

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Ana Gessica Carneiro Falcão¹

André Dias Fernandes²

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ORIGEM E CONCEITO; 2.1. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL; 2.2. ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL; 3. ECI DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO; 3.1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DECLARAÇÃO DO ECI; 3.2. CRÍTICAS AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL; 4. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA; 4.1. O MODELO BRASILEIRO; 4.2. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA COMO UM MEIO DE SOLUÇÃO PARA A SUPERAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS;

RESUMO: O presente artigo versa o tema do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro em razão das massivas e sistemáticas violações de direitos fundamentais ocasionadas por falhas estruturais na efetivação de políticas públicas por parte de órgãos de diferentes instâncias do Estado brasileiro. Mediante uma análise da legislação pátria e da jurisprudência do STF e da Corte Constitucional da Colômbia, bem como de uma experiência pioneira e bem-sucedida no Estado de Minas Gerais, colima-se demonstrar que a parceria público-privada pode ser considerada como um dos meios mais eficazes de superação desse estado de coisas inconstitucional reconhecido pelo STF no sistema prisional pátrio. Concluiu-se, porém, que as atribuições jurisdicionais e disciplinares não devem ser delegadas ao ente privado e que o

¹Graduanda em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro. E-mail: anagessica882@hotmail.com.

²Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Juiz Federal e Professor do Centro Universitário 7 de Setembro. E-mail: andredefernandes@gmail.com.

êxito dessa parceria depende grandemente do grau de efetividade do controle exercido pelo Estado na execução do contrato de parceria público-privada.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; estado de coisas inconstitucional; sistema carcerário; parceria público-privada.

1. INTRODUÇÃO

O “estado de coisas inconstitucional” tem origem na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, consistindo numa técnica decisória utilizada por juízes ou cortes em quadros de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais decorrente da omissão inconstitucional do poder político, mediante emissão de ordens estruturais dirigidas aos Poderes Legislativo e Executivo com o escopo de formularem e implementarem políticas públicas capazes de superar esse estado de coisas.

O sistema carcerário brasileiro vive uma grave e sistemática violação de direitos fundamentais decorrente da omissão dos Poderes. Essa omissão não decorre apenas da falta de leis, mas, também, da falta de concretização de políticas públicas adequadas. A atual situação malferre os preceitos constitucionais e internacionais previstos em tratados sobre Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

O PSOL, por meio da ADPF 347, requereu que o Supremo Tribunal Federal declarasse o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário. O STF ainda não decidiu o mérito da questão, mas deferiu em parte o pedido, reconhecendo a configuração de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro. Após a declaração, surgiram várias críticas à técnica, como, por exemplo, a falta de legitimidade democrática do STF para elaborar políticas públicas, já que seus membros não são eleitos pelo voto popular.

Devido à crise existente nesse sistema, buscam-se meios para a superação desse estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, que envolve a necessidade de destinação de vultosas verbas.

Todavia, por razões várias, o Estado possui dificuldade de alocar recursos próprios para esse fim. Aponta-se como uma solução possível a parceria público-privada nas atividades administrativas (não jurisdicionais), como, por exemplo, assistência à saúde e educação do preso. Pode ainda ser delegada ao parceiro privado a construção e manutenção de presídios, além da prestação de serviços que a legislação permita. Porém, ao Estado se reservarem a gestão, os serviços de segurança, disciplina e a fiscalização do contrato de concessão administrativa para garantir que ele está sendo cumprido.

Portanto, o objetivo desse estudo é demonstrar que a parceria público-privada pode ser um dos meios viáveis para a superação do estado de coisas inconstitucional, desde que adequadamente implementada.

