



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Parceria Público-Privada em Presídios – Um Novo Modelo de Gestão

Fernanda de Aguiar Cunha

Rio de Janeiro
2016

FERNANDA DE AGUIAR CUNHA

Parceria Público-Privada em Presídios – Um Novo Modelo de Gestão

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA EM PRESÍDIOS – UM NOVO MODELO DE GESTÃO

Fernanda de Aguiar Cunha

Graduada pela Escola de Direito da
Fundação Getulio Vargas. Advogada.

Resumo: Os estabelecimentos prisionais brasileiros sofrem atualmente uma grande crise. Apesar da existência de normas internacionais e nacionais assegurando o respeito à dignidade do preso dentro das prisões, essas não estão sendo executadas. Nesse contexto, apresenta-se a gestão de presídios por meio de contratos de Parceria Público-Privada (PPP) como alternativa ao modelo de gestão pública. O objetivo desse estudo é demonstrar que, através de contratos de PPP, é possível criar estruturas de incentivos às concessionárias mais aptas a garantir a efetividade dos direitos dos presos do que aquelas às quais os agentes públicos estão submetidos no modelo público de gestão. Em especial, é explorada a relação entre indicadores de desempenho e sistema de remuneração da concessionária.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Parceria Público-Privada; Estabelecimento prisional; Sistema de Mensuração e Desempenho; Sistema de Pagamento.

Sumário: Introdução. 1. Breve descrição das condições do sistema carcerário brasileiro. 2. Introdução a PPPS em estabelecimentos prisionais e sua estrutura de incentivos para o cumprimento do contrato pela concessionária. 3. Modelagem contratual e os incentivos ao parceiro privado e sistema de remuneração. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise das Parcerias Público-Privadas (PPP) como instrumento de gestão para os estabelecimentos prisionais brasileiros. Importa investigar em em que medida as PPPs seriam uma alternativa viável – e desejável – ao atual modelo público de gestão desses estabelecimentos no Brasil.

A escolha desse tema tem como justificativa a atual conjuntura das prisões em todo o país, apresentando uma série de problemas estruturais, como por exemplo, superlotação, e falta de condições mínimas de habitabilidade e salubridade, além dos elevados custos para o Estado. Tamanho o desrespeito com os direitos fundamentais do preso, o STF considerou o “Estado das Coisas Inconstitucionais”, determinando algumas medidas para tentar conseguir melhorar a atual situação carcerária.

Tal situação, de completo desrespeito ao disposto nas normas internacionais e nacionais sobre a gestão de presídios e tratamento dos detentos, revela a incapacidade do modelo público de gestão em prestar à sociedade um nível adequado de serviço. A desorganização demonstra a necessidade do aparelhamento estatal se estruturar de forma a estabelecer um mecanismo que traga a resolução desses problemas. Nesse sentido, impõe-se a reflexão sobre novas alternativas de gestão do sistema carcerário, dentre as quais destacam-se as Parcerias Público-Privadas.

Com base nessa contextualização, sugere-se, como hipótese de pesquisa, o modelo de gestão por meio de PPPs como modelo institucional capaz de proporcionar um serviço mais eficiente, isto é, que dê efetividade aos direitos do preso com um menor custo para o Estado.

Serão aprofundadas as características do modelo de PPP adotado no Brasil, apresentando a análise econômico-jurídica para a sua adoção e as razões pelas quais tal modelo é mais eficiente ao modelo público atualmente aplicado. O ponto de ressaltado deste capítulo será a análise da vinculação contratual entre os sistemas de mensuração de desempenho da concessionária e de sua remuneração. Importante observar a estrutura de incentivos criada por esse mecanismo para que o serviço seja prestado de acordo com o que foi pactuado contratualmente.

Por fim, conclui-se o presente artigo com a apresentação de considerações finais sobre o tema, nas quais procura-se defender as Parcerias Público-Privadas como arranjo institucional mais eficiente do que o atual modelo público de gestão.

1. BREVE DESCRIÇÃO DAS CONDIÇÕES DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Os direitos humanos e as garantias legais dos presos estão previstos não só no nosso ordenamento jurídico pátrio, como também em Resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU), as quais o Brasil internalizou em nossa legislação. As Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotada em 1955, em Genebra, pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre o Tratamento dos Prisioneiros, trazem um rol exaustivo de garantias aos presos que têm que ser adotadas nos sistemas penitenciários de todos os países signatários do tratado.

Juntamente com as normas internacionais, as normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras impõem a adoção de medidas adequadas aos presos, garantindo o respeito aos seus direitos fundamentais. No entanto, não é isso que está sendo visto na prática.

Conforme relatório elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, realizado em 2013, foi constatado que entre março de 2012 e fevereiro de 2013 foram registradas 121 rebeliões e 769 mortes nos estabelecimentos verificados, sendo desse total, 110 mortes foram classificadas como homicídio e 83 como suicídio. Além disso, foram constatadas mais de 20 mil fugas, evasões ou ausência de retorno após concessão de benefício. Nestes casos, apenas 3.734 presos foram recapturados e 7.264 retornaram a prisão espontaneamente.

