



Procedência: Secretaria de Estado de Defesa Social

Interessado: Assessoria Jurídica da SEDS / Gestores Prisionais Associados - GPA

Número: 15.505

Data: 25 de setembro de 2015

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PPP PRESÍDIO. SUSPEITA DE AGRESSÕES SOFRIDAS POR PRESIDIÁRIO PROVOCADAS POR FUNCIONÁRIOS DA CONCESSIONÁRIA. INDÍCIOS DE AFRONTA AO DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO DE TER RESPEITADA SUA INTEGRIDADE FÍSICA. DEVER DE APURAÇÃO DOS FATOS. PROCEDIMENTOS PARA APURAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. POSSÍVEIS REFLEXOS NA NOTA DE DESEMPENHO DA CONCESSIONÁRIA E NECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS AGRESSORES.

PARECER

1. RELATÓRIO:

A Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Defesa Social, por meio do Ofício nº 5198/15/AJU/201/AGE/SEDS, solicita manifestação jurídica desta Casa acerca de dúvida levantada pela Unidade Setorial de PPP daquela Pasta (MEMO US-PPP nº 142/2015 – DIR), quanto às providências a serem tomadas diante dos fatos apresentados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que relatam suposta agressão sofrida pelo detento Rafael Alves



Pereira Monteiro, decorrente de ato de funcionários da Concessionária Gestores Prisionais Associados – GPA.

Em análise do expediente, consta Ofício nº 188/2015/1ªPJRN, por meio do qual o Ministério Público de Minas Gerais requisitou à Corregedoria da SEDS a instauração de procedimento administrativo, a fim de apurar agressões relatadas pelo detento Rafael Alves Pereira Monteiro em audiência de justificação realizada perante a Vara de Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão das Neves.

Considerando que as supostas agressões partiram de funcionários da Concessionária Gestores Prisionais Associados – GPA, no âmbito do Contrato de Concessão administrativa nº 336039.54.1338.09 firmado com o Estado, a Corregedoria da SEDS, nos termos da Nota Técnica nº 072/2015, manifestou-se no sentido de que não possui poder disciplinar sobre particulares sem vínculo direto (precário ou efetivo) com a SEDS, determinando, outrossim, a devolução do expediente à Unidade Setorial de Parcerias Público-Privadas daquela Pasta, para os fins contratuais cabíveis ao caso.

Ato contínuo, a Unidade Setorial de Parcerias Público-Privadas realizou consulta à Assessoria Jurídica da SEDS, nos seguintes termos: “... caso haja agressão por parte de um monitor de segurança ou qualquer outro funcionário contratado pela GPA a algum preso ou outro servidor, qual procedimento deve ser tomado pelo Diretor Público do Complexo Penal de PPP e por esta Unidade Setorial de PPP, para apuração dos fatos e posterior remessa de resposta aos órgãos fiscalizadores?” (MEMO US-PPP Nº 142/2015 – DIR).

Em resposta à consulta, a Assessoria Jurídica da SEDS, emitiu Parecer nº 0104/2015/AJU-201-die, no qual opinou pela necessidade de apuração dos fatos apresentados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio de procedimento administrativo a ser instaurado pelo Diretor Público do Complexo Penal de PPP, nos termos da Lei Estadual nº 869, de 05/07/1952, da Resolução SEDS nº 1553, de 30 de julho de 2015, atendidos os preceitos da Lei Estadual nº 14.184, de 31/01/2002, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.



E, ao final, concluiu que “o relatório conclusivo deverá ser encaminhado para a Unidade Setorial de PPP, para que sejam tomadas as providências contratuais referentes à responsabilidade da Concessionária GPA, com a solicitação imediata de retirada ou substituição de qualquer empregado, atendendo à solicitação por escrito da SEDS, cuja permanência seja julgada inconveniente e inoportuna, mediante justificativa expressa”.

