

UNIVERSIDADE FUMEC  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE  
Curso de Mestrado em Direito

Felipe José Dias Bicalho

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA ÁREA DE SEGURANÇA:  
NOVO MODELO DE PENITENCIÁRIA**

Belo Horizonte  
2014

Felipe José Dias Bicalho  
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2015409161551523>

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA ÁREA DE SEGURANÇA:  
NOVO MODELO DE PENITENCIÁRIA**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, na área de concentração 'Instituições Sociais, Direito e Democracia'. Linha de Pesquisa: 'Esfera pública, legitimidade e controle'.

Orientador: Professor Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

Belo Horizonte  
2014

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B583p      Bicalho, Felipe José Dias, 1980-  
Parceria público-privada na área de segurança: novo modelo de segurança / Felipe José Dias Bicalho. – Belo Horizonte, 2014.  
106 f. ; 29,7 cm

Orientador: Luís Carlos Balbino Gambogi  
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2014.

1. Direito penitenciário - Brasil. 2. Prisões - Brasil. 3. Segurança Pública - Brasil. I. Título. II. Gambogi, Luís Carlos Balbino. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 343.82



UNIVERSIDADE  
**FUMEC/FCH**

FACULDADE DE CIÊNCIAS  
HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

**NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE**  
**MESTRADO**

**BANCA EXAMINADORA:**

**ASSINATURAS:**

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

Prof. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Prof. Dr. Érico Andrade

Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior

**MESTRANDO: FELIPE JOSÉ DIAS BICALHO**

**TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:**

**“A PARCERIA PÚBLICA PRIVADA NA  
ÁREA DE SEGURANÇA: NOVO  
MODELO DE PENITENCIÁRIA”.**

NOTA: ( *8,2* )

ASSINATURA ORIENTADOR:

DATA DA DEFESA: 10/12/2014

*A cada um dos Virgílios que a vida me ofereceu.*

## AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Érico Andrade, por novamente, ter prestado seu apoio, paciência e vasto conhecimento.

Ao Professor Doutor Luís Carlos Balbino Gambogi, por sua incrível capacidade em me compreender, sua disposição em ajudar e sua serenidade nas horas de maior inquietação.

À equipe da Universidade FUMEC, em especial à Victoria, por toda atenção e suporte.

À minha Família, Rubens, Mônica e José Maria, por serem minha fibra, meu sangue, meu espírito;

E à minha razão, meu propósito de Ser, que tem nome: Carla, “[...] *because as we both know, without purpose, we would not exist. It is purpose that created us, purpose that connects us, purpose that pulls us, that guides us, that drives us, it is purpose that defines, purpose that binds us.*”

*The world is ruled by order. Without law, all is cacophony and madness. (PEARCY, 2000, p. 114)*

## RESUMO

O presente trabalho teve por finalidade realizar uma análise da Parceria Público-Privada firmada para dar corpo ao Complexo Prisional Público-Privado instalado na cidade de Ribeirão das Neves (MG), na Região Metropolitana de Belo Horizonte. A estrutura político-jurídica, realidade social, está adstrita à deontologia de suas vicissitudes, necessitando ser explorada, na vertente clássica, como substrato para estabelecimento do referencial mínimo de dever-poder estatal; na seara particular, outro componente da PPP, são as regras de agir (positivo e negativo) que determinam graus de liberdade e atuação. Daí que um cotejo entre o agir estatal e suas restrições e o mesmo para o particular é oferecido com intuito de sedimentar o *modus* como cada um deste pode/deve agir. Um emulado pelo lucro, outro restrito por garantias sociais. Tendo como referencial o trabalho de ESTRONINHO, no qual se vislumbra em alguns atos, uma possível síndrome de desconjunção do agir estatal, por influência de técnicas do setor Privado, duas novas figuras de equiparação são oferecidas para confrontar a do ‘corpo desconjuntado’: o da ‘amputação necessária (consentida)’ e do ‘mutilado no campo de batalha’. Consideração de questões de mercado, na formulação de POSNER (2010), de influência do fator econômico pelas decisões judiciais e suas repercussões. Estas mudanças, que no Brasil são tardias, são vistas pelo prisma da eficiência, tempo, privatização, e das PPP’s. Um breve apontamento da questão e influencia do setor privado nos E.U.A. Por fim, um relato de visita ao Complexo Prisional Público-Privado, com apontamentos objetivos e subjetivos da experiência.

Palavras chave: Parceria Público-Privada. POSNER. ‘Corpo desconjuntado’. Complexo Prisional Público-Privado. Lucro. Agir Estatal.

## ABSTRACT

Review of an agreement celebrated as a Public-Private Partnership to build and implement an Prison Complex at Ribeirão das Neves, near to Belo Horizonte, at Minas Gerais State, Brazil. The political and legal structure, social reality is bound to the ethics of its problems and needs to be explored in the classic strand, as a substrate for establishment of minimum reference state due to power; for the private sector point of view, another component of the PPP, are the rules to take action (positive and negative) that determine their degrees of freedom and liberty. Hence, a comparison between the act and its state restrictions and the same for the particular purpose is offered with the modus to sediment how each of these can / should act. One driven by profit, the other constrained by other social guarantees. Referencing the work ESTRONINHO, in which, one sees in some acts of the state, a possible syndrome of 'corpo desconjuntado', influenced by the techniques of the private sector, two new figures intended to illustrate, are offered, to confront the syndrome of 'corpo desconjuntado' or 'disjointed body': the '(consented) necessary amputation' and 'maimed-warrior on the battlefield'. Consideration of market (affairs), as formulated by POSNER, the influence to economics by the judicial decisions and their repercussions. These changes, which are late in Brazil, are seen by in matters as efficiency, Time, privatization and PPPs itself. A brief note of the issue and influence of the Private Sector in the U.S.A. prison system. Finally, an account of the visit to Public-Private Prison Complex, with notes of objective and subjective perspective.

Keywords: Public-Private Partnership. POSNER. 'Corpo desconjuntado'. Public-Private Prison Complex. Gain. State-owned behave.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	DA CONFORMAÇÃO TEMPORAL DO ESTADO.....	12
3	DO ESTADO .....	15
3.1	Do Estado e da Lei.....	17
3.2	A hodierna leitura do Princípio da Legalidade.....	20
3.3	Dos princípios que regem a Administração e seus deveres .....	21
3.3.1	<i>Dos deveres da Administração</i> .....	22
3.4	Poderes da Administração Pública .....	23
4	O ESTADO NO TEMPO.....	25
4.1	A questão da Administração.....	29
4.1.1	<i>Administração Estatal</i> .....	30
4.1.1.1	<u>Desconcentração e descentralização estatal</u> .....	32
4.1.1.2	<u>Privatização e o Estado brasileiro recente</u> .....	34
5	DO PARTICULAR .....	37
5.1	Das relações privadas.....	38
5.2	Dos princípios conformadores do Código Civil .....	40
5.3	Intuito de lucro e um cotejo com o agir estatal .....	42
5.4	A estrutura de pensamento no modelo liberal .....	45
6	METÁFORAS SOBRE O TEMA.....	49
6.1	Paradigmas: um já explorado e dois de controle.....	49
6.1.1	<i>O modelo do corpo desconjuntado</i> .....	49
6.1.2	<i>Paradigma do guerreiro mutilado no campo de batalha</i> .....	50
6.1.3	<i>Amputação necessária consentida</i> .....	51
6.2	Cotejo das metáforas.....	51
6.3	Mais e menos do mesmo, ao mesmo tempo .....	54
6.3.1	<i>Os usos políticos</i> .....	56
7	CONSIDERAÇÃO: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....	58
7.1	<i>Law and economics</i> .....	58
7.2	Economicidade e eficiência na administração pública .....	62
7.3	Da relevância do fator temporal .....	63
7.3.1	<i>Eficiência, economicidade e justiça – valores ponderáveis?</i> .....	64
7.4	Mercado e Direito .....	65
8	DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS .....	68

8.1	Modalidades de parcerias público-privadas .....	69
8.2	Peculiaridades das PPP's .....	70
8.3	Parcerias público-privadas e administração estatal.....	71
8.4	O uso da PPP no setor carcerário como modo de investimento estatal de desenvolvimento .....	72
9	A PRIVATIZAÇÃO INTERNACIONALMENTE CONSIDERADA .....	76
9.1	A experiência Norte-Americana com a privatização das prisões .....	77
10	RELATO DA VISITA AO COMPLEXO PRISIONAL PÚBLICO-PRIVADO .....	83
10.1	Localização.....	85
10.2	O modelo de segurança adotado .....	86
10.3	Salão de recepção dos visitantes .....	87
10.4	Dependências administrativas temporárias .....	87
10.5	O Serviço Social e Jurídico .....	88
10.6	Serviço de Saúde.....	89
10.7	Salas de aula e biblioteca .....	90
10.8	Parlatório .....	91
10.9	A Unidade I – Regime Fechado .....	91
10.10	A Unidade III – Regime Semi-aberto.....	91
11	CONCLUSÃO.....	93
	REFERÊNCIAS .....	96

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo do desenvolvimento desta pesquisa, setor público e setor privado foram investigados lado a lado e suas peculiaridades foram apontadas para que se pudesse, ao fim, perceber a singularidade de projeto de coexistência entre estes, em especial, em campo sensível como a custódia de pessoas. Este texto versa sobre uma característica essencial do Estado: seu *modus* de punir. O exercício do Poder do Estado não é mais claramente vislumbrado do que nesse jaez, ao menos não no que se convencionou como o Estado ‘atual’. A capacidade de julgar e, após o trânsito em julgado, de poder exercer a segregação de um indivíduo é, em essência, contraditório; subtrair do convívio, para que se possa entender como este deve ser exercido é marca das vicissitudes da sociedade.

No passado, a pena de banimento ou morte deixava esta questão ao largo. No entanto, atualmente, por questões de conformação social, estas já são penas subsidiárias, demandando novas soluções. Como marca dos últimos anos, o Estado já não mais é *o todo poderoso*, servindo a propósito que não si mesmo e, se ajustando a perspectivas de orçamento e convivência interna e externa. Os *modus* do particular, e seus recursos se tornam possibilidade para a realização dos anseios dos cidadãos. Esse movimento de aproximação teve recentemente, em especial nos últimos 30 anos, interesse não só de acadêmicos das áreas de Direito e Sociologia, mas com o advento da presença do particular nessa seara, também do campo econômico.

O Estado, historicamente considerado, será apresentado como resultado de uma técnica *humana* para resolver problemas. Inicialmente considerado como extensão e desdobramento do Divino com representação terrena, este Estado passa, após a Revolução Francesa de 1789, a representar mais que o indivíduo e toma corpo o ‘Estado-Coletividade’, que demoraria ainda para se conformar na acepção atual desse objeto.

Como estrutura conducente da leitura está ESTORNINHO (1999), pontuando o comportamento Estatal, considerando formas de se elidir a responsabilidade e de fases em que o Estado se apropria do modo de agir privado e por ele atua (em geral em prejuízo do cidadão). Para trabalhar esta questão a autora se vale de uma metáfora, a do ‘corpo desconjuntado’ mas, como será demonstrado, com o advento da adoção do paradigma do Utilitarismo, outras duas podem ser acrescentadas àquela e, como em todo sistema em que se injeta energia, mais nuances surgem.

Outro ponto que precisou ser estudado foi o viés econômico. Como destacado por POSNER (2010), a variação de uma forma de agir do Estado (pode) gerar novos campos econômicos: no caso da PPP no setor penitenciário, é justamente isso que se opera, uma vez que um campo, antes proibido ao particular, passa a ser objeto de investimentos. Considerando-se o Complexo Prisional Público-Privado instalado na cidade de Ribeirão das Neves (MG), como novo campo de atuação, outros pontos são demonstrados: *usos políticos e econômicos* da Parceria Público-Privada. Neste contexto, nova avaliação do Estado em vertente temporal garante novas informações à questão, que mais tarde desdobram-se no *locus* do Homem.

Como os E.U.A. são pioneiros no tema das Parcerias Público-Privadas no setor penitenciário, uma visão de como e quais problemas ocorreram no tratar do tema, são apontados. Dessa análise se revelam fatos e procedimentos que podem ser úteis no Brasil, em especial em Ribeirão das Neves.

Encerrando, um relato de visita ao Complexo Prisional Público-Privado de Ribeirão das Neves, construído nesse novo modelo. Assinalam-se pontos fortes e fracos, observados *in loco*.

Os pontos destacados por ESTORNINHO (1999) e POSNER (2010), ressalvada a visão de ŽIŽEK (2003), e a falta de referencial político-filosófico (considerado a sinergia Utilitarismo e Liberalismo, como situações mínimas para o surgimento e implantação de PPP's) para o tema, são avaliadas no conjunto de criação e manutenção da estrutura da PPP, frente aos problemas clássicos do sistema carcerário – superlotação, fugas, corrupção, violência – e outros novos, advindos da amálgama Estado-Particular.

Dois pontos são de interesse sobre o tema e não se esgotam em pontos jurídicos, mas também como fator determinante da política criminal desenvolvida no âmbito estadual:

- a) como será a atuação dos parceiros durante uma greve de funcionários no Complexo Prisional Público-Privado;
- b) como se lidará com um ‘desastre’ no sistema como, por exemplo, a execução de um detento no complexo? (Esse tipo de ‘problema’ não é estranho ao sistema carcerário e, infelizmente, *nunca* há vigilância perpétua, exceto pela Espada de Dâmocles). Mas a forma com a qual se resolver determinará não só a sorte da PPP analisada como reterá potencial para modelar futuras atuações nessa seara.

(Destaca-se que, quando da conclusão desta pesquisa, as eleições realizadas em outubro de 2014 que definiriam o futuro Governador do Estado de Minas Gerais a partir do ano de 2015

ainda não haviam sido realizadas, de tal sorte que um acompanhamento sobre como o novo Governo – que certamente irá diferir do anterior em pontos essenciais de Políticas Públicas – se posicionará sobre o tema PPP; segurança é de relevante interesse, não só ao parceiro Privado, mas também, ao Mercado – POSNER, 2010 – e aos cidadãos – ESTORNINHO, 1999).

## 2 DA CONFORMAÇÃO TEMPORAL DO ESTADO

O Estado, após a Revolução Francesa, não sendo mais uma manifestação do poder e da vontade de um só indivíduo, tem a intenção de garantir o mínimo em direitos aos seus cidadãos, em relações verticais e horizontais.<sup>1</sup> Os processos histórico-sociais regulam quais são, em cada tempo e sociedade, estes parcos direitos. Anteriormente, o poder era usado como forma de expressão do governante, como extensão do seu próprio eu, a exemplo do mito de Luís XIV “O Estado sou eu!” – indicando a necessidade que impeliu o processo de transformação do Antigo Regime em Estado Moderno.

O governante que se tinha legitimado por apontamento (e herança do) divino viria a ‘morrer’ quando, ao final da II Guerra Mundial, o Imperador japonês, acatando os termos de rendição incondicional, declarou não ser descendente de um deus. O ‘suportar o insuportável’ a que submeteria o povo japonês marca, assim, o fim da relação de traços da deidade com governo. Essa forma de resguardar o poder – a indicação divina – que prevaleceu na humanidade por dezenas de séculos viria, com o contratualismo, a ser substituída por outra: a da aceitação e necessidade da própria sociedade em um governo, o que em um primeiro momento já implica em equidade (ao menos potencial) entre todos os concidadãos.

ROUSSEAU (1958) ao perquirir as formas e fatos para ‘O Contrato Social’ determina que:

O mais forte nunca o é bastante para ser sempre o amo, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever. Daí, o direito do mais forte, direito tomado ironicamente em aparência, e realmente estabelecido em princípio. Entretanto, jamais se nos explicará esta palavra? A força é um poder físico; não vejo que moralidade pode resultar dos seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade, é, entretanto, um ato de prudência. Em que sentido poderá ser um dever? (ROUSSEAU, 1958, p. 16)

Como se vê, a técnica de domínio pela força estaria fadada ao declínio. Ao fazer valer o poder divino sobre o secular, o homem encontrou outra forma de dominação que prevaleceria por mais tempo e com melhores resultados. Posteriormente esta forma de validação do poder deveria ser novamente revista por influência iluminista como, por exemplo, na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América: “Acreditamos como verdade auto-evidente

---

<sup>1</sup> Nesse sentido ver RE 158.215-4/RS. As relações verticais são afetas do binômio Estado-cidadão, ou seja, na concepção atual, a legitimidade Estatal está em garantir os Direitos Fundamentais, assegurando ao particular gozá-los, sem lhe tolher a liberdade e a vontade. O estado deve garanti-los, mesmo contra si próprio. No que tange a relação horizontal, não há como na vertical, hierarquia entre os envolvidos. A relação se dá no mesmo patamar. O estado deve, então, figurar como garante para que as relações entre os particulares respeitem, também, os Direitos Fundamentais.

que todos os homens foram criados iguais, e que foram dotados pelo Criador de certos Direitos inalienáveis, entre eles a Vida, a Liberdade e a busca pela Felicidade”.<sup>2</sup>

Sem a presença de seres ‘divinos’ entre os homens e com a necessidade de se organizarem, resta determinar qual a melhor forma de fazê-lo e, uma vez estabelecidas as regras a serem impostas aos cidadãos e ao governo. Esta proposta tem resposta variada em cada sociedade e, principalmente, em cada tempo. Várias formas de governo são aceitas: da Monarquia à República, do Estado unitário às Federações; o ser humano cria e reconhece toda sorte de possibilidades para melhores convivência e governo.

O que começara como forma de sobrevivência com nossos ancestrais, deixa de ser uma questão de caça e coleta e passa, com a evolução das ciências e das técnicas, a ser o que hoje denominamos *Estado*. O processo que culmina no Estado hoje, se deve também a outro fator referente a guerra, que fora (e em alguns casos ainda é) um meio de política; já apontara o grande teórico, *in uerbis*:

A coação que exercemos em relação ao inimigo será regulada pela nossa e por suas exigências políticas. Na medida em que essas duas grandezas sejam conhecidas, determinar-se-á a latitude dos esforços de cada lado; mas elas não são sempre evidentes e isso pode ser uma primeira causa da diferença de meios de que cada lado lança mão. (CLAUSEWITZ, 1996, p.836)

E mais adiante, em sua monumental obra:<sup>3</sup>

Esta unidade consiste no conceito de que a guerra é apenas uma parte das relações políticas, e por conseguinte de modo algum independentes. Sabe-se evidentemente que só as relações políticas entre governos e nações engendram a guerra; mas imagina-se geralmente que essas relações cessam com a guerra e que uma situação totalmente diferente, submetida às suas próprias leis e só a elas, se estabelece nesse momento. Nós afirmamos, pelo contrário; a guerra nada mais é senão a continuação das relações políticas, com o complemento de seus meios. (CLAUSEWITZ, 1996, p.870)

Dessa feita nota-se o pensamento que permeava a Europa no fim do Século XIX e início do XX, sendo inclusive, como aludira CHURCHILL, causa e fomento da Segunda Grande Guerra. A estrutura do Mundo mudaria na Primeira Guerra Mundial, mas seria com a posterior que a estrutura político-econômica da atualidade se estabilizaria.<sup>4</sup> A organização do mundo pós Segunda Guerra deu aos E.U.A e à Inglaterra capacidade de se reorganizarem em

<sup>2</sup> No original: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness”.

<sup>3</sup> Em termos de paralelo as campanhas de Napoleão, Aníbal, como s clássicos latinos sobre o tema são fonte de estudo e debate nas academias militares. Mais recentemente A Arte da Guerra também entrou nesse rol.

<sup>4</sup> Nesse sentido, CREVELD (2004), Cap. 5 e 6.

melhores condições que os outros países da Europa. Os E.U.A., como não conviveram com a guerra sendo travada em seu território, já que o palco de operações foram a Europa, Ásia e África, teve melhores condições de produção, com fábricas e produção agropecuária intocadas pela guerra. Nesse sentido:

Fora os conflitos coloniais, a maioria dos outros estados do século XX travaram guerras contra inimigos de quem estavam separados apenas por uma linha de mapa e que, conseqüentemente, representavam ameaça imediata, às vezes avassaladoras, a seus interesses, a seu território e até mesmo à sua existência. Não foi assim com os Estados Unidos, que, felizmente para si mesmos, ocupam a posição de ilha global. Qualquer tentativa de invadir o país via oceano Pacífico ou Atlântico era, e continua sendo, loucura; mesmo em 1939-45, a maior guerra da história, o mais próximo que algum inimigo chegou de ameaçar o continente foi a iniciativa dos japoneses de lançar um punhado de balões com bombas na direção do litoral da Califórnia. (CREVELD, 2004, p.416)

A produção estadunidense também pôde, tanto durante, como após a guerra ser bifronte, isto significando atenção às necessidades do mercado externo e interno.<sup>5</sup> Isto era impossível, especialmente na Europa, considerados seus limites geográficos e a necessidade reforma. No caso da Inglaterra o isolamento insular possibilitou uma menor devastação da capacidade produtiva, muito embora um largo contingente laborativo tenha se perdido para o flagelo da guerra.<sup>6</sup>

Para além de fatores geográficos, a guerra terminou (ao menos de forma relevante) com o fenômeno da repartição do mundo entre as potências europeias. Uma vez que estas perderam protetorados, colônias e territórios fora da Europa, a questão de administrativa e econômica redundava na capacidade interna de cada um em se reorganizar e produzir neste contexto, à falta de mercado impositivo. Conjugando estes fatos ao liame consanguíneo que manteve os laços de aliança na Primeira e na Segunda Grandes Guerras, o esforço para a reconstrução do mundo resultou em primazia do modelo anglo-saxão sobre os demais:<sup>7</sup> no Japão, imposto e nos demais países europeus (com óbvia exceção à U.R.S.S.) tomado como modelo, sendo posteriormente modificado. Deu-se azo a uma nova administração, visando o liberalismo, em ‘contraposição’ ao colonialismo que guiava a Europa até então.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, e, para traçar o perfil da Democracia que os E.U.A. traçaram desde a guerra, tanto no sentido de exercício interno quanto “mercadoria” a ser vendida no exterior, *vide* LARRY DIAMOND.

<sup>6</sup> Para dados numéricos *vide* A História das Guerras, pg. 355 e ss.

<sup>7</sup> LARRY DIAMOND também indica que essa relação se dá devido ao fato que a economia de mercado, preconizada no liberalismo, só é possível na Democracia.

### 3 DO ESTADO

O Estado (moderno) foi (re) criado para legitimar e responder aos anseios dos seus cidadãos, pretendendo-se a domesticação do Estado – por meio do Direito – garantindo a não intromissão do *Impergium* na vida privada dos cidadãos, ao menos na perspectiva de que se houver intromissão deste contra aqueles ela possa ser regradada e limitada. HEGEL (1997) já teorizava que o Estado é manifestação da sociedade, na mesma linha que apontava ROUSSEAU (1958):

Pois bem, como os homens não podem engendrar novas forças, senão somente unir e dirigir as existentes, não têm outro recurso para sua conservação além de formar por agregação uma soma de forças que possa sobrepujar a resistência, pô-las em jogo para um só móvel e fazê-las agir conjuntamente. (ROUSSEAU, 1958, p. 24)

O Estado, antes de surgirem as regras que percebemos hoje, era ainda contaminado com ideias de superioridade absoluta e em alguns casos despótica, em especial contra os próprios cidadãos. A realização de um Estado legalista é conquista recente na esteira de ideias da humanidade. Porém, somente respeito às leis sem observância dos seus resultados se provou também uma forma desmedida de atuação estatal.

No Brasil, por consequência de sua peculiar formação e, considerando-se as mudanças governamentais, ocorridas (em especial) ao longo do Século XX – entre a implementação do Estado Totalitário e de uma retomada da Democracia que permitiu a reabertura do Congresso – o atuar da Administração Pública traz notas relevantes), tornando o processo de formação e conformação do Estado brasileiro em um processo que está longe de estabelecer os limites de interação entre o público e o privado, em especial, nos limites e *modus*, da relação entre este e aquele. Como destaca DIAS (2012): “[...] apesar das reformas administrativas brasileiras em âmbito federal que definiram, de alguma forma, o papel do cidadão, ainda não se conseguiu alterar ou promover seu *status* de mero cliente ou súdito da Administração Pública.” (DIAS, 2012, p. 65)

O Estado moderno não é antagonista do homem, é criação deste, para servi-lo. Trata-se de uma pretensão e, como tal, passível de perversão. Não se ignora que em situações específicas o Estado, mesmo na história recente, foi obstáculo ao Homem. Mas tais casos, por mais assombrosos que possam ter sido, representam na verdade estrutura de poder maculada, em que a premissa democrática – o bem de muitos, antes do bem de poucos – fora deturpada, para se ignorar o respeito e os direitos dos poucos, silenciando-os. Não é o nome do regime, mas a

forma de condução, os meios e intenções que o Estado desenvolve e, principalmente, o *modus* pelo qual almeja alcançar os fins, que realmente caracterizam o regime.

A história mostra que, inicialmente, a questão da soberania (em especial face aos outros Estados) era primordial para sedimentar este ente. Entretanto, com o advento da estabilidade das fronteiras essa soberania que se valia da força para se consolidar não mais é necessária nos moldes anteriores (de afirmação e exercício). Por outro lado, a soberania é também exercida *intra*, ou seja, mesmo o nacional de cada Estado percebe o poder de império do Estado. Devemos então analisar o que é hoje um Estado.

ARENDDT (2011) faz um estudo de realização do homem em confronto com a sociedade na qual ele está inserido. Como tecnologia administrativa e social a *polis* permitia ao homem decidir e agir mediante o raciocínio e a persuasão, fazendo prevalecer a palavra e a inteligência sobre a força e a violência. A questão do local e da forma de realização é presente na vida do homem desde o primeiro momento que este se aliou a um semelhante: “A sociedade é a forma na qual o fato da dependência mútua em prol da vida, e de nada mais, adquire importância pública, e na qual se permite que as atividades relacionadas com a mera sobrevivência apareçam em público”. (ARENDDT, 2011, p. 56)

As historiografias de formação dos Estados estão além do pretendido. No entanto, para melhor compreensão do fenômeno, não se pode, furtar da síntese a respeito do assunto. O Estado antigo ou teocrático refere-se à forma de Estado na qual as figuras de família, política, religião e administração se confundem. Na experiência helênica de Estado não há, na verdade, Estado único, mas comunhão de língua, ritos, crenças, poesia, literatura, teatro, e outras formas de expressão cultural que definiam as Cidades-Estados. No campo do Estado romano, provou-se bem-sucedida experiência de técnica administrativa, permitindo não só sua grande extensão territorial, mas também sua protração no tempo. A estrutura estatal como extensão da família, o respeito e a aquiescência com os modos de vida e crenças dos povos dominados, em conjunto com estrutura administrativa dividida geograficamente, integrados por língua e crenças comuns, permitiram a expansão e a duração do Império. Para o Estado medieval, a estrutura do feudalismo fundada na terra, e o poder supranacional do Cristianismo, fizeram com que a condução do Estado fosse marcada por essa dualidade. No caso do Estado moderno, sendo acepção que se vale das anteriores para sua análise, quatro notas – soberania, território, povo e finalidade – delimitam e justificam esta nova forma de convivência.

A realidade do Estado é obviamente reflexo de um processo histórico-cultural, realizado pelos próprios indivíduos que aspiram as vantagens da agregação.<sup>8</sup> O Estado, então, como realização desta vontade e manifestação da tecnologia de administração (das pessoas, imposta pelas pessoas), revela-se em uma capacidade de transmutação: “[...] o Estado é necessariamente dinâmico e toda a sua atividade está ligada a justificativas e objetivos, em função dos quais se estabelecem os meios.” (DALLARI, 2007, p.127)

### 3.1 Do Estado e da Lei

O Estado de Direito ao fundar-se, delimita o Direito Administrativo, a que o Estado passa a se submeter regulando a interação entre a administração pública e os administrados, “[...] assegurando a correta e legítima gestão do interesse público e garantindo o direito dos administrados.” (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 20) Em um Estado no qual não se compreendam as características peculiares que este tem em face do particular, muito provavelmente o particular irá representar para a administração não um cidadão; cidadão aqui entendido como ser político capaz de determinar escolha e valores para aquele.

No caso do Brasil, a Carta Política de 1988 já traz o reconhecimento do poder do povo em seu preâmbulo. Há que se reconhecer no entanto, que o Estado retém características peculiares em detrimento a outras instituições criadas pela sociedade, e essa diferenciação se dá principalmente pela questão da vontade do povo, do exercício da soberania e da finalidade a que se propõe o próprio Estado. Desta feita é necessário um conjunto de regras para que a relação entre as manifestações da soberania – Executivo, Legislativo, Judiciário – e a relação entre o Estado e os administrados possa ser delineada sem que haja abusos, para que este possa conseguir atuar como autoridade, em especial na persecução da finalidade.

