

ISABELLE CARDOSO DOS SANTOS

CONCESSÃO ADMINISTRATIVA EM PENITENCIÁRIAS

CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA
2018

ISABELLE CARDOSO DOS SANTOS

CONCESSÃO ADMINISTRATIVA EM PENITENCIÁRIAS

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da Unievangélica, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor M.e. Alessandro Gonçalves da Paixão

ISABELLE CARDOSO DOS SANTOS

CONCESSÃO ADMINISTRATIVA EM PENITENCIÁRIAS.

Anápolis, _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

Esse trabalho monográfico tem o objetivo abordar sobre a concessão administrativa em penitenciárias brasileiras, bem como verificar qual modelo seria o mais adequado diante a nossa realidade social, contribuindo assim para que a execução da pena privativa de liberdade tenha o seu fim concluído com eficácia. Primeiro fazemos uma ampla abordagem sobre as parcerias público privado bem como os fatores históricos sobre onde e como se desenvolveu nos outros países que se utilizaram desse sistema, e quais pontos positivos que poderia motivar os demais países utilizarem do mesmo sistema, em continuo foram expostas as modalidades em que é possível ser admitida a PPP aqui no Brasil quando se trata de serviços em penitenciárias a fim de que as mesmas não fujam da forma legal que devemos cumprir de acordo com a nossa legislação vigente. No segundo capítulo foi dissertado sobre o modelo do atual sistema penitenciário brasileiro e como se deu o desenvolvimento da primeira inserção de concessão administrativa em penitenciarias, e como se deu o desenvolvimento abordando os pontos positivos e negativos de tê-lo implantado aqui em nosso país. Ademais discorremos sobre como deve ser compreendido tal modelo de administração para que não haja confronto com a maneira como deve ser a execução penal, onde apenas o Estado tem o poder de executa-la, desse modo para que entendamos melhor, a concessão administrativa aqui deve ser entendida apenas como uma prestação de serviços por parte do particular de iniciativa privada para comandar a função material, como por exemplo limpeza, alimentação, vestimenta além de outras necessidades materiais básicas que todo individuo possui, outrossim vale ressaltar também a existência dos projetos deste mesmo modelo que estão em andamento no pais e como esta seu andamento

Palavras-chave: Concessão. Parcerias Público Privado. Penitenciárias.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - ASPECTOS GERAIS DAS PARCEIRAS PUBLICO PRIVADO (PPP)	03
1.1 Fatores Históricos das PPP.....	03
1.2 Modalidade de concessão - Patrocinada	06
1.3 Modalidade de concessão - Administrativa	07
1.4 O.S.....	10
CAPÍTULO II - CENÁRIO DO SISTEMA PENITENCIARIO BRASILEIRO	15
2.1 Inserções da Concessão Administrativa em penitenciarias brasileiras	15
2.2 Responsabilidades Civis do Estado	19
2.3 Comparações de pontos positivos e negativos	22
CAPÍTULO III- CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE PENITENCIARIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	27
3.1 Contexto em que deve ser compreendido	27
3.2 Projetos em andamento no país	28
3.3 Função Material dentro da execução da pena	33
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de curso tem como intuito a apresentação de um estudo sobre a Parceria Público Privado (PPP), tendo como foco principal as Concessões Administrativas em Penitenciárias no Brasil, por ser uma modalidade que cada vez mais é utilizada como forma de melhor gerir os recursos públicos.

A parceria público privado teve seu início em 1992, no Reino Unido, e foram utilizadas como meio de reforma do governo para minimizar a atuação estatal, visto que o papel administrativo desempenhado pelo parceiro privado propiciava serviços mais eficientes e melhores, se comparado com o desenvolvido pelo Estado.

Vemos que desde o início da instituição de PPP a ideia principal é substituir a deficiência administrativa que o Estado possui, pela sapiência que há na administração privada, não é de hoje que sociedade brasileira sofre por causa da má gestão, a exemplo temos a saúde, educação e segurança pública que estão em situação de degradante.

É sabido que o sistema penitenciário brasileiro está em colapso pela falta de investimentos por parte do poder público e má administração dos recursos já existentes, desta forma é impossível que a pena privativa de liberdade tenha sua função efetiva concluída, já que não cumpri a ressocialização que seria sua finalidade, assim é necessário buscar a ajuda do setor privado por meio de parcerias a fim de atenuar os problemas causados pela incompetência do administrador público brasileiro.

A concessão administrativa aqui deve ser entendida como a prestação de serviços materiais por parte de particular de iniciativa privada para comandar

penitenciárias Brasileiras, visto que esse modelo de gestão contribui para melhor desempenho na execução penal que é de responsabilidade estatal, devendo a contratação ser fundada e concretizada de acordo com as diretrizes licitatórias de praxe.

É evidente que no decorrer do trabalho não poderemos nos eximir de analisar sobre a indisponibilidade de alguns serviços que devem ser prestados de forma direta pelo estado, já que existe um a boa parte de doutrinadores que discordam do método aqui tratado como meio de promover uma boa administração em colaboração entre público e privado.

Já por outra vertente veremos que o modelo de gestão aqui estudado é considerado benéfico, pois ao analisarmos a situação em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro atual, constatamos que não são preservados a dignidade do preso e direitos básicos, em razão de ter o processo de execução de sanção penal insatisfatório por motivos da péssima administração material.

O fato é que se faz necessário procurar meios de atenuar o caos vivido pela sociedade com a falta de segurança pública, visto que a estrutura atual é incapaz de cumprir com a finalidade social para o qual foi instituída, e devolver aqueles que estão presos os direitos que possuem em serem ressocializados por meio da execução penal a que são submetidos.

CAPÍTULO I - ASPECTOS GERAIS DAS PARCEIRAS PUBLICO PRIVADO (PPP)

As Parcerias Público Privadas está prevista na Lei 11.079/04 se trata de uma parceria entre o ente público Estado e a empresa privada particular, em que este presta serviços ou oferece bens com um menor custo benefício e maior qualidade, o intuito é suprir a lacuna do Estado de forma eficiente e menos onerosa. Desta forma, neste capítulo serão abordados todos os aspectos gerais sobre as parcerias e concessões públicas utilizadas em nosso País (CARVALHO,2016).

1.5 Fatores Históricos das PPP

As Parcerias Público Privadas surgiram mediante uma evolução Estatal, o marco inicial foi no século XVIII por meio da Revolução Francesa com o surgimento de um Estado liberal, em que o Poder Público não interviria mais na vida econômica de cada cidadão, apenas garantiria os direitos individuais para ordem pública. Logo em meados do século XIX, a opção do Estado liberal se tornou inviável, visto os grandes empreendedores massacrarem os empreendedores de menor porte e liderarem o capital gerando muita desigualdade social, e então no século XX presenciamos a segunda guerra mundial que fez desmoronar a ordem econômica e social, sendo viável a intervenção do Estado para o bem comum com o interesse público. (DI PIETRO, 2008).

Para Carlos Ari Sundfeld (2007), após a Segunda Guerra Mundial, foi o momento em que o Estado começou a utilizar de novas atribuições, necessitando de criar novas estruturas como empresas e fundações que abrangessem suas funções, deixando de suportar apenas suas entidades, e então precisou de juntar-se a

empresas que de forma privada auxiliasse o Estado, sem retirar o seu Poder. Assim, após todo este contexto foi necessário que o Poder Público fizesse parcerias com entes Privados, e dentre estas criou Leis para regulamentar as empresas: Lei nº 8.666/93 para licitações e contratos da Administração Pública, Lei nº 8.987/95 regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, Lei nº 9.074/95 normas e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, e a última, a qual será abordada em nosso tema a Lei nº 11.079/04 que regula as PPP.

O artigo 2º, § 3º da Lei 11.079/04, esclarece que as PPP, se tratam de uma concessão especial, vejamos:

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

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

José dos Santos Filho, afirma conforme exposto acima, que a Lei 11.079/04 regula as PPP como uma concessão especial, porém silenciosamente é regulada pela Lei nº 8.987/95:

Em virtude de tal caracterização e, ainda, pela referência expressa que a lei fez à concessões comuns, reguladas pela lei n. 8.987/95, admitindo, inclusive a aplicação subsidiária de algumas das normas desse diploma, entendemos melhor caracterizá-las como concessões especiais, para distingui-las das concessões comuns (2015, p.192).

É importante enfatizar que a Lei 11.079/04 não é a única reguladora das PPP, as cláusulas contratuais devem ser reguladas pela Lei 8.987/95, como por exemplo o valor mínimo de investimento pela empresa privada é de R\$ 20.000.000,00, o prazo mínimo para firmar o contrato é de cinco anos e máximo de trinta e cinco anos, prevê prorrogações contratuais, penalidades por inadimplemento entre as partes, dentre diversos requisitos e pressupostos para a parceria, previstos nos artigos 5º e 23 desta Lei (MEIRELLES, 2015).

A respeito desta Lei, há diversas divergências referente a palavra “parceria”, no entendimento de Matheus Carvalho (2015), não deve ser utilizada

essa expressão, pois se trata de uma relação contratual em que ambos os contratantes têm interesses divergentes entre si, a empresa particular participa da licitação e visa lucro, o Estado visa cumprir com o bem social, estes aspectos muito se diferem de parcerias e convênios apoiados ao Poder Público, estes tratam questões sociais, nos quais se unem sem visar fins lucrativos.

