relativas ao sistema de administração penitenciária, são bastante preocupantes. São raras as exceções, pois, os presídios do Brasil são marcados pelos excessos de problemas e de poucas soluções. Superlotação em presídios, cadeias públicas e delegacias, fazem com que surjam vários outros problemas, como a falta de atendimento à saúde, alimentação de péssima qualidade, corrupção do sistema e escassez de investimentos para programas de humanização das unidades prisionais, e também pela forma como está sendo administrado pelo poder público dentre outros, dessa forma, dificilmente será alcançado o principal objetivo da aplicação penal, que é a ressocialização do apenado de forma que ele possa retornar ao convívio social de forma digna e humana, livre de preconceitos e apto a este relacionamento.

Em relação à situação dos presídios brasileiro, é sabido que tem sido destaque em todos os setores sociais, não por ser exemplo, ao contrário, não se pode usar como referência o sistema prisional público do Brasil, devido aos aspectos negativos que ele apresenta.

A dificuldade de se obter investimentos neste setor, devido aos poucos recursos existentes, coloca o Estado em constante busca de soluções que visam a melhoria no atendimento dos apenados. Desta forma, diversos projetos e propostas de implementação do sistema estão em tramite nas casas legislativas no intuito de que uma dessas seja a solução ideal para os problemas enfrentados.

Dentre as propostas apresentadas, algumas estão em experiência e carecem de atenção especial, dentre elas estão as que se referem ao sistema de gestão prisional por meio de parcerias, contudo, este tema é alvo de divergências no meio jurídico, uma vez que as medidas adotadas são colocadas em contestação devido à legalidade de sua natureza jurídica.

Foram abordadas as principais formas de contratos administrativos, firmado com o particular, destacamos as modalidades aplicáveis a gestão das unidades prisionais.

A Lei 11.079/2004 que instituiu as Parcerias Público-Privadas tem sido um dos alvos principais entre autoridades e profissionais que atuam no eixo da

Segurança Pública, pois, a legalidade desta modalidade de contrato não é aceita por todos, gerando diversas discussões quanto ao tema.

Embora seja um tema controverso, algumas ações foram colocadas em execução de forma experimental e alguns resultados foram colhidos, porém, deve-se ser cauteloso ao tratar deste assunto até que o mesmo seja totalmente pacificado pelas esferas jurídicas brasileiras.

Em análise de algumas das experiências brasileiras realizadas com os tipos de sistema de gestão, cogestão e parcerias de penitenciárias (trata-se da terceirização e privatização de determinados serviços em algumas penitenciárias), podemos vislumbrar como esses modelos adotados podem ser um divisor de águas no sistema carcerário, visto que as probabilidades de sucesso são grandes, porém é necessário avaliar e comparar o que já foi feito, bem como as fases atuais de implementação do sistema de parcerias público privadas e demais no Brasil.

Tendo como premissa a parceria público-privada e por se tratar de um tema relativamente novo, vamos explorar a matéria tendo como principal finalidade desenvolver e esclarecer sua aplicação prática proporcionando uma maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito.

Para isto, é preciso conhecer as experiências obtidas com a adoção do sistema de gestão compartilhada na administração em unidades prisionais comparando ao modelo adotado à nossa realidade local com bases nas informações sobre o Complexo Penitenciário Antônio Jacinto Filho (COMPAJAF) em nosso estado, para então, se chegar à conclusão de que a adoção de tais políticas na gestão prisional terá maior ou menor possibilidade de obter sucesso, apresentando novas diretrizes e novos horizontes possíveis com a adoção do sistema de Cogestão comparando-a as Parcerias Público-Privadas,

Daremos destaque ao analisar o trabalho da Empresa Reviver responsável pela terceirização da unidade prisional de Sergipe, COMPAJAF, mostrando sua função social em relação à garantia dos direitos individuais e coletivos dos apenados naquela unidade.

Sobre o ponto de vista de diversos doutrinadores especialistas no tema, veremos as vantagens e desvantagens em se adotar esses tipos de parcerias no sistema prisional brasileiro, para por fim, concluirmos fazendo uma análise crítica da

importância desses tipos de gestão, em mais um processo de evolução da sociedade brasileira.

Quanto a legalidade, veremos a posição adotada pelo Estado em funções de regulamentação e qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à constitucionalidade da lei.

A princípio, para maior interação do assunto, vamos ver como foram essas experiências em outros países no que se refere à gestão compartilhada e bem como a desestatização na administração das unidades prisionais, fazendo um levantamento das experiências brasileiras na adoção do sistema de co-gestão das penitenciárias visto que em alguns casos se trata da terceirização de apenas parte dos serviços em algumas penitenciárias de estados brasileiros como é o caso do Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, onde o sistema já foi implantado e em outros que estão em fase de aperfeiçoamento dos meios de implantação das Parcerias Público-Privadas.

Como técnicas de pesquisa foram utilizados expedientes metodológicos constitutivos de pesquisa bibliográfica, método de pesquisa fora o dedutivo, buscando-se elementos para a investigação do tema em exame, através de fontes nacionais e estrangeiras, notadamente em livros, revistas especializadas, sites que publicam artigos científicos na internet e na legislação atinente à matéria.

2. A SITUAÇÃO ATUAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema penitenciário nacional é, sem sombra de dúvidas, um dos setores da administração pública cujas baixas condições de trabalho vão além do tolerável. Atualmente, a precariedade das unidades prisionais tem sido razão de amplas discussões, onde todos os setores da sociedade buscam respostas e soluções. Esse fato associado a crise política e econômica do país dão uma amostra de quão distante estamos de um sistema prisional justo e humanitário, pois a falta de investimento em políticas voltadas a ressocialização, bem como na infraestrutura das unidades prisionais esbarram com os anseios de uma sociedade que vive refém da violência.

A Constituição Federal de 1988, diz que o Brasil, como Estado Democrático de Direito, destina-se “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

A esse respeito Távora afirma:

Ao lado desse objetivo maior, somam-se os escopos específicos de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, vale dizer, a reintegração do apenado ou do submetido à medida de segurança. Em acréscimo, "a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização". Na senda da teoria eclética ou mista, a execução penal também visa. (TÁVORA, 2013, p. 9).

Fato evidente é que a Constituição Brasileira a partir de então traz uma nova ideologia sobre a soberania do Estado dando vez a valorização do ser humano, visto que, seu principal objetivo é assegurar a prevalência dos direitos humanos colocando as leis infraconstitucionais existentes em posição de respeito à dignidade da pessoa humana, pois, tal princípio é considerado como base no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns princípios que afetos à Execução Penal, derivam do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: o princípio da humanização da pena, o da proporcionalidade, o da personalidade ou intranscendência. Quando se violam

estes princípios, o cumprimento da pena e, conseqüentemente, a ressocialização do a penado poderá ser prejudicada.

Porém Nucci apresenta uma realidade diferente do previsto:

Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto. (NUCCI, 2014, pg. 716)

A falta de investimentos é a principal explicação para o constante crescimento da violência e demais conflitos com a lei e como resultado, ao ser devolvido para o convívio social, a única alternativa encontrada pelo ex-detento é o retorno às suas antigas atividades relativo ao crime, visto que o tempo que lhe foi aplicado como pena serviu apenas para instigar-lhe o desejo de tornar-se mais forte nas atividades criminosas.

Desta forma, observa-se que a realidade carcerária no Brasil é preocupante, pois não temos ambientes de ressocialização do homem, visto que, as unidades prisionais tornaram-se escolas de criminosos, onde os detentos vivem revoltados, desesperados e desesperançados. O desafio dessas pessoas está em como se dará seu retorno a sociedade e como encontrarão um meio de sobrevivência, pois ao saírem elas se encontram com o desemprego e o descrédito e o desprezo da sociedade, além de se depararem com um ambiente a que eles não sabem como se adaptar devido à falta de preparo para esta nova realidade, restando poucas ou até nenhuma alternativa a não ser retornar ao submundo do crime.

Michel Foucault traz a seguinte visão do assunto:

Mas a obriedade da prisão se fundamenta também em seu papel, suposto ou exigido, de aparelho para transformar os indivíduos. Como não seria a prisão imediatamente aceita, pois se só o que ela faz, ao encarcerar, ao retirar, ao tornar dócil, e reproduzir, podendo sempre acentuá-los um pouco, todos os mecanismos que encontramos no corpo social? A prisão: um quartel um pouco estrito, uma escola sem indulgencia, uma oficina sombria, mas, levando ao fundo, nada de qualitativamente diferente. Esse duplo fundamento - jurídico-econômico por um lado, técnico-disciplinar por outro - fez a prisão aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas. E foi esse duplo funcionamento que lhe deu imediata solidez. Uma coisa, com efeito, e clara: a prisão não foi

primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma "detenção legal" encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século (FOUCAULT, 2004, pg. 196)

A reformulação desse sistema passa a ser uma prioridade, pois, salvo raríssimas exceções, temos mais problemas e indagações a serem sanadas sobre o sistema prisional brasileiro do que soluções para elas.

A escassez dos recursos públicos para investimentos nos diversos setores cuja competência é do poder público é o que faz com que o Estado busque criar medidas alternativas, visando diminuir as sequelas deixadas por um sistema falho e ultrapassado. Para isso, novas formas de relacionamento entre os setores público e privado foram estabelecidas.

Em questão está a proteção dos direitos daqueles que foram colocados em custódia do Estado. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de medida cautelar (ADPF) 347 MC/DF interposta pelo PSOL pedindo o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária, houve posicionamento parcialmente favorável do pedido.