Neste contexto, a desigualdade jurídica entre Administração e administrados, a presença de legitimidade dos atos administrativos e o reconhecimento de poderes discricionários (estes para que a Administração possa melhor atender ao interesse público) são vetores da auto-regulação de poder e aplicação da lei a que o Estado se submete, é o exercício do *modus* pelo qual o poder limita o poder. Neste sentido:

De fato, na relação entre a Administração e os administrados, a Administração age

---

<sup>8</sup> Para uma análise mais extensa, DALLARI, 2007.

com autoridade, com supremacia sobre os administrados, desfrutando de importantes prerrogativas para atender com desvelo os interesses da coletividade. Nesse contexto, é inegável a existência de uma desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, devendo o intérprete das normas administrativas ter essa circunstância em conta, respeitando-se, obviamente, os direitos dos administrados. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 25)

A Administração Pública tem, então, o dever-poder de agir para a realização de seus elementos constituintes, com o Estado de Direito se submetendo ao crivo da lei. O regime jurídico-administrativo se delimita pelas prerrogativas e pelo *modus* pelos quais os Estados podem e devem atuar. Neste campo, legitimando a atuação do Estado, há dois princípios: o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o da indisponibilidade do interesse público.<sup>9</sup> As prerrogativas que a supremacia imbuí ao interesse público só são legitimamente empregadas para satisfazer os interesses públicos, e não para atender os interesses, desejos ou conveniências do próprio Estado ou de seus agentes. É o que MELLO (2007), baseado na doutrina italiana, delimita como interesse primário e secundário do Estado, sendo que o primário se perfaz na questão da realização da vontade e persecução da finalidade do Estado. Já o secundário é todo agir Estatal que tenha cunho de vantagem somente para o Estado, por exemplo, do próprio autor, a decisão de diminuir o valor da folha de pagamento diminuindo os salários dos funcionários.<sup>10</sup>

Dada a indisponibilidade do interesse público, não existe possibilidade de afastamento deste, sendo dever dos agentes estatais observá-lo e persegui-lo. No campo do agir estatal, no que concerne à vontade da Administração, esta é sedimentada e descrita pela lei. Dessa forma, o Estado se atém ao princípio da legalidade, sendo que a lei, ato legítimo da manifestação da vontade do povo que compõe o Estado, representa seus anseios e acepções: “O Estado existe para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est*” (PRADO, 2013, p.95). Assim, há um ciclo: o povo, por sua vontade e em razão dela, delimita as leis e normas baseado nos valores que a sociedade reconhece e que conformam o Estado em que ela se insere. Observa-se então uma progressão: o Estado Constitucional substitui a vontade do monarca e dá lugar à soberania popular. As normas jurídicas e o Direito dão razão de ser do Estado e o poder, antes unilateral, passa a ser manifestação da maioria (respeitadas as

---

<sup>9</sup> Hodiernamente há muitos que criticam esse posicionamento, no caso da supremacia do interesse público, por exemplo, Nelson Rosendal, aponta inclusive que não se sobrepõe este aos deveres da administração, dando azo, inclusive à usucapião por falta de atuação da Administração no uso de seus bens (em inobservância do art. 5º, XXIII da CF/88).

<sup>10</sup> No caso da posição de MELLO (2007) muitas críticas foram tecidas a respeito do tema, mas em essência se quer demonstrar que a administração não se cisalha, mas deve, sempre, agir de forma *Una*, nos mesmo moldes que a CF/88 impõe ao Ministério Público (consoante jurisprudência do STJ e STF).

minorias). Outro ponto central é a forma de o Estado considerar a Lei e o Direito. A forma pela qual o Estado (na verdade sua atuação) se pauta e se restringe por estas determinam que tipo de Estado se observa.

No caso do Brasil há previsão legal determinado especificamente a questão, ao submeter a atuação do estado à Lei e ao Direito, isto por que muito da determinação legal não é necessariamente codificada legalmente, mas nem por isso se esta a desconhecê-los; por exemplo, tem-se o caso da proporcionalidade,<sup>11</sup> que recentemente, em especial na seara penal teve relevância acentuada na ponderação das penas, tendo como parâmetro outras penas descritas no Código Penal.<sup>12</sup>

Um caso de singeleza (ao menos material) é o estado fascista, que reconhece no Estado entidade superior ao Direito, possibilitando abusos em nome daquele, como observado:

Ao mesmo tempo moderno e bastante enraizado na história, ele repousa em uma vontade de dominação da nação à qual é sacrificada a liberdade de seus membros: ele recusa a idéia de uma submissão do estado ao direito. E, mesmo indo além da independência do Estado em relação ao direito, o fascismo afirma nitidamente a preeminência do Estado, que ele coloca acima do direito. Certamente, o Reich nazista se qualificava como “Estado de direito”, mas no sentido de “Estado existente segundo o direito”, precisando o direito, na concepção nazista, identificava-se com a força e a raça. Assim na enumeração dos objetivos e princípios do “Estado de direito” nacional-socialista, não se discute a legalidade (protetora da liberdade), mas apenas o utilitarismo, a pureza da raça, do sangue e da hereditariedade [...] (DELMAS-MARTY, 2004, p.56/57)

Ora, tal não é mais que uma extensão da atividade estatal nos moldes de *‘L’État c’est moi’* para além do indivíduo, mas contemplando o grupo – o povo ariano, no caso do nazismo – em detrimento de terceiros que não eram considerados como parte do Estado, no sentido nação, assim como nada existia fora do soberano medievo. A nota diferencial é o carisma que se estende ao grupo, no caso do nazismo, e o poder divino que se imbuí ao soberano; mas independentemente da 'legitimidade' (pretendida), o resultado é o mesmo, um Estado não-plural, no sentido de nação.

Outro quesito de salutar importância, que na atualidade fora alvo das ponderações de LUHMANN (1985), é o papel de comunicar ao sistema e pelo sistema uma informação que vai conformá-lo e estabilizá-lo. A justiça, que é objetivo de qualquer agrupamento, se não for possível, deve ser traduzida em lei e ação: lei, no sentido de atividade do Legislativo

---

<sup>11</sup> O termo cunhado por ALEXY, em português, teria uma melhor tradução em ponderação, mas como o termo proporcionalidade/razoabilidade é mais utilizado faz-se referência a estes.

<sup>12</sup> Para mais ver: HC 102.094 de Santa Catarina, que teve como relator o Ministro Celso de Mello.

percebendo as necessidades da sociedade, e ação no sentido de realização das várias vertentes do Estado com o viés de materializar sua incidência. A razão de ser desse ponto já foi inclusive preconizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos: “A Justiça não pode apenas ser feita, também precisa parecer ser feita.”<sup>13</sup> (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1970) Ora, é pois o entendimento da necessidade de que haja não só a atuação, mas que esta seja vista e reconhecida, no ponto de legitimidade, como aduz LUHMANN (1980), para que a nação entenda e reconheça o Estado; sem isso não há suporte subjetivo para a estrutura.

### 3.2 A hodierna leitura do Princípio da Legalidade

A premissa da legalidade imposta ao Estado é uma forma de evitar abusos. Para evitar que o ente, de forma desarrazoada e por processos que não os legais, cerceasse direitos ou impusesse deveres, criou-se o princípio da legalidade imposta ao Estado, de forma que o Estado só possa agir segundo a lei. Mas o Direito é mais que a lei e o Estado deve se conformar à lei e ao Direito. Para além disso, o Estado tem obrigações positivas para com os jurisdicionados. Essas são imposições de sua própria criação, ou seja, são inerentes ao desejo de se ter um ente para o qual se abre mão de parte de seus direitos em troca de garantias.

O Estado age como conformador e guia, ao se fazer presente em diretrizes e normas que possam colimar as ações dos particulares. Assim percebeu-se que a atuação do Estado sempre em conformidade com a Lei pode ser serôdia e por consequência disso trazer prejuízos. Não se está a tratar aqui dos momentos em que a auto-tutela do particular é necessária, como nos casos de legítima defesa. Trata-se na verdade, de situações em que a atuação do Estado implemente uma **vantagem** em prol de terceiros. Uma vez que essa vantagem como não preda, não retira e não diminui direitos, pode ser realizada, a princípio, sem que lei alguma indique tal atuação do Estado, mas isto deve se dar nos limites do Direito. Estar nos limites do Direito enseja que este agir não prejudique de forma reflexa outros pontos sensíveis do ordenamento como, por exemplo, a indisponibilidade do interesse Público.<sup>14</sup>

Esta conformação de um Estado, que age em benefício dos jurisdicionados mesmo sem lei é mais adequada, uma vez que permite mais plasticidade e prontidão no setor Público.

---

<sup>13</sup> No original: “Justice must not only be done, it must also be seen be done.”

<sup>14</sup> *Exempli gratia*: uma lei que concedesse anistia a todos os devedores do Estado por certo não provocaria prejuízo aos terceiros, mas indiretamente prejudicaria o fator admoestatório da sanção, sendo vedado.

Engessam-se menos as providências ou o potencial destas por parte da Administração em proveito dos particulares. E, no jaez do controle, há o Direito e a ressalva de atuação graciosa, nunca com prejuízo dos jurisdicionados.

### 3.3 Dos princípios que regem a Administração e seus deveres

Ordinariamente, o art. 37 da Constituição Federal traz o núcleo dos princípios que devem ser observados pelo Estado. No entanto, como aponta a doutrina, princípios advêm de valores, e estes, como aqueles, não podem e não devem ser limitados, em especial por normas. O respeito e o reconhecimento a novos princípios e valores é possível, em especial se estes são derivados daqueles já positivados, como no caso do Brasil, *ex ui* art. 37 da CF/88.

Respectivamente, com relação aos princípios insculpidos no artigo supracitado destaca-se que, pelo princípio da legalidade, a Administração Pública só pode atuar quando autorizada ou permitida pela lei; a norma deve autorizar a ação e a inação do Estado e é isto que delimita o Estado de Direito: subserviência do Estado à Lei. Nesse sentido:

[...] na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo o que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de *executor* do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica. (MORAES, 2009, p. 324)<sup>15</sup>

No campo da impessoalidade, tem-se que a atividade administrativa, por ser derivada do interesse coletivo e deve realizar-se para todos. O Estado não pode eleger uns em detrimento de outros. O Administrador não pode dar ao que é público cunho pessoal ou de autopromoção, também comportando a ideia de responsabilidade contra o Administrador. O princípio da moralidade exige padrão de conduta dos agentes públicos, que seja lhana, proba, honesta ao lidarem com a *res publicae*, já que o Administrador é exatamente isso: gestor da coisa pública. Neste sentido, o voto proferido no RE 253885/MG, da Ministra Ellen Gracie: “[...] os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses

---

<sup>15</sup> A referência é feita à leitura 'clássica' do princípio, mas não se olvida que há posições dissonantes sobre o tema. Em especial existem posicionamentos, considerando o conceito de sistema jurídico (fechado ou aberto) que apontam que não é possível uma interpretação divergente sobre o posicionamento perante a lei, que a licitude não depende do fator 'subjetivo', mas somente do objeto. Como o objeto é único, e é a Lei, não há como consolidar esse posicionamento.

confiados à sua guarda e realização”. Hodiernamente, a doutrina também aloca neste princípio a ideia de ‘boa fé’, por ser esta forma de agir que cria expectativa positiva e demonstra forma escorreita de gestão, inclusive sendo nominalmente reconhecida no campo do Processo Administrativo, devendo então ser imposta como valor à Administração.

A publicidade é o conhecimento, a visibilidade da Administração para os jurisdicionados, é desdobramento da função de gestor que ela ocupa. A eficiência que foi acrescida com a Emenda Constitucional 19/98 trouxe para o âmbito da Administração as características da celeridade, perfeição e rendimento.<sup>16</sup> A organização é vital para o sucesso de qualquer empreendimento, realizado pelo particular ou pelo Estado, não se tratando o princípio da eficiência de leitura fria do Utilitarismo. Requer, isto sim, que a atividade Estatal empregue meios adequados, realize a desburocratização e observe a carga de retorno de suas ações.<sup>17</sup>

### **3.3.1 Dos deveres da Administração**

No campo dos deveres, a Administração Pública se pauta pela ação, o que quer dizer que o Estado, em suas várias vertentes e manifestações, não é inerte – se não em face da lei – devendo estar em harmonia com a finalidade que impôs à sua criação. Com os contornos do princípio da legalidade, a Administração Pública somente pode agir nos termos da ordem jurídica, notando-se que a ordem jurídica é algo maior que somente a Lei. Esta seria a leitura de uma vertente moderna do referido princípio, de forma a consolidar a dinâmica Estatal, resguardados os direitos dos cidadãos. Normalmente, a Lei é a positivação de valor aspirado pela sociedade, mas o princípio correlacionado ao valor pode ser (e muitas vezes é) maior que o texto da lei.<sup>18</sup> Daí a impossibilidade do Estado agir em desconformidade não só da lei, mas dos princípios e valores da sociedade. O dever de prestação de contas, que é a consequência natural do Estado ser gestor, se apresenta em duas vertentes: uma em controle social e outra nos moldes do art. 70 da Constituição Federal. É nesse contexto que se sedimenta o sistema de “*checks and balances*”,<sup>19</sup> de modo que cada ramo da soberania possa exercer controle

---

<sup>16</sup> Para um estudo mais aprofundado do ‘Princípio da Eficiência’, vide BATISTA JUNIOR (2012), em especial os capítulos 5, 6, 9 e 10.

<sup>17</sup> A visão aqui explorada é uma vertente ‘clássica’ dos referidos princípios, são feitas, no entanto, referências a teses e autores que criticam e propõem contra essa percepção ‘regular’.

<sup>18</sup> “Lei é ser positivo. Norma é ser lógico”. CÔELHO (2010), p. 29; “ Insisto em que não há, no direito o verdadeiro, mas apenas o aceitável (justificável)” EROS GRAU, in **Direito posto e Direito pressuposto**.

<sup>19</sup> No Brasil, ‘freios e contra-pesos’.

sobre os outros dois e ser por eles controlado. Não se trata de invasão de competência, mas de técnica de limitação dos Poderes pelos próprios Poderes, no molde perquirido por MONTESQUIEU (1973) – o poder limitando o poder.

Todos os princípios (e os princípios deles derivados ou os posteriormente reconhecidos) dão azo a deveres para o Estado. Estes deveres da administração embasados nos princípios constitucionais já debatidos são a expressão da evolução da técnica que, em especial no Brasil, se aceita para regulamentação do Estado.

Hodiernamente, o Estado se presta a garantir o Direito, não a disputá-lo com o particular. O regramento imposto ao Estado visa que um de seus componentes, o Povo, possa estabelecer e exercer os outros três requisitos do Estado: Soberania, Território e Finalidade. Sem um desses, Povo, Território, Finalidade e Soberania, o Estado cessa e parece, também, importante destacar que dois deles, Povo e Finalidade são inter-relacionados diretamente. A Finalidade é manifestação do Povo, no sentimento de Nação. E os outro dois (apesar de primariamente relacionados entre si) são mecanismos de exercício da Finalidade pelo Povo. Daí o Estado *do* povo, *para* o povo e *pelo* povo. Inclusive, como apontado por BOBBIO (2007), há uma mudança para a qual os Estados pós-liberais (em relação aos Estados liberais clássicos) devem atentar. A veemência se dá no tocante à alteração de relações de *tutelar* para relações de *garantir*. Muito mais que uma percepção semântica do tema, está-se diante de uma nova forma de agir, pautada não na hierarquia, mas na segurança.

### 3.4 Poderes da Administração Pública

Para a realização de seus objetivos, o Estado se imbuí de poderes, classificados de forma geral pela Doutrina Constitucional e Administrativa como dever-poder referente à Administração. Em que pese uma longa lista de classificações que podem ser dadas a essa categoria, o mais relevante e visível de todos é o **poder de polícia**, que é um poder-dever do Estado que se atém à restrição do exercício de direitos.

O poder de polícia apresenta-se como o limite de regulação por parte do Estado, para regular os interesses da coletividade frente aos interesses individuais, de forma que ambos possam ser observados, podendo haver tolhimento e abstenções, jamais obliteração. O poder de polícia refere-se a um *non facere*, de modo a regulamentar as pretensões dos particulares e evitar o exercício dos direitos de forma perigosa ou nociva. Na doutrina de MELLO (2007):

[...] a polícia administrativa como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“*non facere*”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo. (MELLO, 2007, p. 803)

Ainda no campo da Polícia Administrativa, conjugando a característica dinâmica já delineada por KELSEN (2006), a competência para o exercício do poder de polícia administrativa está ligada à faceta estática da competência para legislar sobre o tema. Sem se olvidar, no entanto, da justaposição e subsidiariedade já impostas na *Lex Legis*.<sup>20</sup> Também é importante destacar que o poder de polícia só tem campo de atuação sobre o exercício do Direito, nunca sobre o Direito em si. Neste sentido, não é poder legislativo. O poder de polícia “Não limita o *direito* de liberdade ou o *direito* de propriedade, mas a liberdade ou a propriedade.” (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 83)

O poder de polícia também encerra outra importante peculiaridade: é indelegável. O arcabouço dos atos do poder de polícia é não só indelegável como também não pode ser reconhecido *a posteriori* para o particular. Ao comentar da não possibilidade de delegação do poder de polícia destaca-se: “[...] ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros.” (MELLO, 2007, p. 805)

O Estado se conforma nas leis e pelas leis. Seu agir não é livre, deve se adaptar e ser condizente ao preceito da Democracia, entendida esta como manifestação da maioria, sem desrespeito as minorias. Refere-se à função social, sua capacidade de realizar pelo cidadão e para o cidadão, dentro dos limites precisos estabelecidos, na Constituição e pelo Direito Administrativo.

---

<sup>20</sup> Vide art. 22 *usque* 24 da CF/88.

#### 4 O ESTADO NO TEMPO

O Estado, dentro da concepção contratualista, apesar de ser uma manifestação natural da agregação humana não é, *per se*, um ente natural. Por se tratar eminentemente de uma forma de controle e coordenação sociais, e estes fatores se deverem a idiosincrasias históricas e culturais, o Estado torna-se necessariamente resultado de mutações no decorrer do tempo.

Dentro de cada contexto histórico-cultural, determinadas características e valores de uma sociedade se alteram e com essa alteração o Estado, que é manifestação, também se altera.<sup>21</sup>

No Estado absoluto com fulcro na ideia de aval divino o Estado que podia ser apontado individualmente através da figura do governante, com extensão deste, não errava. Como o toque divino iluminava aqueles que nasceram para governantes, e segundo a doutrina das grandes religiões que embasavam estes estados, o demiurgo era onisciente, por conseqüente incapaz de faltas, esta característica era partilhada por aqueles que governava.

Esta condição era tão exacerbada que, desenvolveu-se a técnica do Estado sem responsabilidade perante os particulares. Aponta, no entanto, ESTORNINHO (1999), que uma personalidade jurídica foi desenvolvida para estabelecer as relações entre os particulares e o Estado, esta era o Fisco. Posteriormente com a crise que levou ao fim do Estado medievo, o Estado absoluto, ao menos aquele baseado na aquiescência divina cede lugar ao Estado liberal.<sup>22</sup> No Estado liberal o clamor que começara com a Revolução Francesa, reclama um sistema de governo que atenda à maioria, vinculando de forma objetiva o governante, impedindo abusos e estabelecendo regras claras de conduta.

Nesta seara, dois regimes jurídicos coexistiram: o do que hoje consideramos direito administrativo, referente a regras que só se aplicavam ao estado e o Direito Privado, com regras direcionadas ao particular. Esta diferenciação que se desenvolve pelas necessidades apontadas acima gera dois regimes distintos no Direito de um Estado, um de âmbito público e um de âmbito privado, e estas não se misturam, por serem afetas cada uma a um nicho

---

<sup>21</sup> Neste sentido, parece adequado apontar a teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale que, em síntese aponta que muda a sociedade, mudam os valores daquela sociedade, por conseqüência muda o Direito. O Estado sempre foi uma manifestação, manifestação de que o como é o que tem se alterado ao longo do tempo. Se para os gregos a *polis* era o reflexo do homem nativo possuidor de terras, e na idade média a Terra patrocínio divino através do governante os respectivos Estados que esses reflexos apresentavam constituem, ainda assim, mesmo que diferente da concepção atual, estribada na representação popular igualitária, Estados.

<sup>22</sup> É verdade que outros sistemas de Estados absolutos, com fulcro na veneração a um indivíduo ocorreram. No entanto, o fator divino não estava presente, e. g. Fascismo, ver nota 5.

específico.

No entanto, o Estado liberal não foi capaz de responder aos anseios para o qual fora criado. Em sede doutrinária já se sustentou:

O direito público deveria assegurar, tão-somente, o não retorno ao absolutismo mediante a limitação do Estado à lei e a adoção do princípio da separação dos poderes. Uma das preocupações do Direito Administrativo liberal foi criar um sistema de garantias ao particular em relação às atividades da Administração Pública executadas por via do exercício de poderes autoritários. (DIAS, 2003, p. 139)

É correto afirmar a limitação do Estado liberal ante ao princípio da legalidade. Porém os limites impostos ao Estado, por não serem estendidos entre os particulares causam turbulências principalmente nas relações limítrofes, e na falta de capacidade do Estado em assegurar os particulares frente a outros particulares.<sup>23</sup> Na esteira do Estado liberal, em especial ao fenômeno da polarização entre o capital e o Estado que decorreu no final do Século XIX até o começo da década de 1990, imiscuiu-se na ideia de Estado a de prestação. Neste contexto afastando-se a vertente socialista que previa uma gerência e posse absoluta do Estado percebeu a necessidade de que o Estado não só garantisse as liberdades individuais, mas, gerisse também uma gama de serviços voltados à satisfação dos indivíduos; e não só mais uma estrutura capaz de se manter e assegurar os direitos individuais.

Neste ponto, o Direito que rege o Estado e o Direito que rege o particular passam a agir de forma mais harmoniosa, de forma que o Estado, por vezes ao atuar o faz como o particular. Desta feita, as regras que lhe regerão serão as regras do Direito Privado.<sup>24</sup> No entanto, rapidamente, a estrutura do Estado social mostrou-se absolutamente inviável devido aos fatores e encargos econômicos que recaíam sobre o Estado. Desenvolve-se, assim, uma técnica mais afeita à gerência que à estrutura estatal: o Estado pós-social.<sup>25</sup>

No Estado pós-social o agigantamento do Estado tende a ser combatido.

O alargamento desmesurado da actividade administrativa de prestação conduziu à sobrecarga e ineficiência da Administração Pública e, assim, tal como o naufrago procura, a todo custo, agarrar-se <<à tábua de salvação>>, a Administração Pública procura hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, nomeadamente através de fenômenos de privatização e de revalorização da sociedade civil. (ESTORNINHO,

---

<sup>23</sup> O Estado liberal é, sem sombra de dúvida, bem sucedido em sua intenção, qual seja, limitar a atuação do Estado sobre o particular. Esta limitação é tão bem arquitetada e estruturada que causa vulnerabilidades na tutela da ação estatal no que tange as relações dos particulares entre si.

<sup>24</sup> ESTORNINHO (1999) aponta que o grande bastião do Direito Privado – o contrato – passa a ser uma forma corriqueira de atuação Estatal.

<sup>25</sup> Isto também ocorreu no Estado socialista, não sendo exclusividade do Estado social. O Estado socialista, inclusive, submeteu seus cidadãos a privações de toda ordem, com a intenção de se manter.

1999, p. 47)

A busca pela ubiquidade do Estado se mostra, então, inviável. Novas técnicas de administração são implementadas com o intento de que o Estado se distancie das funções de serviços, não essências, mas mantenha o que considerou-se sua vertente mais importante, a capacidade de fiscalizar. Esta capacidade de fiscalização, que a doutrina frequentemente atribui ao poder de polícia, refere-se a uma fiscalização não só de sua própria atuação, mas também da fiscalização dos particulares, em especial, quando estes desenvolverem atividades do ramo que antes era preconizado ao Estado, e. g. saúde, educação, previdência, entre outros. Especificamente, tratando a questão do Brasil, e a alteração legislativa e política referente aos novos modelos, já foi apontado que:

Mas talvez se possa dizer que à evolução econômica não correspondeu plenamente o progresso institucional e que somente agora está ocorrendo uma verdadeira revolução silenciosa na organização política do país. Efetivamente, trata-se de repensar o papel do Estado no momento em que estão em cogitação, ou já em curso, as reformas fiscal, política, administrativa e previdenciária e se generalizam as privatizações e as concessões, reconhecendo-se a falência do estado paternalista. (WALD; MORAES; WALD, 2004, p.6)

Aponta-se, pois precisamente o momento histórico de adaptação, em que o Estado, em destaque o Brasil, adentra; um momento de alteração na premissa de funcionamento do próprio Estado, não uma falência deste, *per si*, mas de um modelo oriundo da crença no recurso ilimitado.

A alteração de cunho mundial passa a ser perquirida em função de destaques econômicos precisos, para a maioria dos países em desenvolvimento, e, com estruturação tardia, a impossibilidade temporal e material de se desenvolver aos níveis dos países da Europa ou América, sem atenção aos recursos de que dispunham e racionalizar sua aplicação. Neste contexto, a questão da administração se liga visceralmente ao Direito Administrativo, por ser este o ramo ligado a operacionalidade estatal.

Não é surpresa que as alterações legais realizadas a partir da década de 1990, no Brasil, tenham preconizado, com destaque, no campo Administrativo, a questão da eficiência. A nova redação do art. 37 da CF/88, dada pela EC/19 passa a apontar textualmente este ponto. O destaque à eficiência se dá, na medida de ser esta capaz de realizar os outros elementos relativos ao Estado. O *perdularismo* estatal não condiz com a reserva de recursos. Para implementar, e, operacionalizar-se o Estado não conta com recursos infinitos desta forma a capacidade de utilizar-se bem dos recursos torna-se em si, um bem valorável, que pode ser

explorado.<sup>26</sup> A relação custo-benefício, não sobre a ótica utilitarista, é o modo de se exercer, racionalmente o papel atribuído ao Estado:<sup>27</sup>

Nas mudanças que devem ocorrer, há, todavia, um papel importante que o Estado deve passar a exercer e que consiste em corrigir as distorções naturais decorrentes do mercado, a fim de garantir os interesses superiores da sociedade. Não se trata de afastar as leis de mercado, mas de evitar as injustiças delas decorrentes, contrapondo à sua visão de curto prazo, que é característica do chamado “capitalismo selvagem”, as ponderações e os interesses que representam o consenso social quanto às metas que se pretende alcançar a médio e longo prazo, num clima de paz e segurança. É o Estado incentivador, regulador, fiscalizador e garantidor que há de substituir o atual estado empreendedor e operador. (WALD; MORAES; WALD, 2004, p.14)

O posicionamento hodierno, no que tange o plasmar-se do Estado, já foi descrito na doutrina:

Há o reconhecimento do declínio do Estado-prestador e do ressurgimento de um estado modesto, mínimo ou, simplesmente, suficiente. Um dos pilares que sustentou o movimento de redução das dimensões do Estado foi a proposta para a otimização dos serviços públicos anelada à superação da insuficiência do Estado no custeio de uma de uma obra e serviços. Do processo de desestatização promovido em inúmeros países decorrem a venda de empresas estatais e a transferência da prestação de serviços públicos ao setor privado. Além disso, verificam-se a quebra do monopólios e a “desregulação” do mercado, introduzindo-se a concorrência em determinados serviços públicos a partir da atenuação de barreiras regulatórias.(GUIMARÃES, 2005, p.368)

Nessa perspectiva, o dever de fomentar estimula, através de parcerias, incentivos fiscais, “sanções premiais” a atividade privada que tenha por escopo campos como a saúde, educação, previdência, infraestrutura.<sup>28</sup> O Estado assume o *status* de regente, de maestro. Não é a Lei que altera a Sociedade; é a mudança social que enseja uma mudança da Lei, como aponta BOBBIO (2007):

Enquanto os escritores iluministas colocavam o direito no centro do estudo das diversas civilizações, andavam à procura da natureza e das linhas de desenvolvimento de um povo no ‘espírito das leis’ e acreditavam que para mudar a sociedade bastava mudar o direito, no século XIX, pouco a pouco, à medida que se tomava consciência da grande mudança histórica produzida pelo advento da sociedade industrial na ‘sociedade civil’, antes mesmo que na sociedade política, o

---

<sup>26</sup> Tecnicamente considerado o limite material para qualquer fator natural sempre existiu. Mas no campo do investimento alguns Estados procuram ao longo do tempo, através dos mais diversos meios, como a guerra, colonialismo, obter mais. E este *plus* que não se encontra; e para sanar o vazamento que o gasto público compõe, deve-se exercer a Administração com atenção as premissas administrativas. Vários países, ao perceberem a questão, traçaram rigorosos objetivos de otimização no campo Administrativo, e são hoje referência.

<sup>27</sup> Esta vertente de pensamento tem dois momentos distintos o de Bentham e de Mill; focando a perspectiva de Bentham tem-se o utilitarismo, em síntese: A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a *dor* e o *prazer*. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia de causas e dos efeitos.