Ainda acrescenta Matheus o poder de competência para complementar esta Lei, baseando-se no art. 22, XXVII de Nossa Carta Magna que estabelece a União a edição de normas gerais de licitações e contratos da Administração:

Para regulamentar e minudenciar as normas apresentadas na lei 11.079/04, a União editou o Decreto 5.977/06 que, em sua ementa, dispõe que 'Regulamenta o art. 3', caput e § 1º, da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. (2015, p.631).

As PPP devem ser regidas princípios específicos que demonstram sua finalidade, são eles: a) Eficiência, contido no caput do artigo 37 da Constituição Federal; b) Probidade, está relacionado ao ato moral c) Indelegabilidade, o Poder de delegar está instruído ao Poder Público; d) Responsabilidade Fiscal; e) Transparência: Deve haver publicidade em todos os atos da Administração Pública; f) Distribuição do Riscos: as partes assumem os riscos perante terceiros; g) Sustentabilidade.

Apesar da importância de todos os princípios elencados, Fernanda Marinela ressalta o Princípio da transparência:

ainda, a transparência dos procedimentos e das decisões, no sentido de que a clarividência seja um princípio presente em toda atuação administrativa; a repartição objetiva de riscos entre as partes; e a sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria.(2007, p. 486.)

Conforme todo exposto, pode-se observar que as PPP tiveram seu ensejo após um longo processo histórico e pode-se concluir que é um contrato de

concessão de serviço público especial, possui duas modalidades específicas que são denominadas concessão patrocinada e a concessão administrativa. (CARVLAHO FILHO, 2015).

1.6 Modalidade de concessão - Patrocinada

A Modalidade de Concessão Patrocinada está prevista no § 1º do artigo 2º, da Lei 11.079/04:

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.

De acordo com a professora Fernanda Marinela (2010), a concessão patrocinada é uma das mais utilizadas dentro das Parcerias Público Privadas, é aquela em que o investimento será pago parcialmente pelo Estado que juntamente com a tarifa paga pelos usuários será completa, como por exemplo a construção de rodovias.

Matheus Carvalho (2016), define a concessão patrocinada como um contrato de concessão de serviço público em que a empresa Privada receberá do Estado um pagamento pelo serviço prestado, esse serviço irá gerar uma tarifa ao usuário que será para complementar os gastos do Estado.

Nos dizeres de Alexandre Mazza, a concessão patrocinada é definida como “uti singuli”, ou seja, é individual e particular de cada usuário, vejamos:

[...] caracteriza-se pelo pagamento de um complemento remuneratório, do parceiro público ao privado, adicional ao valor da tarifa paga pelo usuário. A concessão patrocinada é utilizada para delegação de serviços públicos “uti singuli”, sendo cabível quando o empreendimento não seja financeiramente autossustentável ou como instrumento de redução das tarifas (2016, p.744).

A concessão patrocinada, é comparada as concessões de serviços ou obras previstas na Lei 8.987/95, com o complemento de tarifas pagas por quem

utiliza serviços do órgão Público, e este paga pelos serviços e bens prestados pelo particular (MELLO, 2012).

O valor pago no investimento pela Administração Pública sempre deve ser observado como um pressuposto, pois se ultrapassar os 70%, somente será autorizado com Legislação específica, observe o artigo 10, § 3º, da Lei 11.079/04:

A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

§ 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

Hely Lopes Meirelles, de acordo com o artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/95 expõe a respeito da concessão patrocinada sobre ganhos econômicos da empresa privada nas parcerias e vistorias necessárias:

[...] o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; e a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas (2015, p. 298).

A concessão patrocinada está compreendida em duas fontes, em que uma fonte se passa pelo usuário que paga tarifas, e a segunda fonte é complementada pelo órgão que está concedendo ao particular que oferece o serviço (CARVALHO FILHO, 2015).

1.7 Modalidade de concessão - Administrativa

A modalidade de concessão está prevista no § 2º, do artigo 2º desta Lei específica:

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

§ 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 (BRASIL, 1993, p.1).

O Legislador não foi claro quanto ao entendimento desse artigo, para sua melhor compreensão há o dispositivo do artigo 3º desta Lei, em exceção aos artigos que dizem respeito a concessão patrocinada, entende-se que todos os outros artigos se aplicam para as duas modalidades:

[...]um primeiro dado que resulta do conceito legal é o que diz respeito ao objeto do contrato, que é a prestação do serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, podendo ou não abranger a execução de obras e o fornecimento e instalação de bens. Resulta claro que o objeto principal é a prestação de serviço (DI PIETRO, 2011, P. 314).

Matheus Carvalho (2016), conceitua a concessão administrativa como concessão de serviço público em que a Administração Pública atua de forma direta ou indireta, o Poder Público é responsável pelo pagamento da tarifa, ou seja, ele é o usuário. Há algumas características que diferenciam a concessão patrocinada da administrativa, uma delas é que a empresa privada deve arcar com todos os riscos inclusive investir um alto valor, oferecendo quase sempre bens e serviços, não será celebrado contrato apenas com serviços.

José do Santos Carvalho Filho (2015), expõe acerca da diferença entre concessão patrocinada e a administrativa:

Diversamente do que ocorre com a concessão patrocinada, a concessão administrativa não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, eis que o pagamento da obra ou serviço é efetuado diretamente pelo concedente. Poderão os recursos para pagamento, contudo, ter origem em outras fontes (p.448).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016) utiliza de uma linguagem mais precisa para conceituar a concessão, expressa no artigo 2º da referida Lei, há a utilização de obra ou fornecimento e instalação de bens, ou melhor, é vedado tanto na concessão patrocinada como na administrativa apenas o fornecimento de serviços, é necessário que após o fornecimento dos bens haja uma continuação com a prestação de serviço. Um exemplo utilizado é a construção de um Centro Médico, e após o término dessa obra prestar serviços a Administração Pública no hospital.

Carlos Ari Sundfeld (2005), subdivide a concessão administrativa em duas, Serviços ao Estado e Serviços Públicos. A primeira tem por objeto a concessão de serviços do Estado a própria administração, sendo a usuária direta, e regida pelo artigo 6º da Lei das Licitações, em que a Administração com contraprestação em pecúnia corresponderá a remuneração. Já a segunda, é a usuária indireta pois beneficia aos usuários, o Estado prestará os serviços em acordo com o artigo 175 da Constituição Federal, sem cobrar as tarifas e pagando ao concessionário pelas contraprestações, podendo ser em pagamentos alternados.

No entendimento de Alexandre Mazza, veja em outro contexto o significado da concessão administrativa:

Na concessão administrativa, a Administração Pública é a principal usuária do serviço prestado pelo parceiro privado. Normalmente, a concessão administrativa é utilizada quando o serviço prestado pelo parceiro privado é “uti universi”, impedindo cobrança de tarifa do particular. Já a concessão patrocinada caracteriza-se pelo pagamento de um complemento remuneratório, do parceiro público ao privado, adicional ao valor da tarifa paga pelo usuário (2016, p. 573).

O mesmo autor salienta a importância de que a Administração Pública somente poderá pagar ao concessionário pela contraprestação pecuniária após a prestação dos serviços, de acordo com o artigo 7º da Lei 11.079/04, que prevê algumas exceções acerca das prestações de serviço, como trabalhar em obras de bens reversíveis, devendo ser pagos proporcionalmente conforme a execução das obras (MAZZA, 2016).

Na concepção de Hely Lopes Meirelles, o contrato administrativo é firmado entre particular por interesse público ‘é o ajuste que Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução dos objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração’ (2004, p.208).

Finalizando o entendimento em relação a concessão administrativa, Maria Zanella Di Pietro (2016), expõe que a concessionária não é impedida de receber fontes e recursos de outras empresas, pois o artigo 6º da Lei especial em seu inciso

V, estabelece que a cessionária pode utilizar-se de outros meios admitidos em Lei, é vedado apenas que receba a tarifa dos usuários, descaracterizando a concessão administrativa e passando a ser patrocinada, pois na primeira apenas se admite serviços administrativos de atividade meio.

1.8 Organizações Sociais – OS

As Organizações Sociais (OS), tem seu conceito e definição previstos em Lei específica, a Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998, com fim de atender a sociedade, veja o artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei (BRASIL,1998, p.1).

A referida Lei das Organizações Sociais, além de prever o conceito geral, mantém normas que devem ser seguidas, que apesar de ser criada para fim social, deve manter o interesse público de prestar serviços de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, saúde, proteção e preservação do meio ambiente e cultura, os atos devem ser discricionários, deve haver uma pessoa jurídica pré-existente e qualificada, um Conselho da Administração com participação de representantes do Estado e contrato de gestão com definições de incentivo do Poder Público (BRASIL,1998).

Alexandre Mazza, traz um conceito importante, referente as finalidades das organizações sociais:

Criada pela Lei n. 9.637/98, organização social é uma qualificação especial outorgada pelo governo federal a entidades da iniciativa privada, sem fins lucrativos, cuja outorga autoriza a fruição de vantagens peculiares, como isenções fiscais, destinação de recursos orçamentários, repasse de bens públicos, bem como empréstimo temporário de servidores governamentais (2016, p. 288).

Hely Lopes Meirelles (2015), explica que apesar das Organizações Sociais serem classificadas como órgão sem fins lucrativos, não são um nova

Pessoa Jurídica de direito público e sim uma Pessoa Jurídica Privada, possuinte de um título, que provém a organização privilégios econômicos orçamentários. A criação desse órgão visa cumprir uma parceria de atividades e serviços exercidos pelo Poder Público prestados por órgãos particulares que se tornam melhores, sendo chamado de terceiro setor.