Por fim, o Assessor Jurídico Chefe da SEDS, Procurador do Estado Dr. José dos Passos Teixeira de Andrade, entendeu por bem encaminhar o expediente a esta Casa, considerando a necessidade de uniformização de procedimento administrativo a ser adotado.

É o breve relatório. Passamos a opinar.

2. PARECER

A Constituição Federal assegura aos presos o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art 5º, XLVIII), garantindo-lhes respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX).

Do mesmo modo, nos termos do art.40 da Lei de Execução Penal, “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”

É preciso, portanto, preservar a integralidade física e psicológica dos detentos, respeitar seus direitos, enfim, proporcionar-lhes existência digna e honesta durante o cumprimento da pena, o que constitui dever do Estado em relação a todos os detentos sob sua custódia direta ou indireta. Quer dizer, a integridade física e moral do detento deve ser garantida tanto pelo Estado - quando ele mesmo presta os serviços -, como por quem se dispõe a prestá-los (desde que não exclusivos do Estado), via contratos de concessão firmados com o Poder Público.

Partindo, pois, desta premissa de ordem constitucional, é que passamos a análise da consulta propriamente dita.



Vem ao conhecimento desta Casa a suspeita de agressões sofridas pelo detento Rafael Alves Pereira Monteiro, enquanto cumpria pena no Complexo Penal objeto de Contrato de Concessão Administrativa, na modalidade PPP, firmado entre o Estado e a Concessionária Gestores Prisionais Associados – GPA.

Em primeiro lugar, como as supostas agressões ocorreram em penitenciária cuja operação é objeto de Contrato de Concessão Administrativa firmado pelo Estado com a parceira privada Gestores Prisionais Associados – GPA, a apuração dos fatos deve se dar com observância ao contrato então firmado, levando-se em conta, também, toda a lógica que envolve a prestação de serviços via parceria público-privada e os fundamentos da escolha estatal por tal modalidade.

Assim é que, se o Estado optou pela parceria público-privada para construção e gestão de um Complexo Penal, é porque, à época, tal se mostrou opção administrativa vantajosa tanto sobre o aspecto econômico financeiro, como em relação à garantia de melhoria na prestação do serviço público objeto da concessão. Afinal de contas, busca-se com a parceria público-privada maior economicidade para os cofres públicos aliada à maior EFICIÊNCIA na prestação do serviço público. E, neste contexto, tratando-se de operação de um complexo penal, EFICIÊNCIA significa não só melhoria na prestação de serviços nas áreas de saúde, educação e de assistência social, psicológica, jurídica e religiosa, como exige a Lei de Execução Penal, mas, sobretudo, o cumprimento de garantia fundamental assegurada pela Constituição Federal aos detentos, qual seja, o respeito à sua integridade física e uma vida digna durante o cumprimento da pena.

Tudo isto para dizer que se o Poder Público delegou a terceiros a construção e operação de um Complexo Penal (no que tange aos serviços não exclusivos do Estado), ao fazê-lo, deve primar pela eficiência que a opção do modelo de PPP promete, exigindo, para tanto, que a Concessionária preste serviços de qualidade, o que implica, necessariamente, observância aos direitos e garantias assegurados aos presos pela Constituição Federal e pela Lei de Execução Penal.

Com efeito, é DEVER do Estado apurar toda e qualquer irregularidade de que tenha conhecimento na execução do contrato de



concessão, até mesmo porque este dispõe de mecanismos capazes de “punir” a conduta irregular do parceiro privado, seja mediante aplicação de sanções administrativas, seja quando da apuração do índice de desempenho para fins de pagamento da contraprestação.

Antes, portanto, de se preocupar em apurar os fatos noticiados no expediente para fins de atender às eventuais requisições do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, é importante chamar a atenção da Unidade Setorial de PPP da SEDS para o fato de que condutas irregulares da Concessionária podem trazer consequências para o contrato de concessão, desde a aplicação de penalidades previstas no contrato, até mesmo a redução do pagamento da remuneração quando afetado o desempenho da parceira privada, isto sem falar na possibilidade de caracterização de inadimplemento contratual, com consequências ainda mais graves para a parceria.