<sup>28</sup> Uma técnica recente, pela qual, ao invés de se aplicar uma sanção ao ato que se quer desestimular, premiam-se as condutas que se quer disseminar.

direito passou a ser considerado cada vez mais um epifenômeno, um momento secundário do desenvolvimento histórico, e visto com desconfiança cada vez maior como instrumento de *mudança social*. (BOBBIO, 2007, p. 34)

E mais adiante:

A função do ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio de técnicas das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. Isso pode ser obtido, preferivelmente, por meio da técnica das sanções positivas e dos incentivos. Costuma-se dizer que a concepção tradicional do direito como ordenamento coativo funda-se sobre o pressuposto do homem mau, cujas tendências anti-sociais devem, exatamente, ser controladas. podemos dizer que a consideração do direito como ordenamento diretivo parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, o qual deve ser estimulado, provocado, solicitado. Creio, portanto, que hoje seja mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de *direção social*. (BOBBIO, 2007, 79)

#### 4.1 A questão da Administração

Os bens, quaisquer bens – considerados estes como de relevância para a vida humana –, são passíveis de esgotamento. É esta finitude que assola o ser humano desde a aurora da sua consciência. O Fim é claro a todos os seres humanos, e a falta é uma constante. Por consequência deste fato o Homem desenvolveu a capacidade de alocar e gerir os recursos que dispunha para seu benefício. Nasce a ciência da Administração.<sup>29</sup>

Esse campo põe, então, a lume uma série de técnicas capazes de cultivarem um melhor uso e emprego dos elementos de que se dispõe. Inicialmente, dadas as características de imposição existente entre as soberanias a questão de administrar e empregar recursos tinha cunho bélico. Com o advento da paz a partir da Segunda Guerra Mundial, a relação *intra* passa ao centro da questão estatal e, posteriormente, a questão do bem-estar do cidadão assume o foco.

---

<sup>29</sup> Hoje ciência, mas, por exemplo, no contexto helênico clássico, seria, possivelmente, uma virtude; correlacionada com a parcimônia.

#### 4.1.1 Administração Estatal

Como indicado, a incapacidade de suprir todas as necessidades e o limite material dos bens faz com que seja necessário um uso racional destes. No interregno das duas guerras que assolaram o mundo os Estados se preparavam para garantir a supremacia, e a Soberania. Com o foco da guerra superado a mesma habilidade e racionalidade que guiara o esforço (pré) guerra, agora seriam usados em prol da população. Sobre o tema:

Mas nos últimos anos o modelo gerencial não tem sido somente utilizado como mecanismo para reduzir o papel do Estado. O *managerialism* se acoplou, dentro de um processo de defesa da modernização do setor público, a conceitos como busca contínua da qualidade, descentralização e avaliação dos serviços públicos pelos consumidores/cidadãos. Portanto, há atualmente mais de um modelo gerencial; ou, melhorando a argumentação, no embate de idéias proporcionado pela introdução do *managerialism* na administração pública surgiram diversas respostas à crise do modelo burocrático weberiano, todas defendendo a necessidade de se criar um novo paradigma organizacional. (ABRUCIO, 1997)

Os serviços que o Estado presta passam a ser alvo reclamo, pelos cidadãos, e, aquele, desenvolve meios pelos quais a demanda possa ser atendida. A doutrina destaca:

Na realidade, podemos assinalar duas tendências paralelas e complementares. De um lado, flexibilizando-se o Direito Administrativo, nele incluindo-se fórmulas de direito privado com as adaptações necessárias. De outro, delega-se aos particulares a realização de determinados serviços públicos, de acordo com a regulamentação e sob fiscalização do Estado, multiplicando-se as parcerias. (WALD; MORAES; WALD, 2004, p.54)

A conformação do Estado Democrático de Direito, supõe não só a racionalidade de exercício do poder, mas também que esta esteja respaldada no próprio cidadão, razão de ser daquele.

Neste sentido:

O Estado Democrático de Direito é entendido por muitos autores como síntese dialética dos momentos anteriores da evolução dos paradigmas de Estado. Trata-se de um conceito novo, apesar de colacionar preceitos do paradigma do direito formal burguês e do direito materializado do estado social. No estado Democrático de Direito, é o princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não exaure na simples formação das instituições representativas. Deve haver, portanto, a presença do elemento popular na formação da vontade do Estado e da Administração Pública. (DIAS, 2003, p. 151)

Como destacado alhures, as relações público e privadas, se alteram, na busca por um panorama mais racional. A relação, no tocante, ao prever, organizar, coordenar, comandar e

controlar, cernes da Administração passam a interessar o ramo executivo do Estado.

Diante da atual realidade do Estado contemporâneo, pressionado pela globalização e pelas mudanças tecnológicas, com menos poder e recursos, de fato a eficiência adaptativa é um valor mais importante para a administração pública, capaz de dotá-la da flexibilidade necessária para responder melhor às demandas internas e externas. O aumento da “consciência de custos”, resultado da eficiência operacional, também é importante, porém limitado se for um objetivo em si mesmo. (ABRUCIO, 1997P. 18)

A modernização, no campo legislativo-administrativo, avoca a eficiência, e, transições que estabelecem melhores formas de gerir o Público, é neste contexto que a especialização e a função de fiscalizar, do Estado, aflora, em detrimento da ação de investimento direto, neste sentido:<sup>30</sup>

A característica de *excelência* e necessária sofisticação da máquina pública se observa evidente nas respectivas legislações instituidoras, por exemplo, das agências reguladoras. Na confecção de tais entidades públicas, prima a Administração no empenho de atos juridicamente sofisticados, estruturas e pessoal voltados à consecução de determinado, seguro e pontual mister administrativo, qual seja: *regular e imprimir referências técnicas estatais a um específico mercado de atividade ou serviço público.*(FRANÇA, 2008, p. 79)

A questão, também, perpassa o “como” e o “que” fazer, mas de forma geral o este tem um caráter afeto ao ramo legislativo, enquanto aquele ao executivo. Aduz-se, com atenção especial à Administração Estatal, que:

Administrar é *atividade* pela qual *pessoas* gerem *recursos* com o *objetivo* de satisfazer determinados *interesses*. São, portanto, cinco elementos articulados neste conceito de *administração: atividades, pessoas, recursos, objetivos e interesses*. Por (1) *atividades*, deve-se entender a de planejamento, a de decisão, a de execução, e a de acompanhamento de atos racionalmente articulados; (2) as *pessoas* são os indivíduos ou entes de qualquer natureza, que manifestam a vontade geradora das atividades desenvolvidas; (3) os *recursos* são bens e serviços a serem empregados para realização das atividades; (4) os *objetivos* são alterações que essas atividades deverão introduzir na realidade para que, em consequência, (5) os *interesses*, que constituem as finalidades da ação administrativa, sejam satisfeitos. O conceito de *administração pública* decorre da *qualificação* pública desses mesmos elementos. As *atividades* são as *funções públicas*, cometidas ao Estado, caracterizado-se por suas iminentes *indisponibilidade e imperatividade* e, assim, pela possibilidade de serem executados coercitivamente. As *pessoas*, incumbidas de desempenhar essas funções, são *públicas* ou *entes privados*, atuando por seus respectivos *órgãos e agentes*, que, para esse efeito, recebem competência própria ou delegada. Os *recursos*, de diversa natureza, notadamente financeiros, empregados para o

---

<sup>30</sup> No caso do processo inglês de reformulação administrativo, iniciado no governo Thatcher: À estrutura extremamente hierárquica característica do modelo Whitehall foi contraposto um modelo em que se procurava delegar autoridade (*empowerment*) aos funcionários. Dentro do contexto da cultura gerencial, era preciso criar mais gerentes, com habilidade e criatividade para encontrar novas soluções, sobretudo para aumentar a eficiência governamental. Assim, a delegação de autoridade era uma resposta no primeiro momento institucional, e que com o tempo poderia transformar a cultura da burocracia (ABRUCIO, 1997)

desempenho dessas funções, serão, em princípio, também *públicos* e afetados a finalidade igualmente *públicas*. Os *objetivos* a serem perseguidos serão todos aqueles, integral ou parcialmente, previstos na Constituição e, em decorrência, nas *leis*, aptos à satisfação dos interesses nelas *especificamente* definidos como *públicos*. (NETO, 2009, p. 125) (grifos no original)

#### 4.1.1.1 Desconcentração e descentralização estatal

A estrutura de poder e controle da administração, mesmo em tempos remotos nunca foi singular, comportando, pois, diferentes especializações e estruturas satélites, que apesar da submissão a um poder central (e final) podia ser delegado em vários níveis.<sup>31</sup>

Essa forma de governar, e, administrar tem suas vantagens. Promove uma desoneração exacerbada do Governante, permitindo centros de decisão paralelos, que retém autonomia, sem, no entanto, subtrair poder do Chefe Executivo. Aproxima o subordinado (mais tarde o cidadão) daqueles capazes de aplicar autoridade para a resolução de seus problemas.

Com o advento da legalidade, na execução do Estado, este meio de exercício de poder foi preconizado e instaurou-se, no âmbito estatal a descentralização e a desconcentração da Administração Pública.<sup>32</sup>

Uma das principais diferenças, entre o contexto pretérito e o atual, consiste na questão da personalidade jurídica e da competência. Enquanto, no *ancien regime*, a questão estava afeta a pessoas e títulos, e, a vontade do governante, na contextura atual a atividade estatal se vincula a órgãos e entes, e, a Lei. A desconcentração ocorre *intra* e a descentralização *extra*, quer isto dizer, sobre o *modus* a que a administração traça sua estrutura e sua atuação; nesse sentido:

A função administrativa é realizada de forma *centralizada* quando ela é desempenhada *diretamente* pela própria entidade estatal (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), através de seus vários *órgãos e agentes públicos*. Nessa forma de atuação, temos a Administração direta, que é o próprio Estado. A função administrativa, por outro lado, é realizada de forma *descentralizada* quando a entidade estatal exerce, não diretamente, mas de forma indireta, através de *entidades administrativas* que cria para esse fim específico (autarquias, fundações, empresas

<sup>31</sup> Apesar de não representar o mesmo fundamento, é isto em essência que faz o soberano ao conceder títulos e terras a seus vassallos, fazendo-os *e.g.* barões, duques, condes.

<sup>32</sup> A doutrina aponta que, correlato a este fenômeno, há outro, qual seja, a questão da percepção do cidadão como “cliente”, no sentido de consumidor dos serviços estatais. Sem delongas sobre os problemas e paradoxos que isto causa no setor privado, há que se registrar que: Não obstante, tem ocorrido uma significativa delegação de autoridade, partindo do princípio de quanto mais próximo estiver o serviço público do consumidor, mais fiscalizado pela população ele o será. A descentralização, no entanto, não basta para aumentar o poder do consumidor. É preciso que haja opções caso determinado equipamento social não esteja funcionando a contento numa situação de falta de recursos, como a atual, a melhor forma de aumentar a qualidade é introduzir relações contratuais de competição e de controle. (ABRUCIO, 1997)

públicas, sociedade de economia mista e consórcios públicos). É importante deixar claro que a *descentralização* não se confunde com a *desconcentração*. Tanto uma quanto outra, é verdade, são formas de distribuição de competências. Contudo, na descentralização essa distribuição se dá externamente, ou seja, de uma entidade para outra, pressupondo, portanto, duas pessoas jurídicas distintas, a estatal e a pessoa por ela criada. Já na desconcentração, a distribuição ocorre internamente, dentro da própria entidade com competência para desempenhar a função, entre os seus próprios órgãos. A desconcentração cuida-se de uma técnica de administração, destinada a desafogar o exercício da função administrativa, haja vista que, podendo uma determinada entidade pública exercer sua atividade por meio de um único órgão público, ou seja, *concentradamente*, ela pode, para facilitar o desempenho dessa atividade, exercê-la por mais de um órgão, o que o faz *desconcentradamente*. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p.153)

Hoje se evita no Estado a hipertrofia de qualquer ramo, possibilitando uma atuação mais célere e precisa; a burocracia dá espaço à simplificação.<sup>33</sup> É nesse sentido que ANDRADE, ao ler GIANNINI, destaca, que, pela figura da administração, descrita tal qual um veículo, com seis eixos - regras, o procedimento, a formação de pessoal, a organização, a dotação material e os recursos financeiros – só se locomove se há harmonia entre estes, e acrescenta o autor:

[...] noutras palavras, o organismo estatal como um todo, permeado pelo direito público, deve ter sua atuação pautada pela eficiência e economicidade. A fim de que os recursos estatais possam ser melhor aproveitados e geridos em prol da sociedade. [...] Surge o destaque atual na linha de que Direito Público deve se abrir para contribuições de outras ciências sociais, como administração e economia, para melhor aderir à realidade social e buscar a racionalização a racionalização na gestão da coisa pública. (ANDRADE, 2012, p. 39)

Daí que a noção de como e por que meios são delimitados os parâmetros, através do Utilitarismo e do Liberalismo, nos E.U.A, que inaugurou a ideia de parceria no âmbito do encarceramento, é de interesse, não só pelo viés histórico, mas, principalmente pela ideia de coordenação entre os 'eixos da Administração'.

Concretamente, tem-se, também, pela simplificação trazida pelo Parceiro Privado, a redução da burocracia, uma vez que a simplificação é em essência uma redução dos trâmites. Na seara Pública, respeitados os ditames legais pertinentes, possa-se alcançar os mesmos fins com (menos) recursos, ou tempo, justamente aplicando sobre os 'eixos' da organização, há otimização.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Diferentemente da preconizada por Weber a burocracia, aqui, é óbice a própria atuação do Estado, e não como garantia do cidadão.

<sup>34</sup> Aponta ainda ANDRADE para várias fases do desenvolvimento e modificações que ocorreram na Itália, France e Portugal, para mais vide ANDRADE, 2012. Há, também, nessa referência, um breve histórico da evolução do tema no Brasil e em Minas Gerais.

#### 4.1.1.2 Privatização e o Estado brasileiro recente

Com a Constituição de 1988, nasce, no Brasil, um novo estado. Este que já amargura uma série de retrocessos políticos, também, o fazia no setor econômico. A economia era baseada em uma estrutura de dependência absoluta do Estado, que era o “grande empresário” e administrador. O espaço público da atuação suplantara a atividade do particular e a estrutura do estado se agigantara.<sup>35</sup> Com início na década de 1990 o Brasil começou uma forte campanha de privatização e modernização do Estado.<sup>36</sup> Afastando-se da matriz centralizadora, que vinha imbricada no cenário político-administrativo, o governo preconizou um modelo de integração entre o público e o privado, com áreas de superposição, e, agremiação entre estes e aqueles.<sup>37</sup> Toma-se então a medida, alinhada a outras, como será o caso das PPP's, para resolver o problema, e, no contexto do Estado, de plano de administração, de intento estratégico para solucionar os problemas enfrentados:

A utilidade da lógica de estratégia vai além da confecção dos programas governamentais. O contexto maior da reforma administrativa se beneficia igualmente do conceito de estratégia, sobretudo porque a maioria dos Estados contemporâneos passa por três grandes crises: a fiscal; a decisória, uma vez que o quadro institucional mais atrapalha do que favorece a implementação de reformas; e, por fim, a de confiança, pois a população desconfia, cada vez mais, dos governos e de suas políticas. (ABRUCIO, 1997)

Nesse diapasão o campo de assistência do estado não diminui, mas passa a ser regido por uma nova estrutura, que tem no capital privado, novo alento. Sobre o tema:

A partir da primeira e, principalmente, da segunda crise do petróleo em 1973 e 1978, respectivamente, houve uma deterioração das contas públicas da maioria dos países, gerando graves desequilíbrios macroeconômicos. Nesse contexto, o Estado brasileiro perdeu praticamente toda sua capacidade de investimento, o que adveio do progressivo endividamento público. No âmbito microeconômico, ocorreu forte contração dos empréstimos e financiamentos externos a empresas nacionais, tanto

---

<sup>35</sup> Afora as conseqüências políticas e sociais já apontadas, há outra de cunho econômico de interesse, qual seja: o gasto público. O custo da atuação estatal, de seu desempenho, da estrutural, do pessoal, é por obvio custeado pelo próprio cidadão, mas para, além disso, como aponta KEYNES (2002), tal relação eleva a inflação promovendo uma corrosão no valor da moeda. KEYNES (2002) aponta três motivos para o que chamou “vazamento”: o gasto com os produtos externos (em prol dos produzidos internamente), poupança, e os impostos.

<sup>36</sup> ESTORNINHO (1999) aponta, que, em Portugal, um projeto semelhante foi implementado, com foco no modelo Alemão, e que tem por finalidade o mercado comum europeu. Assim o Estado português desenvolveu uma serie de desonerações, alienações, dações, vendas entre outros modelos de transmissão de bens e direitos para o setor particular.

<sup>37</sup> Há no Brasil uma peculiaridade referente ao *status* do governo e a política de estado, essa diferença no então, não esta abrangida no escopo desse trabalho. Bastando neste sentido perceber-se que os planos de otimização que o estado recebe, sob a égide de qualquer governo, são implementadas em benefício do cidadão, e é este o foco – a melhor prestação das atividades do Estado.

estatais quanto privadas. As empresas estatais, portanto, não possuíam mais recursos disponíveis para grandes empreendimentos de infra-estrutura. Essa redução de despesas implicou deterioração do estoque de capital em infra-estrutura e, conseqüentemente, gerou estrangulamentos em setores importantes para a retomada do desenvolvimento econômico. Em vários países, a reação às crises da década de 1970 foi seguida por processos de reforma do Estado, com a diminuição de seu papel como provedor de infra-estrutura, gerando uma onda de privatizações e concessões ao setor privado. [...] A estratégia das privatizações surgiu como tentativa de ajuste nas contas públicas, por meio da venda de ativos produtivos do Estado, seja para a redução do estoque da dívida pública, seja para a redução da demanda de recursos fiscais para gastos em infra-estrutura. (ARAÚJO, 2006)

O programa de privatização também trouxe ao Brasil o modelo das agências reguladoras. Estas deveriam realizar a fiscalização e regulação, uma vez que seria o particular a exercer atividade até então que emanavam do setor público, mas de interesse social, como a saúde, educação, previdência. Esse modelo estabelece setores específicos de atuação de pessoal com escol técnico em cada área; o Estado que até então tinha uma série de secretarias passa agora a contar com um corpo técnico especializado, em cada área, e com atuação somente naquela seara.

Pela privatização o Estado transfere ao particular a realização de uma atividade, mas, retém o poder de polícia sobre o referido campo. O Estado diminui seu portfólio – no que tange prestação direta –, esta diminuição permite não só diversidade (na maioria dos casos) ao serviço como, também, garante ao Estado, e, a sociedade, que os abusos, que o monopólio (ou oligopólio) poderia causar, sejam impedidos. A vigilância, e a prestação se desentranham. Dessa separação desenvolve-se uma forma de administrar e gerir o público que não enfraquece o Estado; preserva-se a função (moderna) precípua – vigiar e punir –, e melhor atende a sociedade. Nesse sentido:

A crise dos anos 70 tem conduzido, nas últimas décadas, a um processo constante de reforma do Estado, com a redefinição do papel do setor público diante da oferta de bens e serviços de infra-estrutura. A transferência dessas atividades para o setor privado é um ponto central nesse processo. As privatizações visavam, entre outros objetivos, a desonerar o setor público dos gastos com grandes investimentos, diminuir o desequilíbrio fiscal, aumentar a eficiência nos setores de infraestrutura pela introdução da competição e garantir investimentos contínuos. As privatizações, por outro lado, abriram um canal para a estreita interação entre o setor público e o setor privado, de modo a se estabelecerem parcerias para a garantia de investimentos. As alterações das funções do Estado resultaram em diversas instituições, que atendem ao interesse público. (ARAÚJO, 2006, p. 169)

Por consequência deste contexto, que como indicado previa menos ônus ao Estado, uma nova forma de associação entre o capital e a necessidade de prestação. Se por um lado a oferta com foco na desoneração crescia, e, criava-se uma estrutura de regulação, disciplina e controle, por meio das agências reguladoras, o fator captação ainda era parco. Daí a necessidade da criação

de um mecanismo mais eficiente e célere – se comparado aos modelos anteriores de contratação com o Poder Público –, baseando-se no modelo estrangeiro inaugura-se a ideia de Parceria Público-Privada.<sup>38</sup> A Parceria Público-Privada não se confunde com a privatização:

Ao contrário do que ocorre nas privatizações, as parcerias público-privadas não importam em alienação definitiva do controle da política pública. Ademais, os contratos de parceria possuem maior abrangência em relação aos objetos cuja delegação é permitida. Portanto, privatização e parceria público-privada são contratos administrativos distintos e não se confundem. (CAMACHO, 2013)

Trata-se, pois, de novo modelo, nova técnica capaz de angariar participação e recursos do setor privado.

---

<sup>38</sup> De forma geral a doutrina aponta a Inglaterra como referencia, mas inúmeros países desenvolveram técnicas semelhantes, *e.g.*, Irlanda, África do Sul Austrália.

## 5 DO PARTICULAR

O homem, ao se associar na sociedade, estabelece um leque de direitos e obrigações para com seus pares. Da própria teoria contratualista advém a ideia de que este leque de obrigações e deveres é requerido para a própria existência do homem. A alienação de parte de seus direitos inerentes para a construção da sociedade faz com que seja necessário que dessa associação resultem situações melhores do que a do eremita.<sup>39</sup> O homem então realizada a associação, conferirá a esta (agora), Estado, o poder de regular a sua interação com os seus pares. Estas relações, que serão fruto das idiossincrasias temporais e culturais de cada povo, serão impostas através do direito positivo ou consuetudinário.

Cabe, todavia ao Estado garantir o máximo dos direitos inerentes ao homem, sem lhe tolher a vontade, e permitindo-o agir ainda de acordo com sua autodeterminação. Inspirando-se em ‘A Condição Humana’, de ARENDT (2011), identificando as forças e eventos que moldam o homem e a sociedade, aduz COELHO (2010):

Ao produzirem, para viver, os homens usam instrumentos, aplicam conhecimentos, inventam técnicas, agregam experiências que, em última análise, decidem sobre o tipo de relações que haverão de manter entre si. O homem é, antes de tudo, um ser-de-necessidades ou *homo necessitudinis*. Para satisfazer às suas necessidades básicas, sempre presentes, tem que agir, isto é, *trabalhar*. Eis o *homo faber*. Destarte, para satisfazer às suas necessidades, o homem “trabalha” a natureza, humanizando-a. catando frutos, caçando, pescando, plantando, domesticando animais, minerando ou transformando metais, industrializando as matérias-primas ou comerciando, o *homo faber* arranca da natureza sustento para a sobrevivência com o “suor do rosto”. Ao trabalhar”. Ao trabalhar, constrói a si próprio, sobrevive. A história nada mais é do que a história do homem e de seu fazer pelos tempos adentro. Seria impossível entendê-la, e as sociedades que sucessivamente engendrou, sem referi-las fundamentalmente às relações de produção, que o modo de produzir dos homens em cada época e de cada lugar tornou plausíveis. As relações sociais, econômicas e culturais da sociedade primitiva, da sociedade grega, romana, árabe ou visigótica, da sociedade medieval, da sociedade capitalista, foram condicionadas por diferentes estruturas de produção. Ora, *todas essas sociedades*, como de resto todas as comunidades humanas, atuais e pretéritas, foram e são *articuladas juridicamente*. (COELHO, 2010, p.5)

---

<sup>39</sup> São Tomás de Aquino apresenta três hipóteses para este caso, a saber: *mala fortuna; corruptio naturae; excellentia naturae*.

## 5.1 Das relações privadas

Todo homem é dotado de personalidade.<sup>40</sup> Essa personalidade, que é sua capacidade de auto-entendimento, auto-determinação e auto-realização é, no campo do direito, afirmar-lhe a capacidade de ser titular deste. Desde o seu nascimento até sua morte o ser humano não se abstém de estabelecer relações com outros seres humanos. Estas relações dão-lhe a capacidade de estabelecer, no seio da sociedade, direitos e obrigações.<sup>41</sup>

Preconiza-se, na doutrina, a seguinte sequência para a aquiescência às normas e a imposição do Direito:

Numa fase inicial da humanidade, predominava a lei da força. As dúvidas, as teimas, os atritos não eram dirimidos por preceitos e nem mesmo pelo bom senso. A vitória no enfrentamento pessoal conduzia à solução. Era a fase do domínio da força bruta do incipiente ser humano, forma que ainda perdura em momentos de desconcertos da razão. Já num passo adiante, reconhecia-se a autoridade a um ancestral comum, quando os conflitos envolviam grupos de um mesmo clã. Também se encontrava a solução na escolha de uma pessoa que tinha ascendência no grupo, escalando-a para dar solução – constituindo este avanço a idéia inspiradora da arbitragem. (RIZZARDO, 2008, p. 5)

No entanto, o ser humano é dotado da centelha da inteligência – o que, para aqueles que consideram a tradição helênica, fora presente de Prometeus. Dessa forma, percebendo que, sem instituição de regras, e o poder para impô-las, somente o embate existiria, delimitou-se, então, o campo do direito.

O Direito especializa-se, por questões de utilidade. No campo do Direito Privado, interessa a disciplina das relações individuais, afasta-se o interesse primário público e social. Para a formação do direito privado os teóricos e estudiosos apontam, precipuamente, para o direito romano. Este se desenvolveu através dos costumes e da religião, durante um interstício que se inicia por volta de 730 a.C. e se estende até 560 d.C. pontuando a questão do *jus civili* e o *jus gentium*, representando o direito dos concidadãos nativos do império e o dos estrangeiros, respectivamente. Posteriormente, por refinamentos e necessidades de novas leis, e com a

---

<sup>40</sup> “*Personalidade* é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações. Todo ser humano é pessoa, porque não há homem excluído da vida jurídica, não há criatura humana que não seja portadora de direitos. Mas não somente o homem é pessoa no sentido jurídico. Também o são certas criações sociais, personalizadas para mais fácil realização dos fins jurídicos. Daí as duas categorias de pessoa – naturais ou físicas, e as jurídicas.” (BEVILAQUA, 1956, p. 138) A questão da diferença entre a pessoa física e a pessoa jurídica, em especial com o escopo empresarial será de interesse mais adiante.

<sup>41</sup> A teoria civilista há muito distingue capacidade de direito e capacidade de exercício deste, sendo que nem todos têm a capacidade de exercício, mas ninguém é desprovido da capacidade de titulação do direito.

mutação social, estes se alteram. (NADER, 2001; CREVELD, 2004)

Numa era bem mais tardia, a Igreja Católica, através de seu poder supranacional e, baseando-se nos textos legais do Império Romano, instituiu uma série de codificações. Esse processo histórico é importante por razões técnicas, pois abrangiam todos os ramos do direito. O campo do direito civil e a influência de sua técnica legislativa fizeram com que este fosse o centro do ordenamento jurídico até o final do Século XIX. BEVILAQUA, ao comentar o código Civil de 1919, já apontava com precisão seu campo de atuação:

O Código Civil não se ocupa senão das relações de ordem privada. Os direitos e as obrigações de ordem política não entram na sua esfera, como delas se acham excluídas as relações públicas de direito internacional, que somente competem aos Estados nos seus contatos recíprocos. (BEVILAQUA, 1956, p. 139)

A evolução histórica e técnica a que se submeteu o código Civil permitem observar que a sociedade, concomitantemente à criação do Direito, a ele se submete. O Direito, em especial o Direito Privado, foca-se no indivíduo, no entanto seu campo de atuação – e mesmo a sua aspiração – coaduna-se somente a uma pequena parcela do espírito humano. Neste sentido:

O Direito, portanto, não visa o aperfeiçoamento do homem – esta meta pertence à Moral; não pretende preparar o ser humano para a conquista de uma vida supra-terrena, ligada a Deus – valor perquirido pela religião; não se preocupa em incentivar a cortesia, o cavalheirismo ou as normas de etiqueta – âmbito específico das Regras de Trato Social. *Se o Direito regulamentasse todos os atos sociais, o homem perderia a iniciativa, a sua liberdade seria utópica e passaria a viver como autômato.* (NADER, 2001, p. 18)

Há, então, um equilíbrio que deve ser observado quanto à imposição de normas de Direito, por gozarem estas de poder estatal para a sanção. Corroborando esta idéia:

Toda norma jurídica é uma limitação à liberdade individual e por isso o legislador deve regulamentar o agir humano dentro de uma estrita necessidade de realizar os fins que estão reservados ao Direito: segurança através dos princípios de justiça. (NADER, 2001, p.30)

## 5.2 Dos princípios conformadores do Código Civil

O Código Civil se estrutura como diploma normativo guiando-se pelos seguintes princípios:<sup>42</sup>

- a) princípio da personalidade: atribui ao homem a sujeição de direitos e obrigações por sua qualidade inerente de ser humano;
- b) princípio da autonomia da vontade: refere-se à capacidade de fazer valer a vontade em conformidade e dentro dos limites da norma jurídica;
- c) princípio da liberdade de estipulação negocial: permite ao indivíduo outorgar direitos e aceitar deveres, nos limites da lei, almejando ou não o lucro;
- d) princípio da propriedade individual: reconhece que o trabalho do homem lhe traz frutos e que estes estão à sua disposição;
- e) princípio da intangibilidade familiar: a família, célula da sociedade, deve ser pautada em normas advindas do costume e que possibilitem o exercício e relação íntimas no seio da sociedade;
- f) princípio da legitimidade da herança e do direito de testar: aquiesce com o fato de que a propriedade tem relevância não só para o indivíduo, mas para sua família e a sociedade, permitindo-lhe a transmissão;
- g) princípio da solidariedade social: os direitos – todos os direitos – devem ser exercidos em conformidade às práticas sociais e, direta ou indiretamente, em função da sociedade.