2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ORIGEM E CONCEITO

O estado de coisas inconstitucional (ECI) foi declarado pela primeira vez pela Corte Constitucional colombiana na SU-559 (*online*), de 1997, no caso dos docentes municipais que contribuíam obrigatoriamente para um fundo previdenciário, mas não recebiam a contrapartida de direitos sociais básicos (CAMPOS, 2016, p. 121). A Corte Constitucional colombiana: i) declarou o ECI; ii) determinou que os municípios que se encontrassem em situação similar corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável; iii) ordenou o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos membros do CONPES social, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências (CAMPOS, 2016, p. 124).

Essa técnica foi conceituada e desenvolvida pela Corte Constitucional colombiana na *Sentencia* T-25, de 2004, que estabeleceu seis fatores para a identificação do ECI (*online*):

- i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, a afetar um número significativo de pessoas;

- ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos fundamentais;
- iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como, por exemplo, a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado;
- iv) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentais necessárias para evitar a violação de tais direitos fundamentais;
- v) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, que requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recurso que demanda um esforço adicional orçamentário importante;
- vi) a probabilidade de enorme congestionamento judicial, caso todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema ajuizassem ação de tutela para obter a proteção de seus direitos fundamentais.

Para firmar o conceito do ECI é conveniente mencionar a definição deste por outro jurista. Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos é:

Técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. (CAMPOS, 2016, p.21).

O aspecto de omissão inconstitucional que se utiliza no presente trabalho é aquele que resulta da inércia dos Poderes na concretização de políticas públicas. Para uma maior compreensão do tema, pois é diferente do conceito tradicionalmente adotado pela doutrina pátria, o

tema será analisado no tópico seguinte que foi dedicado exclusivamente ao tema.

2.1. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Tradicionalmente, omissão inconstitucional é vista como resultante da inércia legislativa. Ocorre quando a Constituição impõe um dever ao legislador de regular sobre determinada matéria e ele não o faz (BARROSO, 2016, p. 296).

Essa omissão normativa inconstitucional pode ser parcial ou total. Será total quando o legislador, convocado pelo constituinte a agir, simplesmente não edita lei alguma (BARROSO, 2016, p. 297). A omissão parcial poderá ser identificada como relativa ou parcial propriamente dita. A omissão parcial relativa ocorre quando há o envolvimento de um tratamento jurídico diferenciado, prestigiando-se um determinado grupo em detrimento de outro, em violação ao princípio da isonomia (CAMPOS, 2016, p. 36). Já na omissão parcial propriamente dita, a norma existe, mas não satisfaz plenamente o mandamento constitucional, por insuficiência ou deficiência de seu texto (BARROSO, 2016, p. 298).

Nesses casos, a omissão resolve-se com a comunicação ao órgão omissor para que ele tome ciência da decisão e busque sanar essa inconstitucionalidade. Nos casos de omissão imputável a órgãos administrativos, as providências deverão ser adotadas em trinta dias (BARROSO, 2016, p. 309).

Este tipo de norma que obriga o legislador a regular sobre determinada matéria é conhecido como norma de eficácia limitada pela clássica classificação do José Afonso da Silva. Para ele, essas normas exigem uma atuação do legislador para regular uma matéria constitucional. Essas normas não receberam normatividade suficiente para produzir efeitos de imediato, carecendo de uma regulamentação para que possam passar a produzir efeitos ou “são aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte” (SILVA, 2004, p. 118).

Muitos direitos fundamentais são normas de aplicabilidade imediata, de acordo com a classificação do José Afonso da Silva, pois esses direitos receberam normatividade suficiente para produzir seus efeitos sem que seja necessária uma regulamentação por parte do legislador (SILVA, 2004, p. 101-102).

Malgrado o disposto no art. 5º, § 1º, da CF/88 (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”), nem todos os direitos fundamentais prescindem de uma intermediação do legislador (*interpositio legislatoris*). No caso dos direitos fundamentais sociais, essa necessidade de regulamentação pelo legislador é frequentemente expressa no próprio texto constitucional (e.g., art. 7º, XIX, XX, XXI, etc.).

