

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Franciniele Teixeira Nagildo

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Porto Alegre

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Franciniele Teixeira Nagildo

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.
Orientador: Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi

Porto Alegre
2019

Franciniele Teixeira Nagildo

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi
Orientador

Prof.^a Dr.^a Maria Cláudia Mércio Cachapuz

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de início, à minha família, principalmente aos meus pais pelo amor, educação e apoio. Em especial ao meu pai, Antonio, e minha irmã Daniele, por sempre acreditarem e torcerem pelo meu sucesso. Agradeço também à minha mãe, Óli, que sempre foi minha apoiadora incondicional, mas infelizmente, por não estar mais entre nós, não terá a oportunidade de ver sua filha realizando este grande sonho.

Agradeço, em especial, ao Guilherme, que esteve ao meu lado no fim desta jornada, me dando todo o apoio psicológico necessário para a conclusão desta etapa.

Agradeço também ao meu orientador, professor Giacomuzzi, a quem sou grata pelos textos e livros indicados.

Por fim, agradeço à UFRGS, por esses anos na Faculdade de Direito, onde tive experiências enriquecedoras que sei que levarei para toda a vida.

*“Se quiseres conhecer a situação socioeconômica
do país visite os porões de seus presídios”.*

NELSON MANDELA

RESUMO

O presente trabalho trata da adoção de parcerias público-privadas no âmbito do sistema penitenciário, tema que ganha notoriedade diante do atual panorama em que se encontram as prisões brasileiras. Apesar de o sistema prisional ter evoluído, ainda se encontram vários dilemas sobre a forma como funciona este sistema e sobre como é o tratamento dispensado às pessoas privadas de liberdade. A conquista do monopólio da força punitiva pelo Estado foi um avanço, contudo trouxe o desafio à Administração de garantir a dignidade ao apenado e o cumprimento do disposto na Lei de Execuções Penais. Desta forma, o sistema penitenciário passou por mudanças socioestruturais, contemplando a participação do setor privado na gestão do sistema, como alternativa para solucionar os problemas existentes nesta estrutura. Assim, a ideia de implantar parcerias público-privadas na construção e administração de estabelecimentos prisionais surge como alternativa para melhorar as condições do ambiente penitenciário como um todo.

Palavras chave: Direito Administrativo. Execução penal. Parceria público-privada. Sistema penitenciário.

ABSTRACT

The present work analyzes the adoption of public-private partnerships among the prison system, a matter that rises in importance due to the current conditions in which Brazilian prisons are set in. In spite of the prison system having been evolving, still many dilemmas - about how such system works and how people set aside from freedom are dealt with - arise. The monopoly of the use of strength being put exclusively under the scope of the State was, with no doubt, an advance for humanity, but that phenomenon brought also a set of challenges to the administration, regarding the assurance of a minimal set of guarantees to the convict, and the enforcement of the content of the criminal execution law. Thus, the prison system has been through a series of social and structural changes, which encompass the participation of the private sector to improve the existing problems on the system. Hence the idea of implementing public-private partnerships as an alternative to mend the conditions of the prison environment as a whole.

Keywords: Administrative law. Criminal execution. Public-private partnerships. Prison system.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. SISTEMA PENITENCIÁRIO	10
2.1. Origem das penas e do sistema penitenciário	10
2.2. Situação atual das penitenciárias brasileiras	12
3. PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	17
3.1. Contextualização histórica dos modos de execução das tarefas públicas	17
3.2. Concessões	23
3.3. Parcerias Público-Privadas	27
3.4. Histórico da experiência internacional de privatização de presídios	31
3.5. Parceria Público-Privada como Sistema de Gestão Prisional	34
3.5.1 Conflitos de interesses	36
3.5.2 Legalidade e constitucionalidade administrativas	37
3.5.3 O problema da superlotação	41
3.5.4 A questão do trabalho do apenado e a busca por lucro pelo parceiro privado	42
3.5.5 Índices de desempenho e incentivos ao parceiro privado	44
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
5. REFERÊNCIAS	49

1. INTRODUÇÃO

Dentre as necessidades mais imediatas da atualidade brasileira, a questão prisional é uma das mais relevantes. O sistema penitenciário brasileiro encontra-se em uma situação caótica, tanto pela questão da superlotação quanto pelo tratamento desumano dispensado aos detentos submetidos ao cárcere. Isto porque, apesar das disposições constitucionais a respeito e da existência de uma Lei de Execuções Penais que leva em consideração os direitos humanos dos presos, estes têm seus direitos fundamentais desrespeitados em face dos problemas estruturais que acometem o sistema prisional.

Desta forma, deve-se buscar alternativas capazes de modificar tal situação, tendo em vista que o atual modelo mostra-se ineficaz em relação a seus objetivos. Nesse contexto, as Parcerias Público-Privadas surgem como uma alternativa para proporcionar maior agilidade e eficiência na prestação de serviços, além de desonerar o Estado de altos investimentos em curto prazo. O instituto é utilizado como uma ferramenta de delegação de serviços, trazendo uma nova forma de conceber o serviço público, com a participação atuante e direta da iniciativa privada. Esta nova modalidade de contratação vem sendo muito utilizada pelo Estado para a realização de obras e serviços muito onerosos, estando presente na construção e manutenção de obras infraestruturais em diversos setores.

No que concerne à utilização do instituto de PPPs no sistema penitenciário, o modelo foi introduzido no Brasil inspirado nas experiências internacionais. A primeira penitenciária totalmente sob o regime de PPP está localizada em Minas Gerais, na unidade prisional de Ribeirão das Neves, onde houve a participação da iniciativa privada desde o projeto inicial até a administração do estabelecimento.

Importante ressaltar que em algumas penitenciárias brasileiras já ocorre a delegação de determinadas atribuições à iniciativa privada, mas de forma menos ampla, por meio de terceirização de alguns serviços necessários. No entanto, o modelo de PPP no sistema penitenciário propõe um método diferenciado de exploração do sistema de cogestão. O modelo clássico de delegação administrativa apenas cede à iniciativa privada a gestão do presídio ou a exploração de alguma necessidade do estabelecimento, como, por exemplo, lavanderia e alimentação, já no modelo de PPP, a empresa privada participa desde o projeto arquitetônico até a

gestão completa do estabelecimento prisional, sendo a atividade estatal limitada a remunerar o ente privado e fiscalizar a execução do contrato.

No caso do sistema penitenciário, a busca pelo lucro, por parte da empresa privada, e a fiscalização do Estado tendem a refletir maior eficiência no serviço prestado. Nesse sentido, a desconcentração dos serviços públicos é vista como uma tendência de gestão, que propõe melhorar o sistema prisional em relação ao cumprimento do disposto na LEP e ao respeito à dignidade humana.

Desta forma, importa destacar que a questão da privatização de presídios é debatida sob duas perspectivas: daqueles que avistam no modelo privatizador uma alternativa viável ao aprimoramento do sistema penitenciário, e daqueles que identificam obstáculos à sua implantação, argumentando a incidência de entraves legais e morais. Assim, se verifica que a questão é controversa, dotada de complexidade.

Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo fazer uma análise acerca da implantação do sistema de parcerias público-privadas na construção e administração de estabelecimentos prisionais, estruturando-se da seguinte maneira. Primeiramente, é feita uma breve análise acerca do sistema penitenciário, desde sua criação até a situação atual brasileira. Em seguida, passa-se a analisar a evolução da Administração Pública no que concerne à delegação a particulares da execução de serviços públicos, seguida da análise do instituto das parcerias público-privadas, como espécie do gênero concessão de serviços. Por fim, examina-se a aplicabilidade do instituto de PPPs no sistema penitenciário, com o cunho de verificar sua legalidade e constitucionalidade na construção e administração de estabelecimentos prisionais, levando em consideração os preceitos constitucionais aplicáveis à Administração Pública, bem como aqueles relativos aos direitos e garantias fundamentais.

2. SISTEMA PENITENCIÁRIO

2.1 Origem das penas e do sistema penitenciário

O Direito Penal, até o século XVIII, era marcado por penas cruéis e desumanas, servindo a prisão como contenção, tendo como finalidade ser local de custódia e tortura (DULLIUS; HARTMANN, 2011). Não havia então a privação de liberdade como forma de pena, mas sim como custódia e garantia de que o acusado não iria fugir, devendo aguardar o julgamento e a pena subsequente, privado de sua liberdade, em cárcere. Conforme assinala Carvalho Filho (2002, p. 21), “o encarceramento era um meio, não era o fim da punição”.

Posteriormente, a partir da ideia do conceito de prisão como pena, os ingleses construíram em Londres a primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos. A *House of Correction* foi construída entre 1550 e 1552, mas o conceito de seu funcionamento se difundiu somente no século XVIII (MIRABETE, 2011, p. 235).

Conforme Di Santis e Engruch (2012, p. 7), foi apenas no século XVIII que a pena privativa de liberdade passou a fazer parte do rol de punições do Direito Penal, com o gradual banimento das penas cruéis e desumanas, a pena de prisão passa a exercer um papel de punição de fato.

Em relação às penas privativas de liberdade, têm-se três tipos de sistemas penitenciários: o sistema Filadélfia (ou celular), o de Auburn (*silent system*) e o sistema Progressivo. O sistema celular era um sistema de reclusão total, onde o preso ficava totalmente isolado do mundo exterior e do contato com outros presos (DI SANTIS; ENGRUCH, 2012, p. 8). No sistema de Auburn, os prisioneiros dormem em celas separadas, mas trabalham, durante o dia, em conjunto com os demais prisioneiros (MAGNABOSCO, 1998). Quanto ao sistema progressivo, Assis (2007) observa:

A ideia de um sistema penitenciário progressivo surgiu no final do século XIX, mas, no entanto, sua utilização generalizou-se através da Europa só depois da I Guerra Mundial. A essência desse regime consistia em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um deles os privilégios que o recluso poderia desfrutar, de acordo com sua boa conduta e do avanço alcançado pelo tratamento reformador. Outro aspecto importante era o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. Basicamente, o sistema

progressivo tinha como fundamento dois princípios: estimular a boa conduta do recluso e obter sua reforma moral para uma futura vida em sociedade. O avanço considerável obtido pelo sistema progressivo justifica-se pela importância por ele dada à vontade do recluso e de que ele diminuísse o rigor excessivo na aplicação da pena privativa de liberdade. (ASSIS, 2007, p. 2)

Apesar de algumas modificações, este é o sistema que mais se aproxima do sistema adotado no Brasil.

Conforme afirmam Dullius e Hartmann (2011), no Brasil, as políticas punitivas eram baseadas nas ordenações manuelinas e filipinas, que tinham por base a ideia de intimidação pelo terror, isto é, um instrumento punitivo contra o crime, empregando ideias religiosas. Tais ideais só perderam espaço após a Independência, em 1830, quando foram substituídos por uma legislação adequada à realidade brasileira.

Com o advento do Código Penal de 1890, surgiram novas modalidades de prisão, considerando que não mais haveria penas perpétuas ou coletivas, limitando-se às penas restritivas de liberdade individual, com limite máximo de 30 anos. Além disso, a partir daí surgiu o regime penitenciário de caráter correccional, com fins de ressocializar e reeducar o detento. No entanto, o modelo proposto pelo Código de 1890 enfrentou movimentos reformistas já nos primeiros momentos de sua implantação. Pereira Cuano (2010, p. 5), aduz que:

[...] O primeiro Código penal republicano foi menos feliz que o seu antecessor. A pressa com que foi concluído, prejudicou-o em mais de um ponto, e nele a crítica pôde assinalar, fundadamente, graves defeitos, embora, muitas vezes com excesso de severidade. Não tardou a impor-se a ideia de sua reforma, e em menos de três anos depois da sua entrada em vigor, já aparecia o primeiro projeto de Código, para substituí-lo.