A partir destes princípios, o Código Civil se dividiu e correlacionou direitos específicos a cada um deles. Daí tem-se os direitos pessoais, os direitos obrigacionais, os direitos associativos, os direitos reais, os direitos de família e os direitos de sucessão.

O direito mercantil e o direito civil, a partir da teoria da empresa, passaram a ser reunidos dentro do mesmo campo do direito. A ideia de mercado e a capacidade e prática neste sentido delimitaram grande parte da história da humanidade.<sup>43</sup> O Código Civil de 2002 trouxe insculpido no artigo 981 a ideia de empresa como complexo organizacional voltado para o mercado.

---

<sup>42</sup> O foco do Código Civil são as relações entre horizontais, por tanto de igualdade entre os que ingressam nas várias relações que podem ser estabelecidas na sociedade.

<sup>43</sup> Neste sentido apontam-se as conclusões de Teixeira de Freitas. Para maiores referências, recomenda-se a obra “Direito empresarial Brasileiro” de GLADSTON MAMEDE.

A mudança de perspectiva inaugurada com o CC/02 aponta para uma sistematização da empresa como meio, ferramenta para a realização das atividades inerentes ao modo de produção e consumo capitalistas.<sup>44</sup> Dessa feita, o Diploma Legal em comento permite uma segurança nas relações que o particular realiza sob a forma de empresa, uma pessoa jurídica criada para permitir melhor atuação no mercado. Como se depreende dos princípios do Direito Civil traçados, o lucro e a forma de atuação do particular, por intermédio da empresa, possibilita isto sim, a realização, com melhor técnica, da autonomia privada. O alocamento da teoria da empresa, no arcabouço do Direito Civil permite um tratamento sistemático e coerente do fenômeno da pessoa jurídica inserida no mercado.

O Particular, então, por não ser limitado a nada exceto o dever de respeito pelos outros particulares, desenvolve suas atividades; estas por vezes revolvem e devolvem um *plus* em relação ao esforço e empreendimentos investidos, e este é tido como lucro. O setor privado se vale das normas estatuídas para visar o seu bem estar, e obter o lucro. Desde que não lhe seja explicitamente vedado, pode inclusive, ao exercer sua vontade, encetar-se em novos modos de fazê-lo. Estes novos modos representam uma tecnologia, que lhe é facultada. Afora o dever geral (se um específico não incidir) de não prejudicar terceiros— no adágio latino, *neminem laedere* — sua vontade é seu guia, e, não há obstáculos para seu modo de agir.

A vertente penal do estado tem nesse passo significado preciso. Tenta-se por meio da Lei determinar o agir do particular, de tal modo que sua atuação não apresente prejuízo ao terceiro, que é também constituinte do Estado, pela vertente da nação. O agir criminoso liga, pois, duas instâncias: o particular, e sua liberdade de agir, ao Estado em seu dever de conformar atitudes indesejáveis (ou deletérias). O ponto é tão sensível que já fora objeto de pensamento por parte de Durkheim, ao tratar da atuação do particular e sua liberdade de agir.

Destaca o sociólogo que essa liberdade é justamente a centelha inventiva da pessoa, mas deve ser contida, uma vez seu potencial de interferência no outro cidadão. Não há que se tolher o particular em seu pensar, seara em que o estado não pode intervir, mas sim no seu agir, jaez em que este é obrigado a evitar o dano, ou ao menos minimizá-lo. O crime é, portanto, necessário; ele está ligado às condições fundamentais de qualquer vida social, mas, por isso mesmo, é útil; pois essas condições com as quais ele é solidário são as próprias indispensáveis à evolução normal da moral e do direito. (DURKHEIM *apud*

---

<sup>44</sup> Nem toda pessoa jurídica de direito privado encaixa o lucro —e.g as fundações —, no entanto interesse nesse ponto é a produção de mercado e as limitações do particular nesse campo.

DELMAS-MARTY, 2004, p. 60)

### 5.3 Intuito de lucro e um cotejo com o agir estatal

O homem, ao observar que a organização traz ganho de tempo e produção, com a conseqüente diminuição do esforço individual, imbui-se da técnica da associação para obter melhores resultados. No campo econômico, se a associação tem por fim o lucro, em geral, tem-se o fenômeno da empresa.<sup>45</sup> A questão da livre iniciativa, pilar do complexo sistema capitalista, foi elevada pelo legislador constitucional no art. 1º, IV, ao *status* de um dos fundamentos do estado democrático de direito. Neste contexto, pode o particular, isoladamente ou através de agremiações, procurar ganho monetário. Em que pese o direito de propriedade ser sopesado pelo princípio da função social da propriedade, art. 5º, XXII e XXIII, não se olvida a importância que há entre a empresa e a estrutura sócio produtiva do Estado. Desse raciocínio depreende-se a função social da empresa, como se destaca: “Uma tendência hodierna do Direito é a consideração obrigatória do interesse público como referência, como baliza que dá limites ao interesse privado, evitando que o arbítrio individual se estenda ao ponto de prejudicar a coletividade”. (MAMEDE, 2009, p. 53)

A produção de riquezas a partir da Revolução Industrial deu o tom do desenvolvimento na sociedade. Afastado o individualismo do Século XIX, que em benefício do particular poderia prejudicar uma coletividade, tem-se a compreensão de que ambos, sociedade e indivíduo, devem receber guarida do Estado. Como se vê, o Estado é guiado por uma vertente de eficiência (art. 37 CF/88), mas como se deve apontar, o princípio da eficiência não se confunde, com o intuito de lucro que o particular procura. Na percepção de Ford, ao diminuir a porosidade, o particular busca a mais valia, o Estado, se o fizer, deve aplicar o *plus* em prol do jurisdicionado.<sup>46</sup>

O particular resta livre, e em certa medida no capitalismo, é o que se espera dele, para almejar e esforçar-se para obtenção de lucro. O Estado não. O indivíduo, inserido no sistema *Lex Mercatori*, age livremente para consecução de seus desejos, sendo tolhido – pelo Estado –

---

<sup>45</sup> Não se desconhece a existência de associações sem o fim lucrativo; no entanto, se desconhece associação sem finalidade.

<sup>46</sup> Henry Ford, empreendedor norte-americano, conseguiu com pioneirismo, reduzir custos e tempo na fábrica que comandava. Fez isso percebendo que poderia aperfeiçoar a produção, reduzindo o tempo ocioso entre as operações – a que chamou porosidade –, dirigindo o trabalho de cada funcionário para um determinado momento da montagem do veículo, criando o que se chama hoje linha de produção.

somente quando essa busca interfere com terceiros, de formas que a sociedade percebe como negativas.

Como deslindado alhures, o poder de Império delimita a forma como a autonomia da vontade se dará para melhor atender a sociedade, insculpindo, entre outros, um Código Civil que regulamenta a livre iniciativa e a autonomia das partes envolvidas nas relações obrigacionais. O Estado não tem o dever de lucro, ao contrário, como já apontado o Estado é limitado por normas legais, e estas não lhe dirigem ao lucro; este se obtido – por meio da eficiência, ou outro qualquer –, não é mais que resíduo de sua atividade, mas que não pode ser tratado da mesma forma que o particular deste disporia. Ao tratar o lucro como investimento e interesse o Estado está, na verdade, afastando-se de sua função primeva e adotando uma postura condizente com a função secundária, na qual realiza seus atos como se um ente privado fosse.

Deve-se notar que inclusive a sequência lógica para cada um, ao insistir na eficiência, é distinta, e, portanto gera resultados diferentes. O particular prefere a eficiência porque gera (potencialmente) mais valia para os produtos e serviços que este dispõe ao mercado; o Estado empenha-se na eficiência para melhor servir ao seu propósito – assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. É por esse motivo que o Estado não age no campo da empresa, nem como empresa, para perseguir o lucro, e determinar estratégias de negócios. Sua forma de atuação não é adequada para tal, falta-lhe a plasticidade que o Particular tem para desempenhar esta função. Sem a capacidade de se moldar ao mercado o negócio não floresce.

A tecnologia – *modus faciendi* – desenvolvida para o Estado, e aplicada através do Direito Administrativo, para, nos dias de hoje, garantir direitos, é compatível com o poder de regular o mercado. O Estado age para garantir os direitos dos cidadãos, em especial neste caso, o direito de se aventurarem no ramo empresarial e intentar o lucro, para estabelecerem relações que podem resultar em benefícios. O Estado se adentrasse o setor de comércio e produção, o faria em desigualdade com os outros nele inserido, e como seu comportamento é fruto de uma lógica que difere da de mercado, a saber, o Direito Administrativo, mesmo se participasse do mercado o faria de forma inconveniente.

No caso do Brasil a constituição impõe ao Estado dever de participar, além de gerenciar certos setores do mercado, mas tal se dá ante o (incrível) potencial estratégico e militar destes setores. E mesmo ao fazê-lo o estado não o gere como faria um particular. No entanto, nos últimos anos, como se aponta na doutrina europeia, o Estado tem se valido cada vez mais de

recursos inerentes aos particulares; esta mudança que pode em alguns casos significar um escamotear da tentativa de elidir as formas de controle e regras da Administração, no entanto, tem outro escopo, qual seja, proporcionar a agilidade e eficiência. Dessa necessidade de otimização do agir estatal é que surge a utilização da empresa e do próprio contrato – institutos historicamente de direito privado – no âmbito da Administração; e mais especificamente no caso do Brasil a iniciativa das Parcerias Público-Privadas. Isso ocorre, pois, no contexto atual a atividade intervencionista do Estado não se coaduna com a burocracia e trâmites normais da Administração, forçando estes novos modelos, mais dinâmicos. Nesse sentido: “Uma das conseqüências fundamentais deste processo de alargamento das tarefas da Administração Pública, no Estado Social, é o facto de ela passar a utilizar o meio de actuação mais típico do Direito Privado, o contrato.” (ESTORNINHO, 1999, p. 42)

Neste contexto, ainda de interesse, é a atuação das organizações do terceiro setor, as *non profit organizations*.<sup>47</sup> Da doutrina: o terceiro setor, portanto, corresponde a um espaço que o Estado não é capaz de governar e que a lógica de mercado não acha conveniente ocupar (ANDRADE, 2009, p. 74).<sup>48</sup> Estas realizam atividades que são, por definição, atribuições estatais. No entanto, não estão atreladas à estrutura estatal, se constituindo, no direito pátrio em associações e fundações, aquelas reunião de pessoas, estas personificação de um patrimônio, gerando, pois entes paralelos ao mercado e ao Estado, daí sua definição, como terceiro setor.<sup>49</sup> Pelo relevante caráter social que desenvolvem gozam estas entidades, de incentivos e isenções fiscais.<sup>50</sup> O interesse se dá, justamente, por que estas coordenações de esforços, na perspectiva industriosa do termo, não se vinculam ao lucro. O lucro neste caso pode até existir, mas deve ser reinvestido na instituição, vedando-se de forma direta e indireta, a distribuição destes. Neste sentido:

Destaca-se que o predicado da não lucratividade é entendido em sentido subjetivo, ou seja, como ausência de lucro subjetivo, de distribuição do lucro para associados. Porém, admite-se que tais entes possam produzir utilidades apreciáveis sobre o

---

<sup>47</sup> Nota-se no caso que o termo saxônico – organizações sem fim lucrativo – (parece) reproduzir melhor a relação entre signo, significado e significante, daí sua menção expressa.

<sup>48</sup> O terceiro setor tem duas afinidades com a PPP. A relação amálgama entre estado e particular (em diferentes moldes que o da PPP, mas mesmo assim também com características mistas) e a possibilidade de atuação na execução da pena ex ui art. 78 da LEP, Lei nº 7210/84.

<sup>49</sup> A doutrina é prodiga ao anotar que a definição de terceiro setor, é, na melhor das hipóteses, aberta quanto aos conceitos que definem este fenômeno. Há, entretanto, uma aceitação relevante quanto aos quesitos mínimos: não objetivar lucro, o *plus* que é eventualmente auferido deve ser revertido para a entidade, atuar em campos em paralelo à obrigação estatal (saúde, educação, esporte), atuação com caráter solidário.

<sup>50</sup> Vide CR/88, TÍTULO VIII: Da Ordem Social; e CC/02 arts. 40 *usque* 52.

ponto de vista econômico (lucro objetivo). Todavia, de qualquer forma, devem ser submetidos à proibição de distribuição de utilidades ou lucro em favor dos membros (lucro subjetivo). (ANDRADE, 2009, p.74)

São, no entanto organizadas e geridas na mesma perspectiva que empresas privadas o são; e sua atuação só é possível por conta desta organização. Essa pontuação do terceiro setor é relevante por indicar os móveis de cada parcela envolvida na trama social, o Estado como garantia e fiscalização, o mercado como força motriz da produção. O importante, e, relevante, neste passo é perceber que a atuação estatal, pautada que é pela lei, não pode a todo tempo se modificar, sua alteração é lenta e custosa. E, as funções do Estado não são, em tese, das que se precise da celeridade para mudança, mas a estagnação também é perversa, de tal sorte que deve ser evitada.

Nessa contextura a constituição insculpido o princípio da eficiência como norma geral para que a Administração pautasse sua atuação, certo entoa é que não pelo lucro (financeiro), mas por imposição constitucional deve-se, no âmbito da atuação administrativa, procurar-se por formas menos onerosas de se realiza o intento estatal. No jaez do particular a premissa é diferente, como apontarão Smith e Bentham, é do desejo de obter mais do que se quer, que é a força motriz do particular. Sua inventividade, sua industriiosidade é movida não pela lei – como no caso Estatal –, mas pelo desejo e pela licitude.

É verdade que para realizar o que quer o particular, por vezes, se vê de frente a desafios legais, mas não **de como fazer**, como ocorre com o Estado, **mas do que fazer**, e isso essa diferença que pare sutil, na verdade se torna a nota dissonante das duas atividades, pois enquanto um persegue a legalidade – atividade pautada **pela** lei – o outro só deve evitar a ilicitude – atividade proibida. Daí que Weber aponta que o produto da atividade do Estado é a burocracia, ou seja, forma, *secundus* procedimentos, de se realizar algo, e dar ao público a garantia da licitude. O particular para realizar-se dentro da legalidade não precisa deste expediente, tornado sua atividade mais livre e imediata.

#### **5.4 A estrutura de pensamento no modelo liberal**

Como ambiente de gênese das Parcerias Estado-Particular, o modelo Liberal apresenta exploração importante para este contexto. O mercantilismo que estivera ligado aos preceitos

feudais deixa de existir e é substituído de vez por uma nova proposta, que perduraria até os dias atuais.<sup>51</sup> O liberalismo clássico se assenta nas ideias de que o Homem era: egoísta, frio e calculista. Os teóricos do Liberalismo trabalharam bem esta questão, Hobbes ao determinar que era a vontade interna do indivíduo que o propulsionava, lhe dava um horizonte; mais tarde Bentham apontará que era, também, o repúdio à dor, o que leva o homem a resolver por determinada via. O hedonismo era máxima. Tratava-se, no entanto de uma busca por um prazer racional no sentido de que era o intelecto que guiava o Homem. O homem diferente dos animais era dotado da centelha do raciocínio, e este sim era guiado pela busca do prazer.<sup>52</sup>

Embora todas as motivações tenham origem no prazer e na dor, as decisões que os indivíduos tomam quanto a que prazeres ou dores buscar ou evitar baseiam-se numa avaliação fria, desapassionada, racional, das situações. É a razão quem dita a necessidade de avaliar todas as alternativas que determinada situação coloca para que a escolha recaia sobre a que oferece o máximo de prazer e o mínimo de dor. (HUNT e SHERMAN, 2005, p.58-59) O Homem não se comportava como um animal que tivesse certo grau de liberdade era capaz de sopesar as condições, suas intenções e verificar em cada caso qual a melhor medida para alcançar seu intento. Desta sorte, a sociedade é a forma racional de minimizar a dor e projetar em maior escala o prazer, possibilitando que, se possa em vários contextos, obter-se de forma mais simples e fácil o que se deseja; não fosse por tal perspectiva a sociedade não se formaria, seguindo cada um seu caminho. O espírito gregário do homem, a necessidade de segurança, e a facilidade para sobrepujar as dificuldades são racionalizações deste expediente.

Nessa contextura o Estado tem um papel fundamental: garantir a repressão dos desejos nefastos e refrear o espírito competitivo predatório (desmedido). No panorama traçado por Hobbes todo homem esta, no estado de natureza, em potencial estado de guerra, o *bellum*

---

<sup>51</sup> A título de curiosidade a primeira grande crise do novo sistema, o capitalismo, só ocorreria em 1929. As crises do Capitalismo como apontam os estudiosos têm seu fundamento na própria estrutura. De tal sorte que: O que provocara redução tão drástica da produção de bens e serviços? Recursos naturais havia em tanta abundância quanto antes. O país conservara a mesma quantidade de fábricas, ferramentas e máquinas. A população não perdera a sua capacidade para o trabalho, tampouco o desejo de trabalhar. Ainda assim, milhões de trabalhadores e suas famílias mendigavam, tomavam emprestado, roubavam ou engrossavam longas filas para obter uma ninharia qualquer a título de caridade. Enquanto isso, milhares de fábricas permaneciam paralisadas ou operavam muito abaixo de sua capacidade. A explicação deve ser procurada nas instituições do sistema de mercado capitalista. As fábricas poderiam ser reabertas para que os homens voltassem a trabalhar. Não foram, porque não era lucrativo para os empresários reabri-las. Em uma economia capitalista, as decisões concernentes à produção baseiam-se, antes de tudo, no princípio do lucro, não nas necessidades do homem. (HUNT e SHERMAN, 2005, p.166) Para uma visão interessante da crise imobiliária americana de 2008 ver *Too big to fail* de Andrew Ross Sorkin.

<sup>52</sup> Para a vertente helênica clássica fora Prometheus quem roubara o fogo divino e o entregara ao Homem; dando-lhe desta forma o raciocínio. Prometheus fora por isso severamente castigado por Zeus, sendo acorrentado a uma rocha e tinha seu fígado comigo todos os dias por abutres.

*omnium contra omnes*; para evitar a beligerância, que, por certo traria mais prejuízo que ganho, o Homem se engendrou em uma rede de relacionamentos regrados e assegurados por um poder central, o Estado. O papel do Estado na seara Liberal é tão somente, então, garantir que o Homem possa, sem medo do semelhante, realizar seus desejos. O regramento estatal só é justificável na medida em que possa assegurar a propriedade e a liberdade (e a igualdade), para além destes a intervenção é indevida.<sup>53</sup> O grupo era nada mais nada menos que a soma dos indivíduos que o compunham. As restrições impostas pela sociedade aos indivíduos eram, por princípio, um mal, e só deveriam ser toleradas quando um mal maior pudesse resultar de sua ausência. (HUNT e SHERMAN, 2005, p.59)

Desenha-se um estado absenteísta, que só figurava na atuação para evitar males graves. O homem deveria ser livre para almejar, realizar e empreender, e o estado não podia, em nenhum nível, exceto para garantir esses direitos, limitar o particular. O liberalismo e o capitalismo operavam em harmonia e sinergia. Dessa associação crescem os lucros, surgem novas oportunidades; o trabalhador, no entanto, passa por um período de abusos, sendo visto como livre para ‘optar’ pelo que deseja: aceita qualquer emprego que conseguir, nas condições que encontrar.

Até a segunda metade do Século XX, havia duas correntes que delimitavam o *modus* de atuação estatal:<sup>54</sup> o comunismo, de um lado, e o liberalismo de outro. O comunismo pregava e procurava implementar um Estado que é tudo e tudo possui; as pessoas neste regime são meros operários para a consecução do fim do próprio comunismo, que é a igualdade material e econômica. Para a realização desse objetivo o sistema legal preconiza o fim do individualismo e última a sociedade em despeito ao particular. No caso do liberalismo, o Estado se atém a condições mínimas para que os próprios cidadãos, guiados principalmente pelo utilitarismo, possam almejar e conquistar os bens que lhes interessem. Se no comunismo há um sacrifício necessário este é a priori, no caso do utilitarismo a necessidade do sacrifício é sopesada pelo maximal da felicidade (na acepção de se obtê-la, na maior quantidade com o menor esforço).<sup>55</sup> A Revolução Industrial, que nos países do ocidente deixou uma forte impressão de como fazer a indústria funcionar e se desenvolver, é clara influência de

---

<sup>53</sup> O termo igualdade se encontra, aqui, regido por parênteses, como anteriormente, por não ser essa uma igualdade plena material, mas formal.

<sup>54</sup> Nesse ponto Surge a teoria de RAWLS (2008), que se apresenta de forma contundente como um repositório ao Utilitarismo. Em que pese não serem as únicas, as teorias filosóficas discutidas são os pólos de concentração do pensamento na época.

<sup>55</sup> RAWLS (2008) usou na verdade uma expressão singular: *maxmim*. O termo se relaciona justamente ao máximo – *max* – de felicidade com o mínimo de sacrifício – *mim*. O léxico já tinha lugar em análises econômicas.

Bentham, no desenvolvimento do pensamento capitalismo e no *modus* de operação de seus bastiões, ao menos no fim do Sec. XIX e início do XX.

Jeremy Bentham, que foi advogado e filósofo. Seu modo de pensar e a percepção de algumas das molas mestras dos impulsos do Homem fomentaram-no a delinear seu pensamento em uma obra, de cunho social-filosófico, que até os dias de hoje influencia nossa forma de atuar e pensar – o Utilitarismo. Focando o utilitarismo (a despeito do qual RAWLS, 2008, apresenta suas maiores críticas) apresentam-se como senhores do homem a dor e o prazer. Enquanto aquela tenta ser evitada, este é sempre buscado. Essa relação, na visão de Bentham – arquiteto do utilitarismo – dá azo ao certo e ao errado, aos padrões morais a que deve se ater cada um, tendo consciência ou não da busca do prazer e do repúdio à dor.

Nesse passo é de interesse conhecer o Utilitarismo. Isso se dá em três planos, no primeiro por ser esta uma teoria de controle, uma percepção do *modus* de como pessoas percebem e resolvem problemas práticos. O segundo ponto diz respeito à forma de resolver problemas não está limitada à pessoas individualmente considerados, mas pode ser, e de fato tem sido, uma forma de agrupamentos resolverem seus dilemas. Mais importante tem sido também, esta, aplicada por Governos com o mesmo intuito.

Por fim há que do amálgama entre o Estado e o Particular, nos moldes da PPP, é esta uma Filosofia capaz de trazer resposta precisas, se nenhuma outra restrição for imposta ao sistema, que isso dizer, como será retomado à frente, que o Utilitarismo é uma aproximação precisa de primeira ordem, de tal sorte que pode ser usada para avaliar os resultados presentes, e, determinar o curso de ações futuras, visando somente o bem maior, aqui preconizado como da maioria.

Por razões de cunho histórico, há interesse funcional sobre o tema, uma vez que o empreendedorismo entre Público e Privado no campo carcerário começou nos E.U.A, e, neste caso esta fortemente arraigado na cultura politico-econômica deste, o Utilitarismo. Por fim, também no campo da contextualização, foi o Liberalismo que difundiu a minimização do Estado e aspectos de eficiência, (sendo a economicidade por conta do Utilitarismo), daí que a vertente Liberal de interação com o Utilitarismo se apresenta importantíssima.

## 6 METÁFORAS SOBRE O TEMA

Utilizando-se de uma visão psiquiátrica sobre disfunções entre o corpo e a mente ESTORNINHO (1999) trata a possível situação de uma estrutura estatal que apresentaria, em alguns casos, patologias advindas das diferenças entre o móvel do Estado e a preconização do lucro pelo particular.

Essas diferenças foram abordadas na perspectiva do ‘corpo desconjuntado’, mas como se apontará a seguir, há outras metáforas, não exploradas pela autora, que poderão trazer a lúmen outras ponderações sobre a relação Público-Privado.

### 6.1 Paradigmas: um já explorado e dois de controle

Não é novo no mundo jurídico o fator de mistura entre várias fontes e formas estruturais, dadas as condições multiculturais da sociedade este fenômeno é normal e desejável. Apreciar uma estrutura social sem influência externa é estudar uma civilização morta.

Para determinar uma situação, em especial uma nova, é comum o uso da figura da metáfora, ou da comparação, que em essência, é igual aquela. No âmbito do Direito tal não é estranho, e, para delinear de forma mais acurada a situação da intrusão da ação privada na Administração, far-se-á uso dessa medida.

#### 6.1.1 *O modelo do corpo desconjuntado*

Ao tratar o posicionamento da Administração, envolvendo novas técnicas, ESTORNINHO (1999) apresentou o problema com uma comparação a dois pontos; a síndrome do corpo desconjuntado, uma anomalia psiquiátrica, referente a uma cisão entre mente e corpo. Por outro lado mostrou como essa condição equivale ao romance de Stevenson, no qual dois personagens, duas psiquês, dividem o mesmo corpo, sem no entanto, perceberem, necessariamente, a intromissão da “outra” mente. Tratar-se-ia, então, de um caso – se a análise estiver correta – de dupla personalidade. Essa perspectiva de tratamento aponta, de forma inadvertida ou não, para uma patologia. O cisalhamento que poderia (ou que ocorre), segundo ESTORNINHO (1999), não pode ser evitado, pois a Administração e o particular

atuam em níveis e forma distintos. Como estas atuações são essencialmente de objetos distintos não há como se fazer uma correlação de seu agir, levando inevitavelmente, se uma nova teoria de controle não for erigida, a um fracasso que impediria qualquer resultado que não fosse a paralisação do objeto. É esse o grande problema do romance de Stevenson, no qual as partes não conseguem, em comum acordo coexistir, resultando, pois, em sofrimento **mútuo**.

É verdade, que, no romance, há a questão do desconhecimento, ao menos parcial, da condição que afeta o protagonista, e, isso não ocorre no caso da Administração; há portanto consequências importantes que derivam dessa condição. No caso de uma ação em que uma parte procura uma forma de agir, mesmo que através de outra personalidade como ocorre no romance, não se pode imediatamente falar-se em patologia, mas em resultado, pois no cerne da patologia há a ideia de falta de controle sobre o fator que causa a doença. Mesmo que essa possa ser desencadeada pelo paciente, por meio, por exemplo, de seu modo de vida, a condição uma vez instalada escapa a seu controle. Há, e muito de correto e preciso, no modelo adotado, mas faltam-lhe nuances que devem ser exploradas, no caso por outros dois modelos.

### ***6.1.2 Paradigma do guerreiro mutilado no campo de batalha***

Os ferimentos de guerra são uma consequência natural de *toda e qualquer* situação real de combate. A história da medicina, em especial dos cuidados cirúrgicos é atrelada de forma paralela e próxima ao estado de reparação a que se pode submeter os feridos oriundos dos campos de batalha. A quantidade, a forma, a natureza, a disposição, ou falta de recursos, para tratamentos fazem com que a técnica se desenvolva mais aguadamente nestas ocasiões, dando realidade ao adágio: a necessidade é a mãe da invenção.

Há ao longo da historiografia das guerras uma imagem icônica: o guerreiro que tem algum membro decapitado durante o combate, em especial, um dos braços. A cena se desenvolve da seguinte maneira: o soldado é atingido por golpe que lhe decepa o braço, mas não o mata, apesar de o estado levar, rapidamente, ao choque hipovolêmico, antes que este lhe roube a consciência, o combatente percebe sua condição, ou seja, a perda do membro (braço), e tenta, inutilmente, recolocá-lo no lugar. O ponto, neste caso, é justamente a forma súbita com a qual a condição se instala, e sua consequência, a falta de registro do cérebro em perceber a nova condição. A forma abrupta pela qual o pelejador perdeu o braço lhe impõe **duas novas**

**condições**, a saber, a perda do membro e a nova condição corporal.

Mesmo antes da batalha o resultado morte era-lhe previsível, mas o aleijão, menos vislumbrável, e o registro da condição, por se dar de forma traumática, e, no limiar do choque, gera um efeito de desorientação – que o leva a tentar o “reimplante” – do qual só emergirá por ação de terceiro (sem ajuda provavelmente morrerá de hemorragia). Tem-se nesta situação uma condição de extremo; caracterizada pelo não entendimento da situação e uma tentativa vã de solução.