Contudo, a não concretização desses direitos ou a não garantia de meios que os efetivem pode caracterizar a omissão constitucional. Esses direitos precisam ser concretizados para que a Constituição que os assegura não passe de uma Constituição simbólica, como adverte Marcelo Neves:

[...] sobre a relação entre texto constitucional e a realidade constitucional, pode-se retirar um primeiro elemento caracterizador da constitucionalização simbólica, o seu sentido negativo: o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada. (NEVES, 2011, p. 90-91)

Essa inércia legislativa ou executiva por falta de políticas públicas para concretização dos direitos fundamentais que ocasiona essa omissão inconstitucional e, conseqüentemente, uma possível violação massiva de direitos fundamentais é o segundo requisito para a declaração do ECI. Nesse contexto, a omissão, implicando proteção deficiente de direitos fundamentais, caracteriza-se como um quadro permanente de falhas estruturais (CAMPOS 2016, p. 58). Em face da inércia qualificada desses dois Poderes, o Poder Judiciário atua supletivamente, às vezes com certa dose de ativismo, a fim de remediar a violação desses direitos fundamentais e, em caso de declaração de ECI, com o fito de superá-lo.

2.2. ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL

O Poder Judiciário, por vezes, utiliza-se do ativismo judicial para garantir, proteger e efetivar os direitos fundamentais na falta de regulamentação ou de concretização material de políticas públicas, ou seja, quando há omissão inconstitucional. O Judiciário não apenas declara a omissão legislativa para que o órgão competente regule sobre a matéria, mas se vale de princípios com textura aberta para moldar uma solução para o caso que não tem previsão normativa expressa. A este respeito, Luís Roberto Barroso pontua:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2014, p. 6)

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2014, p. 6)

Pode-se citar como exemplo o caso do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da CF/88: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Em consequência da inércia do legislador em regular a matéria, o STF proferiu uma decisão que declarou a omissão legislativa quanto ao dever constitucional de regulamentar o exercício do direito de greve do servidor público, determinando a aplicação a este caso, no que couber, da lei de greve alusiva ao setor privado (Lei nº 7.783/89). (BRASIL, 2007)

Segundo Carlos de Azevedo Campos, a declaração do estado de coisas inconstitucional ocorre em casos de falhas e bloqueios estruturais que revelam a incapacidade dos poderes políticos de agir para resolver os problemas de violação massiva de direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 218-219). As cortes respondem com medidas de ativismo judicial para tentar contornar a situação e tentar vencer o ECI.

O tipo de ativismo defendido pelo autor é o ativismo judicial estrutural dialógico, que é aquele que permitirá o diálogo entre as instituições dos Poderes na busca da superação do estado de coisas inconstitucional. A definição das questões constitucionais deve ser o resultado de uma “construção coordenada” entre os poderes, isto é, de um processo dialógico (CAMPOS, 2016, p. 225).

Segundo a análise do ECI empreendida por Luis do Vale e Denarcy Silva Júnior, as ordens proferidas pela Corte devem ser flexíveis para permitir que o Poder Executivo e o Poder Legislativo possam escolher o meio adequado para a superação do ECI, pois são legitimados pelo voto popular. Ficaria reservado ao Judiciário o monitoramento do cumprimento da decisão e da sua efetividade na concretização dos direitos fundamentais violados (VALE; JÚNIOR, 2016)

3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Explicitados os pressupostos teóricos do ECI, cumpre agora investigar especificamente a situação de violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, causado pela inércia do legislador e por falhas estruturais na concretização de políticas públicas eficientes.