O autor Juarez Freitas, faz menção as organizações empregando o termo de regime privativo:

Pois bem, em face dos traços extraídos da Lei 9.637/98, resta claro que o regime de tais pessoas jurídicas de direito privado é mesmo atípico. Em minha ótica, há uma dominância de regras de direito privado e simultânea preponderância de princípio de direito público, uma vez que se encontram imantadas pelas suas próprias e inescapáveis finalidades de cogentes matizes sociais (1998, p. 102).

As OS são regidas pelo contrato de gestão, este contrato é a relação de parceria firmado entre as partes, Ente Público e a organização social. Nos contratos deverão constar todos os dados previstos em Lei, contendo o estabelecimento de alguns requisitos, como o serviço que será prestado dentre os previstos no artigo 1º da Lei especial, metas e recursos oferecidos pelo Poder Público, indicando limites e obrigações das partes. É importante observar, que apesar de ser autônoma as organizações, o contrato contém algumas restrições em que o Estado que irá fiscalizá-las (DI PIETRO, 2016).

José dos Santos Carvalho Filho (2015), seguindo este mesmo pensamento refere a classificação das entidades Organizações Sociais em uma instituição privada que não gera fins lucrativos, como algo adquirido com o resultado do que proveu. A não pode ser caracterizada como uma organização social, pois organizações não podem ser criadas por um ente Público e sim reconhecida facultativamente.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2015), o Poder Executivo pode destituir e desqualificar uma organização social, por descumprimento do contrato de gestão, porém somente haverá a desqualificação mediante defesa dos dirigentes por meio de um processo administrativo. Por isso o ato administrativo é discricionário, devendo todos os atos da entidade serem motivados, em especial os do poder

discricionário, pois são os que mais necessitam de demonstração de interesse público.

De acordo com o entendimento acima, está expresso no artigo 16 e parágrafos da Lei, os motivos de desqualificação do contrato de gestão:

Art. 16. O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

§ 1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

§ 2º A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (BRASIL 1998, p. 3).

Após celebrar o contrato de gestão, as entidades privadas serão caracterizadas como organização, podendo usufruir de todas as vantagens propostas na Lei 9.637/98, veja o artigo 12, § 1º 'São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão' (BRASIL, 1998, p. 3).

Há outra prerrogativa especial das OS, são dispensadas de licitar, está previsto no art. 24, XXIV Lei 8.666/93, alterado pela lei 9.648/98. É uma prerrogativa passível de grande discussão doutrinária, visto que em todos os outros contratos não se dispensa a licitação, exceto se houver um justo motivo do interesse público, assim a falta de licitação demonstra que o Poder Público perde o controle, abrindo oportunidades para desvios e possíveis fraudes, que afrontam princípios da Administração Pública (CARVALHO, 2016).

Veja o entendimento do autor Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito da dispensa da licitação nas organizações sociais:

Não se imagine que pelo fato do art. 37, XXI, mencionar a obrigatoriedade de licitação, salvo em casos previstos em lei, o legislador é livre para arredar tal dever sempre que lhe apraza. Se assim não fosse, o princípio não teria envergadura constitucional; [...]. A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode

ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia (2000, p. 158).

Em 2011, houve o julgamento da ADI 1923 que havia sido indeferida em 2007, discutia a respeito da constitucionalidade de algumas disposições da Lei das OS, como a dispensa da licitação, o final do julgamento foi em 2015 validando a dispensa de licitação a entidade com terceiros desde que 'fossem conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do art. 37, caput da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade' (BRASIL, 2015, p.1).

No mesmo relatório o Ministro Ayres Brito esclareceu em seu voto que o papel das entidades sociais não é cumprir o papel do Estado, e sim permanecer como auxílio as funções do Poder Público:

A organização social não seria pessoa integrante da Administração Pública e que, se permitida tal "absorção": o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente indutor, fiscalizador - regulador, em frontal descompasso com a vontade objetiva da Constituição. De outro lado, não vislumbrou mácula no mecanismo de parceria entre o Estado e os particulares relativamente aos serviços enumerados no art. 1º da lei questionada, dado que não seriam exclusivos do Estado (ADI1923/DF, rei. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 15 e 16.04.2015).

Conforme todo exposto, pode-se afirmar que as organizações sociais são entidades sem fins lucrativos, não ocupam e nem prestam serviços obrigatórios do Estado, porém visam cumprir e aperfeiçoar serviços delegados pelo Estado, sempre observando o interesse público de efetivar o bem social (CARVALHO, 2016).

CAPÍTULO II - CENÁRIO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Neste capítulo será abordado a importância da privatização penitenciária relacionada a realidade do nosso sistema brasileiro, demonstrando as situações atuais e controvérsias na Lei das Execuções Penais, em que os presos saem em condições piores das quais entraram, pois muitas vezes são submetidos a situações de maus tratos, falta de higiene e superlotações, transformando-lhes em seres humanos rudes. (KUEHNE 2001).

2.1 Inserções da Concessão Administrativa em penitenciárias brasileiras.

De acordo com Grecianny Carvalho (2014), não é novidade o estado crítico que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, proveniente da má administração pública e má arrecadação das verbas, provocando superlotação, falta de higiene sem previsão de assistência as necessidades básicas dos presidiários e inclusive a exposição ao aumento de maus tratos, geradores da grande incidência de violência interna, produzindo o entendimento de que as penitenciárias são o inferno, conforme expressão de Dante Alighieri, o inferno é algo imundo, nojento, assombroso e escuro.

Conforme exposto, é claro e evidente a situação em que o Brasil se encontra mediante o sistema penitenciário, é obvio que o setor prisional está falido, considerando que além de superlotados, falta vagas á aqueles que já foram condenados à pena privativa de liberdade. Porém, o fato do nosso País estar passando por este caos nas prisões, não o faz ser o único nesta situação e não significa ser uma questão apenas de países subdesenvolvidos, pois, o primeiro país

que tomou iniciativa da privatização foi o Estados Unidos, ideia que se desenvolveu em outros países, como Europa e Austrália. (D'URSO, 1999).

Em uma entrevista relacionada a este mesmo assunto, acrescenta o referido autor que a privatização é algo novo, demonstrando o modelo utilizado pelo Estados Unidos em comparação a situação atual brasileira:

A ideia é nova não só no Brasil, mas no planeta. O mundo conhece os presídios privados há cerca de dez anos, havendo hoje duas formas de privatização. Com o primeiro modelo, o americano, não se pode concordar, diante das nossas restrições constitucionais. Ali, o preso é entregue pelo Estado à iniciativa privada, que o acompanhará até o final de sua pena, ficando o preso inteiramente nas mãos do administrador. No Brasil, é indelegável o poder jurisdicional do Estado, que contempla o tempo que o homem fica encarcerado e suas infrações disciplinares no cárcere (D'URSO, 2002, p. 3).

O entendimento da privatização se consolidou na década de 80, em alguns países de política neoliberal, dentre estes países a privatização se difundiu por meio do Presidente Ronald Reagan no Estados Unidos, com o intuito de diminuir os gastos públicos. Iniciou-se testes com jovens que estavam em fase final de cumprimento das penas privativas de liberdade, e utilizava-se de três sistemas: A) arrendamento das prisões em que as penitenciárias eram construídas por empresas privadas, e arrendavam ao Estado por determinado tempo, até transferir totalmente a penitenciária ao governo; B) administração privada das penitenciárias, em que a empresa privada tanto construía a penitenciária quanto administrava; C) contratação de serviços específicos com particulares, neste modelo o Estado terceirizava materiais e serviços, como por exemplo a alimentação, vestimenta, entre outros, fornecidos por empresas privadas terceirizadas (JUNIOR, 1991).

Rafael Damaceno de Assis (2007), afirma que após o surgimento do modelo de privatização penitenciária nos Estados Unidos, a França, influenciada por este modelo, aderiu à privatização, porém utilizou o aspecto de dupla responsabilidade, no qual o Estado e a empresa privada gerenciavam e administravam juntamente os presídios:

Nesse modelo competia ao Estado a indicação do Diretor-Geral do estabelecimento, a quem competia o relacionamento com o juízo da

execução penal e a responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão. A empresa privada encarrega-se de promover, no estabelecimento prisional, o trabalho, a educação, o transporte, a alimentação, o lazer, bem como a assistência social, jurídica, espiritual e a saúde física e mental do preso, vindo a receber do Estado uma quantia por preso/dia para a execução desses serviços (p.3).

O sistema francês não foi muito bem aceito, o sindicato dos trabalhadores fez reclamações, pois percebeu-se que havia muitos empregados em função dos presidiários, naquela época havia uma grande quantidade de desempregados, e por outro lado a população enxergava que havia muita exploração de mão de obra prisional e menos entendimento de que o preso deveria ser reinserido a sociedade com uma melhor reabilitação (THOMPSON, 2002).