Trabalhando a metáfora no campo da Administração e sua atuação isto poderia ocorrer, se, e somente se, um evento externo, abrupto e traumático se impusesse à esta, como se esperaria de uma invasão por outra soberania, no caso de um desastre natural de proporções além da capacidade de resposta, entre outros. A resposta, nestes casos, será destoante, pelos motivos descritos, mas isso não quer dizer que não haja resposta, ela talvez não seja a melhor ou a mais adequada, mas não está ausente.

### **6.1.3 Amputação necessária consentida**

O outro caso de controle é diametralmente oposto ao caso da hostilidade. Trata-se de uma enfermidade, por exemplo um câncer, que ceifará a vida do paciente. A resposta médica, além de um posterior tratamento com quimioterapia (ou radioterapia), envolve uma amputação (por simetria, considerar-se-á um braço). Neste caso, no entanto, o paciente está ciente da perda. O prejuízo, ocorrerá, também, em um ambiente controlado.

O apoio de especialista e a preparação para o fato dispõe, de forma segura, mecanismos de sobre vida mais eficientes. Isso não deriva somente do ambiente hospitalar, mas também, do **modo** pelo qual foi realizado.

## **6.2 Cotejo das metáforas**

Essas descrições colocam de forma ilustrativa, três desventuras que resultam em dissociação entre o ente original e o resultante. As diferenças como apontado alhures são resultados de processo que podem ou não ser realização da entidade primordial, no caso a Administração.

No caso trabalhado por ESTORNINHO (1999) o cisalhamento é concomitante à vontade; no

caso do guerrilheiro posterior, e, no caso do paciente anterior. É são estas as condições que determinam, marcantemente o sistema. O momento em que a separação e a realização da separação ocorrem. Se por um lado o trauma é inevitável a condição posterior pode ser dosada, mesmo que seja por influência e ajuda externas.

O soldado ferido que tenta reimplantar o braço no campo de batalha funciona como eufemismo do Estado 'separado' que tenta se remendar, sem entender o ocorrido – que é também a essência do drama descrito por Stevenson –, diferentemente de uma cirurgia, na qual apesar da decapitação do membro, não lhe falta o entendimento, somente restando ao paciente a adaptação. Daí que uma previsão e atuação da Administração não pode ser somente dosada pelo fender, mas o **momento** e a **forma** com a qual ocorrem são imprescindíveis à análise do problema. Sem esses parâmetros pode-se estar diante de uma condição de desastre que é ponderada por modelos de estabilidade, ou o inverso. Desses modelos tem-se um espectro mais rico para a avaliação do problema, um em cada ponto do espectro; dois extremos – paciente e soldado –, e um no (possível) meio deste, o caso das desconjunturas.

No caso avaliado, a PPP de um presídio, tem-se que, objetivamente, ponderar, se há razões de cautela quanto a implementação, ou se, por outro lado, há urgência. E, uma vez avaliado este ponto, averiguar se a resposta foi do tipo preconizado em qual metáfora. (Considerando as informações e dados disponíveis, no que tange o assunto penitenciário em Minas Gerais, o modelo preconizado pelo soldado, o modelo do 'desespero', é o mais alienígena para o problema, mas deve existir para oferecer um parâmetro de controle).

Neste passo, outro ponto deve ser analisado. No caso verificado por ESTORNINHO (1999) a Administração age de forma recorrente com uso da técnica particular, o que, realmente pode gerar a crise de identidade apontada pela autora. No caso aventado por ESTORNINHO (1999) o resultado é um grave problema que pode ser descrito em 'A novidade':

A novidade veio dar a praia / Na qualidade rara de sereia / Metade o busto de uma deusa maia / Metade um grande rabo de baleia / A novidade era o máximo / Um paradoxo estendido na areia / Alguns a desejar seus beijos de deusa / Outros a desejar seu rabo pra ceia / O mundo tão desigual / Tudo é tão desigual / O, o, o, o... / De um lado esse carnaval / De outro a fome total / O, o, o, o... / E a novidade que seria um sonho / O milagre risonho da sereia / Virava um pesadelo tão medonho / Ali naquela praia, ali na areia / A novidade era a guerra / Entre o feliz poeta e o esfomeado / Estraçalhando uma sereia bonita / Despedaçando o sonho pra cada lado [...]

Dois grupos que têm interesses díspares e que, por falta de possibilidade de divisão resultam em destruição do objeto. Seja a disputa interna, como o caso ilustrado por Stenvenson, ou,

seja ela exterior, como no caso descrito pela canção, o resultado é a destruição (ou no caso do romance a possibilidade desta) que surge por existirem concomitantemente no mesmo ser duas naturezas distintas.

Mas, essas não são as únicas formas da situação se desenvolver. Pode ela, Administração, como destacado nos outros dois modelos introduzidos, utilizar-se de *modus* do particular de maneira muito diversas. Se o uso for imediatista e severo, tem-se a situação descrita no modelo do veterano, uma cisão rápida, sem controle, e como consequência uma dissociação entre o ente e seus constituintes. Neste caso o problema da psiquê é mais grave que no romanceado por Stevenson. No livro há uma disparidade entre os personagens, que resulta no não reconhecimento entre estes; no caso do veterano ele não reconhece ora seu corpo – por estar incompleto –, ou não entende como, ou, porque, uma parte do que antes percebia como seu “eu” não é mais seu constituinte, dessa feita seu processo de atuação é prejudicado. No caso do Dr. Jekyll e Mr. Hide, apesar do problema fragmentário da consciência há uma possibilidade de agir, de cada um, dentro de seus limites, no caso do guerreiro, há uma limitação resultado do trauma – físico e psicológico – que só resulta em limitação.

Se o mesmo ocorre no caso da Administração ter-se-ia não dois lados de uma mesma Administração, mas uma parte desta que é separada, e, não reconhecida pela parte principal, e que é ela mesma – parte principal – prejudicada pela ausência do que antes lhe fora inerente. De qualquer sorte, como se trata da Administração, e esta é responsável primariamente pelo desenvolvimento das ações estatais, o prejuízo é da sociedade, seja no modelo do corpo desconjuntado ou do veterano.

O terceiro modelo, que parece ser o que melhor descreve a forma de implementação da PPP do presídio (em Minas Gerais), traz consequências diversas dos anteriores. Como a amputação se dá em um ambiente controlado, as chances de infecção – aqui entendido no âmbito da Administração como problemas legais – são menores. A recuperação – que no jaez da Administração tem o caráter do desenvolvimento e funcionamento – é assistida, ou seja, há pessoas capazes que acompanham o processo de readaptação. Por fim, e mais importante, há no caso do paciente uma vertente de que sabendo de sua condição e podendo se determinar diante dela o resultado da operação não deve gerar um trauma (e se este ocorrer haverá um corpo de técnicos para auxiliá-lo), que como nos casos anteriores gerará problemas psicológicos; na seara da Administração esse é evitado pelo **controle**. O poder da Administração em regular objetivamente e precisamente, através de seu Poder de Polícia, o resultado e o desenvolvimento da atividade. Para além disso não deve haver falta de

reconhecimento, dos entes originais, com relação aos ‘ente-resultado’, como, nos dois outros casos.

### 6.3 Mais e menos do mesmo, ao mesmo tempo

A estrutura apresentada por ESTORNINHO (1999) é realmente peculiar, pois delinea um Estado que, para se realizar como tal, deve utilizar-se de uma estratégia que o diminui. Os termos traçado são cuidadosamente empregados na assertiva anterior. A rigorosidade não é sem razão, uma vez que uma das conclusões da autora é justamente o risco, em especial aos cidadãos, que tal processo pode acarretar; para tanto há uma série de teorias de controle que podem ser empregadas, com menor ou maior resultado para descrever este novo objeto, um Estado-com-toques-de-particular, e os *modus* de controle que assegurem não só o estado em si, abstratamente considerado, mas também que assegure as expectativas dos cidadãos.

Nos modelos de menor impacto de atuação da técnica do particular no seio do Estado, o modelo traçado alhures do veterano e do paciente, as questões de controle são, também, presentes e prementes, mas a gênese de um do novo objeto não (necessariamente). ŽIŽEK (2003) aponta um curioso objeto, que em sua análise, seria característico dos tempos recentes, sem nomeá-lo, esse objeto têm traços definidores. Esses traços, no entanto, tornam o objeto não mais definido, mas sim mais incerto, mas aberto ao campo da abstração e por consequência, menos materiais, no sentido de reais. Esse objeto detectado e analisado por ŽIŽEK (2003), é, na verdade, melhor apresentado por exemplos:

Hoje encontramos no mercado uma série de produtos desprovidos de suas propriedades malignas: café sem cafeína, creme de leite sem gordura, cerveja sem álcool... E a lista não tem fim: o que dizer do sexo virtual, o sexo sem sexo; da doutrina de Colin Powell da guerra sem baixas (do nosso lado, é claro), uma guerra sem guerra; da redefinição contemporânea da política como a arte da administração competente, ou seja, a política sem política; ou mesmo do multiculturalismo tolerante de nossos dias, a experiência do Outro sem sua Alteridade (o Outro idealizado que tem danças fascinantes e uma abordagem holística ecologicamente sadia da realidade, enquanto práticas como o espancamento das mulheres ficam ocultas...)? A Realidade Virtual simplesmente generaliza esse processo de oferecer um produto esvaziado de sua substância: oferece a própria realidade esvaziada de sua substância, do núcleo duro e resistente do Real – assim como o café descafeinado tem o aroma e o gosto do café de verdade sem ser o café de verdade, a Realidade Virtual é sentida como a realidade sem o ser. Mas o que acontece no final desse processo de virtualização é que começamos a sentir a própria “realidade real” como uma entidade virtual. (ŽIŽEK, 2003, p. 24)

Fala-se nesse perspectiva em objetos esvaziados de sua substancia, o fato de que de forma

geral, subtraíam-se as características 'negativas' – álcool, cafeína, morte – é resultado da psique humana e em grande medida explicado pela visão de LUHMANN (2011) do sistema, mas de qualquer modo o importante é a criação de um **novo objeto** que é derivado do anterior, mas com esse não guarda senão uma relação de deficiência, de subtração. São por certo objetos que tendem ao idealismo platônico, uma vez que são compostos pelo esvaziamento de algo, em geral que contém carga negativa, estes novos objetos são aberrações e levam, como apontará ŽIŽEK (2003) a um choque na realidade, e sua relação com as pessoas:

Para a grande maioria do público, as explosões do WTC aconteceram na tela dos televisores, e a imagem exaustivamente repetida das pessoas correndo aterrorizadas em direção às câmeras seguidas pela nuvem de poeira da torre derrubada foi enquadrada de forma a lembrar as tomadas espetaculares dos filmes de catástrofe, um efeito especial que superou todos os outros, pois – como bem sabia Jeremy Bentham – a realidade é a melhor aparência de si mesma. (ŽIŽEK, 2003, p. 25)

Daí que uma relação com a nova entidade, esvaziada que é, de sua característica de repúdio, só pode se dar em antagonismo com a realidade, como apontado, já que as coisas são, no plano real, não boas ou más, mas neutras; e somente sua utilização pode ser alvo de valoração. O Estado-com-toques-de-particular abordado por ESTORNINHO (1999) tem como garantia, por meio dos *modus* de controle da Administração, lastro para evitar-lhe esse esvaziamento e conseqüente choque.

No caso dos novos modelos o controle é também a nota essência para essa garantia, mas pode-se acrescentar a estes, algo que não fora feito por ESTORNINHO (1999), uma vez que seu objeto era **toda** a Administração no âmbito de sua atuação, essa diferença é justamente o fato de não haver novo objeto, no sentido descrito por, mas sim em se ter um agir, uma forma e não uma 'coisa' (objeto material); que esta possa se materializar por conseqüência daquela é algo que mostra que não se está no reino do platônico, mas do real. Que esta realidade pudesse chocar, como no caso uma prisão gerida em moldes não puramente estatais (no caso do Brasil), é algo que deve ser observado no jaez da teoria de controle – daí a inserção de moldes outros que já permitiram esta prática –, e não da falta de lastro e correlação com o concreto, como aponta ŽIŽEK (2003).

Essas percepções são de extrema importância, em especial se aliadas a teoria de LUHMANN (2011) e JAKOBS (2009). Isso porque na nova visão traçada por ŽIŽEK (2003) a guerra que não tem baixas traz, também, uma nova figura emblemática, o não combatente ativo, ou seja, uma pessoa que não é pelas normas internacionais um guerrilheiro associado a alguma causa,

país ou ideologia. O problema é que este personagem é tratado, em todos os sentidos, exceto suas garantias, como um soldado.<sup>56</sup> Na percepção de JAKOBS (2009), na obra **Direito penal do inimigo**, esta é justamente a descaracterização do direito em prol de um tratamento que exclui alguns e os macula com a pecha. de 'outros', que seriam a seu modo responsáveis pelas mazelas de uma dada população.<sup>57</sup>

Ora, esta é justamente a percepção geral a respeito do criminoso, em especial no Brasil, de tal sorte que a ideia de merecimento do **sofrimento** no cárcere é recorrente, e a partir da percepção de disputa, gerada na concepção do inimigo, é legitimada. Daí que a reforma, mesmo que pontual, no sistema carcerário, por qualquer meio, tem efeitos propagantes pelo sistema, como indica Luhmann. A forma de lidar com esses efeitos e suas consequências depende não só da intervenção considerada, mas também de como se descreve o objeto criado e do nível de interdependência privada no âmbito público.

### 6.3.1 Os usos políticos

Um ponto de interesse, nessa conjuntura de possibilidades, para além do próprio problema de uma possível interveniência entre esferas coordenadas por moldes tão distintos, e uma de viés propagandista. Esta, que é uma possibilidade, não uma tendência, e justamente a possibilidade des esvaziamento da responsabilidade. Esse esvaziamento, diferentemente do antecipado por ESTORNINHO (1999), é voltado para a relação Administração e público, através de canais de notícias. Como funcionaria: no caso de qualquer fato, ou, evento que pudesse de qualquer forma manchar a reputação do Administrador, ou seja, se um acontecimento tivesse o condão de compurscar a imagem pública do Gestor, o sacrifício num sistema de PPP é facilmente transferível ao parceiro privado, em especial na seara prisional. Um exemplo: imagina-se uma rebelião. Excetuando-se as penalidades contratuais, que devem estar bem delineadas – como no caso aventado, realmente estão –, mas a possibilidade de transferência, ao menos parcial, via **propaganda**, de que, as medidas indispensáveis e as sanções necessárias aplicadas ao parceiro privado, além de uma minuciosa investigação dos fatos que deram azo a rebelião. Se a rebelião ocorre em um presídio gerido diretamente pelo Estado não há multa imediata, e, há responsável ligado, *interna corporis*, ao Governo.

---

<sup>56</sup> O exemplo de *Guantanamo bay* nos E.U.A é o melhor referencial.

<sup>57</sup> Nasce o discurso 'nós' e 'eles' que sedimenta e fomenta a distância entre vários segmentos da sociedade.

Em todo caso, a responsabilidade (política) é mais palpável e liga o gestor ao debacle. No caso da PPP envolve a concessionária que não está ligada ao governo por indicação alguma, sua relação se fixara por meio isonômico de procura de interessados. Daí que o aspecto de ligação se torna mais tênue e fugidio.

Há um aspecto luhmanniano que perpassa a forma como o sistema percebe a falha (rebelião, ou qualquer outra), e de várias formas, desoneram, em aspectos distintos do trabalhados por ESTORNINHO (1999), a Administração. Trata-se, é verdade, de uma forma de engodo, mas possível e para a qual deve se estar atento, de forma a evitar uma situação (ou várias) em que a PPP se torne um 'bode expiatório', pronto a ser sacrificado em prol de um (ou várias) carreiras políticas.

Observa-se, então, uma forma extra-legal de utilização dos pontos debatidos anteriormente, no qual a situação de inexpressividade ou de turbulenta relação entre a faceta privada e a pública, podem ser exploradas de forma convincente. Por se tratar de um controle não correlato à legalidade da atuação, mas, sim, de aspectos de disseminação de ideias, de anúncio, está-se diante de outros mecanismos para exercer o controle.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Para mais *vide* Melo 2006.

## 7 CONSIDERAÇÃO: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Mesmo antes do pós-positivismo algumas áreas de interesse e interface apresentavam-se ao Direito, a abordagem de KELSEN (2006), ao eliminar estas áreas da seara do Direito não as fez de menor importância ao jurista, apenas as deslocou para outros campos de interesse que não o de legalidade, validade e legitimidade. Uma delas, em especial, a Economia sempre fora objeto de valorações no campo jurídico e de como os governantes deveriam se portar, neste caso especificamente Smith e Bentham tão o tom.

O ponto levantado não é referente aos limites do mercado, como hodiernamente se pesquisa, mas qual a sua dinâmica; e, para tanto valores diversos do campo da atuação Humana são relevantes, em especial o Direito. Ora, se a propriedade é relevante no plano econômico a ponto de estruturar relações o Direito não lhe é míope, e, assegura este vínculo, no seio da sociedade. Ao traçar um objeto de estudo que não fosse permeável, KELSEN (2006), determina no positivismo, um sistema estável, mas estático.

Na vertente pós-positivista a estabilidade é menor. A economia é indubitavelmente fator que não pode ser desassociado da atuação estatal, quer isso represente ramificações jurídicas, ou, de *modus*. Quer isso dizer que o Estado não pode ser cego ao fato de que recursos não são infinitos, sua alocação de pende de um método racional de seu emprego. Nesse sentido:

Mais recentemente, os economistas perceberam que os direitos de propriedade e contrato eficaz são fundamentais para o crescimento e desenvolvimento econômico. Essa percepção abriu a economia para os conceitos jurídicos, tais como custos de litígio, as regras de propriedade, regras de responsabilidade, regras padrão, responsabilidade estrita, juízes independentes, terceiros independentes que afetam o julgamento, a corrupção, insuficiência de recurso do réu condenado por danos, danos à confiança, prioridade em caso de falência, 'intercomércio', normas, valores interiorizados e sanções não-monetárias. (COOTER e ULEN 2008, p. VIII)<sup>59</sup>

### 7.1 Law and economics

O movimento do *law and economics* foi realmente sedimentado por economistas e juristas estadunidenses no sec. XX. Com a crise mercadológica gerada pela quebra da bolsa em 1929,

---

<sup>59</sup> No original: “More recently, economists have realized that effective property and contract rights are fundamental to economic growth and development. This realization has opened economics to legal concepts, such as litigation costs, property rules, liability rules, default rules, strict liability, independent judges, third-party enforcers, corruption, judgment-proof injurers, reliance damages, priority in bankruptcy, insider-trading, norms, internalized values, and non-monetary sanctions.”

o Estado, mesmo o Liberal passou a se ater mais fortemente as questões de regulação.

A própria estrutura que sedimenta esta regulação é por lógico envolta em questões de mercado, de competitividade, mas em especial de Direito. O Direito nesses casos é bifronte não só na vertente da atuação do Estado, mas também em matéria sancionadora, como desestímulo no sistema: “Um bom sistema legal mantém a rentabilidade do negócio e o bem-estar de pessoas alinhadas, para que as pessoas ao buscarem lucros também beneficiem o setor público”. (COOTER e ULEN 2008, p. 05)<sup>60</sup>

Nessa contextura as ideias e formulações de KEYNES (2002) ganham força e suas visões sobre regulação externa do mercado são em vários níveis implementadas. O Estado não regulador, absolutamente liberal preconizado por Smith não era mais possível, a ‘mão invisível’ era por demais errática para que sua atuação fosse confiável; era necessária que outras medidas fossem tomadas, ainda dentro da perspectiva liberal, para que o mercado pudesse não se ver dominado ou arruinado. Era o ambiente para que o estado agisse como fonte reguladora (remota).

A década de 1960 viu, então, o nascimento de uma formulação teórica capaz de abarcar a atuação liberal do Estado e sua necessária vigília, a **análise econômica do direito**. Para essa vertente de atuação do Estado há uma necessária interface entre direito e economia que deve ser enfrentada, pois os gastos do estado não podem ser tais que inviabilizem a suas funções. Ao tratar-se do tema, já se aduziu que:

Por conseguinte, seria desejável que os tribunais entendam as consequências econômicas de suas decisões e deve, na medida em que isso é possível, sem criar muita incerteza sobre a posição jurídica própria, utilizar essas consequências ao tomar suas decisões. Mesmo quando é possível alterar a delimitação legal dos direitos através transações de mercado, é desejável reduzir a necessidade de tais, e, assim, reduzir o emprego de recursos em sua execução. (COASE, 1960 .p. 19)<sup>61</sup>

No âmbito Liberal preconiza-se um Estado mínimo – o que inclusive ao longa das décadas de 1970, 1980, e no Brasil 1990 – deflagrou uma séria de atuações governamentais com intuito de ‘enxugar’ a máquina estatal. O governo Reagan nos E.U.A e Thatcher na Inglaterra foram os marcos desse tipo de atuação, que de maneira alguma, se limitou a estes, mas teve impacto

---

<sup>60</sup> No original: “A good legal system keeps the profitability of business and the welfare of people aligned, so that people who pursue profits also benefit the public.”

<sup>61</sup> No original: “It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out.”

generalizado no globo.

O BIRD e o BID e outras instituições, supraestatais, foram meios para essa disseminação.<sup>62</sup> No jaez do particular tal sinergia entre poder econômico e Direito já era há muito utilizada. É dessa realização que o particular, por poder fazer tudo que não lhe é vedado na lei, procura formas menos onerosas – desde que lícitas – para satisfazer suas necessidades e auferir um *plus*.

Dessa forma novas forma de contrato e negociações são encetados e antigas forma ganham roupagem nova, na expectativa de poderem, na medida do entendimento dos envolvidos satisfazerem a questão da limitação dos bens.<sup>63</sup> A novidade é por certo, a amálgama na ideologia de atuação estatal de um *modus* econômico. Tem-se então um novo objeto, uma ideologia, filosoficamente considerada, permeada por razões de mercado. Modelos de atuação, fundados em questões de perda e ganho, são utilizados agora para moldar a ação do Estado. A teoria dos jogos passa a ser relevante nesse contexto por representar, com elevado grau de certeza forma e as decisões que envolvidos em problemas dessa monta terão.

Procuram-se meios racionais de modelar os problemas que devem ser enfrentados. A racionalidade aqui é de interesse no aspecto que mesmo com a discricionariedade do agir – seja Estatal ou privado – a solução deve ser possível de referência, algo que a teoria dos jogos oferece, sem esta o resultado poderia ser absolutamente randômico, não haveria possibilidade de escolha de um computo melhor para uma dada situação que um simples lance de dados. Na falta de uma análise, retirar-se-ia todo o alvitre da capacidade de se propor cenários e deles derivar resultados possíveis, reduzir-se-ia a medida de humana de prospecção a um nada por meio de uma solução baseada na sorte.

Por certo a expectativa de futuro não pode, ao menos em larga escala, ser determinada por simples acaso. É da experiência Humana domar os fatores aleatórios e realizar intentos baseados na premissa do controle. Somente as formas mais simples de agrupamento humano dependeriam da sorte para sua sobrevivência, vagando na esperança de encontrar comida e abrigo; com o domínio da técnica e do saber científico atrelar-se o futuro de muitos a esta

---

<sup>62</sup> Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

<sup>63</sup> Dessa perspectiva, também, surge uma explicação para qual o motivo da transição de justiça penal privada – operada por meio de vingança – opera-se a opção do crime como ato contra a majestade. Há uma personificação. Essa se dá pois, como crime retira do mercado viável bens ou serviços, o Estado, materialização que é do monarca, fica com depreciação, retirando, então o Direito Penal da seara particular.

expectativa de não previsão é fonte certa de desespero e insucesso.

Nessa perspectiva o Direito ganha contornos peculiares ao se instigar os limites de atuação da ciência normativa com viés de preconizar bem-estar em função dos custos inerentes a este. A atuação do juízo, como expressão de uma relação de legitimidade e viabilidade de projetos, tanto pessoais como gerais, toma importância por dever de consideração para além da materialidade da letra da lei; a capacidade do julgador de observar os resultados, ou, em vários casos prevê-los se deve conformar a vontade do legislador, registrada em lei. Ao analisar a força normativa da decisão judicial argumentou-se que:

É importante reconhecer que a forma como o tribunal distribui a perda entre as duas partes realiza simultaneamente duas coisas: em primeiro lugar, ele resolve a disputa entre esses litigantes e, segundo, ele orienta as partes futuras que estão em circunstâncias semelhantes sobre como os tribunais podem resolver o litígio. Estes são frequentemente referidos como a "resolução de conflitos" e "aspectos de criação de regra" e é parte integrante do trabalho de realização da jurisdição. (COOTER e ULEN 2008, p. 07)<sup>64</sup>

E, é observando e computando esse tipo de decisão, que o economista pode auferir um valor, ou, risco ao empreendimento e assessorar na determinação de uma dada atuação. E, o jurista faria o mesmo no campo normativo.

No caso do Brasil, com menor vertente Liberal, a questão sai do âmbito do judiciário e passa ao campo da Administração. Isso se dá por pontos idiossincráticos: Nos Estados liberais, por maior que seja a atuação do Estado esta é pautada *sempre* pela 'não-intervenção', e, como apontado alhures, quando ocorre é posterior; no caso do Brasil a atuação é de forma geral pretérita e com viés intervencionista. Daí que nos casos Liberais a Administração funciona como se empreendesse e no caso do Brasil não, dessa forma nos Estados Liberais é o judiciário que tem contorno referente a questão, e no outro caso, a própria Administração.

É nesse contexto, por exemplo, que Dworkin (1986) apresenta o caso de suspensão de construção de um empreendimento governamental de captação de energia hídrica por detecção de um raro espécime de peixe que habita as águas da região afetada pela represa. O julgamento cingia-se, então, a dois aspectos, o custo depreendido até o momento para a construção (e seu não retorno) e a possibilidade de dano aos peixes ameaçados.

---

<sup>64</sup> No original: "It is important to recognize that how the court apportions the loss between the two parties simultaneously accomplishes two things—first, it resolves the dispute between those litigants, and second, it guides future parties who are in similar circumstances about how courts might resolve their dispute. These are frequently referred to as the "dispute resolution" and "rule creation" aspects of what courts do."

## 7.2 Economicidade e eficiência na administração pública

No Brasil, desde o advento da CF/88, já havia previsão para atuação que se respaldasse em preceitos econômicos auferíveis – a economicidade –, como referente a atuação da Administração, mas foi, por advento da reforma de 1998, que o referencial alçou-se, abarcando a eficiência. Eficiência e economicidade não se confundem.

A economicidade é um aspecto que refere-se ao uso do menor potencial de bens possível, sendo certo que estes possam ser utilizados, que a Administração possa deles dispor para a realização de um determinado objetivo. Já no caso da eficiência tem-se uma ralação de custo-benefício, nos moldes traçados por Bentham, e que abarca também, além de substrato, meios; os modos, as formas e técnicas capazes e disponíveis.

Eficiência rege-se por vezes pela perda de uns em detrimento do ganhos de outros, a economicidade não, é absoluta.<sup>65</sup> A Fazenda Pública, por exemplo, não opera indiscriminadamente suas execuções.<sup>66</sup> Há um juízo de valor e gasto que deve ser observado, o curioso é forma com a qual esse juízo afeta o sistema. Se há um patamar que deve ser observado, então, os valores abaixo desse patamar não são executáveis e fazem com que a inadimplência até estes valores seja tolerável.

Por outro lado, se há menos processos de execução a atuação dos procuradores (deve) ser mais eficiente. Isto faz com que as execuções acima do valor limítrofe sejam mais céleres e adequadas, o que, se bem orquestrado, tende a minimizar os custos das execuções. Há dois efeitos primários. Um positivo e outro negativo, considerar ambos e determinar qual o custo de implementação da medida, o tempo de relaxamento do sistema, ou seja, o tempo no qual as mudanças surtirão efeito, é primordial para a administração, tanto do judiciário, quanto do próprio Executivo.

No caso da PPP a decisão desfavorável, em seara judicial, pode, muito certamente, não só causar prejuízos mútuos ao parceiro público e privado, mas, também, determinar o comportamento com que novas gestões abordarão a possibilidade de uma PPP na área carcerária.

---

<sup>65</sup> Para modelos referentes a estes *vide* Batista Junior.

<sup>66</sup> *Vide* Portaria nº 75 de 22 de Março de 2012 do Ministério da Fazenda, que determina o valor mínimo para as execuções da Fazenda.

### 7.3 Da relevância do fator temporal

É imediatamente da análise dos custos econômicos de uma decisão que o fator temporal vem à baila. Abstratamente considerada a atuação do Estado não pode ser contemplada de forma satisfatória sem que este seja amparado por um quadro de tempo racional e razoável.<sup>67</sup> O Direito tem uma dimensão inegável de sua aplicação referente ao tempo e ao tempo de implementação, ou seja, o momento e interregno que uma determinada pretensão se satisfaz por ação do Estado.