Em 2009, a Câmara dos Deputados realizou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário brasileiro. Os parlamentares visitaram os presídios de todos os Estados e fizeram um relatório que evidenciou um quadro de grave violação de direitos fundamentais. Foram mencionados no relatório casos como a distribuição de comida para os presos em sacos plásticos sem talheres, a utilização do “banheiro” (um buraco

no chão) para fazer as necessidades na frente de 69 pessoas, a utilização de migalhas de pães para conter o fluxo menstrual, além da falta de remédio e atendimento médico para aqueles que se encontravam doentes. Eis alguns excertos do relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2009¹⁵:

A CPI constatou, no ambiente carcerário, uma realidade cruel, desumana, animalesca, ilegal, em que presos são tratados como lixo humano. A CPI observou, em muitos estabelecimentos penais, tensão, medo, repressão, torturas e violência – ambiente que, em certa medida, atinge e se estende aos parentes, em especial, quando das visitas nas unidades prisionais. A realidade encontrada pela CPI, em suas diligências nos mais variados estabelecimentos penais, é de confronto com a legislação nacional e internacional, de agressão aos direitos humanos e de completa barbárie. (BRASIL, 2009)

Nas cadeias femininas, nem mesmo absorvente higiênico ou remédios para cólicas estão disponíveis. Se a menstruação for acompanhada de dor, não há remédio, a não ser reclamar. Quanto aos absorventes, quando são distribuídos, são em quantidade muito pequena, dois ou três por mulher, o que não é suficiente para o ciclo menstrual. A solução? As mulheres pegam o miolo do pão servido na cadeia e os usam como absorvente. (BRASIL, 2009)

A permanência desse estado é uma clara violação aos direitos dos presos previstos em diversas leis que compõem nosso ordenamento jurídico e, em especial, na nossa Constituição, a começar pelo fundamento que norteia toda legislação infraconstitucional e do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. Esta está prevista fundamento da República no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. O art. 5º, que trata dos direitos individuais, no seu inciso XLIX estabelece que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Existem ainda tratados internacionais sobre Direitos Humanos incorporados ao ordenamento pátrio, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Em 2014, havia 607.731 pessoas presas no Brasil, segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen,

publicado pelo Ministério da Justiça em junho do mesmo ano. O Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo (BRASIL, 2014).

Acoçada pela insegurança decorrente da criminalidade e da ineficiência estatal em combatê-la, a sociedade reage descarregando sua revolta e insatisfação sobre os detentos. A melhoria das condições dos presídios, diferentemente do que sucede com o sistema de saúde pública (SUS), não desperta nenhum apelo popular, mas, ao revés, verdadeira antipatia popular, fazendo com que os políticos, que dependem do voto do seu eleitorado, negligenciem o caos prisional. Nesse sentido, pontuou o Min. Marco Aurélio, relator da ADPF 347:

É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais.

A sociedade perde, por vezes, a percepção de que o indivíduo que está preso por ter cometido um crime continua sendo pessoa humana, sujeito de direitos, malgrado a existência de vários dispositivos legais reconhecendo-os (ainda que no plano mais retórico do que pragmático).

De fato, ilustrativamente, os detentos, com base no art. 11 da Lei de Execução Penal, possuem direito à assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde. O Estado, que é o responsável pela custódia dos encarcerados, deve garantir-lhes a assistência necessária, o que, porém, geralmente não acontece. “Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas” (BRASIL, 2009).

Esse sistema carcerário não permite o cumprimento da finalidade da pena, de modo que esta, na prática, não ostenta o caráter ressocializador apregoado na doutrina e na legislação.

Por conseguinte, a criminalidade não decresce e a insatisfação social segue aumentando, gerando um círculo vicioso.

3.1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DECLARAÇÃO DO ECI

A ação que culminou com a declaração do estado de coisas inconstitucional (ADPF 347) teve o seu início com o pedido do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ao STF para que este declarasse o ECI do sistema carcerário e concedesse as providências solicitadas na ação para sanar as violações contra preceitos fundamentais da Constituição cometidas no sistema prisional brasileiro.