Neste sentido em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio expõe:

O pedido é voltado a obter do Supremo o reconhecimento de o sistema prisional brasileiro caracterizar-se como o denominado "estado de coisas inconstitucional" ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, resultante de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, considerado o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país. O requerente pede que o Tribunal determine a esses Poderes a adoção de providências, de conteúdo e natureza diversos, para afastar lesões de preceitos fundamentais.

O tema das condições inconstitucionais dos presídios brasileiros está na ordem do dia do Tribunal.

No Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, da relatoria do ministro Teori Zavascki, o Supremo decidirá se o Estado deve indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprir em pena em presídios com condições degradantes. O relator votou pela responsabilidade estatal, sendo acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes. Em voto-vista, o ministro Luís Roberto Barroso também assentou o dever de indenizar, apontando, contudo, o cabimento da remição de dias de pena, em vez de pagamento em

pecúnia. O exame foi interrompido por pedido de vista da ministra Rosa Weber.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil direta de inconstitucionalidade, de nº 5.170/DF, versando o mesmo tema. O pedido é de emprestar interpretação conforme à Constituição ao artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, a fim de ser declarada a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos submetidos a condições sub-humanas, insalubres, degradante sou de superlotação carcerária. A relatora é a ministra Rosa Weber.

No Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, relator ministro Gilmar Mendes, o Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao direito de o condenado, estando em regime semiaberto, poder cumprir apenas em regime aberto ou prisão domiciliar, quando ausente acomodação adequada no sistema prisional. Para subsidiar o julgamento, o relator designou audiência pública. Conforme notícia do sítio do Supremo, Sua Excelência declarou ter assistido a relatos que deram conta dos problemas graves do sistema carcerário brasileiro, vindo a concluir só haver três formas de alcançar soluções “para a falência do sistema prisional: comprometimento federativo, alocação de recursos financeiros e integração institucional”.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.356/MS, relator ministro Luiz Edson Fachin, impugna-se lei estadual por meio da qual foi estabelecida a obrigação de instalar bloqueadores de sinais de radiocomunicação nos estabelecimentos prisionais.

Tem-se o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual o Tribunal assentou, sob o ângulo da repercussão geral, a possibilidade de o Poder Judiciário obrigara União e os estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, constatada violação da dignidade da pessoa humana e inobservância do mínimo existencial dos presos.

Esta arguição envolve a problemática do dever de o Poder Público realizar melhorias em presídios ou construir novos com a finalidade de reduzir o déficit de vagas prisionais. Vai além: versa a interpretação e a aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, implantar a forma eficiente de utilização dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e o dever de elaboração, pela União, estados e Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura.

Por isso, entendo de relevância maior a apreciação do pedido de implemento de medida cautelar. Não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações

sociais majoritárias, não se pode esquecer a missão de defesa de minorias, do papel contra majoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar.(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF, 2016, p.9)

Esta decisão é de grande importância para os presos que optaram por executar atividades laborais, pois, terão como garantia os fatores básicos para uma readaptação e ressocialização digna.

Uma das alternativas é muito utilizada nos Estados Unidos. Trata-se da privatização dos presídios, porém no Brasil, isso não é possível ainda, uma vez que, não existe previsão legal, embora seja cogitada essa hipótese, ela encontra resistência frente a órgãos da sociedade, principalmente as entidades de classe interessadas, a Ordem dos Advogados e o Ministério Público que alegam a Inconstitucionalidade de lei que permita a privatização.

Outra forma é a gestão compartilhada. Neste formato, Estado e Entidades Privadas trabalham juntos, sendo resguardadas as funções privativas do Estado em relação às suas atribuições constitucionais na área de Segurança Pública.

A gestão compartilhada não é nada mais que um modelo pelo qual cada parceiro mediante sua identidade institucional assume determinadas atribuições para gerir projetos ou processos visando um objetivo comum, neste caso, o de reeducar e ressocializar o preso.

Uma imagem de como deve ser o modelo adotado é feita por Foucault:

A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; a prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre numa certa especialização, e "onidisciplinar". Além disso, a prisão é sem exterior nem lacuna; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta: disciplina (...). Na prisão o governo pode dispor da liberdade da pessoa e do tempo do detento; a partir daí, concebe-se a potência da educação que, não em só um dia, mas na sucessão dos dias e mesmo dos anos pode regular para o homem o tempo da vigília e do sono, da atividade e do repouso, o número e a duração das refeições, a qualidade e a ração dos alimentos, a natureza e o produto do trabalho, o tempo da ração, o uso da palavra e, por assim dizer, até o do pensamento, aquela educação que, nos simples e curtos trajetos do refeitório a oficina, da

oficina a cela, regula os movimentos do corpo e até nos momentos de repouso determina o horário, aquela educação, em uma palavra, que se apodera do homem inteiro, de todas as faculdades físicas e morais que estão nele e do tempo em que ele mesmo está. Esse "reformatório" integral prescreve uma recodificação da existência bem diferente da pura privação jurídica de liberdade e bem diferente também da simples mecânica de representações com que sonhavam os reformadores na época da Ideologia. (FOUCAULT, 2004, p. 104)

Esse modelo de gestão um dos mais propensos para o trabalho de ressocializar.

Para fundamentar esse tipo de gestão, em 30 de dezembro de 2004 foi sancionada a lei 11.079 que "institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". (LEI 11.079. 2004, art. 1º)

Esta nova lei possibilita ao Estado a formação de parcerias com a iniciativa privada com o intuito de melhorar os serviços prestados e pode gerar uma grande economia nos gastos públicos, porém, no âmbito da Segurança Pública, uma grande batalha é travada para que esse sistema possa ser utilizado, visto que, da mesma forma que a privatização, esta encontra resistência de setores da sociedade.

3. FORMAS DE INGRESSO DA INICIATIVA PRIVADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

3.1. DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O contrato administrativo é o instrumento pelo qual o particular, pessoa jurídica de direito privado, firma com a Administração Pública, visando desenvolver atividade de interesse da administração, em regras os contratos administrativos, são precedidos de licitação, com estipulação de prazos determinados, e são regidos conforme normas de direito público.

Neste sentido complementa o entendimento dos seguintes doutrinadores:

Reunindo os elementos apresentados no item anterior, podemos conceituar contrato administrativo como o ajuste estabelecido entre a Administração Pública, agindo nessa qualidade, e terceiros, ou somente entre entidades administrativas, submetido ao regime jurídico -administrativo para a consecução de objetivos de interesse público (MAZZA, p. 712, 2016)

Contrato administrativo como a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público. É o ajuste que a Administração Pública firma com o particular (MARINELA, p. 667, 2015)

Podemos conceituar contrato administrativo como o ajuste entre a administração pública, atuando na qualidade de poder público, e particulares, firmado nos termos estipulados pela própria administração contratante, em conformidade com o interesse público, e sob regência predominante do direito público (ALEXANDRINO p. 606. 2015)

De forma simples, porém, pode-se conceituar o contrato administrativo como *o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.* (CARVALHO FILHO.p. 177, 2014)

Estes contratos são essenciais para a Administração, pois são destinados a suprir as necessidades do Estado em garantir ações de interesse público para os desenvolvimentos locais, permitindo a execução de obras e a aquisição dos itens que se façam necessários.

3.2. DAS PRINCIPAIS ESPÉCIES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Muitas são as espécies de efetivação, e modelo dos contratos administrativos, contudo, cada qual se destina as finalidades diferentes, decorrente das diversas situações e necessidade da administração pública, para cada atividade existe um modelo próprio de contrato, porém todos eles são regidos pelas normas e princípio do direito administrativo, sempre com prevalência do interesse público.

3.2.1. Contrato de obra pública.

Uma das funções do Poder Público é incentivar o desenvolvimento econômico, social e cultural, para isso, é necessário que se façam algumas transformações físicas no ambiente. Devido às limitações do Estado em executar essas ações é que entra a figura das instituições e empresas privadas que, para garantir a celeridade, a eficiência e a impessoalidade dentre os demais princípios que são firmados os Contratos de Obras Públicas.

Alguns conceitos doutrinários são apresentados a seguir:

É todo ajuste entre a administração e o particular que tenha por objeto um dos procedimentos acima enumerados, relacionado a móvel ou imóvel destinado à população em geral ou ao serviço público. (ALEXANDRINO, p.609, 2015).

É o contrato pelo qual a Administração transfere, mediante remuneração indireta e por prazo certo, ao particular a execução de uma obra pública, a fim de que seja executada por conta e risco do contratado. (ROSA, p.74, 2011)

Concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona. Alguns autores, como Mário Masagão, negam a existência desse tipo de contrato, alegando que ele é sempre acessório de um contrato de concessão de serviço público. (DI PIETRO, p.340, 2014)

3.2.2. Concessão de serviços públicos.

Outra forma de promover o desenvolvimento é através da manutenção dos serviços executados. Desta forma, para evitar gastos constantes, o Estado transfere a prestação de algum serviço público para a iniciativa privada, que deverá preservar o bem estatal que lhe foi disponibilizado, sendo ressarcido através de tarifas pagas pelos usuários.

A doutrina é unânime nesse conceito:

O contrato administrativo pelo qual o Estado (poder concedente) transfere à pessoa jurídica privada (concessionária) a prestação de serviço público, mediante o pagamento de tarifa diretamente do usuário ao prestador (MAZZA, p.726, 2016)

É o contrato pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou obra, ou lhe cede o uso de um bem público, para que explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. O estudo dos contratos de concessão de serviços está aprofundado no capítulo seguinte (MARINELA, p.715, 2015)

Concessão é uma espécie, em cujas manifestações se verifica; sempre, a incumbência de um serviço público a uma pessoa de direito privado, que em seu nome os exerça". Embora se refira à concessão de obra pública, esta, só existe se ligada à concessão de serviço público. (DI PIETRO, p.300,2014)

3.2.3. Consórcio público.

Quanto ao consórcio público, este visa a execução de obra cujo interesse de diversos entes estatais, os levará a unir-se em contrato para atingirem seu objetivo.