Luiz Flávio Borges D'urso (2002), complementa a ideia do modelo francês ligado ao nosso sistema penitenciário:

Já no modelo francês, o administrador vai gerir os serviços daquela unidade prisional, enquanto o Estado administra a pena, cuidando do homem sob o aspecto jurídico, punindo-o em caso de faltas ou premiando-o quando merecer. É o Estado que, detendo a função jurisdicional, continua a determinar quando o homem vai preso e quando será libertado. Trata-se de uma terceirização, em que a remuneração do empreendedor privado deve ser suportada pelo Estado, jamais pelo preso, que deve trabalhar e, com os recursos recebidos, ressarcir prejuízos causados pelo seu crime, assistir a sua família e poupar para quando for libertado (p.1).

Conforme exposto, as questões das penitenciárias não é um problema a ser solucionado tão facilmente, porém a privatização pode solucionar problemas sociais, inclusive financeiros. A priori, as questões administrativas do Poder Público continuariam em seu poder e a entidade privada administraria os bens materiais, como vestimenta e alimentação (FARIA, 2000).

Fernando Capez (2009), em uma entrevista declarou que as penitenciárias brasileiras são comparadas ao lixo, e que a privatização é a melhor solução para essa questão.

É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O estado não tem

recursos para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é a questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível é um fato (p. 2).

O modelo a ser adotado no momento de desordem do sistema penitenciário brasileiro não é uma questão de difícil decisão, o mais importante é implantar uma privatização que assegure os objetivos, como melhoria na gestão dando condições salubres e dignas aos presidiários, em observância aos princípios básicos de dignidade da pessoa humana. (FARIA, 2000).

Luiz Flávio Borges D'urso (2009), defende que o Brasil deve privatizar e seguir o modelo Europeu para obter melhor efetividade e compara ao modelo Americano:

Registro que sou amplamente favorável à privatização, no modelo francês e as duas experiências brasileiras, uma no Paraná há um ano e outra no Ceará, há dois meses, há de se reconhecer que é um sucesso, não registram uma rebelião ou fuga e todos que orbitam em torno dessas unidades, revelam que a utopia" de tratar o preso adequadamente pode se transformar em realidade no Brasil. [...] Trata-se de verdadeira terceirização, na qual o administrador privado, juntamente com o Estado fazem parceria administrativa, inovando o sistema prisional. Já o modelo americano, o qual também visitei, tal seria inaplicável ao Brasil, porquanto a entrega do homem preso ao particular é total, fato que afrontaria a Constituição brasileira (p. 2).

Segundo Laurindo Dias Minhoto (2000), em nosso País há um modelo de privatização nas penitenciárias brasileiras, implantada legalmente por meio da terceirização de contratos, utilizando-se da Lei nº 8.666/93, por um período de um a cinco anos, em que uma empresa privada constrói a prisão e se encarrega de serviços internos como a alimentação, vestimenta e administração interna.

De acordo com Augusto Thompson (2002), há barreiras para implantação da privatização nos presídios brasileiros, é necessário observar alguns aspectos, como o ético, jurídico e político. Em observância ao aspecto ético, a Constituição

Federal prevê o princípio da liberdade, significa que o Estado não pode transferir a uma empresa privada o cumprimento de execução das penas, pois é dever do Poder Público; quanto ao aspecto jurídico, no âmbito legal a privatização vai de confronto a Lei das Execuções Penais, em que o dever de punir é indelegável ao Estado, e pela vertente do aspecto político não deve haver preocupação apenas com os gastos, pois não seria possível transferir a responsabilidade de todo sistema penitenciário a uma empresa privada, é necessário que o Estado se comprometa a ser responsável pelo reingresso do preso a sociedade, não apenas analisando o lado financeiro.

Há diversos posicionamentos a respeito da possibilidade da inclusão da privatização nos presídios brasileiros, tanto positivos quanto negativos, acredita-se que seria necessário que o Legislativo propusesse uma reforma política e legislativa, por outro lado é possível implantar parceria entre a administração pública e uma entidade privada, nesta a empresa atua como administradora deixando ao Estado o poder de executar a pena. (JESUS, 1997).

No Brasil houve algumas experiências de privatização nos presídios, porém duas foram marcantes e demonstraram bom resultado ao longo da avaliação, a primeira foi em Guarapuava (PR) e a segunda em Juazeiro do Norte (CE), por meio de terceirização dos serviços:

A primeira na cidade de Guarapuava (PR), onde se instalou, há dois anos, a primeira unidade prisional terceirizada brasileira. Registre-se que, em dois anos, nenhuma rebelião ou fuga ocorreram. Todos os presos trabalham, muitos estudam e todas as condições de higiene e saúde são garantidas pelo Estado e fornecidas pela administradora privada. A comida é servida de forma que o preso abastece seu prato à vontade, terminando com o deplorável expediente, que nutre a corrupção, de se ter que comprar um bife ou duas batatas a mais. A segunda experiência no Brasil ocorre em Juazeiro do Norte (CE), com os mesmos resultados satisfatórios, destacando-se que os presos, que também trabalham, o fazem confeccionando jóias, sem que tenha havido qualquer incidente. Enfim, penso que tais experiências sejam um sucesso e que precisam ser observadas, sem paixões, para se constatar o óbvio: que essa nova forma de gerenciar cadeias é processo irreversível no Brasil diante do sucesso obtido. Basta de tanta injustiça e indiferença (D'URSO, 2002, p. 3).

No Espírito Santo aderiu-se ao modelo de co-gestão que foi utilizado nos dois presídios acima citados, em Amazonas juntou-se parceria a CONAP

(Companhia Nacional de Administração Penitenciária), que terceirizou serviços em três presídios, em Pernambuco instalou o seguinte processo, os condenados foram individualizados conforme ordem cronológica e segundo as determinações da Lei de Execução Penal, dividiu-se duas celas, com lotação máxima de 4 presidiários (SANTOS, 2009).

Aos poucos a ideia de privatização dos presídios é inserida em nosso sistema brasileiro, demonstra ser a resolução das questões financeiras em auxílio a administração do Estado, privatizar é uma das formas mais eficientes de garantir além de menor dispêndio dos gastos públicos, uma segurança de que os presidiários terão melhor tratamento psíquico, físico, emocional, social e moral, trará futuramente resultados favoráveis ao Estado e a sociedade (CORDEIRO, 2014).

2.2 Responsabilidade Civil do Estado

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2003), a responsabilidade civil do Estado, é aquela em que os danos causados a outrem pelos agentes públicos são de responsabilidade da Administração Pública, conforme reza artigo 43 do Código Civil de 2002: 'As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo'.

A responsabilidade civil do Estado é objetiva, também prevista na Constituição Federal em seu artigo 37, § 6º, vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL,1988, p.10).

Carlos Roberto Gonçalves (2010), afirma que na responsabilidade objetiva do Estado deve haver reparação desde que prejudique a outrem, porém

caso seja cobrado regressivamente do agente é necessário comprovar sua culpa ou dolo no ato causado ao terceiro.

Atualmente a Jurisprudência e doutrina têm duas teorias a respeito da responsabilidade que o Estado tem de indenizar mesmo se não tiver dolo ou culpa, a primeira teoria chama-se Teoria Administrativa, e possui três excludentes: caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, há o entendimento que elas excluem a responsabilidade da administração pública de indenizar, em contrapartida há a Teoria do Risco Integral melhor descrita por Diógenes Gasparini:

Por teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento. Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um prédio sobre a via pública. Nos dois exemplos, por essa teoria, o Estado, que foi simplesmente envolvido no evento por ser o proprietário do caminhão coletor de lixo e da via pública, teria de indenizar. Em ambos os casos os danos não foram causados por agentes do Estado. A vítima os procurou, e o Estado, mesmo assim, teria de indenizar (2001, p. 1.114).

Flávia Teixeira Ortega (2015) esclarece que o Estado responde objetivamente por seus atos omissos, porém o nexo causal pelos danos sofridos a vítima, deverá ser caracterizado pela comprovação de que o Poder Público deixou de agir preventivamente para que não ocorresse o dano, isso se chama 'omissão específica', pois era sabido a necessidade de não cometer ato e por negligência deixou acontecer, um exemplo é a situação de doenças dentro dos presídios, o Poder Público não toma providências para sanar ou diminuir o foco da doença no local, assim é omissos, permitindo que os presidiários fiquem expostos a doença.

Alexandre Mazza (2015), esclarece a relação do agente e da responsabilidade objetiva atribuída a Administração Pública:

[...] as condutas praticadas por agentes públicos, no exercício de suas atribuições, devem ser imputadas ao Estado. Assim, quando o agente público atua, considera-se que o Estado atuou. Essa noção

de imputação é reforçada também pelo princípio da impessoalidade, que assevera ser a função administrativa exercida por agentes públicos 'sem rosto', por conta da direta atribuição à Administração Pública das condutas por eles praticadas. (p. 365).

E quando o Estado for omissivo, a responsabilidade continua sendo objetiva? Há entendimentos doutrinários que o Estado deverá responder subjetivamente somente quando a vítima provar o dano, a omissão estatal, nexo causal e culpa administrativa, porém a Jurisprudência tem julgado que mesmo em caso de omissão o Estado continuará respondendo objetivamente pois deveria ter agido para impedir que o dano ocorresse, observe este julgado da 2ª Turma do Superior Tribunal Federal:

A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público (STF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2015, p.3).

A responsabilidade civil do Estado nos presídios se tornou um assunto polêmico, pois a morte de um detento se caracteriza omissão gerando culpabilidade e consequências ao Poder Público, porém é importante ressaltar uma exceção, se comprovado que o Estado não tinha como impedir a morte, estaremos lidando com a teoria do risco administrativo, pois demonstrou-se que o Estado não poderia evitar o dano (KUEHNE, 2001).