O STF ainda não julgou o mérito da ADPF 347, tendo, porém, em alentado acórdão, deferido parcialmente o pedido cautelar para (*online*):

- Reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro com base na superlotação e condições desumanas de custódia, admitindo expressamente a violação massiva de direitos fundamentais por falhas estruturais de políticas públicas;
- Estabelecer a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional a fim de possibilitar a superação do estado de coisas inconstitucional;
- Obrigar juízes e Tribunais a realizarem audiências de custódia em até 90 dias, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão; e
- Acolher a proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, no sentido de determinar à União e aos Estados-Membros, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem à Corte informações sobre a situação prisional.

3.2. CRÍTICAS À DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

A declaração do ECI no sistema penitenciário brasileiro é alvo de críticas por juristas que discordam do ativismo judicial inerente a essa técnica. Para eles, a declaração de ECI não é juridicamente viável no Brasil. As principais críticas cifram-se em: a) risco de banalização e subjetivismo; b) ilegitimidade democrática; c) violação à separação de poderes.

Segundo Lenio Streck, o risco de banalização e subjetivismo no uso da técnica da declaração de ECI deriva, dentre outros fatores, do emprego de termos vagos como, por exemplo, “tutela estrutural”, que abriria um leque de possibilidades para enquadrar qualquer situação como passível de declaração do estado de coisas inconstitucional, já que o Brasil é um país cheio de falhas estruturais:

Minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral. (STRECK, 2017)

O segundo argumento refere-se à ilegitimidade democrática, pois o STF não teria legitimidade para estabelecer e tratar de políticas públicas porque seus integrantes não foram eleitos pelo voto popular. Essa tarefa competiria aos Poderes Executivo e Legislativo, cujos membros foram eleitos para elaborar leis e realizar políticas públicas como representantes do povo. Ao Poder Judiciário incumbiria fazer cumprir a Constituição, as leis e as demais normas jurídicas, e não reelaborá-las como legislador positivo (STRECK, 2017).

A terceira objeção que se considera relevante mencionar é a de que a declaração de ECI importaria numa violação à separação dos

poderes, porquanto, ainda que se reconheça a possibilidade de desempenho de funções atípicas por qualquer dos três Poderes, tais funções, justamente por serem atípicas, demandariam previsão constitucional. Portanto, a formulação e implementação de políticas públicas pelo STF, sem autorização constitucional para exercer esse papel atípico de legislador positivo nessa ambiência, configuraria uma nítida vulneração às funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo.

Em resposta à crítica de legitimidade democrática, Carlos Azevedo Campos defende que o ativismo judicial estrutural seria o único meio, mesmo que não seja o ideal, capaz de superar bloqueios como a falta de participação política dos presos, uma vez que estes não podem votar nem ser votados. A intervenção judicial pode aumentar o diálogo sobre causas e soluções para a superação do ECI, podendo ampliar os canais de mobilização social e, conseqüentemente, aumentar a participação política dos cidadãos em torno dos momentos decisórios sobre a matéria (CAMPOS, 2016, p. 303, 304 e 305). Já em relação à violação do princípio da separação dos poderes, assevera que as críticas surgem de uma concepção estática desse princípio, sendo que:

As pretensões transformativa e inclusiva da Carta de 1988 requerem, ao contrário, um modelo dinâmico, dialógico, cooperativo de poderes que, cada qual com ferramentas próprias, devem compartilhar autoridade e responsabilidades em favor da efetividade da Constituição e do seu núcleo axiológico e normativo: os direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 306).

Por fim, os pressupostos para a declaração do ECI serviriam para reduzir o subjetivismo na utilização da técnica do ECI e permitiriam definir critérios objetivos com base em uma fundamentação detalhada do preenchimento dos requisitos, evitando a declaração por vontade individual ou por razões ideológicas (CAMPOS, 2016, p. 298-299).

4. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Diante da declaração de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário pátrio pelo STF, cumpre investigar outros meios de

superação do ECI além daqueles três já apontados pelo STF ao deferir parcialmente a cautelar na ADPF 347 (a saber, liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional, realização de audiências de custódia e expedição de ofícios à União e aos Estados para colher informações), analisando se a parceria público-privada seria meio adequado para tanto.