A tal propósito conceitua Mazza:

É o contrato administrativo multilateral, firmado entre entidades federativas, para persecução de objetivos comuns, que resulta na criação de uma nova pessoa jurídica de direito público, caso em que recebe o nome de associação pública ou de direito privado. (MAZZA p.752, 2016)

Em seu entendimento, Marinela faz a seguinte exposição:

O consórcio consiste em um acordo de vontades firmado entre entidades estatais da mesma espécie, para a realização de objetivos de interesses comuns, por exemplo, consórcio entre dois Municípios. (MARINELA, p.721, 2015)

3.2.4. Permissão de serviço público.

Assim como na concessão, o Poder Público transfere a terceiro interessado a execução de serviço público, porém, neste caso, a atividade será desenvolvida pelo prestador e este assumirá os riscos inerentes da atividade. É o caso dos taxistas que recebem do Poder Público apenas a autorização para trabalharem, devendo estes disporem dos meios para isso.

Para melhor entendimento do tema, expomos o parecer doutrinário a seguir:

É o ato administrativo unilateral, discricionário, *intuitu personae* e precário que realiza, mediante prévia licitação, a delegação temporária da prestação do serviço público. (MAZZA, p. 738, 2016).

Marinela por sua vez expõe:

Consiste também numa forma de delegação, instrumento por meio do qual o Poder Público, que detém a titularidade do serviço, transfere a sua prestação ao particular, que pode ser pessoa física ou jurídica, desde que demonstre capacidade para exercê-lo por sua conta e risco. Essa transferência realiza-se a título precário, formaliza-se por contrato de adesão e depende de prévio procedimento licitatório, não tendo modalidade específica, (MARINELA, p. 822, 2015)

Di Pietro conceitua da seguinte forma:

É 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, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço (DI PIETRO, p.306, 2014).

3.2.5. Parceria público privada.

Trata-se de uma modalidade de contrato administrativo, recente no mercado e embora apresente tantas qualidades, ainda é muito divergente a sua aceitação. Trata-se de um modelo derivado dos contratos de concessão e tem sua aplicação exclusivamente em contratos de valores vultosos, como forma de reduzir os impactos nas contas públicas.

Esta modalidade tem ganhado força no cenário nacional, isto levou a no dia 12 de maio do corrente ano o Presidente Interino Michel Temer, editara Medida Provisória de número 727, este dispositivo, vem por sua vez, criar o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, como forma de reduzir os conflitos existentes relativo ao assunto e ampliar os investimentos da iniciativa privada nas ações do poder público.

Art. 1º Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização. (BRASIL, MP 727, 2016, art. 1º)

O artigo primeiro da MP 727 traz a descrição básica e justifica o porquê da sua existência, os demais artigos detalham o programa, trazendo as providências necessárias para a sua aplicabilidade.

Diante das divergências existentes, Alexandrino, Carvalho Filho e Rosa, conceituam respectivamente:

As parcerias público-privadas (PPP) são modalidades específicas de contratos de concessão, instituídas e reguladas pela Lei 11.079/2004. Trata-se de uma lei de normas gerais, uma lei de caráter nacional, editada com fundamento na competência estabelecida no inciso XXVII do art. 22 da Constituição da República. (ALEXANDRINO, p.818, 2015).

Dentro dos objetivos da lei, pode o contrato de concessão especial sob regime de parceria público-privada ser conceituado 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. (CARVALHO FILHO, p.447, 2015).

O regime jurídico denominado “parceria público-privada” é aplicável às concessões de serviços públicos ou concessões de obras públicas que envolvam a realização de investimentos pelo Poder concedente, subsistindo as concessões comuns, regidas pela Lei n. 8.987/95. Trata-se, assim, de um novo regime jurídico, aplicável a determinadas concessões de obras ou de serviços públicos. Diga-se que não se trata de forma de privatização, mas de novo instrumento de concessão da exploração de serviços ou de obras públicas (ROSA, p. 82, 2011).

Várias são as formas e espécies de contrato administrativo, elencadas na legislação brasileira, firmado com a iniciativa privada, aqui fora elencada as modalidades mais usuais.

3.2.6- Das espécies de contrato previstas como parceria no sistema prisional.

Os tipos de contratos utilizados pela Administração Pública são os de Terceirização e de PPP (*parceria pública privada*). Estes conceitos serão traçados em tópico específico.

Dentre os contratos de parceria da Administração Pública precisamos compreender cada conceito e características das modalidades existentes

3.2.6.1-Parceria Pública Privada.

A Poder Público sob a égide da Lei 8.666/93, seguindo os princípios da Administração pública, para garantir a execução dos serviços públicos, firma contratos e parcerias com entes privados. Desta forma, a Administração Pública terceiriza seus serviços, o que gera economia aos cofres públicos e de certa forma, aumenta a qualidade dos serviços prestados, visando a satisfação dos interesses coletivos.

Existem duas modalidades de parcerias público-privado previstas na legislação:

a) Concessão patrocinada: é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, que envolve adicionalmente a tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecúnia paga pelo parceiro público ao parceiro privado (art. 2º § 1º da Lei das PPPs).

Essa contraprestação pecuniária complementar ao valor da tarifa e denominada subsídio, prêmio e viabiliza mais rapidamente a amortização dos investimentos feitos pelo parceiro privado no caso de empreendimentos de alto custo. Essa dualidade de fontes de receita (tarifa mais contraprestação) é a característica fundamental da concessão patrocinada. Na prática, utiliza-se essa modalidade de PPP para conceder ao parceiro privado serviços públicos “uti singuli”;

b) A concessão administrativa é um contrato de prestação de serviços, em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta, e que, necessariamente, envolve prestação de serviço, execução de obra, fornecimento e instalação de bens. O conceito legal dessa modalidade de concessão é muito confuso. O legislador, valendo-se de expressões vagas, coloca a Administração como a própria usuária, direta ou indireta, do serviço. (MARINELA, 2015, 809)

Ainda Marinela:

Para a constituição das parcerias, devem ser observadas algumas formalidades, como o procedimento licitatório prévio, a elaboração de instrumento de contrato, observando as exigências legais quanto às cláusulas essenciais e às facultativas, a constituição da sociedade de propósitos específicos, além de outras. (MARINELA, 2015, p.813)

Com base no que está previsto na lei é que o Estado de Minas vem “utilizando a concessão administrativa para delegar às empresas privadas a administração de presídios”. (MAZZA, 2015, pgs. 521 a 525)

3.2.6.2- Terceirização.

A terceirização de serviços (outsourcing) na administração pública tem se tornado uma prática constante, ao tempo que o tema vem gerando diversas controvérsias doutrinárias, administrativas e jurisprudenciais. Esse tema vem despertando o interesse de vários setores da sociedade, devido a abrangência dos efeitos no meio político e econômico.

Carvalho Filho ressalta:

No que concerne aos contratos de serviços, é oportuno tecer breve consideração sobre a terceirização de atividades pela Administração. É inteiramente legítimo que o Estado delegue a terceiros algumas de suas atividade-meio, contratando diretamente com a sociedade empresária, à qual os empregados pertencem. É o caso dos serviços de conservação e limpeza e de vigilância. Aqui, trata-se de terceirização lícita. Vedado se afigura, entretanto, que delegue atividades-fim, como é o caso de funções institucionais e próprias dos órgãos públicos. Nesse caso, a Administração simula a intermediação de mão de obra, numa evidente contratação de locação de serviços individuais e, com isso, procede a recrutamento ilegal de servidores (terceirização ilícita). Em várias ocasiões, esse tipo de contratação tem sido anulado pelos órgãos de controle, inclusive pelos Tribunais de Contas. (Carvalho Filho, 2015, 188)

Por sua frequente usualidade, através das experiências realizadas pelo Poder Público, chegou-se ao nível de maturação para se conhecer através dos resultados obtidos, as qualidades e defeitos presentes neste modelo contratual, bem como suas consequências e riscos para a Administração Pública.

Brasile diz que terceirizar significa:

Atribuir a terceiros a realização de uma atividade útil ao interesse comum de determinada comunidade ou aos fins sociais de uma empresa. O processo de terceirização oferece diversas vantagens para a atividade econômica, tais como: a) melhoria da qualidade do produto ou serviço vendido e também da produtividade (menor índice de perdas); b) transformação dos custos fixos em custos variáveis; c) redução do preço final do produto ou serviço (competitividade); d) investimentos específicos em pesquisa de tecnologia, para criação de novos produtos. (BRASILE, 2012, p.122.)

Terceirização é a contratação, por determinada empresa (o tomador de serviço), do trabalho de terceiros para o desempenho de atividade-meio. Ela pode assumir diferentes formas, como empreita. (DI PIETRO, 2014, p. 361)

Brasile explica com base na Súmula 331 do TST:

A terceirização de atividade-meio será mais frequente nas áreas de limpeza, vigilância (Lei n. 7.102/83) e conservação, o que se verifica, em larga escala, nas funções de servente, segurança, porteiro, zelador, jardineiro etc. Atividade-meio pode ser compreendida como aquela útil para a realização do objeto social, enquanto atividade-fim será a fundamental, sem ela o resultado social não seria alcançado. (BRASILE, 2012, p.123)

Ainda conforme o entendimento de Di Pietro o objetivo da terceirização é dar permissão para que as empresas possam exercer as atividades acessórias, fazendo com que o Estado se concentre na prestação dos serviços essenciais.