Cite-se, a título de exemplo, a previsão contratual de multa de 30% do montante da contraprestação pecuniária mensal, calculado com base na média dos últimos seis meses, na hipótese de descumprimento pela Concessionária de qualquer obrigação prevista no contrato, segundo a gravidade da infração cometida, quando não houver cominação de multa específica (cláusula 33.7.3). E, obviamente, os reflexos de determinadas condutas sobre o desempenho da concessionária.

Daí porque vale ressaltar que a apuração dos fatos que envolveram o detento Rafael Alves Pereira Monteiro e funcionários da Concessionária é medida que se impõe não só para atender aos órgãos de fiscalização, mas, especialmente, diante do risco de a Concessionária ter afrontado direitos fundamentais garantidos aos detentos, incorrendo em hipótese de descumprimento do contrato de concessão.

Nos termos do contrato, é dever do Estado, por meio do Diretor Público do Complexo Penal (que, ressalte-se, é um servidor público nomeado pelo Poder Concedente), “*zelar pela integridade física e moral dos sentenciados*”, competindo-lhe “*orientar, fiscalizar e controlar as atividades e procedimentos pela Concessionária, observadas as normas legais e regulamentares pertinentes*” (Caderno de Encargos).



Já segundo o item 3.2.1.2 - Disciplina, Controle e Inspeção, do mesmo Anexo (Caderno de Encargos), constituem **diretrizes mínimas** de atuação para a Concessionária, dentre outras, a de “*adotar com presteza todas as medidas de segurança necessárias, registrando-as no boletim diário de ocorrências*” e, ressalte-se, “*garantir o não uso da violência contra o sentenciado*”.

Agora, se, por um lado, compete ao Estado, enquanto Poder Concedente, fiscalizar a execução contratual e buscar sempre zelar pela integridade física e moral dos sentenciados, por outro lado, o contrato, justamente em prol desta fiscalização, cuidou de estabelecer procedimentos a serem observados pela Concessionária, como o de “*levar, imediatamente, ao conhecimento da CONTRATANTE, qualquer fato extraordinário ou anormal que ocorra durante a execução dos serviços, para adoção de medidas cabíveis, bem como, comunicar, por escrito, e de forma detalhada, todo tipo de acidente que eventualmente venha a ocorrer*” (Caderno de Encargos).

Ressalte-se, inclusive, que o descumprimento de tal procedimento pela Concessionária pode ensejar a aplicação de sanções contratuais, conforme dispõem as cláusulas 33.7.5 e 33.7.6 do contrato, evidenciando-se, assim, a importância de tal mecanismo para uma fiscalização mais eficiente do contrato.

In casu, ao que tudo indica, o Diretor Público de Segurança do Complexo Penal foi comunicado dos fatos que envolveram o detento Rafael Alves Pereira Monteiro, ocorridos em 16/06/2014, conforme Comunicado Interno juntado ao expediente, seguido de solicitação de Boletim de Ocorrência e de laudo pericial de exame de corpo de delito do detento, conforme pedido realizado pelo próprio Diretor em 24/06/2015.

Pelo menos quanto à obrigação contratual de comunicação ao Poder Concedente dos fatos que envolveram o detento Rafael Alves Pereira Monteiro, ao que tudo indica, não houve descumprimento por parte da Concessionária, conforme apontam os documentos juntados ao expediente que, de fato, parecem referir-se aos fatos objeto da requisição do Ministério Público/MG, o que, ressalte-se, deve ser verificado pela Unidade PPP/SEDS, já que o expediente noticia outras condutas de indisciplina do detento em comento.



O expediente não informa se o Diretor Público de Segurança do Complexo Penal, após solicitar exame de corpo de delito, deu seguimento à apuração dos fatos objeto da Comunicação Interna, tampouco revela quais são as providências de rotina tomadas pelo Diretor nestes casos.