As parcerias público-privadas (PPPs), foram instituídas pela Lei 11.079, de 30.12.2004, que as definiu como contratos administrativos de concessão (“Art. 2.º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, a PPP pode ser conceituada como:

Acordo firmado entre a Administração pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes (CARVALHO FILHO, 2017, p. 453).

Esses contratos de concessão possuem duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa. A concessão patrocinada é aquela em que o concessionário recebe recursos de duas fontes: uma é a contraprestação do poder público (que é o concedente), e a outra advém dos usuários dos serviços que pagam tarifas pelo uso.

Já a concessão administrativa, que é a que nos interessa, 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” (Lei 11.079/04, art. 2º, § 2º). Não é necessário o recurso oriundo de tarifa paga pelo usuário, pois o pagamento é feito integralmente pelo poder concedente.

O objeto da parceria público-privada é a prestação de serviço público. As parcerias público-privadas nasceram a partir da constatação de que nem sempre o Estado, por si só, consegue efetivar políticas públicas para garantir o bem-estar social com a eficiência necessária, sendo bastante útil

contar com a ajuda do setor privado para alcançar seu desiderato. Assim, “para garantir os fins almejados pelo Estado em prol da população, viu-se a necessidade de regulamentar a delegação da consecução de parte da política pública do Estado para a iniciativa privada” (MENDES, 2013, p. 228).

Para que seja possível a celebração do contrato de parceria público-privada, é necessário, segundo o art. 2º, § 4º, da Lei 11.079/04, que o valor do contrato seja superior a 20 milhões de reais. Ademais, o período de prestação não pode ser inferior a cinco anos, e o contrato não pode ter como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obras públicas.

Algumas funções públicas são indelegáveis à gestão privada, com base no art. 4º, inciso III, da Lei de Parcerias, por serem funções típicas do Estado no exercício do seu poder estatal. São elas: função de regular, função jurisdicional, do exercício do Poder de Polícia e outras atividades exclusivas do Estado. Analisar-se-ão agora alguns aspectos do modelo brasileiro de parceria público-privada aplicado aos presídios.

4.1. O MODELO BRASILEIRO

O primeiro presídio com o modelo de parceria público-privada no Brasil foi inaugurado em 2014 em Minas Gerais no município de Ribeirão das Neves. O Estado celebrou um contrato de concessão administrativa com a Concessionária Gestores Prisionais Associados S/A (GPA), o qual tem duração de 27 anos, podendo ser prorrogado até o limite de 35 anos. Conforme estabelecido no contrato, os dois primeiros anos são destinados à construção do complexo penitenciário e os vinte e cinco anos restantes são para a gestão prisional por parte da concessionária.

A PPP assumiu a forma de contrato de concessão administrativa, visto que a concessionária é remunerada exclusivamente por meio de parcelas fixas pagas pelo Estado de Minas Gerais (concedente).

De acordo com as informações divulgadas no site do Governo de Minas Gerais, “o projeto prevê a disponibilização de 3.360 vagas prisionais,

divididas em 5 unidades prisionais, sendo três para o regime fechado e duas para o regime semi-aberto” (*online*).

Todos os serviços de vigilância interna, prestação de serviços assistenciais, manutenção de infraestrutura e demais aspectos da operação da infraestrutura são prestados pelo parceiro privado, enquanto a segurança externa e de muralhas, além da movimentação de internos continua sendo desempenhada pelo governo. (*online*)

O parceiro privado é responsável pela construção, administração e manutenção física do complexo prisional; pela criação de meios operacionais e de ressocialização; pela prestação de serviços assistenciais (jurídico, educacional, de saúde, material, de trabalho, cultural e profissionalizante); pela gestão de todo o complexo prisional; e pela prestação de contas ao Estado.