Com a incidência de problemas no sistema carcerário brasileiro, tentando-se dirimir estes, foi que se apresentou a opção de privatizar o sistema penitenciário, essa prática já vem sendo adotada em outros países, porém sem previsão legal no Brasil, que as terceirizações surgiram como alternativa para substituir a anterior.

Trata-se de tema novo nas unidades prisionais, porém, já bastante explorado dentro e fora do país, logo, com consequências já previsíveis.

Ainda sobre a terceirização, Delgado conceitua:

A terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a estes os laços de emprego, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. (DELGADO, 2003, p.424)

Há ainda a conceituação de Monteiro de Barros:

Terceirização consiste em transferir para outrem, atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Visando uma maior dinâmica econômica, as empresas contemporâneas - e a administração pública - repassam determinadas atividades, em regra, desvinculadas de sua atividade principal, para outras empresas, com acentuado grau de especialização em determinado tipo de produção. Tendência originada do processo de flexibilização das relações de trabalho, a terceirização tem por escopo diminuir custos e melhorar a qualidade do produto ou serviço. (BARROS, 2008, p. 424)

Portanto, não restam dúvidas sobre a modalidade de contrato administrativo, principalmente ao que se trata da sua natureza e legalidade jurídica.

4. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA REFERENTE ADMINISTRAÇÃO PRIVADA NO SISTEMA PRISIONAL.

A adoção do sistema de parcerias no Brasil, tem aberto um leque de discussões a respeito de sua eficácia e em especial em relação à sua constitucionalidade. Para se fazer o exame de constitucionalidade, é necessário encontrar e descrever os pontos e contrapontos que apresentam conflito e os que se harmonizam com o texto constitucional na Lei n. 11.1079/2004 de acordo com o entendimento dos doutrinadores.

4.1. POSICIONAMENTO FAVORÁVEL

Pelo fato de as demandas da sociedade se tornarem excessivas para o estado surgiu a necessidade de se encontrar parcerias para minimizar as sequelas causadas no serviço público. A instituição das Parcerias Público-privadas – PPPs na Segurança Pública, foi a principal alternativa proposta para uma mudança mais acentuada ao sistema público de prestação de serviços. Esta é a forma de suprir o déficit de verbas para investimentos do setor públicos, assim, a iniciativa privada tem como função, auxiliar o Estado a atingir um nível de qualidade capaz de promover a dignidade no atendimento aos apenados. Devido à grande incidência mundial de privatização dos serviços públicos, a expectativa é que o sucesso seja evidenciado através da melhoria no atendimento à população carcerária, transformando esses ambientes que em sua maioria são insalubres, em espaços de ressocialização de pessoas.

Ao adotar esse modelo de sistema na gestão prisional, alguns serviços são por sua vez terceirizados pelo Estado através de parceiros privados, tais serviços visam a melhoria, bem como a praticidade na prestação. Temos como exemplo: a administração e controle interno, o fornecimento de uniformes e refeições; serviços de limpeza e lavanderia, etc. O Estado constrói a unidade prisional e, por um período, concede a uma empresa o direito de administrar e controlar toda a unidade, desde os serviços mais básicos até os operacionais. Temos um projeto pioneiro no Brasil que é o presídio de Guarapuava, no Estado do Paraná, que de acordo com as informações do Departamento Penitenciário do Estado, é gerido desta forma desde o ano de 1999.(DEPEN/PR)

Em sentido favorável, o jurista terce seu entendimento justificando, sua posição acerca do tema:

A função jurisdicional é indelegável, permanece nas mãos do Estado que por meio de seu órgão juiz determinará quando um homem poderá ser preso e quanto tempo ficará quando e como ocorrerá a punição e quando o homem poderá sair da cadeia numa preservação do poder do império do Estado que é o único titular legitimado para o uso da força dentro da observância da lei. (D'URSO p.253-257, 1996)

Quanto a constitucionalidade da proposta partimos da premissa de que a lei Maior foi clara e o que ela não proibiu, permitiu. E mais na verdade não se está transferido a atividade jurisdicional do Estado para 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 pelos serviços que são indispensáveis no presídio. (D'URSO p.256 -257, 1996)

Também favorável Camargo se filia a tese apresentada pelo jurista criminalista Flavio de D'Urso, defendendo a sua idéia:

Porém não como racionalismo das prisões mas através das parcerias com o Governo do Estado , a função jurisdicional jamais sairá da mão do Estado pois trata-se do poder do império, ouve-se opiniões contrarias muitas delas falam dos lucros que a privatização pode alcançar, ou seja a visão de escravidão e de comercio onde os presos seriam tratados como se fossem mercadorias cuja mão de obra seria compulsória mas o que verdadeiramente importa é o resultado final ; educar o preso e tira-lo da ociosidade (CAMARGO,p.157, 2001)

Há meu vê já teríamos privatizado todo sistema. (CAMARGO,159, 2001)

Albergaria, aposta no desempenho, e eficiência das atividades no sistema prisional, estas sendo geridas pela iniciativa privada.

A empresa pública promove com mais facilidade que a administração e equiparação dos direitos do trabalhador preso aos do trabalho livre, e melhor a sua formação profissional e readaptação social, com vista a inserção do egresso como elemento ativo. ALBERGARIA, p.123, 1993

LEAL defende o modelo de descentralização administrativa, com base nos argumentos fáticos, diante da inércia estatal, no sistema prisional, em sentido leciona:

O Estado que se tem revelado negligente inepto nesta área não inverte o suficiente de modo regular e os problemas se dilatam no curso dos anos. Neste contexto surgem os cárceres privado como uma opção que sob o binômio custo-eficiência pretende excluir tais precariedades e oferecer um serviço de excelência orientado por um novo paradigma de tratamento (LEAL, p.18, 2005)

Leal ainda afirma:

Entende ainda que As empresa privadas administradoras de prisões sem as algemas da lei de responsabilidade fiscal, são supostamente mais ágeis para colocação em prática das propostas de otimização do sistema, É certo que a empresa almeja o lucro administradora prisional, como proposta de resolver o problema penitenciário, é certo também que os preso logram êxito, na medida em que adquirem melhores condições de assistência o que concreta e necessariamente contribui para a recensão social, aduz ainda que os cárceres privados pela excelência de seu serviços constitui orientação humanística , que não se encontra presente nas demais prisões constituindo portanto instrumento de diminuição de residência. (LEAL, p.19, 2005)

Ele complementa:

Aduz ainda que no Brasil não existe dispositivo, algum que proíba a operacionalização do cárcere por empresa privada, afirma ainda que nem o judiciário se pronunciou definitivamente sobre a legalidade ou ilegalidade definitiva da aluída parceria. (LEAL, p.20, 2005)

4.2. POSICIONAMENTO CONTRÁRIO.

Muitos são os argumentos críticos ao modelo de privatização do sistema prisional, há quem defenda tal prática, como há também argumentos contrários à proposta.

Neste sentido, seleciono os seguintes argumentos doutrinários, contra o modelo de privatização do sistema prisional.

LOTKE, em sua visão crítica, desconstrói e discorda frontalmente com o modelo, afirma ainda que tal prática, do ponto de vista econômico, transforma as prisões em fábricas da iniciativa privada.

As prisões substituíram as fábricas como ponto central da economia de muitas cidades pequenas. Autoridades da Flórida recentemente promoveram a febre de construção de prisões distribuindo panfletos afirmando que uma prisão com 1.100 vagas rende \$ 25 milhões por ano e rende 350 empregos para a comunidade, a sociedade respondeu fazendo fila.

O grande atrativo da administração privada das prisões e das companhias de serviços é simples eles podem realizar nas prisões o mesmo trabalho feito pelo governo a um custo muito mais baixo normalmente entre 5 a 15 %.

A indústria enriquece na medida em que se consegue apanhar mais pessoas quanto mais pessoas possível no maior de tempo possível (LOTKE p. 27-30, 1997)

CARVALHO por sua vez, afirma que tais funções de segurança em âmbito estatal são indelegáveis, portanto ilegais:

Desde o aparecimento do Estado liberal as funções de segurança e de justiça estão na lista de atributos indelegáveis do poder público. Se o Estado fracassar no exercício de tais funções indelegáveis isto não poderá contestar a pretensão de apropriar-se as empresas particulares de segurança e vigilância dos serviços prisionais. A privatização legítima sempre e só se refere a serviços que o Estado executa mais que ainda pode liberar-se sem prejuízo de sua função de pessoa jurídica encarregada de definir, unificar e regular as relações de poder entre os membros da comunidade (CARVALHO p.114, 1994).

VIDAL, diz que a privatização, contraria o modelo de Estado liberal, não se pode falar em liberdade de contrato de direitos sociais:

A exploração do trabalho prisional pela empresa gestora não é um modo de acumulação de capital consciente com aquele do trabalho remunerado e que gera a mais valia, não há liberdade contratual, os direitos sociais inexistem e não há liberdade sindical, há mera cessão de força de trabalho ao empresário caracterizando-se não apenas como um sistema escravista, mas como uma nova modalidade de especulação financeira a exemplo do que ocorre na questão da moradia. O mesmo raciocínio não tem validade quando o

Estado organiza e mantém o seu trabalho prisional, pois nesta hipótese não há lucro. (VIDAL. p.63, 1993)

A denominada privatização dos presídios contraria os postulados elementares do Estado Liberal desenvolvidos pela doutrina e acolhidos na constituição Federal. (VIDAL. P.62, 1993)

SANTOS, externa no parágrafo transcrito, seu repúdio ao modelo de privatização do sistema prisional:

Por todo respeito por aqueles que adotam entendimento diverso tenho para mim que o assunto Privatização do Sistema Prisional soa, mal como verdadeira heresia eis que não consigo assimilar a ideia de que o Estado transferir uma atividade que é sua indelegável ao empresário particular, seria absurda quaisquer gestão no sentido de privatizar a prestação jurisdicional. (SANTOS,p. 23, 1993).