Abre-se, por oportuno, um parêntese: como o desempenho da Concessionária é considerado para fins de pagamento da contraprestação pecuniária, há de se convir que os comunicados internos da Concessionária tendem a relatar os fatos sob sua ótica, exigindo-se, portanto, maior cautela do Estado na fiscalização de ocorrências.

O Parecer nº 0104/2015/AJU-201-die, de lavra da Assessoria Jurídica da SEDS opina no sentido de que compete ao Diretor Público de Segurança do Complexo Penal a instauração e condução do processo administrativo para apuração das supostas agressões, remetendo, ao final, o parecer conclusivo à Unidade PPP/SEDS para medidas contratuais cabíveis.

De fato, o Diretor Público de Segurança é a figura que representa o Estado dentro do Complexo Penal, competindo-lhe, conforme visto, *orientar, fiscalizar e controlar* as atividades e procedimentos desenvolvidos pela concessionária dentro da unidade prisional, de acordo com as normas legais e regulamentares pertinentes.

Lado outro, à Unidade PPP/SEDS compete acompanhar a execução de contratos de parcerias público-privadas e de gestão administrativa terceirizada de unidades do Sistema Prisional, conforme dispõe o Decreto nº 46.647/2014, sendo ela, portanto, responsável por tomar medidas perante a Concessionária, visando ao fiel cumprimento do que foi contratado.

Ressalte-se que, embora juridicamente viável a opção por abertura de um único procedimento administrativo para apuração das irregularidades e posterior punição da Concessionária, observados o contraditório e a ampla defesa, indago acerca da conveniência de o Estado já instaurar processo administrativo contra a parceira privada toda vez que o Diretor Público de Segurança deparar-se com um Comunicado Interno da Concessionária.

É evidente que o objeto de cada Comunicado Interno deve ser apurado pelo Poder Concedente, mas a forma de fazê-lo, inclusive quem melhor



conduzi-lo - o Diretor Público de Segurança do Complexo Penal ou a própria Unidade PPP/SEDS – dependerá das circunstâncias e provas do caso concreto.

A instauração de um processo administrativo diante de toda e qualquer suspeita de irregularidade, sem investigação preliminar dos fatos, pode tumultuar desnecessariamente a execução do contrato de concessão, com desgaste natural da relação contratual, o que pode ser evitado se houver prévia elucidação dos fatos.

É sabido que no âmbito de processos administrativos disciplinares, toda vez que os fatos sobre os quais a autoridade tiver ciência não justificarem a abertura imediate de processo administrativo disciplinar, por exigirem maiores esclarecimentos, quer dizer, quando pairam incertezas quanto à ocorrência da própria irregularidade e/ou sua autoria, a Administração se vale de um procedimento conhecido por “sindicância”. Trata-se de um meio sumário de apuração de irregularidades para subsequente instauração do processo administrativo disciplinar e existe como uma forma de poupar tanto o Estado de ter de enfrentar as delongas de um processo administrativo, muitas vezes desgastante, quanto o servidor da condição de réu, sem ao menos se ter certeza da ocorrência da infração disciplinar. Tanto o Estado quanto o servidor são poupados.

Assim, a exemplo da sindicância em processo disciplinar, que possui caráter investigatório, parece-me prudente que o Poder Concedente, sempre que se deparar com a necessidade de melhor elucidação dos fatos, busque, num primeiro momento, apurá-los, de modo que instaure processo administrativo contra a Concessionária, para fins de aplicação de penalidades previstas no contrato, nos termos da cláusula 34 do contrato, apenas se concluir, ao final, pelo descumprimento de obrigação contratual, rastreado nos elementos de prova que colheu previamente.

Ao se valer, pois, por analogia, da “sindicância”, a Unidade PPP/SEDS, na qualidade de gestora do contrato de concessão, poderá ter elementos concretos para a abertura do processo administrativo, ou, não sendo confirmada qualquer conduta irregular da Concessionária, motivação para seu arquivamento. Afinal de contas, toda e qualquer decisão administrativa deve ser fundamentada, máxime quando se trata de *decisum* que afasta suspeita de irregularidade.



