

**Ação civil pública - Parceria público-privada -
Concessão administrativa - Complexo penal -
Construção e gestão - Suspensão do
certame - Requerimento de liminar -
Princípio do livre convencimento motivado
do juiz - *Fumus boni iuris* - Ausência -
Liminar indeferida - Decisão confirmada**

Ementa: Ação civil pública. Parceria público-privada. Concessão administrativa. Construção e gestão de complexo penal. Requerimento de liminar, para suspensão do certame. Princípio do livre convencimento motivado do juiz. Ausência do requisito do *fumus boni iuris*. Liminar indeferida. Decisão confirmada. Recurso desprovido.

- Se da análise conjunta das particularidades do caso concreto e da disciplina relativa ao instituto da parceria público-privada nada se extrai, em princípio, acerca da suposta irregularidade do certame em questão, para a construção e gestão de complexo penitenciário, forçoso é reconhecer que resta ausente o requisito da “plausibilidade do direito invocado”, desautorizando a concessão de medida liminar.

Agravo desprovido. Decisão confirmada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.08.135073-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDUARDO ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2009. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do il. Juiz *a quo*, de f. 56/60-TJ, que indeferiu o pedido de concessão de liminar nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público estadual, reputando ausentes os requisitos necessários.

O Ministério Público requerera fosse determinado ao Estado de Minas Gerais, liminarmente, que se abstinhasse de homologar a licitação regulada pelo Edital Seds 01/2008, de adjudicar o respectivo objeto e de

contratar empresa privada para estabelecimento de parceria público-privada destinada à exploração econômico-comercial de penitenciária no Estado, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), até final julgamento da ação.

Inconformado com a decisão que indeferiu o seu pedido, o agravante sustenta, em síntese, que:

1. o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão federal vinculado ao Ministério da Justiça, exarou a Resolução nº 8/2002, dotada de força normativa, recomendando a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do sistema penitenciário, razão pela qual a contratação de parceiro privado, por meio do edital licitatório em comento, para construção e gestão de penitenciária estadual, representa ofensa ao ordenamento jurídico vigente;

2. os serviços de guarda, carceragem, administração, assistência jurídica, assistência social, serviços médicos, dentre outros, ligados diretamente à execução penal, afiguram-se indelegáveis, impassíveis de contratação mediante parceria público-privada, a teor do art. 4º, III, da Lei Federal nº 11.079/04, por constituírem atos típicos do exercício do poder de polícia estatal;

3. a gestão do estabelecimento, nos termos do edital, ficará a cargo, quase inteiramente, da concessionária, ficando reservada ao gestor público apenas a orientação, fiscalização e supervisão dos atos relativos à execução penal;

4. o agente público a atuar na penitenciária será escolhido dentre os indicados em lista quántupla elaborada pela própria concessionária, o que revela que todo o funcionamento do complexo, incluindo os atos de cumprimento da pena, será pautado pelos interesses do parceiro privado;

5. o princípio da individualização da pena, garantia individual do condenado, restará comprometido, uma vez que, dentre os encargos da concessionária, incluem-se a elaboração de exames criminológicos, a investigação disciplinar dos encarcerados e a realização de perfil psicológico dos mesmos;

6. a exploração dos serviços de execução penal no presídio consistirá em atividade econômica lucrativa, tendo em vista que a remuneração da concessionária terá como variáveis o número de vagas disponibilizadas e o número de vagas ocupadas, comprometendo, dessarte, metas de interesse público como o da redução da criminalidade;

7. o fornecimento de mão de obra pela empresa privada, contratada para a prestação dos serviços dentro do complexo penitenciário, representa burla ao princípio do concurso público, preconizado no art. 37, II, da CR.

Pugna, portanto, pelo provimento do recurso, para se deferir a liminar requerida.