O movimento de reforma, entretanto tornara-se imperioso. Em 1916, o Instituto da Ordem dos Advogados, no Rio de Janeiro, fazia sentir no Congresso a necessidade urgente da reforma penal e dois anos depois, uma Comissão da Câmara e do Senado, entrava a discutir as bases de um projeto, que ficou também sem andamento.

Assim, no período da história brasileira em que regia o pensamento do Estado Novo de Getúlio Vargas, em 1940, foi publicada uma nova consolidação de leis penais, chamada de Código Penal Brasileiro, em vigor até os dias atuais.

No ano de 1984, foi promulgada a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210), visando regulamentar a classificação e individualização das penas, trazendo regras

mínimas para o tratamento do apenado, buscando resguardar seus direitos e estabelecendo seus deveres. E em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que incorporou várias matérias já estabelecidas anteriormente, dando especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e demais fundamentos, explicitados em seu artigo 5º, como proibição de tortura e respeito à integridade física e moral.

Com o objetivo de compreender o funcionamento do sistema penitenciário e, posteriormente, sua forma de gestão, se buscará em seguida fazer uma análise da atual situação dos presídios brasileiros.

2.2 Situação atual das penitenciárias brasileiras

A situação atual do sistema prisional brasileiro é sabidamente caótica. Em estabelecimentos prisionais de todo o país ocorrem uma diversidade de problemas que levam a um mesmo resultado: o desrespeito aos direitos humanos e à Lei de Execução Penal.

A partir da realização de CPIs acerca do sistema penitenciário, constatou-se que, nos presídios visitados, os detentos são amontoados em celas sujas, escuras e mal ventiladas, em condições desumanas e degradantes, onde há proliferação de ratos, baratas e bactérias, ou seja, um ambiente de insalubridade generalizada, que representa risco permanente à saúde da população carcerária (CPI do Sistema Carcerário, 2009). Além da infraestrutura precária, também há falta de segurança e de tratamento digno nas prisões, sendo negados aos detentos até mesmo seus direitos básicos, conforme relatório do Mutirão Carcerário (CNJ, 2011):

Nos 26 presídios inspecionados, o Mutirão Carcerário do CNJ registrou outras violações à Lei de Execução Penal e à dignidade humana. É flagrante a precariedade nas instalações ultrapassadas, celas insalubres, onde faltam colchões, material de higiene e até contato com a luz do sol.

Sob o mesmo ponto de vista, cabe salientar a realidade do Presídio Central de Porto Alegre, que não é diferente da realidade da maioria dos presídios brasileiros. O Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), em relatório

de 2015¹, constatou que todos os pavilhões visitados apresentavam condições bastante degradadas e com pouca iluminação. E, embora não tenha sido autorizado o acesso às galerias, foi possível observar que as estruturas internas são muito precárias, escuras, sujas, com péssimas condições de infraestrutura e evidências de infiltração de água, manchas de umidade, fungos e bolor, segundo dados do relatório.

Nesta perspectiva, Roseane Costa, ex-detenta, escreveu artigo intitulado *Memórias do Cárcere*, onde retrata a falência do sistema prisional e a violação dos direitos humanos nas prisões:

O Estado não oferece as mínimas condições para que um criminoso seja reintegrado na sociedade. Não há saúde no sistema prisional em nenhum sentido, não há saúde física e muito menos psicológica. Para quem não tem visita não há o que comer, não há remédios e o pior: essas pessoas são as mais castigadas porque eles sabem que não vai haver ninguém para denunciar.

Contudo, o mais notório problema enfrentado no sistema penitenciário brasileiro é a falta de vagas. A superlotação dos presídios, que é tida como a mãe dos demais problemas, é apenas mais uma das diversas dificuldades existentes no sistema prisional nos moldes atuais. Conforme dados do Infopen², entre o segundo semestre de 2016 e o primeiro de 2017, houve um aumento de 0,59% da população encarcerada, correspondendo esse acréscimo a um total de 4.234 detentos.

Neste sentido, a Anistia Internacional afirmou, em nota pública³, que os massacres ocorridos no sistema prisional, como por exemplo, o ocorrido no estado do Pará, em julho deste ano, são um reflexo de políticas de segurança pública que não geram resultados eficientes nos termos da garantia da proteção da vida:

A Anistia Internacional vem alertando para a ampliação da população carcerária e suas condições nos últimos anos, e este ano Brasil chegou a 812 mil pessoas presas, a terceira maior população

¹ Relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), 2015. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/presidio-central-de-porto-alegre/>. Acesso em: 04 nov. 2019.

² Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen/>. Acesso em 03 nov. 2019.

³ Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/anistia-internacional-massacre-em-presidio-para-reflete-sistema-carcerario-superlotado-e-modelo-de-seguranca-publica-esgotado/>. Acesso em: 04 nov. 2019.

carcerária do mundo, sem que nada seja feito para mudar este quadro, sendo recorrentes casos de massacres no sistema carcerário brasileiro, como este terrível caso ocorrido hoje em Altamira, no Pará, com 57 mortos em situação de privação de liberdade. Estas pessoas, que estavam sob a tutela do Estado brasileiro para serem reeducadas e terem novas oportunidades na sociedade, deveriam ter suas vidas preservadas.

No tocante à enorme quantidade de processos em tramitação e ao descontrole do Poder Judiciário ao tentar acompanhar a crescente demanda, dispõe relatório do Mutirão Carcerário (CNJ, 2011):

A escassez de pessoal nas varas responsáveis pela execução penal leva ao acúmulo de processos e ao descontrole sobre o cumprimento das penas, fazendo com que pessoas fiquem detidas além do tempo estipulado pela Justiça.

A partir disso, infere-se que o Poder Judiciário não acompanha corretamente os processos de execução penal, tratando com descaso a prisão preventiva, o que causa uma sobrecarga no sistema, devido ao número excessivo de presos provisórios. Assim, além da estrutura física precária dos estabelecimentos prisionais, a própria execução da pena é deficiente. Isto também porque o sistema de execução não separa os apenados de acordo com o crime cometido, o que acaba por criar verdadeiros “laboratórios do crime”, pois presos que cometeram delitos menos graves são enclausurados junto com outros detentos de bem maior periculosidade, muitas vezes, líderes de facções criminosas, que acabam por recrutar novos integrantes.

Ademais, percebe-se que além de faltar vagas no sistema penitenciário, faltam oportunidades de trabalho para os presos, o que dificulta sua ressocialização. Conforme dados do Infopen⁴, no primeiro semestre de 2017, cerca de 17,54% de toda a população carcerária estava envolvida em atividades laborais, internas e externas às unidades prisionais, correspondendo a um total de 127.514 detentos trabalhando, o que é considerado um número baixo, tendo em vista que o trabalho do preso é expressamente previsto na LEP⁵ como um dever.

⁴ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen/>. Acesso em 03 nov. 2019.

⁵ **Art. 28.** O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Além de tudo, em algumas penitenciárias, o Estado não detém poder de atuação, pois facções criminosas comandam a rotina. É o que ocorre no Presídio Central de Porto Alegre⁶, por exemplo, onde a atuação do Estado fica limitada a determinadas áreas, nunca passando da entrada das galerias, pois, ali, os próprios detentos é que são os responsáveis por organizar sua rotina, havendo a figura de um “prefeito” em cada galeria. Ou seja, o Estado se omite de parte de sua responsabilidade sobre os presos, não exercendo a tarefa de supervisão diária da execução penal sobre a população carcerária. Tal cenário de omissão estatal impede qualquer possibilidade de individualização da pena, em afronta à Lei de Execução Penal.

Outro ponto que é importante destacar no que se refere ao Presídio Central de Porto Alegre, é que sua administração é feita pela Brigada Militar, que também atua na segurança do presídio, desde 1994. A intervenção pela BM se iniciou após uma rebelião dos presos; tal intervenção deveria ter se restringido a 120 dias, todavia vigora mesmo após 25 anos (Relatório MNPCT, 2015, p. 14). Contudo, a presença da Brigada Militar dentro do PCPA, executando as atribuições que deveriam ser de competência de agentes penitenciários, contraria normas internacionais. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabelece expressamente, em seus Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas⁷, em seu Princípio XX, que será proibido que membros da Polícia ou das Forças Armadas exerçam funções de custódia direta nos estabelecimentos destinados a pessoas privadas de liberdade, com exceção das instalações policiais ou militares.

Desta forma, apesar de que as péssimas condições em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro sejam reflexo de um sistema falido e perverso, não se pode olvidar que tais condições sejam resultado da falta de investimentos no setor, além da superlotação, que é generalizada em todas as regiões do país, conforme Relatório do Mutirão Carcerário (CNJ, 2011). Sem dúvida, se o número de apenados correspondesse ao número de vagas não haveria tanta violência e abusos, além de ser um meio eficaz para a “classificação do reeducando no

⁶ Relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), 2015. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/presidio-central-de-porto-alegre/>. Acesso em: 04 nov. 2019.

⁷ Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosPPL.pdf/>. Acesso em 04 nov. 2019.

transcorrer do cumprimento de sua pena” (CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 238). Ainda, a fiscalização e a revista dos presos e visitantes seriam mais efetivas e minuciosas, diminuindo a entrada de drogas, armas e telefones nas prisões.

A partir do exposto, infere-se que o sistema penitenciário nos moldes atuais é precário, pois além de violar diariamente os direitos humanos das pessoas presas, não se mostra capaz de recuperar o detento, ressocializando-o para o convívio em sociedade, objetivo principal da execução penal.

Desta forma, faz-se imperioso buscar novas alternativas para a criação de vagas e melhor administração das penitenciárias. É nesse contexto que surgem as Parcerias Público-Privadas, uma das espécies de privatização das atividades estatais.

3. PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Contextualização histórica dos modos de execução das tarefas públicas

O Estado Absolutista tinha como principal característica a extrema centralização de poder nas mãos do monarca. Tal modelagem estatal tinha o objetivo de consolidar seu território e guardar sua soberania, garantindo a ordem e a segurança. Mânica e Menegat (2017, p. 28) afirmam que havia a ideia de Administração Pública patrimonialista, onde se confunde o patrimônio público com o patrimônio do soberano, não havendo diretriz quanto à repartição dos bens econômicos e riquezas, tampouco à promoção do bem comum dos cidadãos. Nesse contexto, não havia uma clara delimitação dos campos de titularidade de cada ente, pois “na medida em que o Estado não detinha a qualquer responsabilidade de ação, (no sentido de dever), ele detinha a possibilidade de ação (no sentido de poder), em todos os setores” (MÂNICA; MENEGAT, 2017, p. 28).

Após as revoluções liberais, esse cenário sofreu alterações, com a consagração dos direitos fundamentais de primeira geração, que trouxeram maior delimitação das competências de cada ente. Nesse contexto, conforme ensina Di Pietro (2017, p. 136), surgiram as primeiras noções de serviço público, abrangendo as atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob regime publicístico.

Desta forma, de acordo com Mânica e Menegat (2017, p. 29), o Estado configurava-se como um Estado responsável apenas por propiciar as condições básicas ao desenvolvimento da economia e da sociedade, atuando diretamente somente no que fosse considerado essencial. Paradoxalmente, ao ir se afastando dos princípios do liberalismo, o Estado começou a ampliar seu rol de atribuições, definidas como serviços públicos, pois assim considerou determinadas atividades que antes eram restritas à iniciativa privada (DI PIETRO, 2017, p. 136).

Com o surgimento de novas tecnologias, durante a Revolução Industrial, o Estado assumiu o dever de prestar os primeiros serviços públicos, de cunho econômico e caráter infraestrutural. Conforme Ripert (1947, p. 9), durante a Revolução Industrial, as necessidades de modernização da economia conduziram à urgência de o Estado adotar mecanismos para estimular investimentos privados, os quais se reverteriam em benefícios ao sistema capitalista.