Visto isso a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIX, prevê que o Estado deve proteger o preso, 'é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; ' logo o fato de ocorrer algo que prejudique o preso, têm-se o entendimento que o Poder Público deveria ter zelado por aquilo (FILHO, 2014).

O Superior Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 841.526 em 29/07/2016, reconheceu que a morte de detento em cela presidiária gera responsabilidade objetiva:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 592 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário. Em seguida, também por unanimidade, o Tribunal fixou a seguinte tese: 'Em caso de inobservância do seu

dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento'. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.

[...] É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).

4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal (STF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 29/07/2016, p. 4).

Flávia Teixeira Ortega (2015) compreende a responsabilidade objetiva do Poder Público com o seguinte exemplo: suponha que um presidiário esteja recebendo todas as condições devidas, porém necessita de um tratamento médico e não o recebe, desta forma o Estado viola o artigo 14 da Lei de Execução Penal, assumindo o risco de vida deste detento.

Há outro questionamento relativo a morte do detento, no suicídio é admissível a responsabilidade do Estado? Se houver alguma causa excludente de responsabilidade adota-se a teoria do risco administrativo, caso seja comprovado que o presidiário tenha um desvio de personalidade e apresenta indícios na sua conduta, o Estado se responsabilizará, pois, deveria estar tratando para evitar o suicídio; se por outro lado o detento cometa o suicídio repentinamente significa que o Estado não previa e não se omitiu (ORTEGA, 2015).

Conforme exposto, a respeito da responsabilidade civil, deve o Estado garantir aos detentos todos os seus direitos fundamentais, zelando pela integridade física, moral, psíquica e social para reintegração do detendo após cumprir a pena, de forma que evite a responsabilidade objetiva e violação da Lei. (AMARAL, 2017).

2.3 Pontos positivos e negativos da privatização nos presídios

De acordo com a nossa atual Legislação brasileira, não é possível implementar dentro das cadeias públicas de forma repentina a privatização, isso já é

um ponto negativo, por outro lado não é impossível adequar a realidade atual aos moldes da privatização, seguindo os modelos estrangeiros e aperfeiçoando às nossas leis (JESUS, 1997).

Paula Guimarães Ferreira (2007), expõe sua opinião em relação a privatização e compara a impossibilidade legal de privatizar:

Alguns legisladores que atuam no âmbito federal e estadual tentam implantar a privatização no sistema penitenciário brasileiro. Entretanto, esta ideia é ainda considerada inconstitucional e encontra resistência por parte de alguns segmentos da sociedade, como o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil. Por não existir previsão legal de se privatizar as penitenciárias, alguns estados da federação vêm efetuando uma parceria entre o Estado e a iniciativa privada. Trata-se da terceirização, realizadas em alguns serviços (p.38).

O ponto controverso Legal está previsto no artigo 34 da Lei de Execução Penal: 'O trabalho poderá ser gerenciado por fundação ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado'. Assim uma empresa privada não pode administrar um preso, sendo responsabilidade exclusiva do Estado (CORDEIRO, 2014, p.102).

José Eduardo Faria (2000), critica que o Poder Público não tem estrutura para fiscalizar e monitorar os atos da administração privada, fazendo com que a privatização atenda apenas necessidades financeiras de grupos econômicos e seus interesses capitalistas.

Rafael Damaceno de Assis (2009) defende de forma positiva a privatização, porém com delegações a particulares, e não de todo o sistema carcerário, este modelo pode ser implantado a qualquer momento, tornando os serviços prestados mais eficazes, céleres e com maior retenção de gastos:

Da forma como está posicionada nossa legislação, o que poderia ser implementado de imediato não seria propriamente a privatização das prisões, mas sim a delegação ao particular das atividades extrajudiciais da administração no curso da execução penal. Essas atividades compreenderiam a função material da execução da pena, cabendo ao administrador particular o fornecimento de comida, roupas, hotelaria, limpeza, sistema de vigilância, etc. A função

jurisdicional, de natureza indelegável, permanecerá nas mãos do Estado, por meio do juízo da execução, cabendo exclusivamente a ele determinar o período de encarceramento do preso, além de seus direitos e seus deveres (p.4).

Outro ponto positivo, é garantir ao preso que realize trabalhos e serviços internos, utilizando o tempo vago com estudos e oficinas, como uma forma de aproveitamento e qualificação do preso, garantindo com seu trabalho uma fonte de renda, inclusive para sustento de sua família, e assegurando maiores oportunidades para sua reintegração na sociedade (CORDEIRO,2014).

Neste mesmo contexto, diversos doutrinadores consideram o trabalho do preso, como crime pois não está previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas e não gera nenhuma retribuição ao preso, o preso por Lei não pode ser obrigado a exercer trabalho forçado, por outro lado a Lei de Execução Penal, compreende como dever do penitenciário cumprir com o labor, desde que não ultrapasse sua capacidade. Veja este entendimento positivo relacionado ao trabalho na privatização penitenciária:

Assistir o preso e dar-lhe trabalho, necessário este à auto-suficiência dos presídios e reconhecido como dever social e requisito da dignidade humana, levando-se em conta, em sua oferta, a habilitação, a condição penal e as necessidades futuras dos internos, assim como as oportunidades do mercado. É preciso discutir a ideia da privatização, implantável em projetos pilotos, em regime de gestão mista, e cujas vantagens, múltiplas, são de ordem humana, operacional, legal e financeira (DIAS DA SILVA, 2013, p. 10).

Maurício Kuehne (2001), traz aspectos positivos acerca da privatização, em aspectos financeiros e produtivos:

[...] a privatização que as empresas particulares dispõem de maior agilidade, uma vez que estão liberadas da morosa e difícil burocracia, que muito prejudica a lenta rotina das instituições estatais. A par dessa peculiaridade, sustentam que os grupos particulares, na competição de mercado, além de oferecer trabalho remunerado aos presos, o que não ocorre comumente na prisão estatal, tem interesse em otimizar os serviços, reduzindo as despesas para poder manter eficiente posição, preocupação essa que não é relevante no serviço público, que gasta demasiadamente, estando envolto em escândalos de corrupção e fracassando como detentor do monopólio no âmbito da execução penal (p. 68).

Embora haja vários posicionamentos a respeito de ser certo ou errado a privatização das penitenciárias, acredita-se que seria a resolução de muitos

problemas no sistema carcerário de nosso País, mesmo com impedimentos passíveis, há métodos que podem ser aplicados para não infringir a lei, pois os presídios precisam com urgência de ajustes e mudanças. Têm-se percebido que o Estado se omite com a responsabilidade de proteger e zelar da segurança dos presidiários, porque o problema não é apenas na gestão e sim em quem serão os presidiários ao cumprirem a pena e se reintegrarem a sociedade, é preciso mudanças para que saia melhor e reabilitado, pois o preso deve perder apenas a liberdade e não direitos fundamentais. (D'URSO, 2002).

CAPÍTULO III- CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE PENITENCIARIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme apresentado no capítulo anterior, a concessão administrativa é uma transferência de serviço público pelo ente privado, a qual necessita de licitação e traz benefício à Administração Pública de ser usuária direta ou indireta, sofrendo apenas o encargo de pagar as tarifas. Desta forma, será abordado neste capítulo em quais contextos pode ser aplicada a concessão administrativa, quais as tentativas em nosso País da privatização dos presídios e qual benefício essa mudança de alta complexidade pode trazer para o Estado e o cidadão (CARVALHO, 2015).

3.1 Contexto em que deve ser compreendido

Conforme Edmundo Oliveira (2002), a ideia de prisão existe desde os primórdios da civilização, quando ainda não existia o Estado e a sociedade, neste tempo não se pensava em soberania. Desta forma o indivíduo considerado ameaça ficava contido nas cavernas para proteção da família.

Atualmente o conceito de prisão em nosso País, conforme artigo 1º da LEP- Lei Federal de execução penal, 7.210 de 11 de julho de 1984, prevê: 'a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.' De acordo com o entendimento do Legislador, a prisão deverá tratar as questões sociais e de integração do presidiário na comunidade. (BRASIL, 1984, p. 1).

Para cumprir a efetivação da pena, o Legislador estipulou alguns critérios para ser cumprida pelo agente, será analisada a qualificação do réu, o tipo

de delito cometido, assim como a personalidade e atitudes no momento do crime, será indagado por meio de exames criminológicos, psicológicos, dentre outros necessários para averiguar a verdade. Essa análise será feita pela Comissão Técnica, conforme o artigo 6º da LEP prevê: 'A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório' (BRASIL, 1984, p.1).

De acordo Julio Fabrini Mirabete (2001), há duas atividades administrativas, as administrativas judiciárias e as atividades de execução material das penas, entenda essa ordem:

Nessa ordem de idéias diante da Lei de Execução Penal, que, como visto, recorre à cooperação da comunidade na execução da pena para exercer atividades administrativas, há que se distinguir na execução penal espécies diversas de atividades. De um lado, existem as atividades jurisdicionais, referentes às normas de direito penal e de direito processual penal, sempre a cargo do juiz da execução e destinadas a dirimir os conflitos de interesses que surjam entre o Estado e o condenado. De outro, estão as atividades administrativas, em sentido amplo, relativas à aplicação das normas que não são de ordem jurisdicional, pois não se referem aos referidos conflitos. Tais atividades administrativas em sentido amplo, porém, podem ser classificadas em duas subespécies: as atividades administrativas em sentido estrito (atividades administrativas-judiciárias), que somente podem ser executadas pelas autoridades administrativas, como órgão do Estado-Administração – titular do jus puniendi; e as atividades de execução material das penas (atividades administrativas mas não judiciárias, mas simplesmente físicas e concretas), que podem ser atribuídas a órgãos do próprio Estado. (p.58).