À f. 689-TJ, indeferi o pedido de concessão de tutela antecipada recursal, por não vislumbrar a indis-

pensável relevância das razões recursais, em confronto com a decisão agravada, bem como por não reputar presente, naquele momento, o risco de dano grave ou de difícil reparação.

Devidamente intimado, o agravado, Estado de Minas Gerais, apresentou resposta ao recurso, pugnan-do pelo seu desprovimento (f. 692/701-TJ).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o ilustre representante do Ministério Público, Dr. Geraldo de Faria Martins da Costa, apresentou parecer às f. 723/726-TJ, opinando pelo provimento do recurso. Preliminar.

Alega o agravado, à f. 694-TJ, que o agravante não cumpriu a determinação contida no art. 524, III, do CPC, uma vez que não constam da petição recursal o nome e o endereço do Procurador do Estado que representa o Estado de Minas Gerais no feito. Pugna, portanto, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, ante a ausência do pressuposto de admissibilidade.

A preliminar não prospera, *data venia*.

Com efeito, da simples análise da alegação, verifica-se a ausência de qualquer prejuízo à defesa do agravado, que apresentou, a tempo e modo, contraminuta ao recurso. Assim, cumprido o escopo da norma, não há que se falar em negativa de seguimento ao recurso.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Conheço do recurso, pois presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Mérito.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, objetivando a reforma da decisão primeva, que indeferiu o seu pedido de concessão de medida liminar, por meio da qual pretendia fosse determinado ao Estado de Minas Gerais que se abstinisse de homologar a licitação regulada pelo Edital Seds 01/2008, de adjudicar o respectivo objeto e de contratar empresa privada para estabelecimento de parceria público-privada destinada à exploração econômico-comercial de penitenciária no Estado, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), até final julgamento da ação.

Com efeito, para a concessão da medida pretendida, hão de estar caracterizados nos autos os requisitos do *fumus boni iuris* - plausibilidade do direito invocado - e do *periculum in mora* - perigo de dano.

Nessa orientação, tenho que o pedido do agravante não merece acolhida, *data maxima venia*, visto que ausentes os referidos pressupostos.

Antes de adentrar, contudo, no cerne da questão, vale destacar que o caso em exame contém controvertido tema, marcado por constante agitação política e jurídica.

Trava-se um debate entre os defensores da aplicação do modelo da parceria público-privada no âmbito do sistema prisional - argumentando, em suma, a "falta de disponibilidade de recursos financeiros" do

Estado para investir em infraestrutura carcerária e a eficiência da gestão do setor privado” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 346) -, e os que rechaçam a hipótese, invocando os seus riscos, seus problemas e sua alegada inadequação, frente a princípios constitucionais.

Trata-se, portanto, de matéria complexa e abrangente, cujos desdobramentos alcançam não só a seara jurídica, mas também política e social.

Sendo assim, há de se advertir que, no presente momento, em sede de agravo de instrumento abordando pedido de liminar em ação civil pública, o exame da questão deverá observar limites, de modo a conduzir apenas a um juízo de probabilidade e de verossimilhança, ajustado, portanto, à tutela antecipatória pretendida.

Caso contrário, pode-se chegar a admitir, precocemente, uma situação jurídica que requer análise mais detalhada e minuciosa, a ser obtida após estudo aprofundado do caso.

Feitas essas observações, passo aos argumentos trazidos pelo recorrente.

a. Resolução nº 08, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Aduz o agravante que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária exarou a Resolução nº 8/2002, dotada de força normativa, recomendando a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do sistema penitenciário, razão pela qual a contratação de parceiro privado, por meio do edital licitatório em comento, para construção e gestão de penitenciária estadual, representa ofensa ao ordenamento jurídico vigente.

Pois bem.

Como é cediço, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é o primeiro dos órgãos da execução penal, vinculado ao Ministério da Justiça.

Incumbe-lhe, dentre outros, propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança e contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária (art. 64, I e II, da Lei de Execuções Penais, nº 7.210/84).