É claro que não se está descartando eventual conveniência de se instaurar um único procedimento para apurar as irregularidades apontadas e, ao final, adotar as medidas contratuais cabíveis, observados o contraditório e a ampla defesa, o que, contudo, dependerá de avaliação da Unidade PPP/SEDS caso a caso.

O que esta Consultoria Jurídica chama a atenção é que o Estado, na dúvida se houve ou não descumprimento de obrigação contratual pela Concessionária, pode valer-se de um procedimento sumário, a exemplo da “sindicância”, para elucidação melhor dos fatos, seguindo-se à instauração do processo administrativo contra a parceira privada apenas se ficar convencido da infração ao contrato.

Em análise do caso concreto objeto da presente consulta, considerando que o expediente não informa as medidas tomadas após o pedido de exame de corpo de delito, cumpre à Unidade PPP/SEDS, na qualidade de gestora do contrato de concessão, perquirir junto ao Diretor Público de Segurança em que pé anda a apuração dos fatos que envolveram o detento Rafael Alves Pereira, competindo-lhe, a partir daí, avaliar se já possui elementos suficientes para instaurar processo administrativo por descumprimento de obrigação contratual pela Concessionária, ou se, pelo contrário, os fatos merecem melhor investigação, caso em que poderá optar por ela mesma proceder à apuração preliminar (“sindicância”), inclusive mediante constituição de uma comissão, ou demandar ao Diretor Público de Segurança do Complexo Penal para que assim proceda, com remessa, ao final, de suas conclusões, como sugerido pela Assessoria Jurídica da SEDS.

De fato, dependendo da irregularidade que se pretende apurar, o Diretor Público de Segurança pode ser a pessoa mais indicada a fazê-lo, inclusive por se encontrar mais próximo dos fatos e por conhecer a realidade do Complexo Penal, o que não impede, contudo, que a própria Unidade PPP/SEDS conduza a apuração, se assim lhe convier.

O que importa é que o Estado colha elementos suficientes que lhe permita emitir uma decisão fundamentada acerca dos fatos, seja para concluir pela ausência de conduta irregular da concessionária, seja para apontar o descumprimento do contrato, seguindo-se, neste último caso, à instauração de processo administrativo contra a Concessionária.



Ora, se os elementos de prova coletados em fase de investigação preliminar indicarem que a Concessionária não cumpriu uma das diretrizes impostas à sua atuação, que é a de “*garantir o não-uso da violência contra o sentenciado*”, nasce o dever da Unidade de PPP/SEDS de instaurar processo administrativo contra a Concessionária, para fins de aplicação de penalidade prevista no contrato, além de outras providências, a exemplo do pedido de substituição dos funcionários expressamente prevista no contrato.

O contrato de concessão prevê os procedimentos a serem seguidos para instauração do processo administrativo para aplicação de penalidades previstas no contrato, conforme se depreende da leitura da **cláusula 34**: lavratura do auto de infração, com descrição da irregularidade então apurada, seguida de notificação da parceira privada para defesa prévia e instrução do feito (oportunidade em que poderá ser necessária a repetição de atos realizados no decorrer da fase de apuração prévia da irregularidade), e ao final, decisão motivada do Poder Concedente, observado o direito a recurso.

Ressalte-se que eventual aplicação de sanção administrativa deve se dar com respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, segundo a natureza e gravidade dos fatos apurados, observados, em qualquer caso, o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, atenta-se para eventuais impactos do descumprimento contratual na apuração do índice de desempenho da Concessionária, com possibilidade de redução da contraprestação pecuniária. Note-se que alguns indicadores de desempenho levam em consideração a ocorrência de atos de indisciplina, a existência de pessoa ferida, existência de objetos não autorizados no presídio, tomada de reféns, subida no telhado, dentre outros, podendo, assim, a Concessionária ter seu desempenho afetado se restar comprovado o desrespeito à integridade física do detento ora sob suspeita.