Merece destaque o argumento tecido por KUEHNE, citando o entendimento de Carmem pinheiro de Carvalho, apontando a não previsão legal, no ordenamento jurídico que sirva como base para iniciativa privada, gerir unidades prisionais. Neste sentido:

Destaca-se também o estudo realizado por Carmem Pinheiro de Carvalho então Presidente do Conselho de criminologia e política criminal de elo Horizonte publicado na revista do conselho em referência V.2 n.2 p 35/36 Jul/Dez de 1994. Analisa a questão relacionada ao trabalho, entendendo que a legislação vigente não estaria a contemplar qualquer forma de privatização. Segundo “ Entregar as penitenciárias a uma direção estranha a uma nova ideologia de tratamento penitenciário e a filosofia da execução penal quando a sua legislação já alcançou um estágio tão promissor uma perspectiva nova que merece estudo muito acurado quando os aspectos sociais e políticos.

Nas versões externadas de Luiz Fernando Camargo de Barros Vidal, artigo publicado na RBCCrim vol.2p 56/57 ed.RT.critica de forma veemente a inércia estatal a solução dos graves problemas e não compactua com a idéia da privatização posto que o preso “... deixa de ser sujeito em processo de ressocialização e torna-se objeto da empresa resta privado de qualquer dignidade” (KUEHNE,p. 127-128, 2000).

FREITAS, parte da idéia crítica, ao rejeitar o modelo de privatização das prisões, entendendo que tal pratica fomenta a visão super lucrativa da iniciativa privada, comparando a prisão como indústria, neste sentido leciona:

O autor em sua obra aponta, o entendimento critico, acerca do modelo adotado, vez que em sua visão A prisão privada é uma nova

indústria, comparando o modelo adotado nos Estados Unidos, aonde as empresas do setor privado, costumam ter ações, sendo assim qualquer pessoa na hora de investir no mercado de ações pode optar, em escolher aonde deseja aplicar seu dinheiro, em petróleo, eletricidade ou prisão. Frisa ainda o autor, a cautela que o Estado deve ter, ao entregar a chave da prisão ao empresário. Se há de haver alguma relação entre a prisão e alguns empresários. (FREITAS, p.156-158, 1999)

Desta forma, percebemos que não há uma unanimidade doutrinária, porém, as linhas de defesa possuem embasamento lógico e legal, ficando a cargo dos interpretes da lei. As críticas ora apontada, se fundam basicamente do ponto de vista econômico, contudo diante da falta de políticas públicas sociais, tais medidas se tornam necessária.

5. PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PARCERIAS PRIVADAS.

Elencado nos direitos fundamentais através do artigo 5º, XLVIII/CF 1988, está disposto que os presos têm assegurado o cumprimento da pena em condições que assegurem sua integridade física e moral, estabelece também que seja levado em consideração fatores inerentes ao delito e ao infrator para que se escolha o local onde cumprirá a pena.

As regras de competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal dispostas no texto constitucional, devem ser analisadas, visto que, nelas se estabelecem as matérias a serem regulamentadas de forma geral por cada um ente da Federação. O inciso I do art. 24, estabelece por sua vez quais são as competências concorrentes que devem ser legisladas em relação ao direito penitenciário. (BRASIL, CF, 1988, art. 24, I)

Destarte o princípio da eficiência da Administração Pública deve ser invocado combinado ao princípio da legalidade, como base legal para justificar as possíveis alterações necessárias.

Ficou então a cargo das Assembléias Legislativas editarem as normas referentes às parcerias público-privadas como, as leis nº 12.234/2005 no Rio Grande do Sul, 9.290/2004 na Bahia, 14.868/2003 em Minas Gerais, Lei 6.299/2007 em Sergipe, são alguns exemplos de leis editadas para este fim, sendo que a mineira tem em seu § 1º, art. 5º, a autorização para contratos de PPPs na área do sistema penitenciário).

Com a publicação da Lei Nº 11.079/2004, que regulamenta os contratos com as parcerias público-privadas na Administração Pública estabelecendo as normas para as licitações destes contratos, concretiza-se a possibilidade de uma nova realidade na gestão pública.

5.1- DA LEGALIDADE

Para se fazer o exame de constitucionalidade, é necessário encontrar e descrever os pontos e contrapontos que apresentam conflito e os que se harmonizam com o texto constitucional na Lei n. 11.079/2004 de acordo com o

entendimento dos doutrinadores. Neste caso serão analisados três pontos aos quais se atribuem incompatíveis com o texto constitucional.

O artigo 8.º, incisos I, II e IV, pois, neles se apresentam pressupostos de usurpação da competência relativos à legislação sobre a concessão de garantias que deveriam ser feitas por lei complementar e não ordinária. Esta fundamentação tem como base o que está previsto no artigo 163 da constituição, em especial o inciso III, que descreve que a concessão de garantias por entidades públicas será disposta em lei complementar. Isso também se aplicaria dos artigos 16 ao 22 relativos ao Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. (BRASIL, Lei 11.079/2004 c/c CF)

Os incisos III e IV do artigo 8º por sua vez, estariam fora dessa análise, por se tratarem de disposições relativas à concessão de garantias por entidades não controladas pelo poder público, tais como companhias seguradoras e instituições financeiras privadas, bem como, os organismos internacionais, portanto, não passivas da prestação de contas das entidades públicas, logo, cabíveis em contratos administrativos em geral, pois são previstos no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, sendo que nestes casos, não haverá uma concessão de garantia por parte do poder público, como obrigação acessória de adimplemento de determinada prestação caso haja descumprimento contratual por terceiro.

Sanadas as dúvidas relativas ao texto de lei citado frente ao que expressa a Constituição Federal, verificamos que, nos incisos I e II, não apresentam especificamente garantias e sim uma modalidade de pagamento vinculado ao orçamento, bem diferentes do que prevê o inciso V. nesse caso, os incisos I e II não podem ser atingidos pelo inciso III do artigo 163 da Constituição, por não se tratar de uma garantia específica, logo, não será uma obrigação acessória de garantia.

Numa abordagem por outro ângulo, encontramos fatores que demonstram a constitucionalidade da norma.

Embora, alguns doutrinadores entendam que as PPPs não atingem suas finalidades, visto que, a justificativa para elas, é a falta ou carência de recursos, é a administração pública que financia os investimentos, sendo esta prática, uma

“contradição entre o que é aduzido para justificar a instituição das PPP’s – *alega carência de recursos – e a disposição normativa de fazer com que a Administração assumia dispêndios que poderiam ser poupados com o uso da modalidade comum de concessão*”(MELLO, 2009, p. 770).

Levando-se em consideração que se trata de concessão de valores vultosos a médio ou longo prazo, torna-se viável em relação aos prazos estabelecidos entre a assinatura da parceria e o pagamento a ser efetuado ao parceiro privado.

Deve-se fazer para isto uma análise muito minuciosa entre a lei e o texto constitucional, para evitar conclusões precipitadas e nocivas à administração pública, visto que, os resultados provenientes desta análise, podem trazer sérios prejuízos ao erário. Assim, deve-se fazer uma delimitação sobre o sentido a que se refere a “concessão de garantias”.

No cenário jurídico, as concessões de garantias podem se referir a um regime contratual ou a uma conduta administrativo-financeira, apresentando características de obrigações, o que as colocariam no rol dos negócios jurídicos, para isso, devendo respeitar os direitos contratuais, podendo ser relativas a direitos reais ou pessoais.

Por outro lado, elas podem se apresentar como técnica financeira, o que as colocariam como condutas administrativas, impactando-as nas finanças públicas. Deste modo, surge um risco às finanças públicas, uma vez que, o Estado figura como concedente da garantia e isso estaria sujeito ao direito da responsabilidade fiscal.

Para dirimir as confusões pertinentes ao tema, foi que o legislador constitucional fez as reservas seguintes: No inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal está disposto sobre a “competência privativa” da União para legislar em relação às normas gerais em matéria de contratos administrativos. Para isso, determina-se a edição de legislação suplementar aos demais entes federados, por outro lado está o inciso III do artigo 163 da Constituição, presente no capítulo relativo às finanças públicas, que reserva ao legislador complementar à competência de disciplinar a concessão de garantias. (BRASIL, CF, 1988, arts. 22 e 163)

Chegamos à conclusão de que, a “concessão de garantias” está inserida tanto no direito dos contratos administrativos, nas obrigações e nos contratos em geral, como também nas operações financeiras do Estado, com influência no equilíbrio das finanças públicas. Podemos, pois, observar que não se trata de disciplinar concessão de garantias e sim, tipificar as mesmas. Destarte não configura um conflito ou invasão de competências, estando reservada no inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, que atribui competência privativa para a União legislar (ordinariamente) acerca de normas gerais em matéria de contratação administrativa. (BRASIL, CF 1988, art. 22).

5.2- MODALIDADE DE GESTÃO EM SERGIPE

Em nossa realidade, temos um exemplo que já é observado por outros estados como forma comparativa e preparativa de implantação de possíveis parcerias. O Complexo Penitenciário Antônio Jacinto Filho (Compajaf), no sistema prisional de Sergipe – Sejus em 2012.