Existem alguns indicadores de desempenho que avaliam a qualidade do serviço prestado e, em caso de descumprimento daqueles, o valor repassado pelo Estado à concessionária pode ser reduzido. São exemplos de indicadores: a) o número de fugas; b) o número de rebeliões e/ou motins; c) o nível educacional dos internos; d) a proporção dos internos que trabalham; e) a quantidade e qualidade dos serviços de saúde prestados; f) a quantidade e qualidade da assistência jurídica e psicológica aos internos.

O Estado é responsável pelas vias de acesso ao complexo, por questões de segurança e disciplinares (poder de polícia, que é indelegável), pelo controle da execução da pena, pela segurança externa e de muralhas, pelo transporte e escolta dos presos e pela fiscalização do contrato de parceria público-privado celebrado. Existe um representante do Estado na gestão do presídio, o diretor de segurança, que tem “exclusividade nas responsabilidades de monitorar e supervisionar os padrões de segurança da unidade, além de aplicar eventuais sanções administrativas aos internos” (*online*).

4.2. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA COMO UM MEIO DE SOLUÇÃO PARA A SUPERAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A violação massiva de direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro e a falta de concretização de políticas públicas por parte do Estado que ocasionou na declaração do ECI faz nascer uma busca por meios de superação deste. A parceria público-privada é um dos meios considerados para conseguir melhorar a situação dos presídios brasileiros.

Para a instituição desta parceria é mister observar as vedações anteriormente mencionadas. Fernando Vernalha Guimarães defende que apenas as atividades administrativas (não jurisdicionais) podem ser objeto da parceria público-privada, pois seriam atividades auxiliares, como: alimentação, vestuário, instalações higiênicas, promoção assistencial à saúde, jurídica, religiosa, ao trabalho, à educação, etc. Não seria possível a delegação da função jurisdicional alusiva à execução da pena criminal que implicaria a custódia do preso, pois esta deveria sempre ser controlada pelo Juiz. Por igual, não seria admissível a delegação de atividades administrativas concretizadoras de função jurisdicional, como as atribuições de caráter disciplinar (GUIMARÃES, 2012, p.252). As atividades que envolvam o múnus de autoridade pública, função típica do Estado, não podem ser delegadas a parceiros privados.

Ainda segundo Fernando Guimarães, apesar de não ser possível delegar a atividade de segurança, se esta for de suporte à segurança e vigilância como, por exemplo, o monitoramento das câmeras que supervisionam as penitenciárias, seria possível a delegação desse serviço a empresas especializadas em realizar essas atividades de conexão e suporte (GUIMARÃES, 2012, p. 256).

A gestão das penitenciárias no modelo descrito seria pública, mas com realização de parcerias público-privadas para a construção e manutenção dos presídios, além da execução de atividades auxiliares, como precedentemente referido.

É imprescindível o controle pelo poder público das funções delegadas para assegurar que estas sejam cumpridas nos termos do contrato e que estão sendo efetivas na proteção dos direitos fundamentais. Para que o

sistema de parcerias logre êxito e possa coadjuvar na superação do estado de coisas inconstitucional, é indispensável o envolvimento do Estado para garantir o cumprimento das metas estipuladas.

Algumas objeções são opostas à utilização desse sistema de parcerias, dentre as quais a de que o setor privado visa precipuamente ao lucro, e não à diminuição da criminalidade e à ressocialização do preso, de modo que quando maior a quantidade de presidiários, maior o lucro.

Todavia, com a efetiva e inarredável fiscalização do Estado no contrato de parceria público-privada, é perfeitamente possível conciliar os interesses privados de persecução do lucro com os objetivos estatais de recuperação do preso, de garantia da segurança pública e dos demais direitos fundamentais (dos encarcerados e dos não encarcerados), e de redução da criminalidade.

Costuma-se comparar esse modelo com o implantado em alguns Estados estadunidenses, nos quais houve privatização total. Contudo, a atividade jurisdicional e a atividade administrativa concretizadora da função jurisdicional não são passíveis de delegação no Brasil. Mesmo na instituição da parceria público-privada, essas funções ainda competiriam ao Estado, o que possibilitaria um controle maior sobre a atuação dos entes privados.