À vista disso é que o referido órgão recomendou, por meio da Resolução nº 08/2002, a rejeição de propostas tendentes à privatização do sistema penitenciário brasileiro. Todavia, há de se ter em mira que “resoluções não são leis, em sentido estrito. Não emanam do Poder Legislativo. Tampouco são atos judiciais. Não emanam do Poder Judiciário”, na lição do Professor Brunello Stancioli (*Direitos fundamentais e questões éticas na pesquisa com seres humanos*. Disponível em: <<http://www.ufmg.br/bioetica/trabalhos/Direitosfundamentaisequestoeseticas-Brunellostancioli.doc>>. Acesso em: 29 jan. 2009).

Inclusive, os termos acima sugerem que o tom de imperatividade da resolução não coincide, propriamente, com o das leis, em sentido estrito.

E prossegue o professor:

Resoluções são atos administrativos normativos, que visam à correta aplicação da lei. Na verdade, seu objetivo é explicitar a correta aplicação da legislação pertinente, a ser observada pela Administração Pública e pelos administrados. Assim, sua força vinculante tem matriz em leis (em sentido estrito) e, fundamentalmente, na Constituição da República.

Tem-se, portanto, que a resolução ora posta deve ser examinada à luz dos preceitos constitucionais e legais, uma vez que tem “cogência (obrigatoriedade) derivada da Constituição da República e de leis ordinárias. Portanto, seus fundamentos devem ser buscados na Constituição e nessas leis correlatas [...]” (*Direitos fundamentais e questões éticas na pesquisa com seres humanos*. Disponível em: <<http://www.ufmg.br/bioetica/trabalhos/Direitosfundamentaisequestoeseticas-Brunellostancioli.doc>>. Acesso em: 29 jan. 2009).

Sendo assim, se a parceria público-privada em tela, para a construção e gestão do complexo penal no Estado de Minas Gerais, apresentar-se em harmonia com o ordenamento jurídico, revelando-se compatível com os preceitos constitucionais e com a legislação pertinente, forçoso será reconhecer que a resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária não representa óbice legal à sua implantação.

Com isso, entendo que, em princípio, o argumento do agravante, segundo o qual o edital da concessão em questão se encontra eivado de ilegalidade por não respeitar a recomendação contida na resolução, não merece acolhida, uma vez que, se o modelo de PPP proposto revelar-se consoante os preceitos da Lei Maior, a previsão contrária da referida resolução não vinculará.

b. Indelegabilidade do exercício do poder de polícia.

Alega o agravante que a prestação de serviços em relação aos presos constitui típico exercício do poder de polícia estatal, razão pela qual o objeto da presente concessão administrativa se afigura indelegável.

Com razão o agravante, no que tange à impossibilidade de se delegarem atividades típicas, inerentes ao Estado, afetas à soberania e à supremacia do Estado e que, por assim serem, são expressamente enunciadas pela Constituição.

Segundo o magistério do Professor Edimur Ferreira de Faria (*Curso de direito administrativo positivo*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997):

São serviços indelegáveis a prestação jurisdicional, a defesa nacional, a segurança interna, a preservação da saúde pública, a fiscalização e outros que dependam do poder de império ou do poder de polícia para que sejam prestados.

Tal máxima, inclusive, foi contemplada pela Lei 11.079/04 (Lei de PPPs), *in verbis*:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

[...];

III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

Todavia, do exame dos autos, entendo, em princípio, que não se está a conceder, propriamente, o poder de polícia do Estado, mas sim certos atos materiais, que sucedem aos atos jurídicos de polícia.

É que, do exame do edital do certame, não me pareceu, *prima facie*, que o Estado pretende atribuir ao particular o exercício de misteres tipicamente públicos, afetos à liberdade do administrado.

Ao contrário, a concessionária atuará em *longa manus* do poder público, apenas no que se refere aos atos materiais que sucedem ao ato judiciário punitivo, ou seja, apenas no âmbito dos desdobramentos do ato de polícia judiciária, sem inovar e sem decidir, portanto.