A partir da possibilidade de investimento privado para realização de atividades econômicas necessárias ao desenvolvimento do mercado e da sociedade, o Estado percebeu que não dispunha da capacidade – econômica, devido à limitação de recursos, e no que diz respeito à eficiência na prestação dos serviços, – necessária para tanto, passando a delegar sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão.

Assim, conforme afirmam Mânica e Menegat (2007, p. 30), o campo de titularidade estatal foi ampliado para adotar atividades tipicamente privadas, com o objetivo de repassá-las à própria exploração privada. Desta forma, possibilitou-se ao Estado disciplinar o desenvolvimento de tais atividades e proporcionar a utilização de bens públicos e privados necessários à execução dos serviços. As novas atividades assumidas pelo Estado foram denominadas de serviços públicos, sendo possível sua exploração pela iniciativa privada, o que tornou possível “a criação de infraestrutura e a prestação de serviços indispensáveis ao desenvolvimento da própria atividade econômica” (MÂNICA; MENEGAT, 2017, p. 31).

Com a eclosão das duas grandes guerras mundiais e a forte crise econômica representada pela queda da bolsa de Nova York, no início do século XX, houve outra alteração no modelo de Estado. Nesta fase, o Estado viu-se diante da necessidade de reorganizar sua economia, provendo sua população de condições mínimas de subsistência. Após esses eventos, foram promulgadas Constituições que oficializaram a intervenção estatal na ordem econômica como método de ação para corrigir falhas na economia, guiar sua condução e impulsionar seu desenvolvimento. Assim, consolidou-se “o chamado Estado Social, forte interventor na economia e garantidor de novos direitos e prestador de novos serviços públicos à população” (MÂNICA; MENEGAT, 2017, P. 31). Ainda, atribuiu-se ao Estado a missão de prover a igualdade entre os homens, a qual, no período anterior, era pressuposta, conforme a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁸. E para que o Estado tivesse êxito nesta busca, deveria intervir na ordem econômica e social, auxiliando os menos favorecidos (DI PIETRO, 2015, p. 9).

A transição ao modelo de Estado Social trouxe uma preocupação maior com o interesse público, em contraposição ao individualismo do Estado Liberal (DI PIETRO, 2015, p. 9). Assim, foram reconhecidas iniciativas sociais voltadas à

⁸ “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos.”

satisfação coletiva de necessidades em áreas como saúde, educação e assistência, passando o Estado a incentivar tais atividades privadas, dando início à atividade estatal de fomento social (MÂNICA; MENEGAT, 2017, P. 32).

Di Pietro (2015, p. 10) afirma que esse crescimento dos direitos sociais e econômicos levou o Estado a ampliar o rol de suas atribuições: algumas atribuições foram assumidas pelo Estado como serviços públicos, o que levou à criação de empresas estatais para desempenhar tais serviços; outras atividades de natureza econômica foram deixadas a cargo da iniciativa privada, mas o Estado passou a exercê-las a título de intervenção no domínio econômico; outras atividades também foram transferidas para o setor privado, limitando-se o Estado a fomentá-las⁹, por serem consideradas de interesse para a coletividade. Conforme a autora:

Verificou-se um crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio da separação de Poderes e conduz à ineficiência na prestação de serviços (DI PIETRO, 2015, p. 12).

Afirma-se que houve afronta ao princípio de separação de poderes, pois se verificou um excessivo acréscimo de funções a cargo do Estado, fortalecendo o Poder Executivo, que não podia depender da lei para atuar. Assim, foi conferida ao Executivo a atribuição normativa, por meio de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos e medidas provisórias (DI PIETRO, 2015, p. 12).

Assim, infere-se que a forma burocrática de organização contribuiu para a ineficiência do Estado na prestação de serviços, a qual foi agravada pelo grande volume de atividades estatais, além da crise financeira. Além disso, o princípio do interesse público passou a ser visto sob nova ótica, havendo maior preocupação com valores considerados essenciais à existência digna, exigindo-se a “atuação do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem estar social” (DI PIETRO, 2015, p. 14).

⁹ No Brasil, há inúmeras formas de parceria em que está presente a atividade de fomento. A parceria público-privada, objeto deste trabalho, pode ser enquadrada na atividade de fomento no âmbito econômico, já que seu objeto é a realização da atividade estatal, mas com o fomento do Estado, que pode ser representado por contraprestação pelos serviços prestados, garantia do ente público ao parceiro privado, e incentivo às aplicações de investimento em direitos creditórios provenientes de contratos de PPPs (DI PIETRO, 2015, p. 11)

A partir da década de 80, verificou-se no Brasil um grande movimento de reforma administrativa, acompanhando o processo de globalização (DI PIETRO, 2015, p. 30). Tal reforma trouxe profundas alterações no perfil da atuação estatal na ordem econômica, e, como consequência, na prestação de serviços públicos (MÂNICA; MENEGAT, 2017, p. 33). Assim:

Com o agigantamento massivo do Estado no período do pós-guerra, começou-se a disseminar a ideia de que o Estado Social que tudo prestava, tudo garantia e em tudo intervinha, não teria condições materiais de sobreviver sem comprometer seriamente a eficiência da prestação de serviços à população (MÂNICA; MENEGAT, 2017, P. 33-34).

Desta forma, esse modelo de Estado foi sobrecarregado e começou a entrar em declínio, gerando uma nova onda de transformações, que tiveram início na Europa. Tal processo, que se iniciou na gestão Margareth Thatcher na Inglaterra e Ronald Reagan nos Estados Unidos, foi caracterizado pela transição de um modelo de administração com maior ênfase no controle de procedimentos (modelo burocrático) para um modelo de maior controle nos resultados (modelo gerencial), com “ênfase no corte de custos e no aumento da eficiência” (ABRUCIO, 1997, p. 29), através da implementação de políticas visando à transferência das atividades estatais a particulares.

A partir disso, iniciou-se um processo de realinhamento das responsabilidades estatais, instaurado com o objetivo de retirar do Estado o máximo de obrigações que fosse possível, a fim de manter sob sua responsabilidade somente as atividades consideradas como essenciais. Isso foi possível, conforme já dito, através do redesenho das esferas de titularidade e com a adoção de novos modelos de atuação (MÂNICA; MENEGAT, p. 34).

No entanto é importante salientar que, conforme destacam Mânica e Menegat (2017, p. 38), o processo de privatização de serviços público no Brasil não possuiu os mesmos contornos do ocorrido na Europa, embora este tenha impactado o cenário brasileiro. Isso porque a Constituição Brasileira de 1988 dispôs, especificamente, que os serviços públicos não podem perder seu elo com o Estado,

como ocorreu na Europa. Nesse sentido, o art. 175, CF, expressamente afirma que incumbe ao Estado a prestação de serviços públicos.¹⁰

Neste sentido, afirma Couto e Silva, que “o Brasil fez com o conceito de serviço público o que a França não fez: deu-lhe rigidez normativa ao fixá-lo na Constituição, atribuindo, por essa particularidade formal, um caráter brasileiro ao conceito” (COUTO E SILVA, 2003, p. 478-479). No mesmo sentido, alude Justen Filho que a peculiaridade que diferencia o Direito brasileiro dos demais ordenamentos jurídicos é a existência de uma solução de nível constitucional sobre a temática, pois ainda que “a Constituição não contenha conceito explícito de serviço público, ela prevê um rol bastante amplo de serviços considerados como públicos” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 311-312).

A partir disso, conforme aponta Pereira (1998, p. 3), a Administração Pública brasileira sofreu diversas modificações, evoluindo de um modelo em que o Estado tinha um papel estratégico na coordenação da economia, sendo o principal responsável pelo desenvolvimento socioeconômico, para um modelo em que há a redução da intervenção estatal na economia, cabendo-lhe apenas a função de regulação.

Esse novo Estado Regulador diminuiu os mecanismos de atuação direta no campo econômico e no campo social, privilegiando uma metodologia de intervenção indireta. Assim, o Estado deixou a responsabilidade de prestação direta de serviços, assumindo uma nova responsabilidade pela atividade, a “responsabilidade de regulação” (GONÇALVES, 2004, p. 182). Neste sentido, Marques Neto:

A explicação para este fenômeno é simples. Aumenta a necessidade regulatória porque, deixando o Estado de ser ele próprio provedor do bem ou serviço de relevância social, tem ele que passar a exercer algum tipo de controle sobre esta atividade, sob pena de estar descurando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância. (MARQUES NETO, 2006, p. 75)

No Brasil, percebe-se que o papel regulatório do Estado surgiu como consequência do processo de privatização, ou seja, surgiu devido à necessidade de garantir a prestação de serviços à coletividade e oferecer aos investidores uma

¹⁰ **Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

estrutura para a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos (BARRIONUEVO FILHO, 2005, p. 80-87).

Diante disso, infere-se que essa reforma se tornou necessária para uma maior eficiência na Administração Pública, a partir de um desdobramento do ajuste estrutural da economia. Primeiramente, o discurso reformista incorporou as recomendações neoliberais, propondo uma redução do Estado brasileiro e outras medidas de restrição da atuação estatal, como as privatizações (PEREIRA, 1999, p. 5).

Assim, em 12 de abril de 1990 foi promulgada a Lei n. 8.031/90, que criou o Plano Nacional de Desestatização - PND. O processo intensificou-se a partir de 1995, tomando forma com a edição do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Tal reforma trouxe várias transformações no plano constitucional e legal, principalmente com as Emendas Constitucionais n. 8 e 9 de 1995, n. 19 de 1998, a qual expressamente trouxe o princípio da eficiência como um dos fundamentos da administração pública, consolidando o Estado gerencial.

Neste ponto, cabe fazer algumas reflexões acerca dos modelos de gestão pública e gestão privada.

A gestão pública caracteriza-se por ser um modelo de administração burocrático, com controle focado nos processos, o que o torna mais lento, e não nos resultados, e, portanto, menos eficiente. Conforme Di Pietro (2015, p. 33), a administração pública burocrática é rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, em contraposição à administração pública gerencial, que é flexível e eficiente, voltada para o atendimento ao cidadão. Ou seja, esse controle formal típico da gestão pública burocrática, focado nos processos, tende a tornar a administração mais lenta e, por consequência, menos eficiente, diferentemente do que ocorre com o controle de resultados do modelo gerencial, que traz celeridade e eficiência à administração. Desta forma, assinala Di Pietro que, na passagem do modelo de gestão burocrática para a gerencial, a “diferença fundamental está na flexibilização de procedimentos e na alteração quanto à forma de controle, que deixa de ser formal e passa a ser de resultados” (DI PIETRO, 2015, p. 34).

A organização burocrática, conforme aduz Pereira (1998, p. 9), é caracterizada pela centralização das decisões, em uma estrutura piramidal de poder, fundamentada no comando hierárquico, com rotinas rígidas e excessivos controles sobre os processos administrativos. Assim, tal forma de gestão não prioriza o

controle dos resultados sob a ótica da eficiência, apresentando um grande número de normas e controles, que acabam por causar a típica morosidade dos procedimentos administrativos.