Atribuir essas atividades ao nosso ordenamento jurídico seria de grande valia, porém a realidade do caos que se encontram as penitenciárias brasileiras, torna complexo atuar na área. Há diversos tipos de pessoas nos presídios, os agentes lidam com todos os delitos e nem sempre o Estado consegue cumprir com aquilo que a Lei determina, utilizando da força e extremos exageros (COUTINHO, 2013).

Complementa Coutinho, a respeito do risco de fuga dos detentos, relacionado ao perigo para a população, e a necessidade da força policial para deter:

A fuga de detentos, ademais, ameaça de modo direto a segurança da população. Seria de absoluta ingenuidade imaginar que uma

possível fuga só seria reprimida pela Polícia Militar, que faz segurança externa do estabelecimento penal. A coerção é necessária, ou melhor, inerente à administração de estabelecimentos penitenciários (2013, p. 5).

O contexto em que se encontram as penitenciárias brasileiras é de situação caótica, os gastos para manter os presídios têm sido degradantes e mesmo assim não consegue fornecer boas condições de higiene, educação, sem falar ainda nas superlotações, essas questões obrigam o Judiciário a intervir no sistema dos presídios, e cada vez mais exigir que os detentos cumpram penas muito ríspidas, essa atitude não têm solucionado as questões lamentáveis do nosso sistema penitenciário (MINHOTO, 2002).

3.2 Projetos em andamento no país

No Brasil já houve algumas experiências em relação à Privatização dentro das cadeias públicas, poucas sofreram abandono ou continuaram a ter parceria com o ente privado, mas algumas ainda têm permanecido sobre serviços da empresa particular. A priori será feita a análise do complexo prisional de Ribeirão das Neves, foi o primeiro presídio no Brasil a aplicar a privatização dentro da cadeia, inaugurado em janeiro de 2013, antes deste complexo houve outras privatizações de presídios, porém em forma de indústrias de trabalho, nas quais o detento presta serviços e recebe salário por isso, além de receber alimentação, vestimenta, todo o projeto é realizado em fábricas específicas somente aos detentos (MARCÃO, 2016).

Segundo Grecianny Carvalho Cordeiro (2014), o complexo prisional de Ribeirão das Neves foi criado pelo contrato de modalidade de concessão administrativa, por meio da concorrência internacional nº 01/2008, da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais, a licitação foi para a construção do prédio e gestão privada do complexo, gerou 3.000 (três mil) vagas, dividindo-se em cinco prédios, nos quais, dois foram criados para o regime semiaberto e três para o regime fechado.

A proposta inicial é que a Parceria privada construísse, e o Poder Público financiasse a construção, a entidade privada também administra, e se responsabiliza

por oferecer roupa, alimentação, como recursos necessários, ficando ao Estado as tarifas destes gastos. Um ponto importante que é válido destacar é a questão do agente carcerário, pois o agente não pode ser privatizado e sim concursado, veja o entendimento de Victor Bastos Lima:

Por essa razão, o Complexo Penal de Ribeirão das Neves não inaugurou a participação de agentes privados no universo carcerário. Ou ainda, em termos mais técnico administrativos, este projeto ora estudado não foi representou o início de parcerias com privados no bojo da atividade carcerária. Afinal, no sentido lato da expressão, parcerias entre poder público e privados são travadas para suprir as demandas da instituição carcerária desde as reformas estatais iniciadas na década de 90. À primeira vista, esta mudança de paradigma pode parecer irrisória, mas tem por trás grandes questões e valores jurídicos em jogo, tal como se tentará demonstrar nesta investigação (2015, p.4).

Em reflexão a este entendimento, pode-se compreender que a empresa privada presta o serviço, e todo fornecimento é feito ao Estado que concede ao particular a oportunidade de administrar, é uma prestação indireta, garantindo que nos cárceres os agentes sejam públicos, pois a privatização é apenas de materiais e gestão, incumbindo ao Poder Público o dever de contratar os agentes internos (DI PIETRO, 2017).

Acredita-se que o primeiro presídio sobre gestão privada, foi um marco inicial para outros municípios se prontificarem a idealizar este movimento, pois a abertura do Complexo de Ribeirão das Neves trouxe perplexas mudanças, não houve rebeliões, o comportamento dos presos tem sido diferente, pois há um investimento também na reinserção do indivíduo à sociedade (LIMA, 2015).

Segundo Luiz Flávio Borges D'Urso (2002), houve duas experiências de privatização de presídios públicos no Brasil, sendo a primeira em Guarapuava (PR) no ano de 1999, que diferentemente da penitenciária comum, é uma penitenciária industrial, um modelo de prisão convertido em fábricas, estimulou o empenho ao trabalho dos presidiários, no qual o seu trabalho é convertido no pagamento dos gastos que os mantem ali, como alimentação à vontade e vestimenta. Instalada desde 2000, até o ano de 2002 não houve rebeliões e nem fugas. Neste projeto os detentos recebem atendimentos à saúde, inclusive a educação, recebendo a

oportunidade de estudar e trabalhar, sendo todos os recursos oferecidos pela empresa privada, e o local construído e oferecido pelo Poder Público.

De acordo com Maurício Kuehne (2005), há diversos questionamentos acerca do presídio industrial de Guarapuava, pois alguns acreditam ser literalmente a privatização dos presídios, outros afirmam ser apenas a terceirização de serviços prisionais, retirando o entendimento de particular. A privatização da penitenciária industrial, foi construída com recurso Estadual e Federal, gastando um total de R\$5.323.360,00, (cinco milhões trezentos e vinte e três mil trezentos e sessenta reais) investidos na construção do prédio, um alto custo que visa proporcionar melhores condições aos detentos e futuramente obter melhor desempenho para ressocialização:

Um dos aspectos mais combatidos, também, em relação às unidades terceirizadas relaciona-se ao custo do preso, contudo, de se convir, ao menos pelos dados que dispomos, de que, em todas as unidades desta ordem, o índice de ociosidade se aproxima de 0,0 (zero), resultando, destarte, numa grande economia estatal, haja vista a redução da pena em 1/3 por força da remição da pena (reduz a pena em um dia a cada três dias trabalhados). Em relação à Penitenciária de Guarapuava, o desempenho de atividades laborativas tem sido uma constante. Quando assim não seja, o estudo está sendo encarado com a seriedade devida, propiciando, também, a redução da pena através da remição pelo estudo. Conquanto não reconhecida legalmente tal modalidade de remição, já faz parte de Projetos encaminhados ao Congresso Nacional e os Tribunais vêm dando resposta positiva a respeito (p.1).

Kuehne (2005) ainda afirma, a empresa responsável por esse projeto passou pelo sistema licitatório que fornece toda estrutura e serviço para o detento e o Estado está administrando e controlando segurança, é aplicado inteiramente a Lei do tabagismo visando a proibição tanto dos agentes penitenciários quanto dos presidiários. A gestão geriu todos os fundamentos previstos em Lei, sendo a estrutura: '5 Cubículos/Alojamentos: 120; Refeitórios: 2; Pátios: 5; Visita íntima: 12 quartos; Consultório Médico: 1; Consultório Odontológico: 1; Salas de Aulas: 3; Salas para atendimento técnico: 6; Lavanderia: 1; Biblioteca: 1; Cozinha' (p. 2).

No Departamento Penitenciário é apresentado o projeto e estrutura do presídio, possui monitoramentos e sistemas de TV, com portões especializados e

segurança de detector de metais, todos os agentes portam rádios e fones para se comunicar, observando o fluxo dos detentos. Cada presidiário recebe 75% de um salário mínimo vigente, e tem a oportunidade de diminuir em um dia de pena a cada três dias trabalhados. Há os canteiros, são como salas de atendimento psicológico, odontológico, médico, educacional, entre outros. Os canteiros são abertos todos os dias em horários vagos dos detentos, funcionando em três turnos a cada seis horas (PARANÁ, 2000).

A privatização inicialmente como indústria no Estado do Paraná, alavancou e incentivou outras cidades a aplicar a mesma experiência, percebeu-se que diminuiria a mão de obra Estatal e conseqüentemente melhoraria gestão dos presídios:

Como conseqüência do êxito obtido com a experiência de co-gestão em Guarapuava, o governo optou por expandir tal modelo para outros cinco estabelecimentos penais: Casa de Custódia de Curitiba, Casa de Custódia de Londrina, Penitenciária Estadual de Piraquara, Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu e Penitenciária Industrial de Cascavel. As seis unidades terceirizadas chegaram a abrigar 2.638 detentos, ou 29,2% da população carcerária do Paraná (9.033 pessoas) (MINHOTO, 2002, p.3).

A segunda experiência de penitenciária industrial privatizada, de acordo com Luiz Flávio Borges D'Urso (2002), foi em Juazeiro do Norte (CE) no ano de 2001, inicialmente manteve os mesmos aspectos da prisão em Guarapuava, os detentos trabalham na produção de joias, e recebem um salário pelo serviço que prestam inclusive diminuição de pena, e até a metade do ano de 2002 não houve rebeliões e nem fugas na indústria.