É o que deflui, numa primeira análise, do edital, que faz crer que os atos de execução penal, de individualização da pena, concernentes à pretensão punitiva do Estado em geral, cuja prática deve ser reservada, exclusivamente, aos entes dotados de potestade pública (*ius imperii*), não serão conferidos ao parceiro privado, mas ficarão a cargo de agentes públicos, a atuar no estabelecimento.

O “Caderno de Encargos da Concessionária”, anexo IX do edital (f. 324 e ss.-TJ), parece confirmar tal entendimento, ao arrolar os misteres do parceiro privado:

- implantação de infraestrutura, serviços de obra e construção relacionados à implantação do complexo penal;

- gestão do complexo, mediante oferecimento de serviços e atividades assistenciais aos detentos, tais como: assistência jurídica; assistência educacional, profissionalizante, cultural e recreativa; atividades desportivo-recreativas e artístico-culturais; assistência ao trabalho; assistência médica; assistência social; assistência material; assistência religiosa.

- gestão e operação técnico-administrativa do complexo, mediante implantação de sistemas de segurança e serviços de monitoramento interno e garantia da ordem e disciplina no interior da Unidade Penal.

Do exposto, não identifico, em princípio, exercício de poder de polícia no seio dessas atividades, ainda que se tome o conceito de “poder de polícia” em sua acepção ampla, qual seja “toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais” (in: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 63).

Isso porque, *data venia*, não me parece que tais atividades acarretem contenção de direitos individuais dos detentos, nem mesmo o dever de oferecer sistema de segurança interna e de prestar serviços de monitoramento interno.

Do exame atento do edital, é possível verificar que nem mesmo tais misteres ultrapassam os limites do poder de polícia. É que o diploma cuidou de ressaltar, de forma minudente, que atos de intervenção tipicamente públicos continuariam sob o manto da Administração contratante. Confirmam-se alguns trechos nesse sentido:

A segurança das barreiras físicas (alamedas, muralha etc.) e guaritas, bem como a segurança externa à UNIDADE PENAL, é de responsabilidade da CONTRATANTE, nos termos da legislação vigente (f. 353-TJ).

A CONTRATANTE é a única responsável pela execução da escolta e transporte dos sentenciados para o externo da UNIDADE PENAL (f. 363-TJ).

Os serviços de monitoramento [...] compreendem a manutenção da guarda e do monitoramento para a custódia e para a segurança dos sentenciados no interior de cada unidade penal, e devem ser executados conforme disposições legais e regulamentares, observadas as orientações e determinações do Diretor Público de segurança do complexo penal, ouvido o Subdiretor Público de segurança da Unidade Penal (f. 354-TJ) (destaquei).

[...] é terminantemente proibido aos funcionários da CONTRATADA, encarregados do monitoramento, o porte de armas de fogo e/ou armas brancas no interior da UNIDADE PENAL (f. 354-TJ).

A CONTRATADA deve [...], no que se refere aos procedimentos de checagem e revista, seguir, no mínimo, as determinações e orientações emanadas da Seds, bem como submeter-se às auditorias requeridas pela Seds (f. 356-TJ) (destaquei).

Doutro norte, vejo que também o rol de atribuições do Diretor Público do Complexo Penal conduz ao entendimento supraesposado, uma vez que, conforme se demonstrará, a promoção dos atos de execução penal dos sentenciados, incluindo, por exemplo, a aplicação de penalidades e sanções aos mesmos, ficou, ao que tudo indica, reservada ao agente público.