Como o tempo passa a ser relevante para a atuação e implementação de políticas públicas deve-se observar o parâmetro de referência de cada um dos envolvidos para que ele seja adequadamente mensurado. Como o Estado é infinito (teoricamente) no tempo mas os seres não idealizados fenecem, e há uma cômputo de vida – por volta de 68 anos, segundo o IBGE –, que determina os jurisdicionados, não pode a atuação estatal ser de tal forma demorada que exceda uma expectativa razoável de proveito. Na seara do processo judicial, inclusive com determinação constitucional.

Mas como apontado, não é só no âmbito do processo que esta duração razoável interessa, mas é ela uma forma de controle da atuação da Administração, por exemplo, a demora na compra e aplicação de vacinas durante uma epidemia, revela uma falha. Na mesma toada a demora em promover, injustificadamente, técnicas de implementação de suas obrigações revela uma má atuação Administrativa do ponto de vista temporal; e por via da análise econômica um custo sem lastro.

Como a forma de implementar soluções do particular já, em vários níveis, contava com essa premissa, inclusive dando azo ao cânone capitalista de que tempo é dinheiro, aquele, já há muito era versado em técnicas de redução de custo ou tempo, algo que (só recentemente) passou à agenda da Administração. Daí que, na PPP, tem-se, também, a expertise do particular para tal, e ao contratá-lo, sua atuação traz, essa preocupação, a reboque.

Volvendo à análise econômica, uma ação estatal, por mais salutar que seja, não pode levar, do referencial dos jurisdicionados um 'tempo infinito' para a sua implementação.<sup>68</sup> Novas técnicas, como a PPP, que possibilitem uma exploração mais racional do

---

<sup>67</sup> No âmbito do judiciário *vide*: CAPPELLETTI.

<sup>68</sup> Há uma frase atribuída à Ruy Brabosa que condensa essa perspectiva: Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada.

tempo, são então, respaldadas.

### ***7.3.1 Eficiência, economicidade e justiça – valores ponderáveis?***

Retomando a perspectiva pós-positivista, críticos, se insurgem contra a ideia de que a valores como Justiça possa ser ponderado contra outros, de cunho material, como a economicidade e a eficiência. A proposta de Alexy, para sopesamento de valores da sociedade, de forma geral, na maioria das sociedades, faz parecer que a vertente material deve ser olvidados em prol de pontos mais relevantes, no campo dos ideais, como é o caso da Justiça. Se o exercício de eleição de valores dentro de uma sociedade for pernicioso, ou, defectivo, por óbvio o risco existe; mas ao tratar do tema não houve *a priori* por parte de Alexy, uma regra de um valor – de qualquer característica –, sobre outro. Não há uma tabela booleana de comparação de valores, há um **método**.

DWORKIN apresenta esta roupagem na perspectiva dos *hard cases*. Se houvesse a referida tabela a questão não seria controversa e seria de plano possível determinar uma resposta a todos os problemas, mas não é isso que ocorre. Por exemplo, economicidade e eficiência, parecem, em primeiro plano, que deveriam dar lugar a questões humanitárias (ou de cunho kantiano *lato sensu*); mas e se a ajuda humanitária gerar por si só empobrecimento ou comprometimento exacerbado de uma classe ou população, deveria ainda sim ser implementada (?). Ou, nesses casos, haveriam outras *constraints* que poderiam ser usadas para moldar a decisão? É nesse tipo de ambiente que a eficiência e a economicidade operam hoje, não como valores (necessariamente), mas como relações de fronteira do sistema que devem ser observadas e respeitadas no exercício da Administração (ou no caso Liberal na apreciação do judiciário).

Não há, como muito se preconizou no início do seu uso (economicidade e eficiência) uma ‘compra’ da justiça ao peso de valores de mercado. Não se trata, como bem explica Alexy, de uma permuta de um por outro, mas de uma racionalidade de apuração, no caso concreto, de quais os parâmetros relevantes para a decisão de uma disputa. Economicidade e eficiência são partes reais e indissociáveis do sistema, mas não querem, em momento algum representar máximas do sistema, ou, na perspectiva de Alexy, não são, de modo algum, absolutos. Em alguns casos, seriam, inclusive, não ponderados como valores, mas como restrições materiais.

Outro valor, no sentido tratado por Alexy, que, está em evidência, no caso em análise, uma

PPP, para a custódia de presos é a condição em que o encarcerado no sistema tradicional – estatal – se encontra e o tratamento que encontrará (o preso) no novo modelo; razões suficientes para, por um lado, questionar-se a dignidade da pessoa humana, e por outro a delegação do poder de Polícia pelo Estado. São razões, também que fogem do escopo de numerário, já que são Valores, mas que para sua execução dependem de recursos do Estado, e, dessa forma necessitam se adequarem as capacidades de investimento delineadas neste, sem, por óbvio, aviltamento.

#### 7.4 Mercado e Direito

Essencialmente a análise mercadológica apresenta uma ferramenta para averiguar quais as consequências, a curto ou longo prazo, de uma determinada decisão. Essa envergadura em nada é um aspecto político no sentido em determinar qual a política adequada, ou qual deva ser implementada em um dado tempo. Trata-se, na verdade de uma avaliação do comportamento das pessoas expostas a essa medida após um tempo  $\tau$ .

Partindo da premissa de que o agir humano presta-se a racionalizar o uso dos recursos disponíveis é possível prever se uma dada forma de agir irá ou não maximizar a riqueza. As que não se prestarem a aumentar os recursos, e neste caso melhor as forma de uso é o mesmo que aumentá-los, irão se não forem formas que destroem o bem, ou impossibilitem seu uso futuro, ser preteridas em detrimento daquelas que o fazem. Nesse passo, como anteriormente preconizado, a questão da não confusão do Utilitarismo com o Mercado, passa a ser mais clara, pois as duas formas de abordagem geram resultados diversos, uma vez que a maximização de prazer não é, a todo tempo, equivalente a busca por um *plus* nas relações de mercado. POSNER (2010) para salientar a diferença, e indicar a função de cada análise aponta:

A diferença entre o conceito político de ordem social e o conceito mais estritamente econômico de utilidade ou bem-estar pode ser exemplificada através de uma referência ao problema do controle da criminalidade. O economista se interessa pelo modo como é utilizado o aparato da coerção, e pela forma como se poderia utilizar esse sistema de maneira mais eficaz para a prevenção de atividades privadas destrutivas, como o roubo e o homicídio. Ele geralmente pressupõe que o aparato está sob o firme controle da maioria de cidadãos cumpridores da lei. Mas, da perspectiva do cientista político preocupado com a ordem social, a questão mais interessante não é como empregar eficazmente o aparato do direito penal para lidar com o problema da coerção privada, mas sim como evitar que o controle desse aparato caia nas mãos de uma facção. (POSNER, 2010, p. 53)

Desses dois padrões, exsurtem meios de direcionar o agir privado, e o Público. Esses parâmetros não são amarras, mas meios de equilibradamente promover o uso, e criação da riqueza, e sua circulação em uma sociedade. Certo é, pois, que como descrito por REALE (2002), a mudança da sociedade afeta os valores e posteriormente o Direito, o mesmo ocorrendo no caso explanado.

Que a Administração faça uso do Utilitarismo, ou, de uma análise econômica, só revela a forma com a qual ela se dispôs a realizar a avaliação. Isso é de extrema importância por dois motivos, a saber, *primus* que há uma forma de verificar o fundamento (utilizado) e *secundus* que há método, pois, na falta deste as decisões se tornam uma simples *alea*. A alternância entre os dois fatores, Utilitarismo e Mercado, não representa, de forma alguma uma atuação randômica da Administração, como seria o caso de decidir baseado num lance de cara ou coroa.<sup>69</sup> Tal expediente só não se aplica aos bens, que como descritos anteriormente, para os quais o conceito moral da sociedade rejeite como permutáveis por dinheiro.

Nesse contexto a proposta de Pareto é importante. Para dar referencia as escolhas diz que uma possibilidade de ação é Pareto positiva se, sem prejudicar ninguém (ao menos diretamente) a escolha oferece aos envolvidos acréscimo. O exemplo canônico dessa situação é a compra e venda. Se **A** vender um produto à **B** e esse foi fruto de uma aquisição lícita por parte de **A**, diz que ela é Pareto positiva, uma vez que se **B** pagou o que era pedido por **A** é devido a sua disposição em fazê-lo, o mesmo podendo ser dito em relação a venda realizada por **A**. Daí que houve, nesse sistema **A** e **B** um aumento da riqueza disponível. Daí que no sistema de livre mercado, a disposição dos participantes em realizar suas intenções tende produzir, ou seja, há um ganho. Esse, por outro lado, apesar de ser subjetivo, liga-se objetivamente à forma de troca, o mercado; essa dupla face faz com que por um lado se tenha no Utilitarismo uma faceta que preconiza pelo mercado, como possibilitador das trocas e na Economia uma avaliadora dos resultados do ganho marginal para cada envolvido.

No caso objeto de estudo o mesmo ocorre. Por um lado há na premissa do Utilitarismo, como houve nos E.U.A uma possibilidade de operação no campo dos presídios por agentes privados, o que dá ao Estado mais possibilidades de atuação, e novas técnicas, e, por outro lado, no jaez do Mercado, há um aumento objetivo do número de negócios disponíveis com a exploração de um campo antes vedado ao particular, muito semelhante ao descobrimento de

---

<sup>69</sup> No jogo de cara ou coroa a chances são de 50% para qualquer resultado, mas o método de decisão pode ser qualquer um que recorra a um sorteio, nos quais, não necessariamente as chances serão as mesmas (50%).

uma jazida de metal valioso, como aduzido por BOBBIO (2007):

O instrumento jurídico clássico do desenvolvimento econômico, em uma sociedade na qual o estado não intervém no processo econômico, foi o negócio jurídico, a que o direito, precisamente como ordenamento coativo, limitava-se a garantir a eficácia. Mas a partir do momento em que o estado assume a tarefa não apenas de controlar desenvolvimento econômico, mas também de dirigi-lo, o instrumento idôneo para essa função não é mais a norma reforçada por uma sanção negativa contra aqueles que a transgridem, mas a diretiva econômica, que, frequentemente, é forçada por sanção positiva em favor daqueles que a ela se conformam, como ocorre, por exemplo, nas denominadas leis de incentivo, que começam a ser estudadas com atenção pelos juristas. Daí a função do direito não ser mais apenas protetiva-repressiva, mas também, e com frequência cada vez maior, promocional. (BOBBIO, 2007, p. 209)

POSNER (2010) aduz a partir de uma experiência imaginária que em um tempo não infinito, se a distribuição de riquezas começa com um só homem, que como com o tempo incluirá agregados, como família e empregados, com o objetivo de melhor explorar suas riquezas. Como há um só indivíduo responsável pela riqueza, é da vontade dele que nascem as trocas. Mas com o tempo ele morrerá, mas deixará os empregados e herdeiros, estes passarão, então a controlar o mercado; uma vez que aos empregados era dada uma contrapartida<sup>70</sup> e aos herdeiros será repartida a herança, e havia um só homem com riquezas, esta, agora, passa, de forma tímida (do ponto de vista da divisão), a uma 'segunda geração', e essa posteriormente a uma terceira, e assim sucessivamente. O resultado é que desse modelo passasse ao modelo em que a riqueza não era concentrada em um só indivíduo. Mas essa transição é demorada.

No caso da PPP, se aplicada às áreas em que antes o particular não podia empreender, o mesmo ocorrerá. Surge um novo mercado, e por conseqüente uma nova forma de riqueza disponível. Há um acréscimo de 'prazer' no sentido de possibilidade, potencial, insculpido no empreendedorismo agora disponível ao menos em escala reduzida, com a parceria entre Estado e Particular, e, para além disso, uma nova forma de exploração econômica, que, se realizada, no Brasil, nos moldes da LEP e da CF/88, são Pareto positivas. No caso específico do encarceramento há uma nota especial que deve ser observada, a LEP, pois, esta determina, objetivamente, condições e direitos aos condenados e internados. Dessa conjunção, a realização de uma operação entre o Público e o Privado, respeitada a autonomia desse e a função daquele, só pode ser considerada como Pareto positiva, se, além dessa observância, se ativer aos preceitos da execução penal.

---

<sup>70</sup> Evitou-se o termo 'salário' por ser um termo técnico que talvez nesse modelo não se aplicasse devido a forma como a qual a contraprestação pudesse se manifestar, como, por exemplo, favores.

## 8 DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Como forma de desonerar os custos do desenvolvimento e investimento que o Estado deve aplicar, o setor privado passou a ser reserva de recursos que podia ser chamada a prestar o investimento, mediante garantias convenientes. E, no modelo das PPP, se tornar parceiro do Estado, ficando aquele com a demanda dos serviços e sua execução e este com a fiscalização.<sup>71</sup> A Lei 11.079/04 é o marco legal da alteração no modo como o Estado, no Brasil, viria a tratar a questão da gerência de recursos. O advento de nova legislação contratual para a interface público-privada é tão representativa que teve o condão de alterar a própria percepção do fenômeno de relações entre estes, como aponta CÂMARA (2005):

Quando se fala em PPP, no Brasil, é possível se deparar com dois significados distintos. Muda-se a forma de contratar; os papéis anteriormente consagrados para atuação do Poder Público, de um lado, e dos particulares, de outro, são revistos, com o fito de se implementar um sistema de relacionamento (uma contratação) mais eficiente, com maior retorno ao interesse público. Noutros casos a sigla tem emprego mais conjuntural: restringe-se às alterações propostas na legislação brasileira por intermédio da Lei de PPPs. (CAMARA, 2005, p. 161)

Trata-se de forma de contratação entre o setor público e o setor privado, nas modalidades patrocinada ou administrativa, como estatuídas na Lei nº 11.079/04. A referida lei nasce na contextura da Emenda Constitucional nº 19 (1998), que preconiza mudanças na organização estatal com fulcro a modernizar e agilizar as ações do setor público. A doutrina ao tratar a questão da PPP's, em especial em sua modalidade de concessão administrativa aponta:<sup>72</sup>

Portanto, a criação dessa nova fórmula contratual – a *concessão administrativa* – viabilizou um arranjo para obtenção de serviços para o Estado antes impossível: aquele em que o particular *investe financeiramente na criação da infra-estrutura pública necessária à existência do serviço e ajuda a concebê-la*. (SUNDFELD, 2005, p. 25)

A referência neste ponto passa a ser a do controle de resultados e da eficiência, como aduz ABRUCIO (1997):

A valorização do conceito de efetividade também traz novamente à tona o caráter político da prestação dos serviços públicos, uma vez que são os usuários dos equipamentos sociais que de fato podem avaliar a qualidade dos programas governamentais. (ABRUCIO, 1997, p. 18)

---

<sup>71</sup> Existe previsão do ressarcimento direto pelo usuário e contraprestação direta pelo setor público, no caso das PPP's.

<sup>72</sup> Referência se coaduna com a ideia esposada por DIAS, em especial no quesito de referencial da participação do cidadão.

Os serviços públicos, prestados de forma eficiente e abrangente, são consectários de atenção aos direitos básicos do cidadão, direitos estes que encontram no art. 5º da CF/88 seu nascedouro.<sup>73</sup>

### 8.1 Modalidades de parcerias público-privadas

Por se tratar de técnica que se prestaria a uma gama de setores, o legislador, ao determinar as balizas legais referentes a este modelo deveria fazê-lo de modo aberto, devendo garantir sua aplicação aos mais diversos casos. Tal abertura, no entanto, não poderia vulnerar a própria idéia a que se prestavam; dessa forma diferentes categorias de PPP's foram engendradas.

Dessa maneira tem-se uma flexibilidade. Da articulação do conceito de PPP's ao já criado pela licitação percebe-se um quadro de possibilidades, a saber:

- a) concessão comum: delegação da prestação de serviço público, mediante licitação, na modalidade de concorrência – há também uma outra nota de espetacular, que a própria Lei 8.987/95 aponta, a capacidade e realizá-lo por conta e risco, e, a remuneração para tanto vem por meio de tarifa – à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e prazo determinado, *e. g.*, a exploração de uma rodovia;
- b) concessão patrocinada: contrato que, conforme a própria denominação sugere, prevê o patrocínio, pela Administração Pública, de parte do serviço ou obra pública, arcando o usuário com o restante do custo do serviço, mediante tarifa, *e. g.* implantação d uma escola;
- c) concessão administrativa: traduz-se por concessão em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta do serviço público concedido, ainda que o contrato envolva a execução de obra ou o fornecimento e a instalação de bens.

---

<sup>73</sup> Canotilho aponta que a idéia de dignidade da pessoa humana surge no pós-guerra, e, é este conceito, um marco legislativo por estabelecer limites dialéticos para a forma e modo de agir do Estado.

## 8.2 Peculiaridades das PPP's

Para evitar a descaracterização entre as PPP's e outras forma de vinculação do setor público com o privado a lei que as estabeleceu refere-se a uma série de peculiaridades a que deve se ater o poder público para valer-se dessa modalidade. O art. 5º da Lei nº 11.079 trás estes limites, que conjugados com os do art. 2º, §4º e das diretrizes traçadas no art. 4º determinam a dimensão e aplicabilidade da norma em destaque.

No campo pecuniário, que é com certeza, o grande trunfo de utilização da PPP, trouxe o legislador, uma série de novidades: as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços.

Há que se destacar a questão dos riscos, e sua divisão, que este novo mecanismo de contratação trouxe. Esta é uma característica importante, uma vez que o limite temporal, correlato a parceria, pode ser longo, chegando a 35 anos, como demonstra CAMACHO (2013):

Uma característica inovadora dos contratos de parceria público-privada é a previsão legal da repartição objetiva dos riscos entre as partes (art. 5º, III), observando a capacidade do contratado. A transferência de riscos é fundamental para que o contrato alcance o objetivo principal de sua constituição, a eficiência econômica na prestação de serviços públicos (CAMACHO, 2013)

No âmbito da prestação dos serviços concretamente considerada, tem-se: os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos; o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; 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; 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; o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços.

Paralelamente ao já exposto há a referência (na lei) ao valor mínimo – 20 milhões de reais – para a implementação desta modalidade de contrato. Como a técnica foi desenvolvida para precipuamente investimentos em infra-estrutura, aponta-se, que, como este é um setor que tem investimentos vultosos, e na maioria dos casos, de longa concretização, o legislador preferiu estabelecer o patamar para evitar desvios.<sup>74</sup>

Como as PPP's foram arquitetadas para agremiar recursos, a lei que as estatuiu, estabeleceu a Sociedade de Propósito Específico. Esta associação, que, nos termos da lei deve ser realizada antes do início da parceria, tem objetivo específico vinculado a gerência da PPP para que foi criada. Para, além disso, como detentora de personalidade jurídica, e, do direito oriundo ao contrato de parceria, é ela passível valor econômico, e nesta condição pode angariar fundos de diversas fontes, inclusive o mercado de valores. Correlata a esta característica destacam-se, também: a transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública; deverá, a sociedade, obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, e, por fim, fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante (O que, na verdade, se ocorresse, degeneraria a característica de Parceria Público-Privada).

Como se percebe da leitura do texto normativo as Parcerias Público-Privadas só há uma inovação, em detrimento da antiga forma de contratação estabelecida no Estado brasileiro, a licitação; não que esta deixou de existir, mas suas funcionalidades não se coaduna com a dos contratos de PPP, em especial, por terem estes, uma ideia de **atuação diferida no tempo**.

### **8.3 Parcerias público-privadas e administração estatal**

A estrutura Estatal que passou, como apontado alhures, por um desenvolvimento, que, começa no Estado Absoluto, migra para o Regime Liberal e estabiliza-se no estado Democrático de Direito, causa uma mudança também na forma de administração pública. Sai esta no Estado absolutista de uma referência pessoal e de identificação com o monarca, passa por uma fase

---

<sup>74</sup> Para mais vide SUNDFELD (2005), p. 34 e 35.

patrimonialista, referente ao Estado Liberal; sobre influências do estado Social, no tocante a burocracia, e, por fim no Estado Democrático de Direito, desenvolve uma referência gerencial.

Considerando-se, o foco deste, ao estabelecer uma PPP, o Estado está, delegando parte de sua estrutura (potencialmente considerada), pois o contrato pode incluir a gerência e operacionalização da atividade, e, não só como nos contratos antes da Lei nº 11.079/04, em que o particular estabelecia relação com o setor público para lhe prestar um serviço único, como, por exemplo, a construção de uma ponte. No caso da PPP, insculpida na Lei nº 11.079/04, se a ponte fosse o intento do Público, correlato a este haveria a gerência de um pedágio, ou um serviço de guincho, socorro correlato; e, o Estado seria responsável por aferir e fiscalizar a realização do serviço, bem como da obra. Há, nesse novo *modus* de relação, entre Estado e investimento particular, um cunho de protração no tempo. Os contratos são de prestação continuada, vez que não é só o objetivo imediato que se trata entre o parceiro público e o privado, a Administração pretende, também, por parte daquele, uma gerência do projeto concluído, e como a remuneração do particular depende da boa prestação este desenvolve a atividade a contento. Por lado outro, a Administração se desincumbe da percepção direta e diária do projeto e sua.

Salutar, uma vez que o Estado gasta menos para fiscalizar do que para criar, implementar e manter, considerando-se as regras de concurso público e licitações. O particular aporta não só capacidade, mas dinamismo ao projeto, por ter limites mais plásticos de contratação e compra. O Estado, sem desviar-se de sua função garante o fiel cumprimento dos termos contratados, via poder de polícia, e, com as inovações trazidas na Lei nº 11.079/04, em especial as do art. 5º, 6º, *caput*, §1º, e art. 7º. Trata-se, pois, de dois momentos distintos, um na realização do objeto material do contrato e outro na operacionalização deste, mediante as regras estabelecidas no contrato de parceria, e com o *know-how* do particular e o crivo – direto – do poder de polícia do Estado, mediante os vários sistemas e métodos inerentes a este. E neste campo, a fiscalização e sanção, o Estado detém, também, *know-how*.

#### **8.4 O uso da PPP no setor carcerário como modo de investimento estatal de desenvolvimento**

O Homem se realiza, em qualquer tempo, na sociedade, que se cerca de regras para a convivência dos concidadãos. O Estado é uma forma pela qual a organização da sociedade é

possível. A cada tempo os mecanismos que influem e delimitam este são mutáveis, pois o é a própria sociedade, e é na medida da conveniência, ao menos no estado moderno, que as mudanças são realizadas. Defronte ao processo de atuação do Estado, nos mais diversos setores, surge a premência por uma Administração que, seguindo as normas e valores, insculpidos em cada Constituição, efetivasse e administrasse, não só a estrutura pública, mas fosse capaz de conceder margem de ação ao particular. Percebendo as vantagens para uma forma de cooperação entre Particulares e Estado, novas técnicas foram edificadas – com destaque para as Parcerias Público-Privadas, em especial como apontado por alguns autores (MARCÃO, 2012; LUISI, 2002), há um fator dissonante no cumprimento da pena a que não pode desatentar o Estado, como destaca LUISI (2002):

[...] como também a ingente massa de condenados decorrente desta legislação patológica, e a carência de recursos, principalmente nas Nações periféricas, faz com que a execução das penas em primitivos presídios, se faça com total desrespeito a dignidade da pessoa humana. (LUISI, 2002 p.109)

Salutar o apontamento, e como se verá, no relato de visita, foi justamente o oposto que se percebeu na visita à PPP do Presídio: vê-se não um ambiente insalubre, mas sim com condições racionais e humanas. É nesse ponto que a vertente do ganho encontra a natureza da ação escorreta do Estado, a fim de promover, não repudiar. É essencialmente uma permissiva, nos moldes concebidos por RAWLS (2008), em garantir o mínimo aos que estão despojados dos mecanismos sociais para promoção dos direitos.<sup>75</sup>

As novas técnicas, em especial a Parceria Público-Privada, tem o condão de cooptar o recurso particular para ares de atuação (direta) do Estado, e, por outro lado, garantir não só o investimento, mas a tutela de fiscalização da Administração. Nessa contextura duas vantagens se destacam: a disponibilidade de capital para investimentos e a desoneração do Público, frente à estrutura que deve disponibilizar para coordenar e fiscalizar.

Os vários mecanismos de fiscalização interno do Estado são a forma ordinária de garantir a aplicação proba dos recursos públicos, agora tal pode ser utilizado para fiscalizar e concatenar os recursos e investimentos particulares, quando alocados em setores e áreas de interesse Público, por iniciativa desse. Com este expediente evita-se o risco de uma corrida aos meios e

---

<sup>75</sup> Como, sem a perspectiva de RAWLS (2008), pode-se sustentar a premissa que a retirada de um indivíduo da sociedade é racional? Remover um cidadão do meio em que vive para ensiná-lo a viver em comunidade só pode ser aventado se, e somente se, o novo *locus* no qual for inserido seja igual, ou melhor do que se encontrava, nunca em situações periclitantes como as observadas de maneira corriqueira nas prisões brasileiras. Como a situação de pária dos detentos é patente, em qualquer sociedade, deve ser-lhes dados mecanismos, como os trabalhados por RAWLS (2008), para que se garanta, a eles, um mínimo civilizatórios.

modos privados para que o estado elida a legalidade. A administração estatal, ao se modernizar, trouxe a experiência do setor privado para resolver questões aflitivas; dentre estas a mais preocupante, a falta de numerário para os investimentos em infraestrutura. Com a previsão de parceria entre o setor Público e Privado, abre-se um novo horizonte de possibilidades, não só no campo do investimento, mas na forma de o Estado realizar e efetivar sua função – garantir e proporcionar os direitos básicos do cidadão, na sociedade.

Ora, como apontado, anteriormente, a PPP é um objeto de tempo diferido. Essa característica lhe permite ser usada como propulsor de investimentos em uma determinada região. Toda cidade, considerada como módulo da sociedade, deve ter uma forma de gerar e circular riquezas, as idiosincrasias de cada uma dão-lhe, em cada caso, setores de maior ou menor desenvolvimento, tais como indústria, turismo, negócios. No caso de uma PPP não poderia ser diferente. Apesar de uma estrutura diferente, com fulcro no *county*, nos E.U.A, também, por muito tempo a ideia de implementação de uma penitenciária em uma cidade era por demais repudiada por moradores, seja pela pecha, seja pela ideia de perigo, recebia dos habitantes sérias críticas.<sup>76</sup>

No entanto, por incentivo governamental como forma de estabelecer na parceria, uma maneira de atrair investimentos, os recalcitrantes foram convencidos das benesses. E estas são muitas, mas uma em especial, a criação de um número certo de empregos, que perdurarão por tempo preciso, suplantou de forma sistemática, os argumentos contrários (AMMONS, CAMPBELL e SOMOZA, 1992).

O fantasma de ‘cidades indústria’ como as que existiram, em especial, às vinculadas à atividade de extração minerária entre 1930 e 1990, era por demais assustadora. O fenômeno se dava por que ao longo do tempo a capacidade de produção das minas decaí, e com isso a empresa que implantou a cidade a abandona ou em casos extremos a vende, de tal sorte que os habitantes, outrora funcionários daquela, se veem em condições periclitantes. O abandono pode se dar, em particular em uma economia globalizada e dinâmica, com o descobrimento de outros veios mais acessíveis, ou como consequência da atividade da *commoditie* no mercado. Com uma PPP este risco, se existir, é bem menor, dada as condições do contrato que preveem o tempo mínimo da atuação entre particular e Estado. No caso do Brasil, em particular, se a PPP fizer uso da mão de obra local, isso pode significar uma opção à evasão em direção aos

---

<sup>76</sup> No sistema americano há possibilidade de modelos de encarceramento pelo *county*, e não só pelo Estado ou Governo Federal.

grandes centros urbanos.

Tem-se, então, uma forma precisa e certa de estabelecer uma rede de empregos indiretos, mas, também, e mais importante, de empregos diretos na estrutura da PPP, que faz com que seja ela plausível de uso, pela Administração com no mínimo dois escopos, o desenvolvimentista, e, o de aceitação e nos dizeres da lei (LEP): proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. As experiências de APAC's são justamente nesse sentido, em que pequenas instituições de internação (*lato sensu*) são implementadas próximas à comunidade, e a relação, com o interno, mais humana, dando materialidade ao art. 4º da LEP.<sup>77</sup> Nosso sistema, fundado na recuperação e ressocialização, diferente do sistema norte-americano, que se presa a retribuição, tem por certo mais interesse nessa relação.