Todavia, não é correto afirmar que a ineficiência é uma característica inerente à gestão pública, mas sim que esta apresenta peculiaridades que podem influir para um possível comportamento oportunista por parte de seus agentes, o que resulta em custos mais elevados. Isto ocorre por que, conforme afirma Stiglitz (1988, p. 198-211), ao pontuar as diferenças entre a gestão pública e a gestão privada, no setor público a estrutura salarial é rígida e faltam incentivos, além da estabilidade de emprego, fatores que acabam por afetar o desempenho do agente:

Individuais: os setores público e privado diferem entre si ainda quanto a existência de restrições na estrutura salarial e de estabilidade de emprego. No setor público, a estrutura salarial é rígida, de modo que os incentivos gerados pela remuneração dos administradores ficam restritos a determinado patamar, ao contrário da estrutura do setor privado. Além disso, a estabilidade no emprego no setor público é mais visível do que no privado, afetando os incentivos dos indivíduos no tocante do seu desempenho. (STIGLITZ, 1988, p. 198-211)

São inegáveis as inovações trazidas pelo modelo gerencial para a Administração Pública, como, por exemplo, um maior controle sobre o orçamento e a preocupação com o desenvolvimento de modelos de avaliação de desempenho, contrapondo-se ao modelo burocrático, que priorizava o controle dos procedimentos no setor público, tendo como finalidade a garantia de decisões racionais e impessoais por parte da Administração Pública (ABRUCIO, 1997, p. 7).

Diante do exposto, conclui-se que a gestão pública apresenta custos adicionais em relação à gestão privada, além de entraves burocráticos que levam à morosidade e ineficiência na prestação de serviços. Desta forma, a Administração Pública se viu diante da necessidade de encontrar novas alternativas para diminuir seus gastos, garantindo a continuidade da prestação de serviços com a eficiência esperada. Assim, surgiu o instituto das concessões, que passará a ser analisado.

3.2 Concessões

O instituto da concessão tem relação com a delegação a particulares de atividades de interesse público, como forma de desincumbir o Estado do desempenho de tarefas que possam ser prestadas com maior eficiência pelo setor privado. De acordo com Di Pietro, em sentido amplo, concessão pode ser definida como 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” (DI PIETRO, 2017, p. 338).

No mesmo sentido, afirma Guimarães (2013, p. 55) que o conceito de concessão sempre esteve atrelado à delegação da execução e gestão de serviços públicos a um ente privado, garantindo a este o direito de exploração do empreendimento a partir de remuneração proveniente de tarifas pagas pelos usuários do serviço, possibilitando também subsídios da Administração Pública.

Evidentemente, a principal razão desta delegação não deve ser a de proporcionar lucro às empresas privadas, mas, sim, a de assegurar a adequada satisfação dos interesses da coletividade beneficiada por tais serviços. Neste sentido, assevera Guimarães (2013) que o instituto das concessões pode ser analisado não só através de um viés econômico, como também político e administrativo:

Sob uma apreciação de natureza política, a concessão pode representar um modo de redistribuição de riquezas e de reorganização da política distributiva quanto ao custeio dos serviços públicos. Sob um prisma de organização administrativa, pode significar uma técnica de desburocratização, propiciando a separação das fases de prestação e controle, quando apenas este é reservado à Administração. Sob um enfoque meramente financeiro, funciona como alternativa à implementação de serviços e empreendimentos públicos que não poderiam ser custeados (exclusivamente) pelos cofres públicos. Prende-se aqui com a necessidade de obtenção de capitais privados para a instalação, recuperação e expansão de serviços e obras públicas. (GUIMARÃES, 2013, p. 55-56)

Conforme já demonstrado, o regime de concessões ganhou destaque no primeiro momento da organização estatal, ainda sob o modelo liberal do final do século XIX e início do século XX. Entretanto, com a ampliação do papel do Estado no século XX e o advento do Estado do Bem-Estar Social, as concessões tiveram sua importância reduzida, passando o Estado a intervir diretamente em diversos setores que antes eram assumidos pela iniciativa privada. Após isso, buscando-se

implantar um modelo gerencial na Administração Pública, as concessões voltaram a ter destaque, desenvolvendo-se, em contrapartida, um regime sistematizado de regulação. Neste contexto, conforme Guimarães (2013), as concessões

Configuram um novo modelo de arranjar financeiramente as operações contratuais da Administração , permitindo-lhe utilizar de uma lógica econômico -financeira que pressupõe a promoção antecipada de investimentos pelo capital privado para a execução e administração de empreendimentos (obras e serviços), com pagamento diferido ao longo do prazo de execução dos serviços.

A partir disso infere-se que as concessões foram uma alternativa do Estado frente à escassez de recursos orçamentários e à necessidade de prestação de serviços. Através do instituto das concessões, o investimento para o necessário funcionamento do empreendimento fica a cargo da iniciativa privada, tendo o ente público a vantagem da “antecipação do capital”, devendo realizar o pagamento de forma diferida ao parceiro privado.

Por se tratar de um contrato de prazo alongado que apresenta perfil atrativo para o capital privado, o instituto da concessão trará o retorno do seu investimento através da própria exploração econômica do serviço, que deve ser exercida com autonomia pelo concessionário (GUIMARÃES, 2013, p. 57). No mesmo sentido, aponta Sundfeld que o intuito da criação do instituto foi “permitir que o prestador de serviços financie a criação de infraestrutura pública , fazendo investimentos amortizáveis paulatinamente pela Administração” (SUNDFELD, 2005, p. 26).

Ainda, merece destaque o aspecto material que identifica especificamente os contratos de concessão, que revela-se por meio das cláusulas exorbitantes, as quais envolvem parâmetros contratuais que exorbitam daqueles comumente empregados no Direito Privado, conferindo ao concedente os poderes de alterar unilateralmente o contrato, fiscalizar sua execução e aplicar sanções ao concessionário. Neste sentido, ao discorrer sobre a conceituação de contratos administrativos, Guimarães (2013) afirma que:

Como contrato administrativo , entende-se o contrato público apto a sofrer o exercício de poderes especiais pela Administração , sujeitando o contratado a alterações e à rescisão antecipada do pacto em face do melhor atendimento ao interesse público primário . (GUIMARÃES, 2013, p. 38)

No entanto, ainda que tenha natureza de contrato administrativo, o instituto da concessão apresenta certas peculiaridades. Dentre elas, destaca-se a titularidade do serviço prestado, que continua sendo do Estado, embora haja a transferência da execução de tal serviço à iniciativa privada, ou seja, “remanesce a atividade como sendo pública, ainda que sua execução não seja estatal” (MÂNICA; MENEGAT, 2017, p. 187). Isso é o que permite à Administração alterar as cláusulas do contrato ou rescindi-lo por motivo de interesse público. Outra característica específica da concessão, é que ela sempre deve ser realizada mediante procedimento licitatório - o mesmo exigido na Lei de Licitações (8.666/93) -, consoante o artigo 175, da Constituição Federal.

Quanto ao termo “concessão”, utilizado para designar tal espécie de contrato administrativo, assevera Guimarães:

O termo “concessão” é utilizado em inúmeros registros do texto constitucional, localizando-se ainda em diversos diplomas legais . [...] Há, assim, uma pluralidade de regimes jurídicos que se define pela utilização do termo concessão . [...] Em atenção ao aspecto terminológico e na tentativa de gerar alguma classificação a propósito do assunto , é observável que a Constituição se utiliza dessa expressão para referir tanto situações em que se verifica a translação de um direito (de um exercício ao direito) ou de um poder (de um exercício ao poder) da Administração Pública a um particular (com natureza constitutivo -derivativa) – quando se refere , por exemplo, à concessão de serviços públicos [...]. (GUIMARÃES, 2013, p. 49-50)

Assim, observando a previsão constitucional do artigo 175, infere-se apenas a referência ao instituto da concessão como via para a delegação pela Administração Pública da prestação de certas atividades a terceiros. No parágrafo único do dispositivo legal, tem-se a previsão de aspectos do contrato de concessão e da prestação do serviço público cuja regulamentação ficou a cargo do legislador infraconstitucional. Nas palavras de Guimarães, “inexiste no texto constitucional a conformação de um modelo unitário de concessão de serviços públicos . Portanto, a modelagem jurídico -normativa da concessão estará ao encargo da legislação infraconstitucional” (GUIMARÃES, 2013, p. 87)

Assim, devido a esta transferência de competência para o legislador infraconstitucional, deferida pelo artigo 22, inc. XVII, da Constituição, foram promulgadas leis específicas para o sistema de concessões: a Lei 8.987/95 (Lei

Geral de Concessões) e, posteriormente, a Lei 11.079/04, disciplinando as parcerias público-privadas, que passarão agora a ser objeto de análise.

3.3 Parcerias Público-Privadas

Seguindo a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos¹¹, foi editada a Lei 11.079/04, que “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública” (BRASIL, 2004). Os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir normas específicas sobre a matéria¹², tendo em vista as peculiaridades locais.

Em termos conceituais, a própria Lei das PPPs (Lei 11.074/04) oferece a definição do instituto:

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

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

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

Depreende-se do dispositivo legal que a parceria público-privada pode ter por objeto a prestação de serviço público, como na concessão comum, ou a prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, o que pode envolver ou não, neste caso, a execução de obra e fornecimento e instalação de bens. Na modalidade de *concessão patrocinada*, a remuneração é feita mediante

¹¹ **Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

¹² No estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, foi editada a Lei Estadual 12.234/05, definindo como contrato de parceria público-privada o “ajuste celebrado entre a Administração Pública e entes privados, que estabeleça vínculo jurídico para implantação, expansão, melhoria ou gestão, no todo ou em parte, e sob o controle e fiscalização do Poder Público, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, em que haja investimento pelo parceiro privado, que responderá pelo seu respectivo financiamento e pela execução do objeto” (art. 2º)

tarifa cobrada dos usuários e contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado. Já na *concessão administrativa*, a remuneração é feita exclusivamente por contraprestação do ente público ao parceiro privado.

Justen Filho explica que a concessão administrativa poderia ser conceituada como “vínculo jurídico estabelecido entre a Administração Pública e um particular, caracterizado pela existência de competências extraordinárias em favor daquela e da garantia de intangibilidade da equação econômico-financeira em favor deste último” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 826-827).

De acordo com Buccini, Paiva e Almeida (2015, p. 3), o cenário de recursos orçamentários limitados, associado à pressão pela redução do déficit fiscal e diminuição do endividamento público, além da crescente demanda social, foi a base para que, a partir da década de 1990, surgisse a ideia de financiamento privado para viabilização de grandes projetos infraestruturais. No mesmo sentido, Aragão leciona:

A conjuntura que ensejou o surgimento da ideia de parcerias público-privadas no Brasil, pode, então, assim ser sintetizada: 1) gargalos de infraestrutura impeditivos do crescimento e consequente melhora da situação fiscal do estado; 2) existência de uma série de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infraestruturas, não sustentáveis financeiramente e sem que o estado tenha condições de financiá-las sozinho. (ARAGÃO, 2005, p. 2)

Um dos principais objetivos desse novo sistema de contratação, conforme assinala Di Pietro (2015, p. 155), é a prestação de serviços de que a Administração seja usuária direta ou indireta, podendo ou não abranger a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens. No mesmo sentido, Guimarães afirma que as parcerias público-privadas são “contratos administrativos de prestação de serviços, com ou sem delegação de serviço público, podendo envolver outras atividades integradas [...]” (GUIMARÃES, 2013, p. 19-20).

Assim, as PPPs ampliam a possibilidade de a iniciativa privada participar na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública na tentativa de reduzir a deficiência de recursos estatais para investimentos em determinados setores (MEIRELLES, 2009, p. 404-405). Conforme assevera Guimarães:

[...] o legislador concebeu uma estrutura econômica peculiar aos contratos de PPP, vocacionada a reservar ao parceiro privado os investimentos necessários para a implementação da infraestrutura apta à prestação do serviço. Segmentou-os em uma fase de

investimentos, em que o parceiro privado incumbe-se de implementar a infraestrutura necessária para a execução do serviço , seguida de uma fase de operação ou prestação do serviço , quando passam a ser viáveis as contraprestações públicas , como regra atreladas ao cumprimento de metas de qualidade e de disponibilidade pelo parceiro privado. (GUIMARÃES, 2013, p. 21)

Desta forma, percebe-se que tal sistema torna-se mais atrativo para a Administração Pública quando se trata de serviços para os quais o poder público não dispõe de recursos suficientes, o que pode tornar sua execução inviável ou muito demorada. Isso porque, através das concessões, o Estado fica desincumbido da prestação de serviços, transferindo para a iniciativa privada algumas funções administrativas do Estado. Segundo Annunziato (2011):

A parceria público-privada acompanha a tendência atual de diminuição da atuação estatal no campo econômico. O Estado pretende utilizar a iniciativa privada para ajudá-lo na prestação de serviços que exigem grande infraestrutura, mas que ele não possui condições de realizar por conta da ausência de recursos próprios e, em alguns casos, de disponibilidade de capacidade técnica. A parceria constitui, portanto, um instrumento de cooperação mútua e gestão compartilhada.