Veja-se:

Compete ao DIRETOR PÚBLICO DO COMPLEXO PENAL por meio dos SUBDIRETORES PÚBLICOS DE SEGURANÇA de cada UNIDADE PENAL:

- promover a execução penal dos sentenciados, em estreita observância às disposições legais e regulamentares, dando cumprimento adequado e tempestivo às determinações judiciais pertinentes;

- promover, em caráter subsidiário e não conflitante em relação às atribuições da CONTRATADA, medidas de segurança e tratamento para a recuperação social dos sentenciados [...];

- promover a aplicação de sanções e penalidades aos sentenciados [...];

- autorizar todo e qualquer remanejamento e movimentação de sentenciados bem como a movimentação interna e externa à UNIDADE PENAL e/ou COMPLEXO PENAL, em qualquer hipótese ou sob qualquer condição;

- aplicar, em conjunto com a equipe de Segurança, ações de intervenção e técnicas de inteligência clássica e policial na identificação de situações que comprometam a segurança e a ordem [...];
- orientar, fiscalizar e controlar as atividades e procedimentos desenvolvidos pela CONTRATADA, para a execução do monitoramento interno [...];

Com isso, não vejo como acolher o argumento do agravante, segundo o qual “a gestão do estabelecimento ficará, quase que inteiramente, a cargo da concessionária [...]” (f. 15-TJ). Não é essa a ilação que extraio dos trechos acima destacados, *data venia*.

Por fim, vale destacar a passagem esclarecedora do voto proferido pelo eminente Des. Antônio Carlos Chaves Antero, do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, quando do julgamento de caso versando sobre a matéria ora em questão. Confira-se, *mutatis mutandis*:

[...] entendo que a terceirização em pauta não atinge a atividade-fim do Estado, já que os serviços são realizados diretamente nas áreas secundárias de limpeza, manutenção, alimentação e outros serviços específicos da atividade-meio, não havendo delegação da atividade-fim, cabendo ao Estado, através dos seus órgãos competentes para a execução penal, o cumprimento da Lei, inclusive no que diz respeito à concessão de benefícios previstos na mesma Lei, tais como a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, fatos que demonstram a existência do comando do Estado na administração da pena e sua execução (Processo nº 00380/2005-006-07-00-5/Recurso ordinário. Disponível em: <<http://www.trt7.gov.br/consultaprocessual/index.html>>).

Diante do exposto, não vislumbro, ao menos por ora, em sede de cognição sumária, indícios de ilegalidade no certame, no que é pertinente ao objeto da concessão, pelo que reputo ausente, nesse particular, o requisito do *fumus boni iuris*.

c. Supremacia do interesse público.

Assevera o recorrente que a concessão especial envolvendo o sistema penitenciário mineiro representa afronta ao princípio da supremacia do interesse público em face do particular (f. 13-TJ).

Do exame dos autos, contudo, não me convenço da plausibilidade de tal alegação, *concessa venia*. Se não, vejamos.

O princípio da supremacia do interesse público é definido pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello como “interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000).

Em se tratando de parceria público-privada, surgem então questionamentos acerca da possível ameaça que tal modelo de concessão poderia representar ao “interesse público”, já que pressupõe uma parce-

ria entre Poder Público e privado na consecução de investimentos em infraestrutura, envolvendo compartilhamento dos riscos, “escolhas negociadas”, “fundo garantidor”, dentre outros institutos típicos.

Todavia, tenho que tal temor se funda no pressuposto, já superado, de que o interesse público consiste em noção contraposta e antinômica à ideia de interesse privado.

Tal visão é desconstituída pelo Prof. Marçal Justen Filho:

A PPP representa, por isso, a disposição do Estado de atuar de modo associativo com iniciativa privada. Isso não equivale a negar a competência estatal para proteger o chamado ‘interesse público’. Nem é incompatível com a dita ‘indisponibilidade do interesse público’. JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP brasileira e as lições do passado. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coords.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, cap. II.