3. CONCLUSÃO:

Em face do exposto, esta Consultoria Jurídica opina no sentido de que todo e qualquer Comunicado Interno deve ser apurado pela Unidade



PPP/SEDS, enquanto gestora do contrato de concessão, para fins de se averiguar eventual descumprimento de obrigação contratual pela Concessionária e eventuais reflexos sobre seu desempenho, porém, a forma de apuração, inclusive quem melhor conduzi-la - o Diretor Público de Segurança do Complexo Penal ou a própria Unidade PPP/SEDS - deve ser avaliada caso a caso, considerando as circunstâncias e provas do caso concreto.

Neste contexto, em análise do caso objeto da presente consulta, compete à Unidade PPP/SEDS, enquanto gestora do contrato de concessão em comento, avaliar se já possui elementos de prova suficientes do descumprimento da obrigação contratual assumida pela Concessionária de “*garantir o não-uso da violência contra o sentenciado*”, em desrespeito à integridade física do detento Rafael Alves Pereira Monteiro, de modo que:

- estando convencida, pelas provas já existentes, de que houve descumprimento do contrato, deverá abrir processo administrativo para fins de aplicação de penalidades, nos termos da cláusula 34 do contrato de concessão, atentando-se, ademais, para eventuais reflexos da conduta da Concessionária sobre o pagamento da contraprestação e para a necessidade de substituição dos funcionários da GPA envolvidos no caso;

- caso contrário, pairando dúvida quanto à existência de infração ao contrato, é **recomendável** que proceda à investigação dos fatos mediante apuração preliminar, utilizando-se, por analogia, da “sindicância”, que poderá ser conduzida por ela mesma, via comissão instituída para tanto, ou por meio do Diretor Público de Segurança do Complexo Penal. Assim procedendo, a instauração do processo administrativo perante a Concessionária, para aplicação de penalidades, nos termos do contrato, ocorrerá apenas quando houver prova do descumprimento de obrigação contratual.

Ressalte-se que a recomendação de se buscar apurar os fatos previamente à instauração de processo administrativo visa a preservar a relação do Estado com a Concessionária, considerando, dada a natureza dos serviços envolvidos na concessão, a provável existência de Comunicados Internos quase que diariamente, evitando-se, assim, a instauração de inúmeros processos administrativos perante a Concessionária, (via de regra, desgastantes e demorados), baseados em mera suspeita de infração contratual.



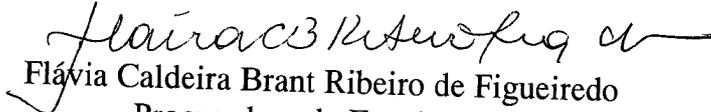
De todo modo, não se descarta a possibilidade de a Unidade PPP/SEDS, diante do caso concreto, optar pela adoção de um único processo administrativo, no qual apure a procedência da suspeita de infração e aplique a respectiva condenação, garantidos, à toda evidência, a ampla defesa e o contraditório.

Adverte-se que toda e qualquer decisão da Unidade PPP/SEDS, seja pelo descumprimento de obrigação contratual seguida da instauração de processo administrativo para aplicação de penalidade, seja pela ausência de infração ao contrato, deve ser fundamentada, baseada nos elementos de prova colhidos.

É o parecer.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 2015.

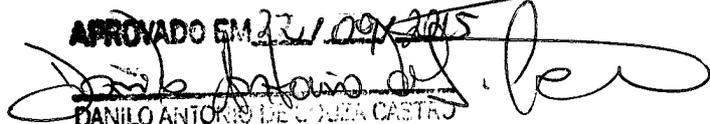

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo

Procuradora do Estado

OAB-MG 69.844 – MASP 1127022-0

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

APROVADO EM 23/09/2015


DANILO ANTONIO DE SOUSA CASTRO

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

MASP 1.120.503-6 - OAB/MG 93.840


Onofre Alves
ADVOCADO GERAL DO ESTADO