Além disso, outro objetivo trazido pelo instituto das PPP, conforme destaca Di Pietro (2015, p. 70), é o de “fuga do direito administrativo”, pois já que, há a transferência das atividades exclusivas do setor público para a iniciativa privada, não há que se falar em procedimentos próprios da Administração na realização de tais atividades, como licitações e concursos públicos para seleção de pessoal, pois os procedimentos utilizados seriam os típicos de gestão privada.

No entanto, conforme assinala a autora, tal fuga do direito administrativo não é total, pois até mesmo o contrato de parceria público-privada é de natureza pública e deve ser precedido de licitação, conforme dispõe a lei. Além disso, o regime a que se submete o parceiro privado é híbrido, pois, apesar de atuar no regime do setor privado, as normas sobre diversos pontos referentes à concessão de serviço público são de direito público (DI PIETRO, 2015, p. 147-148).

Importante ressaltar que a parceria público-privada não se confunde com a concessão comum de serviço público, diferindo, principalmente no tocante à remuneração do parceiro privado. Conforme o Ministério do Planejamento, nas concessões comuns, a remuneração do concessionário é proveniente,

exclusivamente, da tarifa cobrada dos usuários; nas parcerias público-privadas, a remuneração é feita a partir de contraprestação pela administração pública (BRASIL, 2015). Além disso, há diferenciação no tocante às cláusulas exorbitantes, típicas dos contratos administrativos, conforme Guimarães:

Como contrato administrativo , a parceria público -privada estaria sujeita a um regime diverso daquele aplicável a outro grupo de contratos públicos , os contratos privados da Administração , cujo principal traço distin tivo residiria na admissibilidade do exercício de prerrogativas administrativas especiais de alteração e rescisão unilateral do contrato pela Administração unicamente nos contratos administrativos. (GUIMARÃES, 2013, p. 29)

Ademais, os contratos de PPP devem ser de longo prazo, devendo a iniciativa privada não só realizar a obra, mas também explorar a atividade concedida mediante contrapartida financeira.

Quanto ao procedimento licitatório nas parcerias público-privadas, a Lei 11.079/04 traz uma importante característica, que é a possibilidade de inversão de fases do procedimento, realizando-se inicialmente a fase de julgamento das propostas e, posteriormente, a fase de habilitação. Conforme demonstra Guimarães (2013, p. 429), tal inversão propicia diversas vantagens, como a economia decorrente da redução da fase de habilitação ao julgamento da documentação do licitante, além da abreviação do tempo de processamento da licitação, obtendo celeridade na contratação. Assim, essa inversão trata-se de “um modo de estruturação da licitação apto a conferir maior eficiência às contratações administrativas” (GUIMARÃES, 2013, p. 429).

No entanto, tal inversão não é obrigatória, cabendo à discricionariedade da Administração Pública decidir por sua conveniência e oportunidade. Isto é explicado pelo fato de que a Lei 11.079/04 fixa como critério de julgamento a aferição da melhor técnica ofertada, admitindo-se a desclassificação dos licitantes que não alcançarem a pontuação mínima estabelecida no edital, conforme dispõe seu artigo 12, inc. I. Neste sentido, Justen Filho afirma que tal inversão consiste “no esaurimento da etapa competitiva e no exame das condições de licitação exclusivamente em face do licitante que apresentou a proposta aparentemente mais vantajosa” (JUSTEN FILHO, 2008, 374).

A partir disso, infere-se que a qualidade técnica do licitante deve predominar sobre o valor da proposta, pois se a Administração busca um parceiro com capacidade técnica superior ao mínimo esperado, não pode priorizar a análise do valor a ser despendido, mas sim a qualidade técnica do ente que irá executar o serviço.

Ademais, a Lei 11.079/04 possibilita a realização do procedimento licitatório sem a elaboração do projeto básico, não exigindo que a Administração elabore tal projeto, com as características e detalhes previstos no art. 6º, inc. IX, da Lei 8.666/93¹³. No regime da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), cabe ao particular cumprir exatamente a solução pretendida pela Administração, definida, essencialmente, no projeto básico. Já no contrato de parceria, o parceiro privado deve apenas conhecer a necessidade que deverá ser satisfeita, não sendo necessário haver uma solução previamente definida pela Administração, sendo facultada ao ente privado a escolha do melhor caminho para satisfação da necessidade. A intenção de tal regramento é permitir que o particular contribua com a sua expertise para a melhor prestação do serviço, garantindo maior eficiência à parceria (OLIVEIRA, 2014).

Diante do exposto, nota-se que o instituto das PPPs pode ser uma alternativa viável para projetos em que o Estado possa transferir sua concretização à iniciativa privada, promovendo a execução dos serviços de forma mais célere e eficiente. No entanto, a problemática surge quando se fala em utilizar o modelo para construção e administração de estabelecimentos prisionais. Desta forma, se faz necessário evocar alguns aspectos favoráveis e contrários à utilização do sistema de PPPs no âmbito do sistema prisional, não sem antes fazer uma breve análise da experiência internacional de privatização de presídios.

3.4 Histórico da experiência internacional de privatização de presídios

A ideia de privatização de presídios teve início nos Estados Unidos, a partir dos anos 1980, devido à escassez de recursos públicos em face da grande demanda por

¹³ **Art. 6º** [...]

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: [...]

vagas no sistema penitenciário. O objetivo principal da proposta de privatização era estabelecer fórmulas alternativas de financiamento para a construção de novas prisões, adotando técnicas de gestão empresarial na sua administração e, sobretudo, enfrentar a superpopulação carcerária (SANTOS, 2009).

Neste sentido, Minhoto (2000, p. 55) sustenta que devido ao crescimento da população carcerária, bem como à necessidade de impulsionar o sistema prisional para suportar o crescimento progressivo, o governo norte americano propôs uma forma de financiar a construção de novos estabelecimentos com empréstimos de longo prazo, permitindo assim que o Estado levantasse capital, num período de escassez de recursos públicos, a taxas relativamente competitivas. Conforme Santos (2009), a ideia era desonerar o Estado das despesas advindas da construção de penitenciárias e aplicação das técnicas de gestão empresarial na administração das prisões, a fim de garantir a eficiência que o setor público não podia proporcionar.

Na Inglaterra, com o governo liberal de Margaret Thatcher, a experiência de privatização do sistema prisional reduziu o déficit de vagas que existia no país. No fim da década de 1980, o sistema carcerário atingiu um elevado índice de superlotação, além do alto custo de manutenção, o que levou o país a adotar um modelo de sistema prisional privado. No modelo inglês, “as empresas são responsáveis por todos os setores do presídio exceto o transporte de presos para audiência ou julgamentos” (SANTOS, 2009).

Conforme assevera Araújo Júnior (1995, p. 102), apesar de a proposta britânica de privatização ter tido como base a experiência norte americana, no sentido de os grupos privados assumirem todo o controle das instituições, há diferenças pontuais nos sistemas penais e na administração e finanças públicas dos dois países. O autor assinala como principal característica diferenciadora o fato de o sistema inglês ser mais centralizador, enquanto nos EUA é estruturado em diversos Estados e estes em Municípios, o que significa que as consequências das privatizações são diversas (ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 102). No mesmo sentido, Minhoto (2000, p. 66) afirma que, diferentemente dos EUA, onde há uma diretriz que delimita o conceito de privatização à contratação de serviços e aquisição de bens por empresas privadas, na Inglaterra, a principal diretriz de política penitenciária segue no rumo à tendência de privatização do sistema.

Na França, o fenômeno de privatizações dos presídios surgiu devido à crise em que vivia o sistema, diferindo dos modelos norte americano e inglês, pois adota um sistema misto, não excluindo totalmente o poder público da gestão prisional. Conforme aponta Assis (2007), no sistema de privatização francês há uma dupla gestão, incumbindo ao Estado e também ao grupo privado o gerenciamento e a administração conjunta do estabelecimento prisional.

Nesse modelo de cogestão, o Estado é responsável pela nomeação do diretor da penitenciária e pela segurança interna e externa da prisão, além da relação com juízo de execução penal; à iniciativa privada compete a promoção de educação, alimentação, lazer, bem como assistência social, jurídica e psicológica (ASSIS, 2007). Neste sentido Chacha:

A direção geral, administração e segurança externa do presídio cabem ao setor público. Para a iniciativa privada: a construção do estabelecimento, a guarda interna dos presos, a promoção do trabalho, da educação, do transporte, da alimentação do lazer, a assistência social, jurídica e espiritual, a saúde física e mental do preso. (CHACHA, 2009)

Na França, portanto, adota-se o sistema misto, no qual poder público e iniciativa privada se unem para propiciar aos detentos melhores condições de reintegração na sociedade, bem como o respeito aos direitos previstos em lei.

Nessa ideia de gestão compartilhada, a Administração Pública terceiriza serviços pontuais do presídio, como alimentação, lavanderia, entre outros. Essa terceirização de alguns serviços já é comum nas penitenciárias brasileiras, a novidade seria o ente privado assumir por completo a gestão da administração prisional, por meio das PPPs.

Assim, percebe-se que foi o modelo francês o inspirador ao modelo brasileiro, contudo, há algumas diferenças entre eles, como, por exemplo, o prazo de duração do contrato, conforme aponta Tissier (2013). Enquanto no Brasil a duração do contrato varia entre 5 e 35 anos, na França, a exigência é apenas que o prazo seja suficiente para o retorno do investimento.

Contudo, não se deve realizar uma importação de modelos estrangeiros sem maiores reflexões acerca das peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro. O fato de tal modelo de empreendimento ter obtido êxito em outros países, não é garantia que também será benéfico para o Brasil. Ainda, além do ordenamento

jurídico, a própria realidade brasileira possui muitas particularidades que devem ser levadas em consideração ao tentar se implantar o sistema de PPPs no setor penitenciário.

Desta forma, se passa a analisar a utilização do instituto das parcerias público-privadas na gestão do sistema penitenciário, seguido de algumas reflexões acerca das implicações trazidas pela implantação do modelo no atual contexto brasileiro.

3.5 Parceria Público-Privada como Sistema de Gestão Prisional

No contexto de falência e precariedade do sistema penitenciário, e com o objetivo de tirar do Estado o peso da prestação de serviços públicos constitucionalmente essenciais, foi sancionada a Lei 11.079/04. Assim, a ampliação do sistema prisional por meio de PPPs, em tese, seria de grande utilidade para a Administração Pública, pois criaria mais vagas no sistema em um menor período de tempo, isso sem que o Estado tivesse que assumir, de imediato, os elevados custos do empreendimento.

Conforme já mencionado, há duas modalidades de PPP: a concessão patrocinada, que envolve contraprestação estatal adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, e a concessão administrativa, cuja remuneração é de responsabilidade integral da Administração (MEIRELLES, 2009, p. 405). No caso de utilização do instituto da PPP no sistema penitenciário, a remuneração ao concessionário só pode ser proveniente do poder público concedente, já que é a própria Administração a usuária do serviço, tendo em vista que a construção e gestão dos estabelecimentos prisionais é atribuição do Estado. Este é o motivo pelo qual a modalidade de PPP no setor de presídios obrigatoriamente deve ser a de *concessão administrativa*, havendo repasse financeiro ao parceiro privado a cargo do Estado.