Outro aspecto positivo é que no caso de implantação de uma indústria em uma dada comunidade, não há ao certo, diferentemente da PPP, a certeza do número de vagas de emprego geradas (diretamente). A empresa pode por questões fiscais, ou, administrativas realizar empreitadas e sub-empreitadas. No campo da PPP essa possibilidade, se sólida proposta, já é conhecida de antemão. Uma consideração econômica de relevo, que pode ser conseguida, em âmbito geral, é justamente que uma forma gerencial que garanta o aprendizado e o emprego ao detento gere uma vantagem competitiva, mas além disso um ganho social relevante, como destaca POSNER (2010):

Se os ex-presidiários forem bons trabalhadores, mas a maioria dos empregadores não souber disso, quem souber poderá contratá-los por salário abaixo da média, devido a escassez de oportunidades de trabalho vivida por eles, e obterá, desse modo, uma vantagem competitiva sobre os intolerantes. em uma sociedade diversificada, descentralizada e competitiva, a rejeição irracional será eliminada com o tempo. (POSNER, 2010 p.278)<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Lei 7.210/84: art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

<sup>78</sup> E, isso de fato ocorreu, segundo relatos de LOGAN (1990) e TABARROK (2003). Mas mais contundente ainda é observa esse fator em escala que afetou 50% da população. Antes da Segunda Guerra Mundial, a porcentagem de mulheres que trabalhavam na indústria nos E.U.A e Europa era somente uma parcela pequena destas. Durante a Guerra, e após o número foi crescente, o que entre outros possibilitou a 'independência sexual' dos anos 1960 e 1970. Cria isso um novo mercado consumidor, e mais, uma séria de novas demandas, e.g., com parte representativa do dia devotada ao trabalho as mães precisavam de um meio de cuidar dos filhos, o que gerou creches; para suprir as necessidades nutricionais do infante foi desenvolvida *Formula*, de tal sorte que uma alteração no sistema se propagou de tal forma que *criou* novos nichos e aumentou a riqueza. Há, como se percebe, um ciclo de necessidade e fornecimento, auto regulado, claramente uma *autopoiesis*.

## 9 A PRIVATIZAÇÃO INTERNACIONALMENTE CONSIDERADA

A estrutura do Estado como provedor se altera radicalmente no mundo no ultimo biênio da década de 1980. O colapso da União Soviética, marcado claramente pelo fim do muro de Berlim, em 1989, estabelece uma referência na qual o Estado ‘Golias’, todo provedor, já não encontrava espaço no dinamismo mercantil que see estabelecera ao longo dos últimos 30 anos do século passado. Dentro deste contexto de mudanças mesmo os países de economia livre voltaram-se para a própria estrutura estatal e a forma com a qual suas prestações eram exercidas.

Entre as décadas de 1960 e 1970 a situação econômica do mundo, principalmente depois da crise do petróleo, impactou fortemente em *como* o Estado atuava. Herdeiro de uma tradição divina, mesmo que sua concepção e execução fosse pelos homens, o Estado tinha sua estrutura marcadamente delineada pelo ambiente histórico/cultural de conformação daquele. As vicissitudes exigidas pelos mecanismos da macroeconomia desenvolvidas a partir da II Guerra Mundial exigiam dinamismo e imediaticidade nas respostas, tanto dos particulares quanto do Estado para os problemas agora enfrentados.

Defronte a essa premissa, vários países, mesmo os então considerados terceiro mundo, viram na privatização uma forma de garantir ao Estado a flexibilidade que lhe era necessária para tais situações. Neste sentido:

Recentemente, os problemas macroeconômicos mais amplos que afligiram os países em desenvolvimento os tem forçado a reconsiderar as suas estratégias para lidar com empresas públicas. Em particular, muitos dos países que adotaram programas de ajustamento com fulcro em participação privada, têm tentado resolver os problemas que dão origem à necessidade de apoio financeiro de empresas públicas e da privatização, foi considerada como uma forma de aliviar os governos de seu grande envolvimento na indústria e comércio.<sup>79</sup> (HEMMING e MANSOOR, 1986, p. 1)

---

<sup>79</sup> No original: “Recently, the wider macroeconomic problems that have afflicted developing countries have forced them to reconsider their strategies for dealing with public enterprises. In particular, many of the countries that have adopted Fund-supported adjustment programs have been trying to address the problems that give rise to the need for has, in a number of cases, been considered as a way of relieving governments of their heavy involvement in industry and commerce.”

## 9.1 A experiência Norte-Americana com a privatização das prisões

Nos Estados Unidos, na seara da privatização das prisões há dois momentos históricos distintos: o primeiro, que nasceu com o próprio país, no qual as autoridades estatais delegaram a grupos ‘Quaker’ o controle e encarceramento em pequena escala. A experiência não foi bem sucedida e de acordo com TABARROK (2003) e BOWMAN et al a falta de registros históricos acurados não deixam determinar exatamente quais falhas ocorreram nesse sistema, mas de forma geral a severidade do tratamento imbricado com a questão religiosa parece ter sido a causa do debacle. O modelo fora abandonado até que a privatização se tornou uma opção nos moldes aventados anteriormente, para garantir dinamismo e introduzir no sistema outras possibilidades.

Neste contexto, é importante destacar que a cultura norte americana é fortemente inclinada, não só na forma de outros parâmetros, mas como medida originaria se basear nas premissa dos utilitarismo para a resolução de problemas. Basta destacar como exemplo o *plea bargaining*, essência do sistema judiciário norte-americano. Essa premissa filosófica de resolução de problemas aparecerá aliada não só a soluções econômicas estritamente consideradas, mas uma forma corriqueira para se solucionar problemas diversos.

Ao analisar a experiência de privatização os americanos são categóricos em considerar os prós e contras das questões. No início das privatizações das prisões, enquanto ainda não havia nenhum dado a respeito do tema, a maioria dos estudiosos, normalmente não filiados ao campo jurídico, mas à sociologia e à filosofia, apontavam os problemas morais e sociais de um encarceramento que pudesse ser executado por particulares, e uma subsequente alienação do Estado.

No âmbito do poder de polícia que o Estado deve exercer, vinculado ou não à premissa do utilitarismo, está o ponto de que o Estado simplesmente aplica a sanção, não é dono do poder punitivo, mais especificamente:

O estado não possui o direito de punir. Limitou-se a administra-lo em confiança, em nome do povo e sob o Estado de Direito. Não há nenhuma razão para que depositários subsidiários não pode ser concebido, desde que, também, sejam em última análise, responsáveis perante o povo e sujeito às mesmas disposições de

direito que dirigem o Estado.<sup>80</sup> (LOGAN, 1990, p. 54)

Como forma de evitar parte dos problemas que já possivelmente se manifestaram quando da primeira utilização do mecanismo, empresas, associações e organizações de (forte) cunho religioso ou estrangeiros, são vedados. No anos iniciais da privatização, não só no campo da segurança mas em todos os campos, os receios eram grandes, de forma que é muito comum na literatura que discute o assunto encontrar o termos ‘*governmentalization*’, significando contratos entre as partes que eram tão extensivos e tão detalhados que faziam com que os empreendimentos funcionassem da mesma forma que sua vertente estatal, furtando ao particular, o que tinha de mais interessante: a flexibilidade e o poder de inovação. De forma geral tais tipos de contrato já não persistem e a maioria dos contratos com esse tipo de característica, naqueles empreendimentos por longo tempo, foram sendo alterados, uma vez que o instituto da privatização se tornou funcional e corriqueiro.

De toda sorte, dentro ainda da perspectiva filosófica-moral que permeia o tema, a questão de uma prisão privada não pode ser devidamente analisada se não se responde a duas perguntas essenciais: porque e como se encarcera. Uma vez observados esses *constraints* saber-se-á como e em que medida pode o particular participar desse tipo de atividade:

A prisão tal qual depósito é coerente com o modelo neoclássico estático e os modelos retributivos de inspiração kantiana discutidos anteriormente. No primeiro caso, as prisões são simplesmente as instituições de uma sociedade, utilizadas para efeito de restringir a liberdade, com a aspiração necessária para atingir a quantidade eficiente do crime por meio de dissuasão e incapacitação. Em modelos retributivos kantianos, a justiça exige punição em um ambiente respeitador dos direitos; a autonomia moral das demandas individuais que ser feita nenhuma tentativa de reabilitação ‘força’. A função básica de prisões continua a mesma, uma função que pode muito bem ser fornecida por uma instituição que opera sob os incentivos de mercado.<sup>81</sup> (TABARROK, 2003, p. 21)

Uma vez compreendida essa questão pode-se perceber em que medida se está, utilizando as metáforas apontadas anteriormente, a se lidar com a conformação do Estado. Se por um lado, como aponta ESTORNINHO (1999) a criação de uma determinada entidade, como por

---

<sup>80</sup> No original: “The state does not *own* the right to punish. It merely *administers* it in trust on behalf of the people and under the rule of law. There is no reason why subsidiary trustees can not be designed, as long as they, too, are ultimately accountable to the people and subject to the same provisions of law that direct the state.”

<sup>81</sup> No original: “The prison as a warehouse conceptualization is consistent with both the static neoclassical and the Kantian-inspired retributive models discussed earlier. In the former, prisons are simply the institutions a society employs to effect the restriction of liberty necessary to attain the efficient amount of crime through deterrence and incapacitation. In Kantian retributive models, justice requires punishment in a rights-respecting environment; the moral autonomy of the individual demands that no attempt be made to “force” rehabilitation. The underlying function of prisons remains the same, a function that might equally well be provided by an institution operating under market incentives.”

exemplo o fisco, para salvaguardar os interesses do Estado, ou a implementação dos Quaker no âmbito do aprisionamento, como uma ‘mutilação do campo de batalha’. A privatização que se estabeleceu e se criou no sistema norte-americano, com essa não guarda nenhuma referência. Com o sistema de formação legal estruturalmente fundamentado no judiciário questões serias na gênese do instituto, hoje são de fácil resolução e apresentam soluções interessantes para o tema. A jurisprudência americana, da Suprema Corte, se estabeleceu no sentido de que independentemente da transferência da guarda para um particular tal não elide a responsabilidade estatal. É de interesse notar aqui que diferentemente do Direito Administrativo francês que já estabelecera a responsabilidade estatal com moldes mais robustos no âmbito inglês e norte-americano esta estrutura ainda é aos olhos daqueles, um pouco tormentosa.

De toda sorte, o que se estabeleceu na jurisprudência satisfaz aos anseios de segurança e resguardo imbuídos ao Estado. A estrutura é tal que o Estado não se exime da responsabilidade mas também não precisa figurar necessariamente nas querelas judiciais envolvendo as questões nos presídios. O que seria no direito brasileiro um litisconsórcio necessário ou mesmo uma intervenção de terceiro a jurisprudência americana, para evitar delongas nos processos, e os males que isso poderia causar principalmente aos presos, estabeleceu a seguinte regra: aciona-se judicialmente a parte privada e esta, se for o caso, exerce seu direito de regresso sobre o Estado. Por outro lado, sem que isto signifique um interesse de agir também é possível, administrativamente, que se acione o Estado para que este exerça o poder de polícia e conforme a atuação do parceiro privado.

Usualmente nas querelas envolvendo os presos e problemas internos, como acomodações, água, remédios, tem-se preferido e tem-se utilizado a via administrativa, por ser mais célere. De outro modo esta via não costuma ser utilizada para problemas maiores e que não afetem diretamente a integridade física e mental dos presos. A via judicial fica então normalmente a cargo dos parentes ou de ex-detentos. (TABARROK, 2003, e BOWMAN *et al*)

Um desenvolvimento interessante do tema começou a ocorrer a partir da segunda metade da década de 1990. O sistema normalmente utilizado é o *house and bed*, no qual, ao pagamento de uma diária para cada indivíduo encarcerado se este pagamento se dá semanalmente, mensalmente ou em outro regime, varia de acordo com o contrato estabelecido. Como, para este modelo, o parceiro privado só tem garantido o recebimento mediante o encarceramento percebeu-se o interesse em um fluxo constante entre a entrada e a saída no sistema. Daí que não foram poucos os que apontaram o risco do ‘erro’ ou excesso no encarceramento para

garantir a via monetária.<sup>82</sup> Porém isto não ocorreu ou, se ocorreu, não foi na escala prevista. (LOGAN, 1990; TABARROK 2003)

Mais uma consequência não prevista foi que no campo da criação de centros para imigrantes ilegais começou a ser altamente rentável, vez que a partir da década de 1990 as políticas econômicas americanas e a política de tratamento do estrangeiro ilegal, principalmente da América Latina passaram a ser mais necessárias. Como o processamento do indivíduo nesses centros tem um tempo determinado, não requer, de forma geral, monitoramento especializado ou vigilância superveniente, estes têm um custo muito reduzido em comparação à prisão, mas o custo de manutenção da estrutura e do pessoal são da mesma técnica que é utilizada nas prisões, fazendo com que o *know-how* daquele possa ser aplicado neste, abrindo, portanto, um novo âmbito econômico de exploração, nos moldes estudados por POSNER (2010). Outros países com problemas de imigração ilegal, como França e Itália já veem nesse sistema uma possível solução para si. Dentro da proposição utilitarista, inclusive, é frequente nos Estados Unidos que se prefira a extradição ou reenvio destes estrangeiros aos seus locais de origem do que cumpram penas pequenas ou por crimes menos lesivos e depois do cumprimento da pena sejam remetidos aos seus países de origem; de forma geral só crimes graves têm ‘merecido’ o tratamento de encarceramento.

Aproveitando o ensejo do sistema *house and bed* é de nota que a experiência americana se estabeleceu de várias formas, para a interação entre o público e o privado. Houve a construção e a venda da estrutura para o poder público, a assunção do particular de uma estrutura pública. A construção e gerenciamento totalmente por conta do particular. De todas essas formas, a da construção se revelou a mais rápida, mas menos rentável. Os dados apontam (BOWMAN et al) que de forma geral uma construção que levaria dois anos no âmbito público se resumia a pouco mais de seis meses se realizada por conta do particular.

No caso das estruturas que eram assumidas pelo particular, esta forma normalmente se revelou muito trabalhosa, pois as estruturas, quer fossem antigas prisões, quer fossem construções novas, normalmente exigiam por parte do particular também obras de reestruturação, elevando os custos do empreendimento. Por fim, no modelo de construção e gestão do particular, como este recebia uma liberdade maior, normalmente trazia também

---

<sup>82</sup> O sistema americano de cumprimento da pena é um sistema mais administrativo que judicial, sendo que o diretor (*worden*), responsável pelo presídio é basicamente responsável nos moldes de um juízo de execução no sistema brasileiro, sem no entanto se confundir com o sistema alemão no qual há um juiz responsável por cada presídio.

um resultado melhor. No âmbito do pessoal o setor privado rapidamente percebeu que a questão do treinamento era muito importante, e normalmente a mais dispendiosa e demorada para todos os modelos nas quais isso fosse necessário.

Com isso a iniciativa privada passou a cooptar os então empregados do Estado, que trouxeram não só treinamento mas também conhecimento de causa, *know-how* para a sua atuação. Isso fez com que houvesse um fluxo do setor público para o setor privado em todos os níveis: desde o guarda até o *worden*, passando por diversos níveis de consultoria.<sup>83</sup>

A partir do ano 2000, com o resultado de uma política de *Law and Order* e tolerância zero que se espalhou pelos Estados Unidos os índices de encarceramento se tornaram altos em função dos baixos índices de ressocialização, e não desconhecida também a alta reincidência em especial em alguns tipos delitivos como tráfico de drogas, violência relacionada a gangues, etc. o setor privado então, recebendo a premência e a oportunidade começou vários programas de trabalho para o encarcerado e de acompanhamento e garantia de emprego para quando os internos voltassem ao convívio social. Como esse tipo de atuação resultava exitosa, o Estado passou a brindar o privado com bônus para a diminuição do índice de reincidência, em especial conjugado com a estabilidade em um (determinado) emprego. (Na França um problema sério no campo da ressocialização parece ter se desenvolvido com o mesmo viés. Nesse caso não era, propriamente o retorno ao convívio social que preocupava, mas o que se convencionou chamar de 'saída seca', ou seja a saída sem acompanhamento, e sem orientação. que a vida na cadeia, principalmente por longos períodos é diversa que a em liberdade é bem obvio, mas ao retornar ao seio da família e da sociedade, o interno tinha sérios problemas, por conta dessas diferenças. Daí que o o governo francês, por meio de parceiros privados tem tentado ajudar e acompanhar esses eventos, possibilitando, inclusive, saídas prévias à soltura, para que o convívio e retorno possam se dar sem percalços. de toda sorte o sistema francês tem passado por muitas mudanças, em especial no referencial a sua função, que tem migrado do punitivo para o acolhimento. Também, no âmbito das 'saídas secas', tem se procurado organizações privadas para o acompanhamento e supervisão de saídas de presos com penas curtas, possibilitando que por meio de visitas e interações determinadas por curtos períodos durante o cumprimento da pena, se possa vislumbrar melhores resultados quando do fim do encarceramento.)

---

<sup>83</sup> *Worden* é a função correlata a da Diretor (do presídio), mas no sistema americano ele tem funções inerentes ao cumprimento da pena, que no nosso sistema são afetas do juízo da execução.

Esse tipo de ação tem diminuído sensivelmente a invisibilidade do ex-detento, galgando-lhe novas possibilidades e uma esperança de reintegração, social e econômica, nos moldes apontados por POSNER (2010). Esse sistema passou a ser tão bem sucedido nos dois planos, pela atuação do privado em imbuir as habilidades necessárias no preso, para determinado trabalho e o estabelecimento de uma parceria ou mesmo criação de subsidiárias com oportunidades para os ex-detentos que esta é hoje a modalidade de atuação que mais dá lucro ao particular que atua nesta área.<sup>84</sup>

O que deve ficar claro, não só para o âmbito governamental, mas também para a população, e isso é algo que tem sido ponto de trabalho e debates, é o fato de que o sistema prisional é único. Não há prisões particulares, que são criadas e implementadas somente pelo particular. Existem, e são tão-somente estas, instituições geridas por particulares, por *autoridade* particular não. O particular, como era de se esperar não retém o poder, legalmente considerado, para por ele mesmo instituir uma prisão, trata-se de uma forma de o governo ampliar sua área e *modus* de resolver uma demanda, uma necessidade.

Ainda dentro do espectro Utilitarista de resolução de problemas implementado nos E.U.A, tem-se a questão da política criminal. é certo que o crime é um objeto social, de tal sorte que não existiria sem a sociedade, e de responsabilidade do Estado; entretanto essa atividade para conformar a atividade é bifronte. Bifronte pois deve-se tratar as mazelas sociais, ligadas, comumente, à criminalidade, como pobreza, falta de expectativa, discriminação, para que se possam diminuir os níveis de violência. Por outro lado há o encarceramento, que também é delegado ao Estado. Se as políticas públicas para o primeiro grupo não resultam eficazes, ou, se por outro lado a criminalidade tem outros fatores, como por exemplo, punições insipientes, desestimulantes; haverá demanda no sistema carcerário.

Se existe uma relação de '*supply and demand*' entre um e outro, prevenção e prisão, é responsabilidade do Estado se precaver contra falta no segundo, e é, por vezes, somente, com o particular que haverá uma resposta em tempo e modo adequado para o problema. trata-se, afastadas que são as questões filosóficas, sobre o motivo, uma questão que pode, e, de forma recorrente tem sido, nos E.U.A, resolvido pela privatização.

---

<sup>84</sup> O sistema norte-americano é fundado na retribuição, diferentemente do brasileiro que é fundado na reinserção; daí que este tipo de atuação não era previsto ou requerido pelo sistema.

## 10 RELATO DA VISITA AO COMPLEXO PRISIONAL PÚBLICO-PRIVADO<sup>85</sup>

A visita ao Complexo Prisional foi realizada em 19 de julho de 2014, entre 09:00 e 16:00 h, na companhia do funcionário do Governo Estadual Gustavo Henrique Mendes, representando a Chefia de Relacionamento da PPP. O Governo de Minas Gerais criou uma pasta justamente para trabalhar as PPP's em seu âmbito territorial, com uma sub-pasta referente ao Complexo Prisional Público-Privado de Ribeirão das Neves.

A visita percorreu áreas com obras já encerradas e a Unidade II do Regime Fechado só não foi visitada por questão de tempo. Todos os funcionários interpelados se dispuseram a conversar e responder perguntas e, em poucos casos, foi possível falar rapidamente com os internos. Como se tratava de uma segunda feira, não foi possível encontrar familiares de internos.

Dando realidade a questões político-sociais no setor de segurança pública, há aproximados dois anos, o estado de Minas Gerais iniciou uma PPP para a construção de um complexo prisional de moldes inéditos no Brasil até então.

Mensalmente, cada preso recebe um kit individual de higiene pessoal, fornecido pela empresa parceira, composto de: sabonete, lâmina de barbear, desodorante, pasta de dente, papel higiênico e sabão de coco, destinado à lavagem do vestuário íntimo do detento, uma vez que estas peças não vão para a lavanderia. Também uma escova de dentes, que é repostada a cada dois meses. Também são fornecidos em dias de 'visita íntima' – que ocorrem a cada duas semanas – pequenos sabonetes de uso único e preservativos, tanto masculinos quanto femininos. Foi relatado pela Diretoria que o fornecimento desse material de higiene pessoal, bem como das quatro refeições diárias completas fornecidas pela empresa parceira desoneraram e aliviaram os familiares, que não precisam mais comparecer nos dias de visita portando grandes sacolas com mantimentos, que implicavam em significativa perda de tempo com revista.

Não é permitida a entrega ao preso de nenhuma regalia, como acontece no 'sistema convencional' tais como: biscoitos, refrigerantes, cigarros... tal procedimento evita a

---

<sup>85</sup> Inicialmente, antes de conhecer o representante do Estado, e começar a visita, ainda na cidade administrativa, percebi que o modelo não poderia ser de relatório. Como a visita ainda sim era de suma importância para a percepção do fenômeno, abandonei minhas perguntas e questionários, que seriam feitos entre os servidores públicos, privados e internos e, passei, a partir daquele momento, a realizar um levantamento amplo da visualização do empreendimento/realidade da PPP entre todos os envolvidos, dando mais atenção ao setor que cada 'entrevistado' estava vinculado.

possibilidade de escambo na penitenciária, fazendo com que não haja ‘extorsão’ entre os presos. Como método de contenção de despesas, já que cada preso, necessariamente recebe o kit de higiene pessoal ao ser alocado, negociou-se com o Estado um tempo inteiro (em meses) para a permanência mínima do transferido para o Complexo. Por óbvio, isto gerou uma redução do gasto per capita (que pode parecer irrisório quando se considera um único detento, mas vale ressaltar que cada Unidade tem capacidade para aproximadamente 670 internos).

Também acordou-se com o Estado o ‘perfil’ das pessoas que podem cumprir pena no Complexo Prisional, para evitar fatores endógenos de violência entre os presos, não podem cumprir pena lá: membros conhecidos de facções criminosas, condenados por crimes contra a dignidade sexual; de tal forma que é realizado então um escrutínio que funciona, a grosso modo, como um exame criminológico. Também tem-se evitado penas muito curtas, uma vez que o Sistema é direcionado a recuperação e ressocialização por meio do trabalho e estudo. Na Unidade, os detentos podem cursar e concluir os Ensinos Fundamental e Médio e, há alguns que cursam Faculdade à distância, paga pela família. Trata-se como se vê da interação entre os parceiros para produzir um resultado mais propício. Um ‘acordo’ nos mesmos moldes poderia ser desenvolvido para resolver o problema ‘classes’ de presos que sofrem problemas de interação no sistema carcerário, não se tratando pois de uma forma de desonerar o particular; mas simplesmente de uma maneira de não propagação de um problema já existente no sistema.

A resposta mais comum à pergunta “qual a diferença entre esta penitenciária e as outras” e, normalmente, a primeira a ser apresentada é: “Aqui os presos não podem fumar”. Mais de um funcionário nos relatou que inclusive as famílias agradecem que isso aconteça, e dizem que “foi bom que ele largou o cigarro”. (De mais a mais, o fumo também é proibido nas áreas fechadas das penitenciárias do ‘sistema convencional’, em tese. Se não diretamente, através de legislação anti-tabagista, tanto federal quando estadual).<sup>86</sup>

A recepção para a visita foi entusiástica por parte de todos, tanto dos responsáveis pela parte administrativa, junto ao Governo do Estado, como pelos funcionários e servidores *in locu*.

---

<sup>86</sup> Lei (estadual) 12.903, de 23/06/1998 – **Art. 3º** É proibida a prática do tabagismo em recintos fechados de uso coletivo públicos e privados localizados no Estado. [...] § 2º Para os efeitos desta Lei entende-se por recinto de uso coletivo o local destinado à utilização permanente e simultânea por diversas pessoas. (Artigo com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 18.552, de 4/12/2009.)

Lei (federal) 9.294, de 15/07/1996 – **Art. 2º** É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público. [...] § 3º Considera-se recinto coletivo o local fechado, de acesso público, destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.546, de 2011)

Também se destaca a transparência em responder quaisquer perguntas formuladas – excetuando-se por óbvio as que fossem diretamente ou de forma reflexa, referentes à segurança – de tal sorte que nenhum questionamento pareceu ser intrusivo ou invasivo, e as repostas foram claras e objetivas, apontando opiniões, percepções e observações.

## **10.1 Localização**

Partindo da Penitenciária José Maria Alckmin, ou pelo acesso através da BR-040, em uma viagem de aproximadamente 15 minutos (a uma velocidade média de 40 Km/h) por estrada não pavimentada ou semi-pavimentada até a entrada do complexo. O trajeto, apesar de bucólico, aponta grave problema de infra-estrutura que afeta a todos que, de uma forma ou de outra, estão vinculados ao projeto. Em especial para os funcionários, em seu trajeto periódico para o trabalho e para as famílias nas oportunidades de visita, isto é, por certo, um entrave.

Funcionários da empresa GPA (o parceiro privado em questão) são encorajados pela Diretoria, quando estiverem em seus carros particulares, auxiliar no transporte das famílias que encontrarem no trajeto, quando isso for possível.

Por outro lado, as duas linhas de ônibus regulares que atendem o local, estão em negociação com a GPA e a comunidade para adequação do quadro de horários e frequência das viagens; tanto durante a semana quanto nos finais de semana, dias das visitas regulares dos familiares aos detentos. Para os funcionários da GPA, há a disponibilidade de ônibus particular que sai do centro de Ribeirão das Neves, em horário e local determinados, e os leva até o complexo.

De toda sorte essa iniciativa facilita o controle dentro de uma estrutura com horários rígidos e questões óbvias de segurança, reduz gastos, evitando que um turno tenha que ser estendido até a chegada de todos os funcionários do próximo turno. Em uma penitenciária regular (às quais os funcionários do Governo do Estado se referem como ‘sistema convencional’) tal expediente, senão impossível demandaria muito trabalho e causaria problemas de gerenciamento de pessoal, tal qual ocorre frequentemente em hospitais públicos.

## 10.2 O modelo de segurança adotado

Há um concurso paralelo para a segurança das Unidades e do Complexo: utilizando-se do jargão empregado pelos que lá atuam, a segurança ‘intra-muro’ e ‘extra-muro’. A segurança intra-muro é de responsabilidade e atuação do parceiro privado, cujos monitores coordenam deslocamento dos detentos dentro da edificação, (como por exemplo entre as celas e o pátio, visita às dependências médicas, salas de aula, oficinas de trabalho). Aponta-se que estes agentes trabalham não com supremacia de armas, mas com monitoramento eletrônico constante através de câmeras de vídeo e, quando necessário, a força é contraposta por número de monitores, e não superioridade de armas. Surpreendente foi o grande número de funcionários do sexo feminino trabalhando no monitoramento. Em conversar informais, todas as que foram abordadas revelam não ter nenhum sentimento de medo e/ou apreensão; os funcionários relatam também que não se trata de ambiente agressivo, mas que demanda extrema atenção, como ocorreria em canteiro de obras. Esse sentimento é especialmente evidente naqueles que já passaram por penitenciárias do ‘sistema convencional’, nas quais os relatos de tensão e preocupação são monumentais.

No sistema penitenciário convencional, dadas as suas idiossincrasias, a disciplina se dá por meio de uma hierarquia distorcida, e comumente pelo abuso da força contra os detentos. Durante a visita, foi relatado em mais de uma oportunidade por funcionários distintos que, dos grandes abismos entre o tratamento dispendido ao preso no sistema convencional e na PPP é “os presos falam que aqui é muito bom porque aqui eles não apanham” e ainda, um dos monitores chegou a resumir a diferença entre a sua função e a função do Agente Penitenciário do sistema convencional como “nós monitores não podemos bater nos presos”.

No caso da segurança ‘extra-muro’, que é realizada por Agentes armados de responsabilidade do Governo do Estado, que não têm contato com o dia-a-dia nem dos detentos nem das visitas. Em caso de ocorrência de segurança dentro da Unidade, podem ser estes acionados de imediato, uma vez que as ocorrências extremas de segurança devem ser resolvidas pelo Estado.

### **10.3 Salão de recepção dos visitantes**

Já na entrada para o visitante ordinário, nota-se grande diferença nas acomodações e na organização com relação ao 'sistema convencional'. O salão amplo e arejado com cadeiras minimamente confortáveis, em número adequado; máquinas de venda de refrigerante/suco/salgadinho, banheiros, inclusive adaptados para pessoas com necessidades especiais, e logo na entrada, um funcionário com computador e listagem dos internos, realizando cadastramento e controlando entrada das visitas. Também surpreendente os escaninhos para que os visitantes possam acomodar seus pertences que por ventura não possam ingressar na penitenciária.