No ano de 2009 a SEJUC- e a empresa privada vencedora do processo licitatório denominada REVIVER, firmou contrato de terceirização da unidade prisional, Complexo Penitenciário Antônio Jacinto Filho (Compajaf), pelo valor de R\$12.550.666,66 (Doze milhões, quinhentos e cinquenta mil, seiscentos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos), (SEJUC, 2009) o objetivo do referido contrato destinava-se a operacionalização da citada unidade prisional, compreendendo a realização dos serviços por parte da contratada, para a realização dos serviços de manutenção predial, de grupo gerador, fornecimento de alimentação e produtos de higiene pessoal, vestuário, roupas de cama e de banho, transporte, limpeza e higiene das unidades e equipamentos de monitoramento das atividades . Sendo que a direção da unidade é gerida por um funcionário público, as escoltas externas são realizadas por agentes de segurança prisional de carreira, que também fazem a fiscalização dos trabalhos da empresa privada. A estrutura de segurança abarca a utilização de cães para o fechamento das celas e um monitoramento eletrônico acompanhado 24 horas por dia.

Questiona judicialmente à legalidade do contrato de terceirização em Sergipe, (AÇÃO CIVIL PÚBLICA, ACP nº 201311201390/2013) tramita ação civil pública ajuizada pelo Sindicato dos Agentes Penitenciários de Sergipe (Sindpen), em síntese da denúncia o sindicato alega que o contrato firmado entre a SEJUC e a empresa REVIVER é ilegal, vez que na execução do contrato a empresa faz uso da força humana nas atividades que deveriam ser desenvolvidas por agentes prisionais, alega ainda que o Estado terceirizou a sua atividade fim, que seria a segurança dos internos, o Ministério público Estadual pugna pelo fim do contrato com a empresa Reviver e da terceirização dos serviços de segurança nos presídios de Sergipe, por entender que este é ilícito, e que está por violar o princípio do concurso publico

Sendo assim, dentro do impasse existente em relação ao modelo destacado ainda será tema de muitas discussões a ser pacificado pelo judiciário brasileiro, pois, deve prevalecer o que melhor representar a garantias dos princípios fundamentais e os direitos individuais e coletivos constitucionais, dos quais a Segurança Pública é um dos elencados. (PETIÇÃO EXTRAIDA do processo nº 2013112011390, disponível em: <http://www.tjse.jus.br/>)

5.3- DO CONTRATO DE TERCERIZAÇÃO

A celebração do contrato foi estabelecida conforme previsto na lei 8.666/93. Mediante processo licitatório, a empresa vencedora se obrigava a desenvolver as seguintes atividades funcionais garantindo assim a execução da pena conforme prediz o texto legal da LEP.

Em agravo interposto pela empresa Reviver o advogado da empresa explica:

A admissão de a REVIVER foi feita por concorrência pública e os direitos e obrigações das partes foram regulados por contrato. As empresas se responsabilizam a executar todos os serviços que garantam o pleno funcionamento da penitenciária, abrangendo recursos humanos e materiais para hospedagem, manutenção, segurança, alimentação, saúde, recreação, terapia ocupacional com acompanhamento psicológico e a reciclagem educacional e profissional dos detentos a cargo das empresas que se conveniam com o Estado. A EMPRESA

contratada passou a prover serviços penitenciários internos tais como alimentação, saúde, trabalho e educação aos detentos, dando-se a administração prisional mediante um sistema de gestão misto, no qual a supervisão geral do estabelecimento fica a cargo do setor público, cuja atribuição básica seria a de supervisionar o efetivo cumprimento dos termos fixados em contrato (AGRAVO DE INSTRUMENTO DO PROCESSO Nº 201311201390 DISPONIVEL EM :)

A defesa da Reviver, apresenta os indícios de legalidade que permitiram a celebração do contrato, pois este, visa os interesses coletivos da população carcerária.

Sobre o modelo de contrato adotado temos o seguinte resumo:

O modelo adotado no Estado Sergipano, desenvolvido pela empresa Reviver Administração Prisional Privada, denomina-se contrato de TERCERIZAÇÃO Contrato nº 002/2009, firmado entre a SEJUC e a empresa REVIVER, tendo por objeto a contratação da empresa especializada para operacionalização da penitenciária COMPAJAF- localizada no bairro Santa Maria, tal contrato fora pautado no regime de cogestão com a secretaria do Estado e Justiça- SEJUC valor ajustado foi de **R\$ 12.550.666,66 (Doze milhões, quinhentos e cinquenta mil, seiscientos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos)**, valor este pago mensalmente, mediante comprovação das guias de recolhimento de INSS FGTS, pela contratada, os preços ora ajustados com a contratada são irrealizáveis conforme a cláusula terceira parágrafo quinto prevista no contrato. (Texto extraído do Contrato nº 002/2009)

Seguiu-se os critérios pré-estabelecidos em lei quanto à celebração do contrato, o que dá cobertura de legalidade ao ato. Deve-se salientar que em destaque das ações está o cumprimento dos princípios constitucionais previstos para a Administração Pública.

5.4- DA DENUNCIA DO MINISTERIO PUBLICO

O Ministério Público do Estado de Sergipe, a partir da representação feita pelo sindicato dos agentes prisionais, instaurou a presente ação civil pública, em face do Estado de Sergipe e empresa Reviver, a fim de investigar a denúncia feita pelo aluído sindicato, o qual afirma a existência de ilegalidade, no contrato firmado

entre a Reviver e a Sejuc, em suma que o contrato ora firmado mediante processo licitatório, padece do vício de ilegalidade, vez que, na prática a empresa demandada, desenvolve atividade fim do Estado, frisa ainda o Ministério Público que a PGE elaborou parecer exemplificando elencando quais atividades o Estado poderia licitamente terceirizar.

Neste sentido versa o Ministério Público em sua inicial:

Ajuizar Ação Civil Pública Anulatória de Contrato Administrativo com pedido liminar de antecipação de tutela contra o **ESTADO DE SERGIPE**, e contra a sociedade empresária **REVIVER ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL PRIVADA**, instaurado mediante representação do Sindicato dos Agentes Penitenciários e Servidores da Justiça de Sergipe no dia 02 de julho de 2.013, a Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania, órgão integrante da Administração Direta do Estado de Sergipe, contratou a sociedade empresária denominada Reviver – Administração Prisional Privada – com a finalidade de “operacionalizar” a Penitenciária localizada no Bairro Santa Maria, nesta Capital, pertencente ao Sistema Penitenciário do Estado de Sergipe, pelo valor de R\$ 12.550.666,66 (Doze milhões, quinhentos e cinquenta mil, seiscientos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos), no ano de 2.009, renovando-o por meio de 04(quatro) termos aditivos **até o presente ano de 2.013**, conforme documentação juntada com esta inicial verificou-se que o contrato foi firmado para que a contratada realizasse serviços de manutenção predial, de grupo gerador, fornecimento de alimentação e produtos de higiene pessoal, vestuário, roupas de cama e de banho, transporte, limpeza e higiene das unidades e equipamentos de monitoramento das atividades. **Ao lado desses serviços**, que realmente poderia a sociedade empresária haver sido contratada por se tratar de atividade meio, apurou-se que a Requerida fornecia também mão de obra humana para execução de atividades dos agentes de disciplina ou agente de controle. Em outras palavras, funcionários da iniciativa privada, por meio do mencionado contrato e seus aditivos, **estão executando atividades de agentes penitenciários**. Tal prova está estampada em parecer exarado pela Procuradoria Geral do Estado em consulta quanto à legalidade da contratação realizada no âmbito do Poder Executivo. Reproduzimos: É flagrante a ilegalidade da contratação da Requerida para tal finalidade administrativa, razão pela qual o Ministério Público busca a anulação do contrato administrativo firmado e seus aditivos. O contrato firmado contraria a Constituição Federal no seu artigo 37, nos moldes da já sedimentada jurisprudência brasileira: Diante deste quadro, requer o Ministério Público, com base legal no artigo 273, e §§ 1º e 2º, c/c artigo 461, e §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, c/c os artigos 12 e 19 da Lei n. 7.347/85 e **art. 2º da Lei nº. 8.437/92**, a concessão de provimento judicial **liminar** para: a) Determinar ao Estado de Sergipe que se abstenha de renovar ou firmar novo contrato administrativo visando a contratação de pessoas

da iniciativa privada, diretamente ou por meio de pessoa jurídica, para exercerem funções e atividades típicas de agentes penitenciários em qualquer dos estabelecimentos prisionais do Estado de Sergipe;

b) que sejam confirmados como definitivos os pedidos estampados em liminar, determinando ao Estado de Sergipe que se abstenha de renovar ou firmar novo contrato administrativo visando a contratação de pessoas da iniciativa privada, diretamente ou por meio de pessoa jurídica, para exercerem **funções e atividades típicas de agentes penitenciários ou qualquer outra atividade fim** em qualquer dos estabelecimentos prisionais do Estado; **c)** que seja julgado procedente o presente pedido principal **determinando a anulação do contrato administrativo** nº 002/2009 e os aditivos que o renovou (PETIÇÃO EXTRAIDA do processo nº 2013112011390, disponível em: <http://www.tjse.jus.br/>).

Desta forma, o MP, se posiciona ao lado do Sindipen, por entender que há ilegalidade no contrato em relação à finalidade.

5.5- ENTENDIMENTO DO ESTADO

O Estado de Sergipe expressa seu entendimento favorável, ao modelo de terceirização do sistema prisional, frisa ainda que tal modalidade de contrato bem como a atividade desempenhada pela empresa contratada, não se apresenta de modo ilegal não sendo violado, portanto o princípio do concurso público.