No entanto, o tema torna-se polêmico quando a delegação ao parceiro privado abrange não apenas a construção do estabelecimento penitenciário, mas também a concessão de alguns serviços, como prestação médica, alimentação e manutenção, ficando o ente privado encarregado de toda a administração da unidade prisional. Conforme demonstra Sacchetta (2014), esse é o modelo adotado em grande parte dos presídios norte-americanos.

No Brasil, há muito tempo existem estabelecimentos prisionais que utilizam o sistema de “terceirização” para a prestação de alguns serviços, como alimentação e

lavanderia, por exemplo. Neste caso, a administração do estabelecimento continua sendo do ente estatal, mas alguns serviços da instituição prisional passam para empresas privadas especializadas em tais serviços. Todavia, em 2009 em Minas Gerais, surgiu a primeira penitenciária construída e gerida, desde a concepção por meio do sistema de PPP, o que aumentou o debate sobre o tema (SACCHETTA, 2014). Paula Sachetta afirma que o complexo de Ribeirão das Neves trata-se da primeira *penitenciária efetivamente privada* do Brasil:

Em janeiro do ano passado (2013), assistimos ao anúncio da inauguração da 'primeira penitenciária privada do país', em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte, Minas Gerais. Porém, prisões 'terceirizadas' já existem em pelo menos outras 22 localidades, a diferença é que esta de Ribeirão das Neves é uma PPP (parceria público-privada) desde sua licitação e projeto, e as outras eram unidades públicas que em algum momento passaram para as mãos de uma administração privada. Na prática, o modelo de Ribeirão das Neves cria penitenciárias privadas de fato, nos outros casos, a gestão ou determinados serviços são terceirizados, como a saúde dos presos e a alimentação. (SACCHETTA, 2014)

Em Minas Gerais, a implantação do presídio em Ribeirão das Neves foi possível após a publicação da Lei Estadual 14.868, de 16 de dezembro de 2003. De acordo com dados da própria Secretaria de Estado e Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais (SEDE, 2013), a duração do contrato para a exploração do complexo penal de Ribeirão das Neves é de 27 anos, com a previsão de investimento privado na ordem de 280 milhões de reais para a construção de um complexo prisional de 3.360 vagas.

Assim, questiona-se o motivo de tamanha resistência à implantação de privatizações, no modelo de parcerias público-privadas, no sistema penitenciário brasileiro, diante do aparente sucesso do instituto em outros âmbitos, como ocorreu na área das telecomunicações, em face à já demonstrada demanda de novas vagas em penitenciárias (OSÓRIO, VIZZOTTO, 2005).

Embora a discussão possa parecer mera resistência ideológica de ambos os lados – defensores da implantação de PPPs no sistema penitenciário e seus críticos –, deve ser realizada uma reflexão maior acerca da problemática como um todo, analisando os eventuais conflitos que possam surgir em decorrência disso. Desta forma, passa-se agora a análise de alguns aspectos pertinentes à implantação do sistema de PPP no âmbito penitenciário.

3.5.1 Conflitos de interesses

O problema central da privatização no sistema penal brasileiro se encerra na possibilidade concreta de um conflito entre o interesse público, representado pelo desejo de diminuição da criminalidade e ressocialização da pessoa presa, e o interesse privado de obtenção de lucro.

Corroborando a tese de interesse de obtenção de lucro por parte do parceiro privado, um relatório produzido pela entidade civil *In the Public Interest* (ITPI)¹⁴, identificou-se que, de 62 contratos de penitenciárias privadas analisados nos EUA, 65% dispõe de algum tipo de garantia de número mínimo de reclusos ou penas por vagas ociosas. Tais exigências buscam garantir que entidades privadas, que cobram por detento, consigam garantir um determinado nível estável de pessoas presas para administrar a prisão e recuperar os custos investidos.

Essas cláusulas que impõem à unidade prisional a manutenção de lotação mínima criam uma lógica de encarceramento em massa, pois quanto mais encarcerados houver, mais lucro a empresa privada terá. Assim, a manutenção da taxa mínima de detentos ocorre independentemente da diminuição de índices de violência ou criminalidade, ao passo que as taxas de encarceramento seguem aumentando.

No Brasil, percebe-se que a utilização do instituto das PPP no sistema prisional se justifica principalmente pelo viés econômico, conforme demonstrado no artigo de Buccini, Paiva e Almeida (2015) a respeito do *value for money*. No entanto, não se deve pautar o sistema prisional apenas pela premissa econômica, pois estabelecer, no Brasil, regras como essa com parâmetros de meta mínima de presos, visivelmente conflita com o interesse da sociedade brasileira, que é o de menor encarceramento e ressocialização das pessoas já presas.

Ainda no que diz respeito ao conflito de interesses, o destinatário da atividade administrativa é o grupo social como um todo, devendo o interesse público se sobrepor aos interesses individuais, sendo certo que, no atuar da Administração Pública, quando “não estiver presente esse objetivo, a atuação será inquinada de desvio de finalidade” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 30).

¹⁴ Disponível em: <http://www.inthepublicinterest.org/>. Acesso em: 23 nov. 2019.

Assim, ainda que seja difícil delimitar com clareza o que é interesse público, é nítido que cabe à Administração Pública assegurar à coletividade a concretização de seus direitos fundamentais e a realização de seus interesses.

Desta forma, a implantação do instituto das PPP no sistema penitenciário pode trazer uma contradição: se, por um lado, atende ao interesse público relativo à melhoria da realidade da execução da pena, por outro lado, pode deixar de atendê-lo, na medida em que há interesse coletivo na segurança pública, a qual passa pelo controle da criminalidade e, conseqüentemente, no cumprimento das finalidades preventivas da pena. Assim, surge então, um possível conflito de interesses entre os interesses individuais das empresas privadas, pois estas desejam grande lotação dos presídios, em razão do lucro, e os interesses públicos da coletividade, com a redução da criminalidade por meio do cumprimento dos objetivos da pena privativa de liberdade, entre eles a reinserção social dos detentos. Neste sentido, incorporam-se as lições de Ávila:

A afirmação de que o interesse privado, no final das contas, também serve indiretamente ao interesse público não encontra corroboração principal, já que pode ser distinguido quando o particular deve ser visto como *individuum* e quando deve ser compreendido como parte da comunidade. (ÁVILA, 2005, p. 211)

A partir disso, infere-se que é de interesse coletivo que o preso tenha sua dignidade respeitada, o que poderia ser assegurado utilizando-se do sistema de PPP na ampliação e administração do sistema prisional. Todavia, para atender tal demanda, o ente privado teria interesse em manter a alta lotação dos estabelecimentos, colidindo, a princípio, com o interesse público de prevenção de delitos, o qual passa pela ideia de diminuir o encarceramento.

3.5.2 Legalidade e constitucionalidade administrativas

As vantagens do instituto da PPP são notórias, pois o Estado se desincumbe de prestar determinados serviços, transferindo suas atribuições à iniciativa privada, que deverá arcar com as despesas inerentes ao serviço prestado. Além disso, por dispor de mais recursos, o parceiro privado teria melhores condições de atingir a eficiência esperada na prestação de serviços.

Porém, há um ponto que merece destaque: é inegável que o instituto das PPPs representa uma importante inovação para a execução e realização de serviços eminentemente econômicos, como reforma de estradas, por exemplo; no entanto, quando esse modelo é utilizado para construção e gestão de estabelecimentos prisionais a questão torna-se controversa. Isto porque, evidentemente, o parceiro privado negocia suas contratações objetivando o lucro, regendo seus acordos, primordialmente, pela expectativa de retorno financeiro.

Sob esta perspectiva, faz-se necessário refletir sobre a utilização do instituto das PPPs para construção, manutenção e gestão de estabelecimentos prisionais, no âmbito da execução da pena, questionando a legalidade e constitucionalidade da implantação de tal instituto no contexto do sistema penitenciário.

A primeira reflexão diz respeito à legalidade administrativa, no sentido de verificar se há na legislação algum impedimento para que tal modelo de concessão seja aplicado no sistema penitenciário. A segunda reflexão é referente à constitucionalidade administrativa, que diz respeito aos objetivos finais da prestação do serviço público enquanto instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, destacando-se a dignidade humana (JUSTEN FILHO, 2013, p. 733).

No tocante à legalidade administrativa, conforme leciona Di Pietro (2015, p. 147), o contrato de parceria público-privada é de natureza pública, devendo ser precedido de licitação para definição do parceiro privado, o que é previsto na Constituição Federal (art. 22, XXVII) e na Lei de Licitações (Lei 8.666/93). Assim, para que haja adequação entre a necessidade de execução de serviços e a possibilidade de atuar, a execução deve ocorrer com base nos ditames do ordenamento jurídico. Conforme Hely Lopes Meirelles:

Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'poder fazer assim'; para o administrador público significa 'dever fazer assim'. (MEIRELLES, 2000, p. 11)

Desta forma, no que se refere à privatização da gestão do sistema prisional, não poderia haver a delegação de atividades exclusivas da Administração Pública, pois a delegação do direito de punir seria inconstitucional.

O estabelecimento prisional é uma representação da expressão do legítimo poder punitivo do Estado, o qual é indelegável. Assim, a transferência desse monopólio para um ente privado movido por interesses econômicos contraria o princípio constitucional, já que o critério econômico estaria se sobrepondo ao princípio da dignidade humana, bem como ao interesse público no atendimento às finalidades preventivas da pena. Neste sentido, Andrade Moreira (2014) refere a impossibilidade do uso da força de coação a outrem pelo particular, pois tal múnus cabe à Administração Pública. No mesmo sentido, Webber (2006, p. 35) afirma que o “monopólio do uso legítimo da força física” pertence ao Estado. Ainda, conforme aduz Egidio de Carvalho, as funções de segurança pública e de justiça estão “na lista dos atributos indeclináveis do Estado” (CARVALHO, 1994, p. 133). Assim também leciona Magalhães:

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

Assim, percebe-se que a doutrina é uníssona ao não admitir a delegação do poder de polícia a particulares. Conforme afirma José dos Santos Carvalho Filho:

A delegação não pode ser outorgada a pessoas da iniciativa privada, desprovidas de vinculação oficial com os entes públicos, visto que, por maior que seja a parceria que tenham com estes, jamais serão dotadas da potestade (*ius imperii*) necessária ao desempenho da atividade de polícia. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 77)

Também em relação ao poder de polícia e custódia de apenados, dispõe expressamente a Regra 74.3 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela)¹⁵ que os agentes penitenciários devem ser servidores públicos:

¹⁵ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em 18 nov. 2019.

Regra 74.

[...]

3. Para garantir os fins anteriormente citados, os funcionários devem ser indicados para trabalho em período integral como agentes prisionais profissionais e a condição de servidor público, com estabilidade no emprego, sujeito apenas à boa conduta, eficiência e aptidão física. O salário deve ser suficiente para atrair e reter homens e mulheres compatíveis com o cargo; os benefícios e condições de emprego devem ser condizentes com a natureza exigente do trabalho.

No entanto, conforme já exposto, a gestão privada da penitenciária não se confunde com a administração e execução da pena, pois o Estado continua exercendo o monopólio da força.

Assim, não há que se falar em delegação do poder de polícia a particulares, visto que, utilizando-se do sistema de PPP no âmbito do sistema prisional, a titularidade do poder de punir permanece com o Estado. O que se delega, portanto, são algumas das funções de administração do estabelecimento prisional. Inclusive, a função de direção do presídio, cargo mais alto no sistema, é de atribuição do Poder Público, devendo tal cargo ser ocupado por servidor público de carreira (ASSIS, 2007).