No mesmo sentido, o Prof. Fernão Justen de Oliveira argumenta:

[...] identificar o interesse público não requer uma segregação dos interesses pessoais públicos e privados em departamentos estanques, mas sim, ao contrário, uma conjugação deles. Não se trata de propor aqui a despersonalização da noção de interesse público, o que seria inadequado senão contraditório mesmo, mas sim de rejeitar que o interesse público corresponde ao interesse da pessoa de direito público e de reconhecer que a maior aproximação possível entre essas duas instituições é apenas a semântica. (OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: novos postulados para a Administração Pública brasileira*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coords.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, cap. V).

Assim, atento a tais lições e tendo em vista as particularidades do caso concreto ora posto, tenho que, ao menos em princípio, o argumento concernente à inobservância do princípio da supremacia do interesse público pelo certame em análise não merece prosperar.

Nada há nos autos, *data venia*, que conduza ao entendimento sustentado pelo recorrente, pela concessão da medida liminar.

d. Escolha do Diretor Público de Segurança do Complexo Penal.

O recorrente impugna o critério previsto no edital para escolha do Diretor Público de Segurança do Complexo Penal (f. 17-TJ), insurgindo-se contra o fato de a lista quántupla contendo os indicados ao posto ser elaborada pela própria concessionária.

Todavia, verifico que o edital, nesse ponto, assim ressaltou:

- a Secretaria de Estado de Defesa Social poderá, caso entenda oportuno e conveniente, definir as qualificações

mínimas dos profissionais que comporão a lista elaborada pela CONTRATADA;

- a definição das qualificações mínimas poderá referir-se à experiência mínima em atividades de gestão penitenciária ou a realização de determinados cursos em áreas relacionadas à gestão penitenciária (f. 408-TJ).

Com isso, para a indicação dos candidatos ao cargo de Diretor Público de Segurança do Complexo Penal, a Administração se reservou a faculdade de exigir condições que entender oportunas e convenientes, à vista do interesse público.

Ao que parece, portanto, numa primeira análise, a Administração não concederá livre arbítrio à concessionária, para escolha da lista quintupla, tal como aduziu o agravante.

Sendo assim, no presente momento, em que se procede a mero juízo de probabilidade e verossimilhança, tal alegação, por si só, não me convence da presença do *fumus boni iuris*, de modo a autorizar a suspensão do certame.

E, como é sabido, em sede de medida liminar, consagra-se o princípio do livre convencimento motivado do juiz, diante da subjetividade envolvida no caso.

A análise aprofundada da questão, portanto, deve ser reservada a momento oportuno, após a necessária cognição do feito, para que não se admita, precocemente, uma situação jurídica que demanda análise mais ampla e exauriente.

e. Burla ao princípio do concurso público.

Aduz o agravante que a presente contratação de empresa privada, em forma de parceria público-privada, para o fornecimento de mão de obra para o exercício de atividades exclusivas do Estado, ainda que por meio de procedimento licitatório, afigura-se ilegal e atentatória ao princípio constitucional do concurso público (f. 19 e ss.-TJ).

Sem razão o agravante, a meu inteligir, *data maxima venia*.

Primeiramente, vale ressaltar que a presente concessão, num exame perfunctório, não tem como único objeto o fornecimento de mão de obra, o que é vedado expressamente pela Lei nº 11.079/2004:

Art. 2º [...]

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

[...]

III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Ao contrário, o objeto do certame *sub iudice* abrange a construção e a gestão de complexo penal (vide f. 84-TJ). O fornecimento de mão de obra, segundo se extrai do edital, é apenas um dos elementos que se inclui na referida gestão.

Outrossim, como bem apontou o d. Juiz *a quo*,

não há, a princípio, desrespeito à exigência de concurso público, visto que delegados apenas os atos materiais à concessionária, não há impedimento à contratação de pessoal diretamente pela gestora do complexo penal (f. 59-TJ).

Afinal, restando reconhecido que as atividades, objeto da concessão em exame, se afiguram delegáveis, significa que sua exploração não é atribuída exclusivamente ao Poder Público, podendo ser, dessa forma, atribuída a terceiros, sem comprometimento da soberania e segurança do Estado.