5. CONCLUSÃO

A reinserção dos condenados no convívio social e a prevenção de reincidência não interessam apenas àqueles, mas sobretudo à própria sociedade, que se beneficia da redução da criminalidade e da insegurança. Todavia, a construção e a manutenção de um presídio bem estruturado e que garanta os direitos fundamentais do preso demanda um grande aporte financeiro e o Estado tem dificuldades em alocar recursos próprios para a construção e manutenção de presídios que proporcionem um cumprimento da pena mais digno e que permitam a ressocialização do condenado.

A parceria público-privada pode constituir um dos mais relevantes e eficazes instrumentos de eliminação das violações massivas de

direitos fundamentais que ocorrem diuturnamente nas unidades prisionais brasileiras, contribuindo significativamente para a superação do estado de coisas inconstitucional reconhecido pelo STF.

Por óbvio, a realização de parcerias público-privadas não constitui panaceia, devendo ser aliada a outras medidas e projetos indispensáveis à solução do caos prisional.

Estima-se que, à diferença do modelo adotado em alguns Estados norte-americanos, as atribuições jurisdicionais e disciplinares não devem ser delegadas ao ente privado, em ordem a conciliar melhor o interesse privado de persecução do lucro com os objetivos estatais. Assim, e.g., decisões acerca da progressão de regime e a aplicação de sanções disciplinares continuariam sob reserva de jurisdição estatal.

Para além disso, é imprescindível um controle efetivo do Estado sobre a atuação dos parceiros privados a fim de que o modelo possa funcionar corretamente, assegurando-se o fiel cumprimento do contrato de parceria público-privada, evitando qualquer excesso que possa ser cometido pelo ente privado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIADOS, Gestores Prisionais. **O que é uma PPP**. Disponível em: <<http://www.gpapppp.com.br/index.php/br/component/content/article?id=64>>.

Acesso em: 28 abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p.71-91, jan. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. 2009. Disponível em:

<<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. Minas Gerais. Secretária de Estado de Defesa Social. **Contrato de Concessão Administrativa**. 2009. Disponível em: <http://ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato_PPP_Complexo_Penal_330639.54.1338.09.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo 796**. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo 797**. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo797.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo 798**. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. **2007**. Brasília, . Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Larissa; PIMENTEL, Rodrigo. **Conheça a primeira penitenciária público-privada do país**. 2013. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2013/01/exclusivo-do-bom-dia-brasil-conheca-primeira-penitenciaria-publico-privada-do-pais.html>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Frederico Ribeiro de Freitas. Da (im)possibilidade da instituição de parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 930, p. 221-235, abr. 2013.

MINAS GERAIS. **Complexo Penal**. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-complexo-penal>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

MINAS GERAIS. UNIDADE PPP MINAS GERAIS. Fatos e dados de projetos. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/Complexo_Penal/Prospecto_PPP_Complexo_Penal_v2.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

MG, G1. **Presídio em regime de PPP em Minas divide opiniões de especialistas**. 2017. Com informações do Jornal Nacional. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/presidio-em-regime-de-ppp-em-minas-divide-opinioes-de-especialistas.ghtml>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PARTIDO SOCIALISTA E LIBERDADE - PSOL. **Petição Inicial**. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&ad=s#2%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%201>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

NOLASCO, Thiago. **Privatização do sistema penitenciário**. [s.i]: Jornal da Justiça, 2013. Son., color. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228740>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL. **Os números da Justiça Criminal no Brasil**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

Sentencia T-025 de 2004.

Sentencia nº SU-559, de 6/11/1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/52cceda6afbc861d257c355ac3c64d2b.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VALE, Luis Manoel Borges do; SILVA JÚNIOR, Denarcy Souza e. **Sobre ativismos e discricionariedades: o STF e o estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/73sz1nf2/6c6xh93L4GguINWA.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2017.