O tempo médio de espera para a visita de pessoas não cadastradas é de até 40 minutos, tempo que pretendem reduzir para 30 minutos; no caso dos cadastrados o tempo oscila por volta de 15 minutos. Esse tempo se dá devido às restrições quanto à entrada em qualquer presídio, de pessoas com antecedentes criminais, mandados em aberto, e outras situações coligadas. De qualquer forma, normalmente, até as 11:00 h, todos os visitantes do dia já encontrarão dentro da Unidade e em contato com detento.

Também salta aos olhos o fato de que logo à entrada nos deparamos com uma funcionária informando, por telefone, quais alimentos podem ser levados para consumo dos visitantes no dia da visita (no 'sistema convencional', mesmo Advogados têm dificuldade de obter tais informações pelo telefone); essa medida, que não afeta a segurança, também evita desperdício (inclusive de tempo) e frustração por parte dos visitantes.

Sem exceção, todos passam por revista pessoal, detector de metal do tipo portal e um aparelho de RX vistoria todos os pertences, em especial os alimentos que adentrarão o prédio. Há inclusive salas para revista das pessoas portadoras de necessidades especiais.

### **10.4 Dependências administrativas temporárias**

O Complexo Prisional ainda não está totalmente pronto. Na parte estrutura faltam ainda três edificações, sendo que uma destas será o Complexo Administrativo e integrará a cozinha e a lavanderia. De tal forma que a parte administrativa de cada prédio que já está em

funcionamento está instalada provisoriamente – mas não precariamente – nas respectivas unidades. Banheiros, escritórios montados, copa, refeitório, de forma que os funcionários não estão em situação de improviso, facilitando a realização do trabalho e revertendo produtivamente e positivamente.

Cada Unidade conta com Diretoria Pública e Diretoria Privada. De forma direta, isso já diminui as críticas dirigidas ao Projeto, em especial por parte do Ministério Público, no que tange a delegação do poder de polícia. É interessante também notar a presença de ex-funcionários do ‘sistema convencional’ nos cargos de gerência/diretoria, algo que, como já narraram os estudiosos americanos, era uma tendência neste tipo de entendimento. De toda sorte, é da experiência e do *know how* do setor público que os padrões de segurança estão sendo estabelecidos. No caso americano, este também foi o *modus* pelo qual se iniciou essa nova perspectiva, sem, no entanto, ter se restringido a ela.

No edifício onde funciona a Administração da Unidade há um refeitório para uso dos funcionários e eventuais visitantes – na ocasião da visita, os representantes dos acionistas da GPA, em sua visita mensal, almoçavam neste refeitório – que fornece refeição supervisionada por nutricionista – a mesma fornecida aos presos. Esta é uma forma eficiente que se encontrou para garantir a qualidade do alimento fornecido.

### **10.5 O Serviço Social e Jurídico**

Com instalações condizentes com a dignidade de ambos os serviços, há salas específicas para o trabalho destes profissionais, bem aparelhados, arejadas, e com profissionais em pleno desempenho das funções. No Serviço Social também há funcionários oriundos do Serviço Social de outros presídios. Relata-se que, para estes profissionais, um dos pontos positivos é o relacionamento com as famílias dos presos, que possibilita melhor atendimento ao interno e aos familiares, auxiliando na recuperação do preso e aumentando suas possibilidades de posterior reinserção na sociedade. Como parte das atividades, elabora e organiza momentos lúdicos com as famílias dos presos nos dias de visitação, enquanto estas ainda estão esperando para entrar no prédio, além de promoverem palestras tanto para os presos quanto para os familiares, especialmente namoradas e esposas, explicando bem que o tempo das ‘visitas íntimas’ e o tempo das ‘visitas sociais’ são distintos e devem ser aproveitados de acordo com sua natureza.

O Serviço Social é integrado ao Serviço Médico e também é o responsável pelo cadastramento dos visitantes.

Quanto ao atendimento jurídico, há advogado responsável e as faltas disciplinares são todas levadas a juízo em dia e hora determinados. Os que trabalham nesse setor relatam não terem problemas para o desempenho das funções, dado terem à disposição equipamento e recursos. Podem também ser requisitados prestarem esclarecimento aos presos sobre sua situação penitenciária.

## **10.6 Serviço de Saúde**

O setor de saúde talvez seja o mais surpreendente em toda a visita. Com consultórios bem demarcados, com sala de enfermagem, farmácia, consultórios e odontológicos muito bem equipados, e monitorados por profissionais específicos para cada campo. Todos os profissionais, médicos, enfermeiros e dentistas, são funcionários do parceiro privado. Em conversa com a Enfermeira e a Dentista que estavam trabalhando no dia, elas relatam a facilidade e falta de burocracia para a aquisição de material ou realização de procedimentos. A Dentista chegou a informar que não existe ingerência sobre a sua prática sendo ela a responsável pelas decisões, informando à Diretoria apenas os matérias que precisam ser adquiridos inclusive especificando marca e modelo de sua confiança, o mesmo sendo verdade para o setor de enfermagem.

A farmácia conta com farmacêutico e todo medicamento é administrado pela enfermagem, de acordo com a orientação médica. O acompanhamento e tratamento dos doentes crônicos é feito caso a caso e, por exemplo, no caso dos diabéticos (que são 4 na Unidade I, sendo 2 insulino-dependentes), que têm glicemia aferida duas vezes ao dia e recebem a dose de insulina recomendada. Esse trabalho é feito por técnico de enfermagem que vai até o detento no horário determinado.<sup>87</sup> Segundo a Enfermagem, não há registro das doenças comuns dos Sistema Penitenciário convencionais por razões de insalubridade, como por exemplo a tuberculose.

A Enfermeira relatou de uma ocasião em que havia detentos com sintomatologia

---

<sup>87</sup> Ainda no que se refere a doentes monitorados, a Unidade I tem 4 pacientes com hepatite, 5 HIV positivos (sendo que um recebeu o diagnóstico na Unidade, 17 hipertensos e 12 asmáticos, além dos 4 diabéticos já citados.

dermatológica, como prurido e alopecia localizada. Embora não tenha sido feito nenhum exame específico (como raspado de pele) para fechamento de diagnóstico, foi distribuído para todos os detentos um 'kit parasitoses', contendo pomada e xampu de cetoconazol (anti-fúngico), comprimidos de albendazol (anti-verminótico) e sabonetes de enxofre (auxiliar no tratamento da sarna), tendo sido o kit extremamente bem recebido pelos internos.

Tem-se também à disposição um Médico Psiquiatra, também funcionário da empresa parceira, que acompanha e trata os presos.

Relatou-se também, em uma determinada ocasião, na qual o Médico da Unidade I avisara que chegaria atrasado por causa de um acidente na rodovia, o atendimento não foi prejudicado, vez que o Médico da Unidade II prestou o devido suporte.

### **10.7 Salas de aula e biblioteca**

A Unidade I conta com 3 salas de aula funcionais, que operam nos três turnos, de acordo com os horários das aulas dos diferentes níveis. As salas têm ventilador, iluminação, quadro negro, bebedouro, mesa para o professor e carteiras adequadas. Os professores têm a sua disposição uma 'sala dos professores', guarnecida com banheiro, estantes, escaninho, mesas. Anexo a estas está a Biblioteca. A cúria da Biblioteca é exercida pelos próprios presos e hoje conta com aproximadamente 3.000 volumes, para os livros didáticos as requisições feitas ao parceiro privado são atendidas com moderada diligência. Para os livros não didáticos, a maior parte vem por doação. Há livros em inglês, alemão, francês e espanhol (e sim, há presos que leem nessas línguas). Em conversa informal com o detento responsável pela biblioteca, nos foi informado que, dentre os livros de literatura, os mais requisitados são os romances espíritas, os de temática evangélica e os livros de auto-ajuda. O prazo de empréstimo é de 15 dias, mas há um movimento entre os presos que requer que o prazo seja diminuído para uma semana, possibilitando maior rotatividade dos tomos. Cada detento que quiser utilizar a biblioteca precisa fazer um cadastro e assinar um termo de compromisso (este determina que o usuário precisa cuidar dos livros, não podendo escrever neles, nem dobrar/amassar as folhas, etc.). O controle dos empréstimos é feito manualmente por fichas de papel.

O interesse pela biblioteca tem crescido rapidamente: quando da abertura da Unidade, havia na biblioteca menos de 10% do acervo atual. Muito requisitados também são os livros infantis, uma vez que os presos que têm crianças costumam ler as estorinhas para os filhos nos

dias de visitação.

### **10.8 Parlatório**

As Unidades contam com um sistema de conferência para o Advogado e para o seu cliente, que só pode ser descrito nos moldes do que se vê nos filmes americanos. Diferentemente do comumente se encontra no Sistema Penitenciário convencional: falta de local para assentar (tanto preso quanto advogado), falta de privacidade, dificuldade de visualização e comunicação, o que se encontra no Complexo é o mínimo exigido pelo Devido Processo Legal (no que tange à interação Advogado-Cliente).

A entrada do preso se dá diretamente a partir da vivência onde está alocado, eliminando a necessidade da escolta. Há um vidro blindado separando as partes, e a comunicação se dá por meio de interfone. Há mesa e banco em alvenaria dos dois lados. Há possibilidade de trânsito de documentos.

### **10.9 A Unidade I – Regime Fechado**

Os presos da Unidade I ficam alojados em celas com capacidade para 4 pessoas. Há 6 oficinas de trabalho, sendo que o parceiro privado realiza a captação das empresas interessadas e o parceiro público o cadastro e autorização.<sup>88</sup> (Por questões de segurança, a outrora oficina de marcenaria foi desativada). Existe monitoramento de segurança das oficinas de trabalho, através de câmeras e visualização direta por vidro blindado de meio espelho, nos moldes d'O Panóptico arquitetado por Jeremy Bentham.

### **10.10 A Unidade III – Regime Semi-aberto**

Na Unidade III as celas comportam 6 pessoas cada. Cada cela conta com 6 catres em alvenaria, além de 6 pequenas prateleiras e uma mesa com bancos, também em alvenaria,

---

<sup>88</sup> No dia em que esta visita foi realizada, pudemos visualizar o trabalho de uma fábrica de bancos automotivos de couro.

além de privada e pia. O banho, que é coletivo por cela, tem 6 chuveiros (os presos tomam banho em turnos, por cela) de acionamento remoto. Em cada uma das vivências, em frente às celas há uma área de lazer, normalmente utilizada como quadra, e na parede oposta às portas das celas, foi instalado um televisor de 50 polegadas, que pode ser visto por todos, sendo a programação controlada pelos monitores. A torre de vigilância interna permite monitoramento de duas vivências ao mesmo tempo, com ampla visão de toda a área de lazer além dos corredores e entradas das celas. A torre também opera com vidros blindados de semi-espelho de onde controla-se abertura e fechamento das portas das celas, chuveiro e área de espera. A chamada e a conferência é nominal por cela.

Há área central com mesas e cadeiras que se destina à convivência. Nas celas de visita íntima há privada, pia e chuveiro e a roupa de cama (de cor distinta à utilizada nas celas) é trocada a cada visita: quando o preso sai da 'suíte', já leva consigo a roupa de cama e as toalhas e já as entrega para serem destinadas à lavanderia.

A Unidade conta com sistema de biometria, para conferir a identidade do preso que entra ou sai para trabalhar.

## 11 CONCLUSÃO

Vagas em penitenciárias são um ponto importante de qualquer política criminal. Se, por um lado, deixar de punir por faltas de espaço é ruim; punir mal é péssimo. E é isso que se tem com falta de espaço e falta de recursos. As vagas em penitenciárias, diferentemente da tendência ao crime é algo que o Estado *pode e deve* resolver, no binômio '*supply and demand*', por ser está passível de interferência indireta do Estado, uma vez que é possível política de desestímulo ao crime, mas, não vedação completa desse, pois envolveria a retirada da *vontade* do indivíduo, deve-se realizá-lo.

Como apontado por POSNER (2010), ao permitir novas áreas de atuação a Lei cria e fomenta a economia. Cria no sentido claro em que descobrir uma mina de metais o faz, ou seja, aumenta a riqueza líquida disponível; e fomenta ao permitir novos níveis de troca e interação entre os agentes do mercado. Se a questão da legalidade pode ser ultrapassada, nos moldes desenvolvidos na PPP analisada, e parece ser este o caso, uma vez que por mais que se defenda o posicionamento de que o Poder de Polícia, que só pode ser exercido pelo Estado, sofreria malversação, uma vez ser a custódia do preso, manifestação desse Poder, e que por tal não aceitaria a delegação, tem-se por outro lado que submeter pessoas, em cárcere ou não, à condições de degradação, por ação direta do Estado, *também*, é defeso. No fim, o Poder de Polícia deve ser exercido por uma pessoa (s) específica (s), há no fim da cadeia alguém identificável como o responsável por exercer o papel de agente estatal. Esse "alguém" é, no caso concreto, o melhor caso de transubstanciação possível, uma vez que esse agente, por força de Lei, exercerá e se comportará como se o Estado fosse, sendo-lhe concedidas todas as suas idiossincrasias, com todos os seus *munus* e limitações.

Se há, então, para além do particular, como de fato ocorre, uma presença *estatal responsável*, as consequências do uso e aplicação do Poder de Polícia são as corriqueiras, não sendo lícito, no bojo da PPP, que se perceba de forma diversa, somente por haver um terceiro com características diversas da do Estado. O modelo, e, a Lei, para as Parcerias Público-privadas não permitem que o Estado se torne absentéista e delegue suas responsabilidades, pelo contrário, ele (modelo) requer que o Estado se torne mais diligente em uma função primária, a *Vigilância*.

Toda essa estrutura, no entanto, para que possa ser desenvolvida a contento requer estabilidade, no plano político, é nesse plano que um contrato *sólido* para a PPP em matéria

prisional. A estabilidade da relação repousa, não só no contrato, mas em como as partes, por mais que o contrato seja passível de apreciação do poder judiciário, o realizam. A opção de intervenção do Judiciário é complexa, dado as questões de dano a um número de pessoas que em tese estariam desguarnecidas do pálio (potencial), no período em que o contrato pudesse ser alvo de avaliação. É, nesse passo, que as metáforas – corpo desconjuntado, guerreiro mutilado no campo de batalha e amputação necessária – se tornam relevantes. Tornam-se relevantes para entender o caminho e intenção do Estado ao desenvolver o projeto.

Se, como alertara ESTORNINHO (1999), há um movimento de escusa, de escamoteamento, uma tentativa de elidir a responsabilidade, por parte do Estado, como se fizera em eras anteriores, a técnica deve ser rechaçada. Se, como ocorrera no Caso do E.U.A, quando da primeira 'tentativa' de atuação do setor privado na seara prisional, com os 'QUAKER', detecta-se uma situação de excepcionalidade, de premência do imediatismo e falta de perspectiva futura (falta de previsibilidade, de *modus*, de conhecimento), a situação será a do guerreiro mutilado; uma falta de reconhecimento que levará, invariavelmente, ao desastre. Mas se por fim, tratar-se de uma técnica robusta, desenvolvida com cuidado e a devida parcimônia, ver-se-á uma intervenção necessária, com *real* potencial (para o sucesso), tal qual no caso de uma remoção cirúrgica, para que, na pior das hipóteses, o menor mal, seja o resultado.

Em Minas Gerais, nos moldes que vem se apresentando a política carcerária, vislumbra-se, ao menos por hora, o terceiro caso. A busca e o trabalho desenvolvidos, no Estado, são para evitar a "síndrome" do paradoxo, quer ocorreria ao se destruir uma "criatura" tal qual a sereia, que, por razões distintas satisfaria, mediante sua obliteração, dois interesses diversos, a fome e volúpia; no caso da PPP a atuação privada e estatal. O curioso, no plano filosófico, é perceber, como fizera ŽIŽEK (2003), que é uma marca recente, se tornar menos, esvaziar-se de sua essência, para ser 'real'. No caso estatal, se ausentar de atuações, ao menos historicamente determinadas, como (diretamente) privativas suas, por contemplar a intervenção primária, direta do Particular; um Estado que para ser mais (Estado), se torna menos, buscando no setor privado recursos, materiais ou não, para realizar as aspirações que lhe são imbuídas pelos cidadãos.

Que o setor Privado e o Público são distintos não resta dúvida. A ponderação relevante é perceber em como uma interação tão direta, em uma área tão sensível como o cárcere, por representar uma intervenção direta e constante no indivíduo, por parte do Estado, pode ser, e em que medida (pode ser) deve ser avaliada e tratada. No caso avaliado, pela perspectiva

econômica e da dignidade é, por certo, benéfica. Peculiar é que o Estado se atenha a desenvolver uma atenção preponderante sobre o setor privado quando esse exerce uma atividade que lhe era exclusiva, e o faz com mais cuidado e atenção, que o que deveria, desde sempre, ter desempenhado sobre si mesmo.

## REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na administração pública**: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. (Cadernos ENAP; n. 10). 1997. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=258>>. Acesso em 18 jul. 2013.
- AGAMBEN, G. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Homo Sacer**: estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Profanações**. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- AMMONS, David N.; CAMPBELL, Richard W.; SOMOZA, Sandra L. **The option of privatization**: a guide for community deliberations. Carl Vinson Institute of Government, University of Georgia, 1992 – 53 p.
- ANDRADE, Érico. Os entes sem escopo de lucro no direito italiano e no direito brasileiro. In: BERTI, Silma Mendes (Org.). **Direito privado sem fronteiras**. 1. ed. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2009. p 71-100.
- \_\_\_\_\_. Simplificação administrativa. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula (Coord.). **Tendências e perspectivas do direito administrativo**: uma visão da escola mineira. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-58
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. Porto Alegre: Globo, 1957.
- BARBOSA, Loise Maria Barros. **Análise econômica soluciona conflito entre princípios**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14505/colisao-de-principios-juridicos-uma-solucao-pela-analise-economica-do-direito>>. Acesso em: 05 mai. 2014.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Alexis Augusto Couto Brito. São Paulo: QuarterLatin, 2005.
- BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. São Paulo: Edições Cultura, 1943.
- \_\_\_\_\_. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

\_\_\_\_\_. **O panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BEVILAQUA, Clovis. **Código civil comentado**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1956, v. 1.

BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**: edição pastoral. São Paulo: Paulus, 1991.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo; Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri, SP: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOWMAN, Gary W. (Ed.); HAKIN, Simon (Ed.); SEINDENSTAT, Paul (Ed.). **Privatizing correctional institutions**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1994.

BRANDÃO, Jacyntho José Lins; SARAIVA, Maria Olívia de Quadros; LAGE, Celina Figueiredo. **Helleniká**: introdução ao grego antigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

BRASIL. **Código civil e constituição federal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 60. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código penal e constituição federal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código de processo penal, constituição federal e legislação complementar**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.987/95**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm)>. Acesso em: 13 jul 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.074/95**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm)>. Acesso em: 13 jul 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.099/95**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em 10 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1996.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.637/98**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.079/04**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.529/11**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.850/13**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em: 10/03/14.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.856/13**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12856.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12856.htm)>. Acesso em 10 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Portaria n. 75, de março de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 mar. 2012.

BRONCKART, Jean-Paul. **Atividade de linguagem, discurso e desenvolvimento humano**. Campinas: Mercado de Letras, 2006.

BUSTAMONTE, Thomas da Rosa de. A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. Salvador: JusPodium, 2008.

CAMACHO, Bruno Sanna. **Parcerias Público-Privadas. Conceito, princípios e situações práticas**. Disponível em: <<http://www.http://jusvi.com/artigos/34139>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.

CHOMSKY, Noam. **Linguagem e pensamento**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1971.

CHURCHILL, Winston S. **Memórias da segunda guerra mundial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

CLAUSEWITZ, Carl von. **Da guerra**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

COASE, R. H. **The problem of social cost**. The Law and economics journal vol. III, Univ. of Virginia, 1960.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 5 ed. Boston: Pearson-Adison Wesley, 2008.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia: uma introdução crítica**. Porto Alegre: Arned, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Barueri, SP: Manole, 2004.

DIAMOND, Larry. **Promoting democracy**. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1149159?uid=3737664&uid=2134&uid=371819121&uid=2&uid=70&uid=3&uid=371819111&uid=60&purchase-type=article&accessType=none&sid=21102066567553&showMyJstorPss=false&seq=1&showAccess=false>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. O cidadão e a administração pública nas reformas administrativas brasileiras: ensaio jurídico-historiográfico. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro (Org.). **Tensão entre o público e o privado: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012. p. 47-70.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública**. Coimbra: Almedina, 1999. (Coleção Teses).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Delcourt v. Belgium** (Application no. 2689/65). Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57467#{"itemid":\["001-57467"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57467#{)>. Acesso em: 30 mai. 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. 19. ed. Rio de Janeiro: Edição Graal, 1979.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GALVÃO, Fernando. **Política criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GAMBOGI, L. C. B.; FERNANDES, G. M. F. Direito e utopia. In: MURTA, A. C. D. (Org.). **Intervenção do estado e autonomia privada: integração e sistematização**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GARCIA, Emerson. **A moralidade administrativa e sua densificação**. Disponível em: <<http://www.conselhos.mg.gov.br/uploads/18/Artigoadministrativaesuadensificacao.pdf>>. Acesso em 18 jun. 2013.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Notas sobre direito, violência e sacrifício. **Dois pontos**, Curitiba, São Carlos, vol. 5, n. 2, p.33-47, outubro, 2008. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/doiis pontos/article/download/14659/9838>>. Acesso em: 09 out. 2014.

GIL, Gilberto et al. A novidade. Intérprete: Paralamas do Sucesso. In: **Selvagem**. Rio de Janeiro: EMI, 1986. Faixa 3.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e economia: introdução ao movimento *law and economic***. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_73/artigos/ArnaldoGodoy\\_rev73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/ArnaldoGodoy_rev73.htm)>. Acesso em 05 mai. 2014.

GOETTERT, Jones Dari. Aos ‘vadios’, o trabalho: considerações em torno de representações sobre o trabalho e a vadiagem no Brasil. **Revista Formação** – Edição Especial – n.13 v.2 2002. Disponível em: <<http://revista.fct.unesp.br/index.php/formacao/article/viewFile/628/642>>. Acesso em: 10 out. 2014.

GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 5.ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959.

GOODIN, Robert E. **Utilitarianism as a public philosophy**. Cambridge University Press, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HART, H.L.A. **The concept of Law**. 2. ed. New York: Oxford, 1994.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Victorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEMMING, Richard; MANSOOR, Ali M. **Privatization and public enterprises**. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 1988.

HERIVEL, Tara (Ed.); Wright, Paul (Ed.). **Prison Profiteers: who makes money from mass incarceration**. New York: The New Press, 2007

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KANTOROWICZ, Germán. **La lucha por la ciencia del derecho**. Tradução: Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Losada S.A., 1949.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KEYNES, John Maynard. **As consequências econômicas da paz**. São Paulo: Editora Unb: IPRI, 2002.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e iniciação à pesquisa**. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. 5. ed. Rio de Janeiro: Perspectiva, 2000.

LEAL, César Barroso. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LIDDELL, Henry George; SCOTT, Robert. **A greek-english lexicon**. Oxford: The Clarendon, 1966.

LOGAN, Charles H. **Private prisons: cons e pros**. New York: Oxford, 1990.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução e seleção: Sebastião José Roque. Rio de Janeiro: Ícone, 2007.

LOVETT, Frank. **Uma teoria de justiça, de John Rawls: guia de leitura**. Porto Alegre: Penso, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. **Poder**. Brasília: Editora universidade de Brasília, 1985.

\_\_\_\_\_. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

MELO, Guilherme Orlando Anchieta. **O todo como totem: os meios de comunicação na formação da democracia brasileira**. 2006. 170 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Fumec, Faculdade de Ciências Humanas, Belo Horizonte, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Porto: Porto Editora, 2005.

MINAS GERAIS. Lei 12.903, de 23 de junho de 1998. Define medidas para combater o tabagismo no estado e proíbe o uso do cigarro e similares nos locais que menciona. **Diário do Executivo**, Minas Gerais, 24 jun. 1998.

\_\_\_\_\_. Lei 18.401, de 28 de setembro de 2009. Autoriza o Poder Executivo a conceder subvenção econômica às pessoas jurídicas que contratarem egressos do sistema prisional do estado. **Diário do Executivo**, Minas Gerais, 29 set. 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.1.

\_\_\_\_\_. **Execução penal: comentários à lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril, 1973.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. atual. São Paulo: atlas, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Petrópolis: Vozes, 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 21. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NAGEL, Thomas. **John Rawls and affirmative action**. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/3134387?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21102067177773>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 6. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Prática forense penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Aldeildo. **Saber direito: execução penal (curso em 05 aulas)**. Disponível em:

<<http://www.saber-direito.blogspot.com.br>>. Acesso em: 19 set. 2013.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Garantismo e barbárie**: a face oculta do garantismo penal. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutoso de. **Aplicação da análise econômica do direito**. Disponível em : <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2014.

PATTO, Maria Helena Souza. **Estado, ciência e política na Primeira República**: a desqualificação dos pobres. Estudos Avançados. [online]. 1999, vol.13, n.35, p. 167-198. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v13n35/v13n35a17.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2014.

PEARCY, Dereck. **In nomine**: core rulebook. Austin: Steve Jackson Inc., 2000.

PELLEGRINO, Charles R. **O último trem de hiroshima**: os sobreviventes olham para trás. São Paulo: Leya, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro**. Rev. Fac. Direito UFMG. [online]. 2010, n. 57, p. 85-138. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>>. Acesso em: 05 mai. 2014.

PORTO, Bruno. BH terá primeira escola em Parceria Público Privada inaugurada nos próximos meses. **Hoje em Dia Online**. Belo Horizonte, 13 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/noticias/economia-e-negocios/bh-tera-primeira-escola-em-parceria-publico-privada-inaugurada-nos-proximos-meses-1.146247>>. Acesso em 14 jul. 2013.

PORTUGAL. Ministério da Economia e do Emprego. **Governo poupa 300 milhões de euros nas parcerias público privadas em 2013**. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-da-economia-e-do-emprego/mantenha-se-atualizado/20130508-mee-comissao-economia-obras-publicas.aspx>>. Acesso em 14 jul. 2013.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Bem jurídico-penal e constituição**. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. **Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber**. Belo Horizonte: Editora UFMG 1995.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZENDE, Antônio Martinez de. **Latina essentia: preparação ao latim**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000.

REZENDE, João Victor Silveira. **Parcerias público-privadas (PPPs): manifestações discursivas dos comportamentos oportunistas em PPPs do Estado de Minas Gerais**. 2010. 118 f. Dissertação (mestrado) – Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Empresariais, Belo Horizonte, 2009.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP – parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. Petrópolis: Vozes, 2008

\_\_\_\_\_. **O conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica**. Rio de Janeiro: Imago, 1978.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Parte geral do código civil**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O contrato social**. 5. ed. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora, 1958.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção direito e ciências afins; v. 7).

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

\_\_\_\_\_. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro:

Civilização Brasileira, 2012.

\_\_\_\_\_. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013

SANTIAGO FILHO, Willis. Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: JusPodium, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: JusPodium, 2008.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SILVA, Altamiro Manoel da; TAWARAYA, Rosa Maria Mazzardo; SIGWALT, Sandra Rosane Clausen. **Projetos de parceria público-privada como sistema de cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e a administração pública**. 2004. Pesquisa (Pós-graduação lato sensu) – FAE Business School, Curitiba. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055732.PDF>>. Acesso em 14 jul. 2013.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; FONSECA, David Santos. **Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal**: leituras contemporâneas da sociologia da punição. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

SILVA, Heraldo de Oliveira. **A publicização do direito privado e a privatização do direito público**. Disponível em: <[http://www.apmbr.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=121](http://www.apmbr.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=121)>. Acesso em: 05 jun 2013.

SILVA, Vasco M. P. D. Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. (Coleção Teses)

SOUZA, Marcelo Lopes de. **A prisão e a ágora**: reflexões em torno da democratização do planejamento e da gestão das cidades. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

STEVENSON, Robert Louis. **The strange case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde**. Cutchogue: Buccaneers Books, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUN TZU. **A arte da guerra**. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 1983. Adaptação: James Clavell.

TABARROK, Alexander (Ed.). **Changing the guard**: private prisons and the control of crime. Okland: The independent Institue, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3.

ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1.

\_\_\_\_\_. **A relação processual penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 1.

TOTA, Pedro. Segunda guerra mundial. In: MAGNOLI, Demétrio (Org.) **História das guerras**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2006.

UNITED STATES OF AMERICA. **Declaration of independence**. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

UNTERMEYER, Louis. **Os forjadores do mundo moderno**. Tradução de João Alves dos Santos e outros. São Paulo: Fulgor, 1964, v. 3.

VON NEUMANN; John; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of games and economics behavior**. 60 ed. New Jersey: Princeton University, 2004.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

\_\_\_\_\_. **The body, the ghetto and the penal state**. 2008, Disponível em: <[http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1019943.files/Wacquant\\_bodyghettopenalstate.pdf](http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1019943.files/Wacquant_bodyghettopenalstate.pdf)> Acesso em: 30 mar. 2014.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões**: análise das leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ŽIŽEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.