Logo, se delegáveis as atividades, a concessionária que as assumir, legitimamente, por meio de contrato firmado com a Administração, poderá se submeter a regime privado para a contratação de pessoal para a execução dos serviços, não se sujeitando, portanto, à exigência de concurso público (art. 37, II, CR/88), já que não mais haverá se falar em “cargos” e “empregos públicos”.

A propósito:

Art. 37 [...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...].

Ausente, portanto, nesse ponto, o pressuposto da plausibilidade das alegações do autor, ora recorrente.

f. Alegada incompatibilidade do modelo de PPP com a exploração de complexo penitenciário.

Argumenta o agravante que a exploração do sistema carcerário não se mostra compatível com o modelo de parceria público-privada, sob pena de se ferir o princípio constitucional da dignidade humana - uma vez que se admitiria a hipótese de uma empresa privada auferir lucro com a exploração da privação da liberdade humana -, bem como de se comprometer metas de interesse público, como o da redução da criminalidade - visto que o parceiro privado teria interesse no aumento da população carcerária, na medida em que isso representaria maior lucratividade.

Inicialmente, cumpre destacar que não há que se falar em comprometimento de metas de redução da criminalidade, *data venia*.

É que o poder-dever de punir (*ius puniendi*) continuará no domínio do Estado, uma vez que seu exercício legítimo pressupõe soberania estatal. Sendo assim, o Estado continuará, necessariamente, no monopólio da jurisdição criminal, razão pela qual o poder de punir o infrator não estará sujeito a condicionantes, como, por exemplo, a maior lucratividade dos complexos penais submetidos a regime de parceria público-privada. Não há relação de pertinência entre essas duas variáveis, a meu inteligir.

Lado outro, tenho que o argumento da incompatibilidade do modelo de PPP com a exploração de complexo penitenciário, à evidência, extrapola os contornos da disciplina jurídica.

Trata-se de campo fértil para contendas acadêmicas, que se estendem desde o viés político, econômico e jurídico ao eminentemente social.

Não se me afigura adequado, portanto, no presente momento, adentrar nas polêmicas que permeiam a questão, ou se teria de remontar até mesmo às bases doutrinárias da chamada fase de “reforma” por que vem passando a Administração Pública (sobre o tema: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39), até se chegar a uma conclusão crítica a respeito das vantagens e desvantagens da proposta de PPPs para o cenário nacional, o que, evidentemente, o presente instrumento não comportaria.

Todavia, os fundamentos até aqui declinados já se revelam suficientes, a meu sentir, a denotar a ausência de *fumus boni iuris* nas alegações do agravante, não obstante reconheça seu esforço argumentativo.

g. Risco de dano inverso.

A meu sentir, assiste razão ao agravado ao sustentar a existência de *periculum in mora* inverso, considerando as particularidades fáticas do presente caso.

Conforme expôs em sua resposta recursal, o sistema penitenciário do Estado de Minas Gerais - uma amostra da realidade nacional - tem experimentado, há tempos, insustentáveis problemas estruturais, apresentando insuficiência de vagas e deficiência nos serviços de saneamento, suporte médico, alimentação, acomodação, dentre outros.

A precariedade é notória, confirmada pelas estatísticas. E os números carregam uma lamentável realidade, marcada pelo sistemático desrespeito a direitos e garantias fundamentais do condenado, que é submetido a condições desumanas e a uma constante degradação, afastando a possibilidade de sua ressocialização.

Assim, se a proposta de parceria público-privada para o sistema penitenciário mineiro constitui alternativa à reversão desse cenário, com a melhoria do padrão dos serviços prestados aos sentenciados, a ampliação do número de vagas disponíveis, o uso de novas tecnologias para a promoção da segurança, dentre outros (Veja-se publicação oficial do Estado de Minas Gerais, no site: <<http://www.ppp.mg.gov.br/pppeminas/projetos-ppp/complexo%20penal/consulta-publica-1>>. Acesso em: 29 jan. 2009. Forçoso é reconhecer o risco de dano inverso aos jurisdicionados, caso seja suspenso o certame em análise.