A Penitenciária Industrial I Regional do Cariri (PIRC) foi inaugurada no dia 17 de novembro de 2000, iniciando seus projetos em no em 2001, além dos detentos confeccionarem joias, praticam serviços de marcenaria e bolas de futebol, veja como foi o procedimento para criação da PIRC:

Funcionando desde 2001, a PIRC é resultado de uma parceria entre o Estado do Ceará, através da Secretaria de Justiça, e a empresa Companhia Nacional de Administração Prisional – CONAP. De acordo com o item II, da cláusula quarta do contrato de gestão, é da

competência da contratada: 'selecionar, recrutar, contratar sob sua inteira responsabilidade, observadas as regras de seleção da Superintendência do Sistema Penal – SUSIPE, preferencialmente da Região do Cariri, os recursos humanos necessários para o pleno desenvolvimento da Penitenciária Industrial do Cariri, assumindo os encargos administrativos dos mesmos, e cumprindo com todas as obrigações trabalhistas, fiscais, previdenciárias e outras, em decorrência de sua condição de empregadora/contratante (SILVA, BEZERRA, 2005, p. 8).

O presídio de Juazeiro do Norte, no Ceará inicialmente aplicavam as normas legais, o cumprimento e emprego de tudo que está previsto na Lei de Execução Penal, na época de sua criação o Estado pagava à empresa privada o valor de R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais) por detendo, para que monitorassem todos em momentos que os detentos estavam fora das celas, implantou-se também a alternância de funcionários, tentando fazer com que os agentes não ficassem próximos aos presos com a intenção de não gerar corrupção e particularidade entre presos e agentes (SILVA, BEZERRA, 2005).

De acordo com Grecianny Carvalho Cordeiro, a experiência da privatização no Ceará se estendeu em várias cidades e Estados, como:

AS PENITENCIÁRIAS INDUSTRIAL DE SOBRAL E IPPOO II (CEARÁ), Inauguradas em 2002. Possui capacidade para abrigar 500 detentos. O SISTEMA PENITENCIÁRIO DE COGESTÃO NA BAHIA, onde o sistema contava com: o Conjunto Penal de Valença (2003), Conjunto Penal de Juazeiro (2005), Conjunto Penal de Serrinha (2006), Conjunto Penal de Itabuana (2006) e o Conjunto Penal de Lauro de Freitas (2006). O SISTEMA PENITENCIÁRIO DE COGESTÃO NO AMAZÔNAS, complexo Penitenciário Unidade prisional do Puraquequara, com capacidade para 614 internos (presos provisórios), Instituto Penal Antônio Trindade, presídio de segurança máxima, com capacidade para 496 presos, e o Complexo Penitenciário Anísio Jobim, com capacidade para 450 presos no regime fechado e 138 vagas no regime semiaberto. (2014, p.7).

As duas primeiras penitenciárias industriais impulsionaram a abertura de diversas outras, dentre as diferentes gestões nas prisões, a que mais se destacou foi a de Joinville em Santa Catarina, inaugurada em 2005. Inesperadamente os detentos de outras regiões solicitavam ser transferidos para Joinville, que fornece tratamento diferenciado aos presos, pois se parece com um local de lazer, mas não oferece capacidade para suportar muitos detentos, possui cerca de 61 (sessenta e

uma) celas com capacidade para 6 presos em cada uma. Veja o destaque dessa penitenciária:

[...] Oferece Ensino Fundamental e Médio aos presidiários; possui convênio com 11 empresas, garantindo-se trabalho a 171 presos, sendo parte do salário pago aos detentos reinvestido em benfeitorias dentro da prisão; consultório odontológico equipado para atendimento de segunda a sexta-feira, farmácia com atendimento 24 horas, bem como a presença de psicólogos, enfermeiros, clínico-geral e psiquiatra, possuindo equipe multidisciplinar para atendimento completo à saúde do apenado. (SANTOS, 2009 p. 23).

Em concordância com algumas experiências de privatização demonstradas, ao longo do decurso do tempo, percebe-se que o complexo prisional de Ribeirão das Neves, não foi exatamente o primeiro a ser privatizado, foi o primeiro a construir uma prisão especialmente pela empresa privada, mas as indústrias penitenciárias deram diretrizes à abertura de novas penitenciárias que cumprem a função como se fosse do Estado, mantendo a este a obrigação de cooperação com a execução da pena e medida de segurança (CORDEIRO, 2014).

3.3 Função Material dentro da execução da pena

A função material neste caso está relacionada à função concreta que o Estado exerce após a condenação do réu, mais precisamente, uma atividade obrigacional e direta do Poder Público, de acordo com Márcia Walquiria Batista dos Santos e João Eduardo Lopes Queiroz (2015), 'do ponto de vista material, o órgão ao executar uma função que formalmente lhe é atribuída, materialmente pode desempenhar outra.', isso significa que o Estado pode exercer função adversa, desde que prevista em Lei. E embora o órgão público seja um ente sem personalidade jurídica, pode realizar parcerias e se relacionar com outros órgãos constituindo efeitos jurídicos (p.42).

O assunto em questão se relaciona a proibição ou legalidade que se tem em aplicar a privatização nas cadeias públicas, no que pese o Poder Público, alguns doutrinadores afirmam que a privatização é inconstitucional, e que o Estado não tem poder para privatizar, pois transfere a sua obrigação e soberania à empresa privada. Segundo entendimento de John D. Donahue apud Cordeiro (2014):

Privatização é não somente um termo deselegante; é também imprecioso. A palavra pode significar algo tão amplo como reduzir o

estado do bem-estar, promovendo ao mesmo tempo o espírito de iniciativa e o voluntarismo; ou algo tão estreito como substituir por um grupo de trabalhadores privados um grupo inteiramente idêntico de servidores públicos, para executar uma determinada tarefa (p.116).

Por esta concepção, é improvável que uma empresa privada preste o serviço que é uma função material do Estado, pois essa atividade é dever e atribuição do Órgão Público, e as atividades exercidas pelos agentes somente podem ser exercidas se previsto em Lei, pois deve o agente possuir cargo publico e ser concursado (GASPARINI, 2011).

Nas palavras de Hely Lopes Meireles (2002), a função material do Estado como serviço público se define em:

Serviços próprios do Estado: são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares. Tais serviços, por sua essencialidade, geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos os membros da coletividade (p.318).

Outro aspecto quanto a privatização das penitenciárias mencionado por Grecianny Carvalho Cordeiro (2014), é que o Estado tem a função material de alcançar o melhor desempenho do detento dentro da prisão, para que ele se reintegre socialmente da melhor forma possível, ao receber a liberdade, após cumprimento da pena sentenciada, empresas particulares visam apenas lucro, ou seja não cumpre a função material do Poder Público e tampouco função social que deve ser alcançada.

No entanto a concessão é um contrato administrativo de terceirização, a qual a empresa terceirizada oferece serviços materiais, como uma hotelaria, fornecendo alimentação, vestimenta, limpeza, dentre outros elementos, que não retiram o domínio do Poder Público, gerando facilidade ao Estado e benefícios aos detentos que são dignos perante a Lei, dos direitos fundamentais (CORDEIRO, 2014).

Como força de execução penal, a questão da privatização deve estar fundada na LEP – Lei de Execução Penal, a priori, esta Lei não proíbe a

privatização, e no artigo 4º menciona a autorização da participação de uma comunidade na execução: 'O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança'. Inegável o fato de que empresas são parte integrante da comunidade.' (BRASIL, 1984, p. 1).

Além de o Estado ter a opção de recorrer a terceiros para manter a execução da punição, o Poder Público tem o dever de resguardar os direitos fundamentais dos presidiários, que além de estarem explícitos na Constituição Federal possa também se tratar de princípios implícitos, esses direitos estão relacionados ao papel em que a empresa terceirizada deverá ajudar a desenvolver. Conforme assegura os artigos 38 a 40 do Código Penal Brasileiro, deve ser garantido ao preso ter preservados os seus direitos básicos, apenas sendo privado ao direito da liberdade, mas gozando da garantia física e moral, lhe é garantido também o direito à remuneração pelo trabalho prestado durante o cumprimento da pena, em que serão diminuídos a cada três dias trabalhados um dia de pena a ser cumprida. (BRASIL, 1940).

Nota-se que conforme o trabalho desenvolvido pelas empresas privadas nas penitenciárias industriais, aquela não está em desacordo com o que a Lei permite, devendo o preso receber pelo trabalho que presta e ainda ser beneficiado em relação ao cumprimento de sua pena, um serviço oferecido pelo ente privado, porém sobre total soberania do Estado, que garante o que é principal, mantes os direitos dos presos, que atualmente está escasso em nossas prisões brasileiras (MARCÃO, 2016).

Ney Moura Teles (2006), em acordo com os princípios associados à Constituição Federal de 1988, afirma ser mais importante garantir os direitos dos presos, pois o Estado não tem cumprido sua função dentro das penitenciárias e necessita de suporte para que a todo custo consiga atingir este objetivo:

A normatização do direito não pode impedir a incidência de princípios superiores, como o da dignidade da pessoa e o da humanidade, e tampouco de causas que excluam a proibição ou que desculpem certos fatos definidos como crime, os quais, muito embora não escritos, devem ser relevantes e imperativos no momento da aplicação do direito. Sem impedir a crítica do ordenamento penal,

destinada não simplesmente à obtenção das modificações que se fizerem necessárias, mas, sobretudo, a sua aplicação mais justa. Essa positividade submete-se à interpretação, que haverá de se harmonizar com outras ciências afins, a criminologia, a política criminal, o direito processual penal, inclusive o das execuções penais, e não pode impedir o conhecimento e a crítica das incongruências, injustiças, violências, deficiências e necessidades do Direito Penal, para torná-lo mais harmônico com os interesses dos cidadãos. (p. 7).