Desta forma, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, seria possível a delegação das atividades relacionadas com o exercício da atividade administrativa extrajudicial. Mesmo que a Lei de Execução Penal não explicita os parâmetros para que se efetivem tais normas por meio da iniciativa privada, a Constituição Federal, em seu art. 24, I e §2º, assim dispõe:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

[...]

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Assim, podem os Estados legislar sobre o direito penitenciário, implementando meios que busquem a satisfação de tais atividades em parceria com a iniciativa privada.

Contudo, no que diz respeito à constitucionalidade, verifica-se que a análise do uso das PPP na administração do sistema prisional deve observar os preceitos

infraconstitucionais e os constitucionais voltados para a Administração Pública, mas, principalmente, deve considerar a efetivação constitucional dos direitos e garantias fundamentais que envolvem o cidadão.

3.5.3 O problema da superlotação

Outra crítica à implantação do sistema de PPPs no sistema penitenciário é no que se refere à superlotação. Em regra, os contratos que estabelecem a delegação da gestão das unidades prisionais à iniciativa privada prevêm que seja respeitado um limite máximo de vagas, o que poderia acarretar uma superlotação ainda maior nas unidades prisionais públicas (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2019, p. 27). Isto porque, sendo respeitado o limite de vagas apenas nas unidades privadas, as unidades públicas suportariam um número mais elevado de apenados, precarizando ainda mais o sistema. Conforme pontuou a Pastoral Carcerária, em relatório de 2014:

Não se pode permitir que a existência de certas unidades privatizadas ou de cogestão prejudique ou agrave as condições sob as quais vive grande parte da população prisional dos estados. Nem é recomendado deixar que exista a mínima possibilidade de tornar a distribuição de vagas e a transferência de presos um mercado de interesses. (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2014, p. 38)

Ademais, há relatos¹⁶ de que, em Minas Gerais, na unidade sob o sistema de PPP, por se tratar de um projeto que visa demonstrar a eficácia do sistema privatizado, apenas se aceita determinado perfil de presos, havendo uma “escolha” de quem irá ocupar as vagas.

Assim, nas penitenciárias sob o regime de PPP são aceitos apenas os detentos que tem uma real chance de ressocialização, ou seja, presos com mau comportamento ou que não querem trabalhar ou estudar são mais difíceis de ressocializar, conforme afirma Robson Sávio, coordenador do Núcleo de Estudos Sociopolíticos (NESP) da PUC-MG e membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em entrevista concedida à Agência Pública (SACCHETTA, 2014). Nesse

¹⁶ Entrevista com Murilo Andrade de Oliveira, subsecretário de administração penitenciária de MG, realizada pela reportagem “*Quanto mais presos, maior o lucro*”, da Agência Pública. Disponível em: <http://apublica.org/2014/05/quanto-mais-presos-maior-o-lucro/>. Acesso em 15 nov. 2019.

contexto, tais detentos exigiriam mais esforços e maiores investimentos no sentido da ressocialização, o que, na lógica do lucro, atrapalharia o projeto.

No entanto, apesar das críticas, tal seleção não deve ser vista de forma negativa, já que, conforme demonstrado, na atual realidade das penitenciárias brasileiras, não há qualquer separação dos apenados com base nos delitos cometidos, o que acaba por criar o chamado “laboratório do crime”, onde detentos de menor periculosidade são confinados com criminosos já experientes, alimentando, assim, o poder das facções criminosas.

3.5.4 A questão do trabalho do apenado e a busca por lucro pelo parceiro privado

Os críticos à implantação do sistema de PPP nos presídios trazem a possibilidade de a empresa privada explorar a mão de obra dos apenados, com uma remuneração muito baixa, submetendo-os, supostamente, a trabalho forçado, sem interesse na sua reinserção social (IBCRIM, 2019). Nesse sentido, Nucci se refere ao trabalho do apenado como sendo de responsabilidade do Estado:

Trabalho de condenado não pode gerar lucro para empresas privadas, pois é uma distorção do processo de execução da pena. O preso receberia, por exemplo, três quartos do salário mínimo e produziria bens e produtos de alto valor, em oficinas montadas e administradas pela iniciativa privada, que os venderia e ficaria com o lucro, sem nem mesmo conferir ao condenado os benefícios da CLT (lembramos da vedação estabelecida pelo art.28, §2º, desta Lei). Tal situação seria ilegal e absurda. O cumprimento da pena e o exercício do trabalho pelo preso não têm por fim dar lucro. É um ônus estatal a ser suportado. Se, porventura, houver lucro na organização e administração da atividade laborativa do condenado, a este e ao Estado devem ser repartidos os ganhos. Por ora, é a previsão legal. (NUCCI, 2009, p. 45)

Além disso, o trabalho do preso no sistema privado de gestão penitenciária pode ser visto como uma mercantilização do detento, conforme afirma a Pastoral Carcerária em nota técnica contra a proposta de privatização de presídios em São Paulo:

O que se observa é a mazela da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Brasileira (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), através do sucateamento do Estado e dos direitos que deveriam

permeiar a pessoa privada de liberdade. Tudo isso apenas em nome de uma rentabilidade maior a um grupo pequeno de empresas, que, como visto, estão ligadas a situações de corrupção, falta de transparência e exploração do ser humano como mercadoria. O que, num Estado Democrático de Direito, jamais pode se operar. (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2019)

Ademais, o preso tem garantido constitucionalmente o direito de não ser forçado física ou moralmente ao trabalho (art. 5º, inc. XLVII, alínea c, CF). No entanto, de acordo com a Lei de Execuções Penais, o trabalho do detento constitui um dever, desde que atendidas as suas aptidões e capacidades¹⁷.

Assim, utilizando-se do sistema de PPP nos estabelecimentos prisionais, se oferece ao apenado uma oportunidade para melhorar as condições do cárcere, auxiliando na sua reinserção à sociedade, por meio de um sistema de gestão que respeita sua dignidade, através da educação e trabalho. Conforme Kloch:

O trabalho tem seu sentido ético, como condição de dignidade humana, e assim assume um caráter educativo. Se o condenado já tinha hábito do trabalho, depois de recolhido ao estabelecimento penal o seu labor irá manter aquele hábito, impedindo que degenerere; se não tinha trabalho contribuirá para ir gradativamente disciplinando-lhe a conduta. (KLOCH, 2008, p. 53)

Além disso, conforme afirma D'Urso (1999, p. 65), a implantação de PPPs no sistema prisional sob a ótica do trabalho do preso deve ser apreciada sob a perspectiva de controle estatal. Assim, a Administração Pública fica incumbida de fiscalizar o serviço e reprimir condutas que considere ilegais e que possam vir a ferir os direitos dos detentos. Conforme aponta Chacha:

Se a empresa contrariar tais preceitos, ela estará cometendo um crime, e, portanto será penalizada, inclusive em flagrante. Ademais, nem nos EUA, onde se possibilita a privatização total, a empresa possui seu total livre arbítrio, pois como já afirmado categoricamente, lá eles tem sempre um funcionário do Estado (Contract Monitor) responsável pela fiscalização diária do cumprimento das cláusulas do contrato, que, se não forem obedecidas, geram multas para a parte culpada, ou, até mesmo, a rescisão do contrato. (CHACHA, 2009)

Ademais, considerando-se o novo modelo de Estado, com matiz gerencial, e sob a ótica empresarial, o Estado poderá receber vantagens econômicas e sociais

¹⁷ **Art. 31.** O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

com a participação de entes privados no âmbito prisional. Conforme aduz Chacha (2009), para que as entidades privadas sejam atraídas a lidar com o sistema prisional devem visualizar algum lucro, o que é possível, desde que respeitados os ditames legais e constitucionais. Além disso, o parceiro privado também teria interesse na reinserção social do apenado, visto que o Estado deverá estabelecer metas para cumprimento de determinados índices de desempenho.

3.5.5 Índices de desempenho e incentivos ao parceiro privado

Um dos objetivos centrais do sistema de PPP é a maximização da eficiência na prestação de serviços públicos. Para que tal objetivo seja alcançado, é necessário que sejam criados mecanismos de incentivo aos concessionários, os quais devem ser previstos no contrato, por meio da criação de padrões de desempenho, ligados à ideia de recompensas e sanções, estimulando que o parceiro privado busque o máximo de eficiência. Essa busca por ganhos de eficiência deve ser realizada com o fito de beneficiar a coletividade e a própria Administração Pública (RIBEIRO, 2011, p. 70).

No contexto da concessão de serviços públicos, infere-se que o parceiro privado apresentará indicadores de desempenho diferenciados, caso seus objetivos estejam associados às recompensas que podem vir a receber (LAFFONT; MARTIMORT, 2002 apud CABRAL; LAZZARINI, 2010, p. 400). Da mesma forma, um desempenho abaixo do esperado resultaria em aplicação de punições, na forma de multas ou rescisão do contrato.

A natureza dos mecanismos de incentivo se diferencia nas estruturas públicas e privadas de governança. Os atributos da governança privada referem-se à maior intensidade dos incentivos, aos menores controles administrativos e ao uso da justiça para resolução de conflitos (WILLIAMSON, 1999 apud CABRAL; LAZZARINI, 2010, p. 400-401). Já na administração pública, os incentivos são menores e os controles são mais rígidos e as próprias organizações são a última instância para resolução de conflitos.

Nota-se que isto se aplica ao caso brasileiro, onde os servidores públicos não dispõem de metas de desempenho estabelecidas pela administração, e muito menos de mecanismos de recompensa em caso de superação de possíveis metas.

Além disso, um servidor público dificilmente sofre punições em decorrência de alguma conduta que possa diminuir os padrões de desempenho do serviço.

Assim, as chances de empresas privadas atuantes no setor penitenciário apresentarem índices superiores de desempenho, comparando-se com a gestão pública tradicional, tendem a serem maiores devido aos incentivos a que estão submetidas (DESRIEUX, 2006 apud CABRAL; LAZZARINI, 2010, p. 401).

Os indicadores de desempenho devem ser, preferencialmente, objetivos e verificáveis, pois se faz necessário que o Poder Público possa monitorá-los facilmente (RIBEIRO, 2011, p. 71). No entanto, tal monitoração pode ser de difícil concretização em alguns setores, como ocorre no caso do sistema prisional, onde os serviços, embora sejam observáveis, são de difícil especificação contratual em relação a seus indicadores de desempenho, pois se referem à qualidade do serviço. Neste sentido, havendo indicadores de desempenho de difícil mensuração, a forma pública de gestão é preferível à forma privada. Assim, comparando-se as unidades penitenciárias sob gestão pública e privada neste aspecto, percebe-se que as unidades sob gestão privada apresentarão menores custos, ao passo que exibirão menor nível de qualidade nos serviços prestados (HART *et al.*, 1997 apud CABRAL; LAZZARINI, 2010, p. 401) .

Ademais, conforme afirma Ribeiro (2011, p. 68), a transferência ao ente privado da responsabilidade pela criação do projeto, financiamento, construção, operação e manutenção do serviço, permite ao Poder Público uma fiscalização mais rígida, focando nos resultados finais e nos níveis do serviço prestado, deixando a cargo do parceiro privado a escolha dos melhores meios de prestar o serviço.