Não se me afigura recomendável, nem prudente, portanto, a concessão da liminar pretendida, tendo em vista o peculiar contexto fático circundante ao presente caso.

Mais a mais, consoante já colocado, resta ausente o requisito *fumus boni iuris*, o que já desautoriza a concessão da medida pugnada.

Por fim, é de se ter em vista o grave momento em que vivemos, com relação ao problema nacional da segurança pública, comprometida com a falida estrutura penitenciária.

Aliás, os ilustres representantes do Ministério Público, com o zelo de sempre, são os primeiros a se insurgirem, com razão, contra um sistema prisional ineficiente, com ações visando a obrigar o Estado a construir novas penitenciárias e a transferir, constantemente, presos de uma cadeia a outra, pela total falta de condições nos abrigos deles.

Como consignei na Apelação Cível nº 1.0693.05.036885-3/001:

Impensável que, com o crescimento de encargos e afazeres da Administração governamental, fosse se exigir do Estado a prestação direta de todos os serviços públicos, que tendem, progressivamente, a se ampliarem. A modernização do sistema reclama a descentralização dessa atuação através dos mecanismos jurídicos de que se dispõe, dentre eles a concessão, a permissão, a terceirização de seus serviços, enfim, ao que tanto hoje se fala de parceira público-privada.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, confirmando a decisão agravada.

DES. GERALDO AUGUSTO - Neste momento inicial da ação civil pública, prende-se a discussão neste agravo à concessão ou não de liminar, indeferida pelo Juízo de primeiro grau, para que, em síntese, seja determinado que o Estado de Minas Gerais se abstenha de homologar licitação, de adjudicar objeto e de contratar empresa privada, em parceria-público-privada, com a finalidade de exploração econômico-comercial de penitenciária.

Tem-se, em princípio, que a pretensão liminar em ação civil pública deve ser analisada com os requisitos/pressupostos da plausibilidade do direito a prevenir o risco de ineficácia ou o seu perecimento em razão da eventual demora em sua pretensão. Aproxima-se, nesse aspecto, aos requisitos da liminar pretendida em mandado de segurança.

Com a análise dos autos, nos limites certos e estreitos do agravo de instrumento, já com a restrição delineada no âmbito de liminar preventiva, com os requisitos acima, tem-se que, como bem avaliou o despacho agravado, o Edital Seds 01/2008, que regula a referida licitação, não está, em princípio, a ferir as legislações federal e estadual que se relacionam com seu objeto.

Não se convence do embasamento da pretensão e da decisão antecipada em liminar, bem como de sua necessidade, ausentes os requisitos de cautela, quais sejam a plausibilidade jurídica dessa antecipação e o perigo da demora, no sentido jurídico.

É sabido que os contratos de parceria público-privada não são a mesma coisa que privatização, quer no sentido largo ou estreito, no âmbito do direito ou no de fato; não significam, sem dúvida, a perda do controle das políticas públicas; ademais, no caso concreto, inclusive como constante do edital.

A previsão de utilização de políticas públicas privadas, especificamente, na construção de unidades prisionais, já é realidade concreta nos Estados da Bahia, Ceará, Amazonas e Paraná, como se tem notícia.

Conforme a melhor doutrina, a terceirização dos presídios é uma alternativa e não implica a perda de direção do estabelecimento pelo Estado, e sim que determinados serviços sejam executados pela iniciativa privada. Tal já não discrepava, anteriormente, do disposto na própria LEP (art. 80).

Com esses meros comentários e pequenos acréscimos, acompanho o entendimento contido no minucioso e detalhado voto do eminente Des. Relator para, também, negar provimento ao agravo e manter, por ora, a decisão agravada.

DES.^a VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE -
De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...