O Estado por sua vez fez seguinte pronunciamento de defesa:

O Estado de Sergipe apresentou manifestação nos autos em 18/10/2014 em que defende o Sistema de Terceirização de Penitenciárias sob o argumento de que “a terceirização de alguns dos serviços existentes do estabelecimento penitenciário, não há transferência da função jurisdicional do Estado para o privado uma vez que: a) na imposição de pena continua com o Poder Judiciário; b) a direção do Estabelecimento Penal, nos sistemas de cogestão, continua com o Poder Público; c) ao particular fica apenas a prestação de serviços de apoio à gestão.”

No que concerne ao STF, demonstra a Decisão anexa, que a maioria dos Senhores Ministros entende que não existe óbice ou proibição de terceirizar atividades – fim. Pelo contrário do que está alegado pelo Ministério Público, decisão judicial ou a Súmula do TST não pode impedir a terceirização de atividades – fim, sob pena de violação ao inciso II, do art. 5º da Constituição, que estabelece entre as Garantias Fundamentais que: “II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

E é importante observar que a Decisão do STF afirma caber às organizações decidirem sobre que atividades desejam contratar com terceiros ou optar pela terceirização, isso se insere no contexto da liberdade das atividades econômicas assegurada pela Constituição. Já a Decisão do TST, é clara no sentido de considerar inaceitável a alegação do Ministério Público, de proibição da contratação com empresa privada, levada a efeito pelos Presídios, por envolver serviços de agentes prisionais, e que isso fere o disposto no art. 37, Inciso II, da Constituição Federal de 1988. Afirma aquela Corte maior Trabalhista que esse dispositivo da Constituição apenas exige para assumir cargo público que a pessoa deve ser aprovada em concurso público. E, obviamente que na empresa não há cargo público. (CONTESTAÇÃO extraída do processo nº 2013112011390, disponível em: <http://www.tjse.jus.br/>).

O posicionamento do Estado visa proteger a estabilidade do contrato e desta forma o bom andamento das ações e serviços previstos no contrato.

5.6- CONTESTAÇÃO DA REVIVER

Já a empresa demandada, em sua tese de defesa, pontua que todo o trâmite referente à contratação, respeitou todos os moldes legais, afirma ainda que as cláusulas e atividades desenvolvidas estão em conformidade com os ditames da lei, afirma ainda que os agentes não exercem função típica dos agentes prisionais. E que o fundamento maior da parceria se deu pelo déficit do Estado, na manutenção do sistema prisional.

A Empresa Reviver por sua vez fez a seguinte contestação:

A propósito da ação, ao apresentar defesa e contestação dos fatos a empresa Reviver apresenta seguinte posicionamento:

Contrato foi assinado dentro da mais completa legalidade, precedido de licitação pública, projeto básico e parecer do jurídico, preenchendo, assim, todos os requisitos da lei estabelecidos para os contratos administrativos. O seu objeto é a prestação de serviços na forma de operação, manutenção, reforma, reparação, manutenção, serviços profissionais, que são utilidades indispensáveis para o funcionamento dos presídios, o que é prevista no art. 6º, II da Lei nº 8.666/93.

Ademais, mesmo que fossem esses serviços públicos típicos, ainda estaria o contrato regular, pois a Constituição Federal estabelece no art. 175 e 177 a possibilidade de transferência para empresas de atividades ou serviços públicos, inclusive até os de monopólio da União. Em busca do cumprimento do que determina a Lei que o Estado faça, com relação aos presos cumprindo penas: *proporcionar*

condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (Lei de Execução Penal nº 7.210/84).

Por outro lado, as atividades desempenhadas pelos agentes de disciplina ou de controle **NÃO SÃO FUNÇÃO TÍPICA DE ESTADO**, e não há no Estado de Sergipe lei prevendo para os presídios os mesmos cargos/função desempenhados pelos empregados da prestadora, e essa seria a única hipótese de citada violação do art. 37, inciso II da Constituição, que estabelece

Como o Estado sozinho já está mais que demonstrado, não consegue fazer o seu dever de casa adequadamente ou atender à Constituição e a Lei de Execuções Penais, o que se percebe nessa busca de parceria com empresas especializadas, claramente, é que as autoridades competentes, diante da gravidade da situação, estão procurando alternativas viáveis, as quais já vêm demonstrando serem bem sucedidas nos Estados da Bahia, Espírito Santo, Paraná, em Sergipe que adotam o modelo francês, e, Minas Gerais, que está adotando o modelo americano. Portanto, resta comprovado de forma cabal que as funções de agente penitenciário previstas na legislação do Estado de Sergipe, não são executadas pelos agentes de disciplina da empresa Reviver, sendo incabível a alegação de nulidade do seu contrato com o Estado de Sergipe, pois o mesmo é legal, e está de acordo com a legislação Estadual, Federal e com o art. 37 da Constituição Federal

Muito tem sido debatido o alcance do preceito do inciso II do art. 37 da Constituição, pelos autores ou juristas, quando é tratado o tema terceirização na Administração Pública. Vale destacar a propósito os comentários de páginas 74/75, do livro "Mudanças na Terceirização – Normas Legais Incluem Atividade-Fim", da especialista e jurista Dra. Celita Oliveira Sousa:

A legislação brasileira também não impede a adoção da terceirização dos presídios, pois é possível a transferência da administração das prisões sem que isto implique a retirada da função jurisdicional do Estado, a qual não se pode ser delegada. Nesse modelo o parceiro privado fica encarregado apenas de executar as atividades consideradas acessórias ou atividades meio.

Portanto, resta comprovado de forma cabal que as funções de agente penitenciário previstas na legislação do Estado de Sergipe, não são executadas pelos agentes de disciplina da empresa Reviver, sendo incabível a alegação de nulidade do seu contrato com o Estado de Sergipe, pois o mesmo é legal, e está de acordo com a legislação Estadual, Federal e com o art. 37 da Constituição Federal E o agente penitenciário por determinação da lei estadual executa:

O parecer não traz a conclusão da inicial, pelo contrário, apenas alerta que há processo judicial sobre o assunto, e afirma que entende legal a terceirização desde que os terceirizados não exerçam o "jus puniendi". E de fato os empregados da REVIVER não o exercem, pois trabalham como apoio operacional.

A legislação brasileira também não impede a adoção da terceirização dos presídios desde, pois é possível a transferência da administração das prisões sem que isto implique a retirada da função jurisdicional do Estado, a qual é indelegável. Nesse sistema, a iniciativa privada se encarrega apenas da execução das atividades-

meio como fornecimento de alimentação, vestuário, limpeza etc. O trabalho do detento é utilizado mediante justa remuneração, nos moldes dos preceitos da lei de execução penal, a qual se destina à reparação do dano causado à vítima, a ajuda de sua família ou para a formação de um patrimônio econômico a ser lhe entregue após o cumprimento da pena

Pela análise dos termos do contrato firmado entre o Estado de Sergipe e a empresa REVIVER gerenciadora do estabelecimento, conclui-se que ao primeiro remanesce a indelegável função de acompanhar a aplicação da pena, fazer a progressão dos regimes fechado para o semiaberto, e deste para o aberto. Logo, compreende-se que ao Estado, através de seus órgãos encarregados da execução penal, incumbe o cumprimento da lei de execução penal, inclusive no que concerne à concessão de benefícios previstos naquela lei, tais como a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. Enquanto a REVIVER administra as funções meio da unidade prisional.

Diante dessas assertivas, a execução das atividades meio pela empresa REVIVER visam que realmente seja cumprida a Lei de Execução Penal, o que não sole acontecer no sistema convencional. Buscando dar o máximo de efetividade à Lei de Execução Penal – LEP (Lei nº 7.210/84), a Reviver direciona sua atenção para os seguintes aspectos: individualização da pena, assistência jurídica, assistência à saúde, assistência educacional, trabalho prisional e assistência ao egresso.

A individualização da pena, princípio insculpido no art. 5º, XLVI e XLVIII, da Constituição Federal, é atendido pela Reviver, na medida em que os serviços de assistência psicológica, são efetuados por um quadro de empregados próprios da REVIVER, levando-se em consideração as especificidades de cada preso. Bem como mediante o cumprimento do direito a uma alimentação suficiente (SERGIPE, Tribunal de Justiça de Sergipe. Contestação do processo nº 2013112011390, disponível em: <http://www.tjse.jus.br/>).

O posicionamento da empresa demonstra que a mesma, está cumprindo sua função social em relação à execução dos serviços no complexo penitenciário, desta forma, é válida sua tentativa de manter o contrato junto à SEJUC.

5.7- SITUAÇÃO ATUAL DO PROCESSO

A citada ação judicial encontra-se ainda em tramitação nas instâncias superiores embora já existam algumas decisões no juízo de primeiro grau em conformidade com entendimento do Ministério Público, nenhuma posição resta ainda delas é definitiva. Resta tão somente suspenso o processo aguardando o trânsito e julgado da Ação civil pública de nº [200911201094](#) a qual encontra em apenso . A fim de evitar julgamentos conflitantes sobre o mesmo objeto, bem como possíveis prejuízos às partes Esta decisão deve ser tomada com cautela, para não trazer

prejuízo ao Estado, nem tão pouco aos interesses da sociedade. Até a presente data, a empresa REVIVER continua operacionalizando as atividades no complexo penitenciário Jacinto Filho, (COMPAJAF).

6- CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Temos instaurado o caos no sistema prisional nacional, em razão do sucateamento das unidades prisionais. Restaurar aquele que entrou em rota de colisão com as linhas da integridade social, tornou-se uma missão quase que impossível, visto que, a máquina administrativa está onerada, não podendo dar suporte ao instituto que, após saúde e educação, é dos mais importantes que é o da segurança pública, em especial aos centros de recolhimento de apenados, cujo objetivo deveria ser a restauração da personalidade e recondução digna dessas pessoas ao convívio social. Pode-se afirmar que a ressocialização destes, não passa de um sonho distante, pois, salvo as exceções, dificilmente esse objetivo será alcançado. Os cárceres brasileiros estão mais assemelhados às masmorras e calabouços medievais, ou seja, verdadeiras escolas do crime.

As unidades prisionais brasileiras, administradas pelo poder público, não passam de depósitos onde pessoas são amontoadas em ambientes insalubres, superlotados, que, não dão o mínimo de condições para sobrevivência e ressocialização, visto que muitos perdem suas vidas nestes ambientes. A dignidade da pessoa humana é desrespeitada.

Colocar um cidadão que, embora não tenha condições de viver livre em sociedade, seria o caminho ideal? Qual futuro terá uma pessoa colocada numa prisão brasileira? Ao sair estará reabilitada?

Embora os esforços do Estado estejam voltados para solucionar esses problemas, sabemos bem que as respostas a essas indagações são negativas, pois as condições no momento são desfavoráveis para a população carcerária.

Para se encontrar soluções viáveis a estes problemas, deve-se levar em consideração os fatores relevantes que levarão os apenados a reencontrarem o caminho de uma vida digna. Ambientes que posam fazer com que o apenado se afaste daquilo que o levaram ao mundo do crime, onde ele possa aprender uma profissão e ser devolvido à sociedade com novos valores morais. Embora não proporcione isso ao apenado, deve o Estado encontrar meios para promover essa reabilitação de forma eficiente.

O sistema de gestão compartilhada foi um dos caminhos encontrados para dirimir esses problemas, porém a sua implantação foi um tanto frustrada devido à falta de fiscalização do poder público.

Por outro lado, temos casos de gestão compartilhada que comprovam a eficiência desse sistema, desde que, aplicado de forma correta e que se exerçam as prerrogativas públicas que garantam o bom funcionamento, a saber, a aplicação dos princípios que regem a administração pública. Foi assim, na maioria dos casos, que foi possível melhorar a qualidade de vida da população carcerária, mostrando um novo horizonte, uma esperança de que esse quadro pode ser revertido.

São ações como essas que podem fazer diferença, pois, as parcerias com a iniciativa privadas, pode ser muito mais benéfica do que se espera, pois além da sua função social, traz resultados impactantes para a economia, visto que, gradativamente haverá um maior retorno, tanto em função da economia nos recursos a serem empregados, como no aumento de mão de obra qualificada e até mesmo com uma possível redução da população carcerária.

Seja através do modelo de Parcerias Público-Privadas, de Cogestão ou até mesmo de Privatização de unidades prisionais, deve-se levar em consideração que o Estado não poderá se eximir de sua função de promover e garantir a segurança pública, para isto deverá atuar de forma direta e indireta para manutenção da ordem.

Chegamos à conclusão que, o Estado e seus parceiros devem cumprir cada um a sua parte nos acordos celebrados, fazendo com que as mudanças tão esperadas pela sociedade, passem a ser uma realidade presente e constante, resultantes de um modelo eficiente de gestão.

As gestões que envolvam as parcerias entre o Poder Público e a Iniciativa Privada, são necessárias e urgentes como também são benéficas para a sociedade pois amplia o desenvolvimento da qualidade dos serviços prestados à população carcerária para devolvê-los ao convívio familiar e social de forma digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason Soares. *Proposta de privatização do sistema penitenciário do Brasil. Jus: Revista jurídica do Ministério Público*, Belo Horizonte, v. 24, n. 15, p.210-216, 1993, <http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=50391&IndexSrv=1&nomeArquivo=21955.pdf>. Acesso em 08 mar. 2016.

ALEXANDRE, Ricardo *Direito administrativo esquematizado/ Ricardo Alexandre*, João de Deus. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015

ALEXANDRINO, Marcelo *Direito administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrino*, Vicente Paulo. - 23. ed.rev .. atual. E ampl. - Rio de Janeiro : Forense; Sao Paulo : MÉTODO. 2015

APPY, Bernard e **MACHADO**, Nelson. Lei Nº 11.079/2004. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2004/lei/L11079.htm>. Acesso em 22 mar. 2016.

BRASILE Cesar Reinaldo Offa. *Direito do Trabalho Teoria Geral a Segurança e Saúde* 5ª edição 2012 V. 27 SÃO PAULO 122 a 124

CAMARGO, Vera Lúcia. *Privatização de presídios através de parceria com o governo do estado: uma alternativa viável de ressocialização*. Revista jurídica UNIGRAN, Dourados, v. 3, n. 5, p.153-161, jan./jun. 2001. Avulsa n. 74. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMídia=88203&ilIndexSrv=1&nomeArquivo=23448.pdf>> Acesso em 10 abr. 2016.

CARDOSO, Amâncio - *O Quinto dos Infernos: Presídios em Sergipe no Século XIX, periódico*. Disponível em: <http://www.sindpense.org.br/ver_noticia.php?id_noticia=591&hash=e21c489625b4c596023ea9fe8e8e8707>. Acesso em 11 fev. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho*. – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. *É conveniente privatizar os presídios*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 7, p.113-116, jul./set. 1994. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=41683&ilIndexSrv=1&nomeArquivo=9199.pdf>> Acesso em 14 mar. 2016.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *A privatização dos presídios*. Jus: Revista jurídica do Ministério Público, Belo Horizonte, v. 28, n. 20, p.253-257, 1996. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=46999&ilIndexSrv=1&nomeArquivo=26666.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo, 27ª Edição, ATLAS S.A. 2014.

ENEI, Jose Virgílio Lopes. Demora Justificada – Projetos mostram que 2006 deve ser o ano das PPPs. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/42409,1>> Acesso em 30 mar. 2006.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. *Prisão privada: solução, mas para quem?*. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p.155-158, 1999. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=55174&ilIndexSrv=1&nomeArquivo=29602.pdf>> Acesso em 18 abr. 2016.

GALVÃO, Graciene A. A. Aspectos *Históricos e Introdutórios às Parcerias Público-privadas*. Disponível em: <http://www.abcon.com.br/biblioteca/download.php/27/Pinheiro_Neto_Aspectos_Historicos_e_Introdutorios_PPPs.pdf> Acesso em 22 de março de 2016.

JOBIM, Nelson. Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/_Ato1995-2006/1995/lei/L8987.htm> Acesso em 25 de março de 2016.

KUEHNE, Maurício. *Privatização dos presídios: algumas reflexões*. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 14, p.127-132, jul./dez. 2000. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=51030&ilIndexSrv=1&nomeArquivo=23197.pdf>> Acesso em 15 mar. 2016.

LEAL, César Barros. *A privatização das prisões*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p.11-41, fev./mar. 2005. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-df.asp?codigoMidia=82836&ilIndexSrv=1&nomeArquivo=81248.pdf>> Acesso em 15 mar. 2016.

LOTKE, Eric. *A indústria das prisões*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 18, p.27-31, abr./jun. 1997. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=43775&ilIndexSrv=1&nomeArquivo=11832.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2016.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo* /– 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. *Estréia Paulista – São Paulo abre licitação para PPP do Brasil*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40405.1>> Acesso em 11 nov. de 2015.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo e **WINDT**, Márcia Cristina Vaz dos Santos. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSA, Márcio Fernando Elias *Direito administrativo* 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 20)

SANTOS, Elenauro Batista dos. *Privatização do sistema penitenciário. Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p.23-35, jan./fev. 1993. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=57360&ilIndexSrv=1&nomeArquivo=32678.pdf>>. Acesso em 18 fev. 2016.

SEAP, Superintendência Executiva de Administração Penitenciária do Estado de Goiás - AGSEP conhece administração prisional mantida por PPP em Sergipe. Publicado e atualizado em 26/10/2012 Disponível em: <<http://www.seap.go.gov.br/destaques/agsep-conhece-administracao-prisional-mantida-por-ppp-em-sergipe.html>>. Acesso em 14 jan. 2016.

SILVA, José de Ribamar - *Ressocialização Para não Rescindir*. 2003 (Monografia à título de especialização). Universidade Federal do Paraná (PR). Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf>. Acesso em 04 abr. 2016

TAFFARELLO, Rogério Fernando, Coordenador chefe - *O Sistema Prisional Brasileiro e as suas PPPs*. *Boletim* - 247 - Editorial - junho/2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4882-Editorial-O-Sistema-Prisional-Brasileiro-e-as-suas-PPPs>. Acesso em 04 abr. 2016.

TRULIO, Maria Cristina de Souza - *Privatização dos Estabelecimentos Prisionais no Brasil: Uma reflexão após experimentos em alguns Estados ante a sua Retenção em contribuir para o desenvolvimento Humano*. 2009 (Dissertação apresentada ao curso de Mestrado área ciências penais). Universidade de Cândido Meneses – Rio de Janeiro - RJ. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp109051.pdf>>. Acesso em 21 out. 2015.

VELOSO, Roberto carvalho – *A crise do sistema penitenciário* – JusNavigandi. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4088/a-crise-do-sistema-penitenciario>>. Acesso em 14 nov. 2015.

VIDAL, Luis Fernando Camargo de Barros. *Privatização de presídios*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 1, n. 2, p.56-63, abr./jun. 1993. Disponível em:<<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=41579&ilIndexSrv=1&nomeArquivo=9088.pdf>>. Acesso em 19 mar, 2016.

ANEXOS I