No caso das PPPs, como o parceiro privado operará e manterá a infraestrutura após a construção, a Administração Pública poderá se concentrar no processo de fiscalização, estimulando a eficiência do concessionário. Esse desvio do foco do Poder Público para os resultados permite ao ente privado mais espaço para a geração de ganhos de eficiência na prestação do serviço. Conforme Ribeiro:

Quanto mais o indicador de desempenho se focar no resultado final (*output*), nas características objetivas do serviço, mais espaço terá a iniciativa privada para gerar ganhos de eficiência que, se o contrato e a licitação forem estruturados adequadamente, serão pelo menos parcialmente compartilhados com o usuário e o Poder Público. (RIBEIRO, 2011, p. 70)

Além disso, a própria responsabilidade por manter a infraestrutura por longo período de tempo cria o incentivo de aumento da eficiência. Assim, a transferência para uma mesma entidade privada das atribuições de investir na infraestrutura e de explorar o serviço, tende a gerar maior eficiência na prestação dos serviços, a qual, em condições competitivas, retornaria à coletividade e ao Poder Público sob a forma de melhores serviços (RIBEIRO, 2011, p. 67-68).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação atual do sistema penitenciário brasileiro é caótica, sendo que a ressocialização do detento, objetivo central da Lei de Execuções Penais, está longe de ser concretizada. Na teoria, a prisão deveria ser um instrumento para a ressocialização do condenado, para que cumprindo a pena, seja reeducado e volte a viver em sociedade, no entanto, na realidade do sistema atual, o Estado não proporciona ao detento oportunidades de ressocialização.

De acordo com o ordenamento jurídico, os apenados devem ter assegurados todos os seus direitos não atingidos pela sentença condenatória e todos aqueles previstos pela Lei de Execução Penal, sendo obrigação do Estado promover a reabilitação, em instituições apropriadas, com o mínimo de dignidade. No entanto, conforme foi apresentado, a realidade é outra, visto que os presídios brasileiros, em sua grande maioria, são caracterizados como depósitos humanos, onde há uma condição de insalubridade generalizada, com ambientes sujos e degradados, propícios para a proliferação de doenças. Além disso, as prisões são considerados "laboratórios do crime", visto que o sistema de execução não separa os apenados de acordo com o crime cometido.

Assim, diante da comprovada incapacidade do Estado de administrar o sistema prisional, assegurando aos detentos seus direitos humanos fundamentais e em face da impossibilidade de propiciar meios para que a pena cumpra o objetivo principal de ressocialização, torna-se indubitável que o sistema penitenciário precisa ser reformulado, pois a situação atual é insustentável.

Nesse contexto, surge o instituto das Parcerias Público-Privadas para construção e administração de estabelecimentos prisionais. No sistema de PPP, o investimento para a construção e manutenção do estabelecimento fica a cargo do parceiro privado, incumbindo à Administração Pública as funções de segurança, execução das penas, fiscalização do desempenho do parceiro privado, bem como o provimento de retorno financeiro a este.

Esse novo modelo de gestão do sistema prisional já é uma realidade, que, apesar de opiniões diversas, pode trazer benefícios, tais como, aumento da capacidade de vagas no sistema, desoneração do Estado no tocante a altos investimentos de longo prazo e viabilização de uma forma mais digna de o detento

cumprir sua pena, ofertando-lhe a oportunidade de estudar e trabalhar, com o objetivo de reinseri-lo na sociedade.

Visto que o modelo atual já demonstrou seu fracasso no que concerne à ressocialização do apenado, bem como o desrespeito aos direitos humanos dos detentos, é possível que a adoção do sistema de PPP se mostre como uma alternativa viável para a resolução do problema. No entanto, para que o resultado de tal parceria seja benéfico, é importante a atuação do Poder Público na fiscalização do parceiro privado, a fim de evitar abusos por parte deste.

Embora a proposta de implantação do instituto das PPPs no setor penitenciário possa ser controversa, ela pode ser uma alternativa para solução da atual crise que acomete o sistema prisional, tendo em vista que o modelo atual não é eficaz quanto aos preceitos e objetivos da execução penal. Assim, o Estado deve repensar sua atuação na política penitenciária, evitando posicionamentos ideológicos que possam influir nas decisões, a fim de se mostrar aberto a novas alternativas que podem trazer mudanças significativas para a sociedade como um todo.

5. REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando L.. *O impacto do modelo na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente*. Cadernos Enap, n. 10, 1997. Disponível em: <http://antigo.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fAbrciocad%2010.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

ANNUNZIATO, Eduardo Sprada. *Licitações nas Parcerias Público-Privadas*. In: *Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/licitacoes-nas-parcerias-publico-privadas/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

ARAGÃO, Alexandre. *As PPP's no direito positivo brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Rio de Janeiro, v. 240, p. 105-146, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43621>. Acesso em: 14 nov. 2019.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. *Privatização nas prisões*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ASSIS, Rafael Damaceno de. *Privatização de prisões e adoção de um modelo de gestão privatizada*. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3483/Privatizacao-de-prisoos-e-adocao-de-um-modelo-de-gestao-privatizada/>. Acesso em: 25 nov. 2019.

ASSIS, Rafael Damaceno de. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out-dez, 2007. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/ARealidadeatualdoSistemaPenitenciarioBrasileiro2008.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

ASSIS, Rafael Damaceno de. *Evolução histórica dos regimes prisionais e do sistema penitenciário*. 2007. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/penal/evolucao-historica-dos-regimes-prisionais-e-do-sistema-penitenciario>. Acesso em: 25 nov. 2019.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. In SARMENTO, Daniel (coord). *Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 171-216.

BARRIONUEVO FILHO, A.. *Intervenção Estatal Agências Reguladoras e Controle do Poder*. In: LEVY, Evelyn; DRAGO, Pedro Anibal (Org.). *Gestão Pública no Brasil Contemporâneo*. 1. Ed. São Paulo: Edições FUNDAP, 2005, v. 1.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Seção 1, p. 6. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm:. Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão parlamentar de inquérito do sistema carcerário. Brasília, DF: Edições Câmara, 2009. Disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 03 nov. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao_carcerario.pdf. Acesso em: 03 nov. 2019.

_____. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/presidio-central-de-porto-alegre/>. Aceso em 04 nov. 2019.

_____. Ministério do Planejamento. Perguntas frequentes. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, 2015. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/assuntos/desenvolvimento/parcerias-publico-privadas/referencias/copy_of_perguntas-frequentes. Acesso em: 14 nov. 2019.

BUCCINI, Aline Rabelo Assis; PAIVA, Danuza Aparecida de; ALMEIDA, Thiago Ferreira. *Value for money: as PPPs trazem eficiência? Uma análise do projeto das unidades de atendimento integrado do Governo de Minas Gerais*. In: Congresso CONSAD de Gestão Pública, 8, 26-28 mai. 2015, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2016-10/value-for-money-as-ppps-trazem-eficiencia-uma-analise-do-projeto-das-unidades-de-atendimento-integrado-do-governo-de-minas-gerais.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CABRAL, Sandro; LAZZARINI, Sergio G.. *Impactos da participação privada no Sistema Prisional: Evidências a partir da terceirização de prisões no Paraná*. RAC, Curitiba, v. 14, n. 3, art. 1, p. 395-413, mai-jun, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1415-65552010000300002>. Acesso em: 19 nov. 2019.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. *É conveniente privatizar os presídios?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, ano 2, n. 7, jul.-set. 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002.

CHACHA, Luciano. *Aspectos críticos sobre a privatização dos presídios no Brasil*. 2009. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1001977/aspectos-criticos->

sobre-a-privatizacao-dos-presidios-no-brasil-luciano-chacha. Acesso em: 16 nov. 2019.

COSTA, Roseane Cristina R. *Memórias do Cárcere*. In: MATTOS, Virgílio de. *Desconstrução das Práticas Punitivas*. 1. ed. Belo Horizonte: CRES/CRP/Grupo de Amigos e Familiares das Pessoas em Privação de Liberdade, 2010, p. 53,59.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.) *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI SANTIS, Bruno M.; ENGBRUCH, Werner. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Revista Liberdades n. 11, set-dez, 2012. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/14/historia.pdf. Acesso em: 25 nov. 2019.

DULLIUS, Aladio A.; HARTMANN, Jackson A. M.. *Análise do sistema prisional brasileiro*. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/analise-do-sistema-prisional-brasileiro/>. Acesso em: 25 nov. 2019.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Direito criminal na atualidade*. São Paulo: Atlas, 1999.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador*. In: MOREIRA, Vital (org.). *Estudos de regulação pública*, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GUIMARÃES, Fernando V.. *Parceria público-privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Nota Técnica Conjunta - Projeto de Lei nº 190/2019*, 2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_PPP_PROJETO_DE_LEI_N_190_2019.pdf. Acesso em: 22 nov. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KLOCH, Henrique. *O sistema prisional e os direitos da personalidade dos apenados com fins de (re)socialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Privatizar o sistema carcerário?* In: OLIVEIRA, Rodrigo Tôres; MATTOS, Virgílio de (Orgs.). *Estudos de execução criminal: direito e psicologia*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009.

MAGNABOSCO, Danielle. *Sistema Penitenciário Brasileiro: Aspectos Sociológicos*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1010/sistema--penitenciario-brasileiro-aspectos-sociologicos>. Acesso em: 25 nov. 2019.

MÂNICA, Fernando B.; MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica da Privatização: Fundamentos, limites e técnicas de interação público-provada no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social. Resolução 1.379, de 21 de janeiro de 2013. Dispõe sobre o credenciamento de instituições interessadas em contratar presos sob custódia do sistema prisional de Minas Gerais em cumprimento de pena no complexo penitenciário da parceria público-privada e dá outras providências. SESP, Belo Horizonte, 21 jan. 2013. Disponível em: <http://www.seguranca.mg.gov.br/sobre/2013-12-16-12-13-37/resolucoes-e-portarias-da-seds>. Acesso em: 23 nov. 2019.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, vol. 1: parte geral, arts. 1.º a 120 do CP. 27. ed. rev. atual. até 4 de jan. de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Privatização das Prisões*. 2014. <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/161694198/a-privatizacao-das-prisoas>. Acesso em: 08 nov. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Rafael C. R.. *Licitação nas PPPs: Questões relevantes*. Gen Jurídico, 2014. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2014/10/28/licitacao-nas-parcerias-publico-privadas-questoes-relevantes/>. Acesso em: 05 nov. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. *Sistema penitenciário e parcerias público-privadas*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 882, 2 dez. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7643>. Acesso em: 17 nov. 2019.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. *Prisões privatizadas no Brasil em debate*. CNBB: São Paulo, 2014. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Relato%CC%81rio-sobre-privizac%CC%A7o%CC%83es.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. *Nota técnica sobre a proposta de privatização dos presídios em São Paulo*. CNBB: São Paulo, 2019. Disponível em: <https://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencararamento/nota-tecnica-sobre-a-proposta-de-privizacao-dos-presidios-em-sp/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

PEREIRA, Luiz Carlos B.. *Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil*. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 49, n. 1, jan-mar 1998. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/360/365>. Acesso em 8 nov. 2019.

PEREREIRA CUANO, Rodrigo. *História do Direito penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/884/historia-do-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 23 nov. 2019

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs - Melhores práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

SACCHETTA, Paula. *Quanto mais presos, maior o lucro*. In: Agência Pública, 2014. Disponível em: <http://apublica.org/2014/05/quanto-mais-presos-maior-o-lucro/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SANTOS, Jorge Amaral dos. *As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro*. Jus Navigandi, 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13521/as-parcerias-publico-privadas-no-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 16 nov. 2019.

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public setor*. 2. ed. Nova York: Norton & Company, 1988.

SUNDFELD Carlos A.. *Guia Jurídico das Parcerias Público -Privadas*. In: Parcerias Público-Privadas (coord. Carlos Ari Sunfeld). São Paulo: Malheiros, 2005.

TISSIER, Martin. *Análise comparada dos regimes jurídicos das parcerias público-privadas na França e no Brasil*. Paris: BOT Avocats, 2013. Disponível em:

<http://docplayer.com.br/7242364-Analise-comparada-dos-regimes-juridicos-das-parcerias-publico-privadas-na-franca-e-no-brasil-10-de-dezembro-de-2013.html>. Acesso em 23 nov. 2019.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2006.