Embora a função do Estado de executar a pena seja indelegável, a realidade é que o órgão público pode realizar parceria com outras instituições, isso não significa que a empresa privada estará delegando as obrigações do Estado, apenas terceirizará os serviços, a fim de garantir os direitos dos presos, e oferecer melhores condições dentro do presídio, aproveitar para utilizar a mão de obra como uma forma viável de mobilizar serviços, constituindo o benefício no caráter do indivíduo, para reintegrá-lo na sociedade após o cumprimento da pena (MINHOTO, 2002).

Em face do exposto, conclui-se que a concessão administrativa em penitenciárias é uma recente modalidade de permissão no serviço público, e visa ter parceria com empresas privadas que possam oferecer recursos dos quais o Estado é insuficiente, como mão de obra e materiais necessários para serem prestados em determinada finalidade, desta forma as empresas contratadas preenchem a lacuna de ferramentas do Estado, mas não cumprem a obrigação de executar, apenas auxiliam no exercício da função da Administração Pública (CARVALHO, 2015).

Por fim Jacinto Teles Coutinho (2013) afirma que a Legislação Brasileira possui mecanismos muito eficazes, principalmente em relação ao nosso Sistema Penitenciário Brasileiro, porém é necessário tratar a respeito deste assunto com mais rigor e severidade. A ideia das Parcerias Público-Privadas é uma melhor alternativa para alcançar resultados satisfatórios, em que o Estado não deixa de delegar suas funções, porém com o auxílio da empresa privada a finalidade da execução nos presídios pode ser concluída com êxito. Deste modo com a redução de atividades exercidas pelo Estado, o Ente Público poderá aplicar suas funções e recursos a outros âmbitos essenciais à população.

CONCLUSÃO

A realização desse trabalho de conclusão de curso foi fundamental a fim de que, como sendo estudante de Direito aprofundasse meus conhecimentos sobre esta área administrativa que é de suma importância para que haja um melhor uso do dinheiro público quando falamos em nosso atual sistema penitenciário. Sempre foi um tema que me chamava bastante atenção pela situação em que nos encontramos em nosso país, onde o Estado não possui capacidade para prestar tal serviço com a eficiência que deveria ter. Durante a pesquisa para a elaboração desta monografia, ao analisar e ler vários autores que discorrem a respeito do assunto, e também pelos exemplos que temos de outros países e em nosso país podemos concluir que sim, a concessão administrativa de penitenciárias seria a melhor e mais eficaz solução para o colapso que estamos vivenciando. Conclui-se tal ideia a partir dos benefícios que vemos nos países que implantaram tal sistema, e com certeza no Brasil não seria diferente, ao inserir tal sistema em todas as penitenciárias existentes no nosso país teríamos os recursos sendo melhor geridos, visto que o ente privado tem uma visão diferente da que hoje tem o ente público (infelizmente em nosso país), uma visão em que o dinheiro público é gasto sem nenhuma ponderação e na maioria das vezes desviado de sua finalidade. Desta feita com o sistema aqui apresentado nesta monografia temos o que podemos chamar de uma solução para minimizar a incompetência do Estado para com este tipo de serviço prestado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Qual é a responsabilidade civil do Estado por morte de detento em presídio?** Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/09/qual-e-responsabilidade-civil-do-estado-por-morte-de-detento-em-presidio/>> Acesso em: 21 jan. 2018

ASSIS, Rafael Damaceno de. **Privatização de prisões e adoção de um modelo de Gestão privatizada.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3483/Privatizacao-de-prisoas-e-adocaode-um-modelo-de-gestao-privatizada>>. Acesso em: 14 jan. 2018

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 18 jan. 2018.

_____. **Código Penal 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. **Constituição Federal 1988.** Disponível em 02/09/2017: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. **Lei de Execução Penal (1984).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 23 nov. 2017.

_____. **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm> Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> Acesso em: 22 nov. 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 3. ed. Salvador: Jus Podvim, 2015;

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do Sistema Prisional Brasileiro.** 2º Ed. Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro: 2014;

CORDEIRO, John D. Donahue Apud. **Privatização fins públicos meios privados.** Rio de Janeiro: Ed Jorge Zahar, 2014;

COUTINHO, Jacinto Teles. **A execução da pena como função jurisdicional e indelegável do Estado.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25020/a-execucao-da-pena-como-funcao-jurisdicional-e-indelegavel-do-estado/2>> Acesso em: 06 mar. 2018;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004

_____. Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

D'URSO, Flávio Gomes Borges. **A privatização dos Presídios.** Entregar as prisões à iniciativa privada é mais eficiente e garante os direitos dos internos. Revista Super Interessante. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/a-privatizacao-dos-presidios/>> Acesso em: 14 jan. 2018;

_____. **Privatização de Presídios.** Revista Consulex. Ano III, n. 31, p. 44-46, Jul. 1999.

FARIA, José Eduardo. **Privatização de presídios e criminalidade: A gestão da violência no capitalismo.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

FERREIRA, Paula Guimarães. **A estrutura do sistema prisional brasileiro frente aos objetivos da teoria da pena.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12093>. Acesso em: 22 jan. 2018.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo** 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 16ª Ed., 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil, 5ª Edição: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Sistema penal brasileiro**: execução das penas no Brasil. Revista Consulex. Ano I, n. 1, p. 24-28, Jan. 1997.

JUNIOR, João Marcelo de Araújo. **Privatização das prisões**. 1. ed. Rio de Janeiro. Ruan, 1991.

KUEHNE, Maurício. **Privatização dos Presídios**. Revista CEJ, Brasília, n. 15, set./dez. 2001.

_____. **Sistema Penitenciário do Paraná XVII – Penitenciária Industrial de Guarapuava**. TRI Tribuna, Paraná, agosto. 2005. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/sistema-penitenciario-do-parana-xvii-penitenciaria-industrial-de-guarapuava/>> Acesso em: 04 mar. 2018;

LIMA, Victor Bastos. **As parcerias público-privada no sistema carcerário brasileiro**: A experiência do complexo penal de ribeirão das neves. Disponível em: <<http://www.seminarioprisoes.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic2?q=ytoyontzojy6inbhcmftcyi7czoymzoitytoxontzojewoijjrf9bulfvsvzpijtzoji6ijgwijt9ijtzoje6imgio3m6mzi6ijqzmzcxzgrhzdzhnjywytyjhyte4zjhjnja5njrkmdvkijt9>> Acesso em: 01 mar. 2018;

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo** .5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**.29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade**: a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2002;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 11. Ed. São Paulo: Atlas 2001;

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Responsabilidade civil do Estado em caso de morte de FLP**. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/326062924/responsabilidade-civil-do-estado-em-caso-de-morte-de-detento>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

PARANÁ, Governo do Estado. **Penitenciária Industrial de Guarapuava**. Disponível em: <<http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=36>> Acesso em: 04 mar. 2018;

SANTOS, Jorge Amaral dos. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, 2009.

SILVA, André Ricardo Dias da. **A privatização de presídios como mecanismo garante dos direitos fundamentais constitucionais na execução penal: uma tendência factível ou falaciosa**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5667/A-privatizacao-de-presidios-como-mecanismo-garante-dos-direitos-fundamentais-constitucionais-na-execucao-penal-uma-tendencia-factivel-ou-falaciosa>>. Acesso 22 jan. 2018.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; QUEIROZ, João Eduardo Lopes. **Direito Administrativo**, Tomo I. Rio de Janeiro, Forense, 2015;

SANTOS, Richard Harrison Chagas dos. **Relatório anual. Penitenciária Industrial de Joinville** (Jocemar Cesconeto). Joinville, 2009;

SILVA, André Ricardo Dias da. **A privatização de presídios como mecanismo garante dos direitos fundamentais constitucionais na execução penal: uma tendência factível ou falaciosa**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5667/A-privatizacao-de-presidios-como-mecanismo-garante-dos-direitos-fundamentais-constitucionais-na-execucao-penal-uma-tendencia-factivel-ou-falaciosa>>. Acesso 22 jan. 2018;

SILVA, Cosmo Sobral da; BEZERRA, Everaldo Batista. **A terceirização de presídios a partir do estudo de uma penitenciária do Ceará**. Jus Navigandi, Teresina, 2005;

STF. 2ª Turma. **ARE 897890 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli**, julgado em 22/09/2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310803523/recurso->

extraordinario-com-agravo-are-931965-rj-rio-de-janeiro-0023074-6620098190001>.
Acesso em: 19 jan. 2018.

STF. 1ª Turma. **RE 841.526 AgR, Rel. Min. Luiz Fux**, julgado em 29/07/2016.
Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/57304429/processo-n-841526-do-stf>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120. volume 1. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

THOMPSON, Augusto. **A Questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

_____. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.5. ed. atual. de acordo com o código civil de 2002, estudo comparado com o código civil de 1916. São Paulo : Atlas, 2003. (Direito civil, v.2).