Em relação à assistência jurídica, em 211 locais (13%) não é proporcionada de forma permanente; em 1.036 (quase 65%), não há serviço de assistência jurídica no próprio estabelecimento. Quase metade dos estabelecimentos (780) não possui cama para todos os

presos e quase um quarto (365) não tem colchão para todos. A água para banho não é aquecida em dois terços dos estabelecimentos (1.009). Não é fornecido material de higiene pessoal em 636 (40%) locais e não há fornecimento de toalha de banho em 1.060 (66%). A distribuição de preservativo não é feita em 671 estabelecimentos (42%). As visitas íntimas são garantidas em cerca de dois terços do sistema (1.039 estabelecimentos). Cerca de 60% dos estabelecimentos (968) não contam com biblioteca; falta espaço para prática esportiva em 756 locais (47%) e para banho de sol (solário) em 155 (10%) .

Tal situação dos presídios brasileiro fez com que o Supremo Tribunal Federal declarasse o Estado das Coisas Inconstitucional¹, em que foi reconhecida a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais.

Conforme trata Carlos Alexandre de Azevedo Campos, um dos pressupostos para o reconhecimento do Estado das Coisas Inconstitucional é “da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais”².

A inércia das autoridades públicas de todos os poderes, juntamente com a ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Dessa forma, necessário pensar numa medida alternativa para tentar solucionar a atual situação dos presídios, tendo como sugestão a Parceria Público Privada.

2- INTRODUÇÃO A PPPS EM ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS E SUA ESTRUTURA DE INCENTIVOS PARA O CUMPRIMENTO DO CONTRATO PELA CONCESSIONÁRIA

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 17 mar. 2016

² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

Ao longo dos anos 1980, principalmente, contatou-se a necessidade de investimentos em infraestrutura para possibilitar um ritmo sustentável de crescimento econômico impulsionado pela globalização. A crise fiscal em que grande parte dos países no mundo se encontravam não permitia, porém, que esses investimentos fossem financiados exclusivamente com recursos públicos. As políticas de desestatização surgem nesse contexto como forma de atrair o investimento da iniciativa privada em infraestrutura.

Dessa forma, surge, na Inglaterra, o modelo de Parceria Público-Privada denominada, *Private Finance Initiatives* (PFI). Conforme esse modelo, seria transferido ao parceiro privado o risco do empreendimento, além disso, era condição de realização do projeto a demonstração do bom emprego dos recursos - *good value for Money*³. Se, inicialmente, o objetivo do governo inglês ao utilizar as PFIs era viabilizar financeiramente os seus projetos de infraestrutura, por meio de investimentos de empresas privadas, com o tempo, o objetivo maior passou a ser a eficiência na prestação de serviços públicos⁴.

Com base em contexto semelhante, surgiram, no Brasil, a partir dos anos 1990, as iniciativas de desestatização, dentre as quais se destacam as concessões de atividades desempenhadas pelo Poder Público à iniciativa privada, tanto por meio de contratos de “concessão comum”, regidos pela Lei nº 8.987 de 1995⁵, quanto por meio de contratos de

³ “PFI, em amplas linhas, é uma espécie de contrato de prestação de serviços, a partir da exploração de uma infraestrutura construída pelo parceiro privado, Além disso, caracteriza esse tipo de contrato o fato de o investimento privado ter sua amortização e remuneração asseguradas, ao menos parcialmente, por alguma sorte de pagamento público.” (RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 26.

⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 31.

⁵ Em 1995 surgiu a Lei nº 8.987 que criou o regime geral da concessão e da permissão de serviços públicos, regulamentando o art. 175, parágrafo único da Constituição Federal. Contudo, esta lei não abrangia obras de grandes vultos que dependiam de subsídios públicos para a viabilização de seus projetos⁵, assim, nesse quadro surge a Lei 11.079 de 2004, conhecida como Lei das PPP, que instituiu normas gerais de licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

“concessão patrocinada” e “concessão administrativa” regidos pela Lei nº 11.079 (Lei de Parceria Público-Privada)⁶.

Especificamente em relação à Lei de PPP, o objetivo do governo era oferecer maior flexibilidade para a estruturação de projetos de infraestrutura pública por meio de investimentos, tendo em vista o grande êxito que estava ocorrendo na adoção desse modelo de gestão em outros países. Nesse sentido, esclarece José dos Santos Carvalho Filho “As parcerias público-privadas têm sido adotadas com sucesso em diversos ordenamentos jurídicos, como, entre outros, os de Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda”, justifica isso, tendo em vista apresentar “dois pontos fundamentais, sobretudo em relação aos países ainda em desenvolvimento: a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado”.⁷

Seguindo a mesma linha de raciocínio Maurício Portugal Ribeiro explica as razões da elaboração do marco legal das PPPs⁸:

Em primeiro lugar, era preciso abrir espaço para viabilizar a implementação de projetos incapazes de, por si só, alcançarem a autosustentabilidade financeira, apesar do seu alto retorno econômico e social. Nesse sentido, a lei de PPP passou a admitir a realização de pagamento de subsídios pela administração aos concessionários de serviços públicos em projetos que não se sustentam com a mera cobrança de tarifas. Além disso, pretendia-se viabilizar a amortização de investimentos realizados para prestar serviços diretamente ao poder público em prazo maior de cinco anos, que é o limite trazido pela lei. Já o segundo objetivo, justifica-se a criação da PPP pela conveniência de viabilizar investimentos em infraestrutura sem aumentar o endividamento público e com reduzido impacto na meta do resultado primário.⁹

Assim, como pode ser extraído desse trecho e como se verá no próximo capítulo de forma mais aprofundada, transferir ao parceiro privado, numa relação de prestação de serviços públicos, a responsabilidade de financiar, construir, operar e manter o serviço pode ser uma

⁶ Contudo, para este trabalho, será trabalhada apenas a Lei de Parcerias Público-Privadas.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 460/461.

⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. Malheiros Editores, 2007. p. 31/32.

⁹ As PPPs apenas atingem o objetivo de desoneração do orçamento público se transferirem ao parceiro privado riscos suficientes, nos termos da portaria do Tesouro Nacional.

forma eficaz de diminuir a sobrecarga do estado, permitindo que o Poder Público tenha como foco de sua atuação somente o processo de fiscalização dos resultados finais¹⁰ proporcionados pela gestão privada¹¹.

Nesse contexto que surge a proposta de adoção do modelo de gestão por meio de PPP para estabelecimentos prisionais. Embora no Brasil ainda não haja larga experiência em PPPs de estabelecimento prisional, é possível encontrar esse modelo (em suas diferentes formas) em países como EUA, Inglaterra, Portugal, Austrália, dentre outros.

Nos EUA, por exemplo, quase dez por cento das prisões são administradas por empresas privadas. Peter H. Kyle¹² explica o que justifica a criação de uma PPP em estabelecimentos penais nos EUA:

State governments found private prisons attractive primarily because of the reduce cost of operations, faster build times, and politically expedient financing. Due to budget, capital, and labor constraints in the public sector, the private sector can build prisons faster and operate them at a lower cost than government prison. The Correction Corporation of America, for example, can build a prison in nine months and have it operational within twelve, whereas a similar government facility would require a three-year window.

Portanto, a PPP para estabelecimentos prisionais, assim como as PPPs em outros serviços, foi pensada tanto no Brasil, quanto no mundo como forma de diminuição dos custos do governo. Contudo, não basta somente a Administração Pública reduzir os seus gastos se o serviço não for prestado da melhor forma possível, já que este que tem que ser o objetivo principal. Dessa forma, ao se propor uma PPP é essencial estabelecer indicadores de desempenho para que o parceiro privado execute o serviço nos parâmetros dispostos

¹⁰ Importante ressaltar que os órgãos de execução penais continuarão a existir, contudo, focando a sua competência na fiscalização dos resultados da gestão privada.

¹¹ Citando de forma exemplificativa um projeto de PPP de grande êxito no Brasil, trata do Hospital do Subúrbio, primeiro hospital constituído por meio de PPP, localizado na Bahia. Com um fluxo de atendimento de, aproximadamente, 16 mil pacientes por mês, o hospital virou referência não só no Brasil, mas no mundo, sendo premiado em Washington pelo prêmio “Parcerias Emergentes” do Internacional Finance Corporation, concedido aos dez melhores projetos de PPP na América Latina.

¹² KYLE, Peter H., *Contracting for Performance: Restructuring the Private Market*. p. 2093. Disponível em: <<http://scRIBEIR.holarship.law.wm.edu/wmlr/vol154/iss6/8/>> Acesso em: 15 mar. 2016.

contratualmente. Os indicadores de desempenho presentes no contrato estabelecem as características do serviço que a concessionária deverá prestar¹³.

Um argumento que é utilizado pela doutrina é se esse sistema não geraria um estímulo para que as concessionárias de estabelecimentos prisionais começassem uma política “pró-encarceramento”, haja vista que a forma de remuneração é, de forma simplificada, por unidade de preso. Nesse sentido argumenta Cristiane Achilles Guedes¹⁴:

Além disso, com a implementação da parceria publica-privada no sistema prisional, a empresa privada irá receber mais do Estado quanto maior for o número de presos que trabalham, pois, assim, ela alcançaria certos indicadores. Portanto, para ela é interessante que as prisões estejam sempre cheias já que o lucro auferido será maior, o que favorece a política de encarceramento em massa.

Contudo, quem defende essa tese não leva em consideração, primeiramente, que há um número máximo de vagas por preso em cada unidade penal, não podendo o parceiro privado exigir um número maior do que o estabelecido.

Além disso, conforme trata Peter. H. Kyle¹⁵ para que não haja esse incentivo do parceiro privado em requisitar cada vez mais apenados, necessário que os indicadores de desempenho estabelecidos contratualmente estejam voltados para resultados de ressocialização do preso. Ou seja, os indicadores de desempenho não têm que estabelecer simplesmente as melhores condições aos presos durante a sua “estadia” no estabelecimento criminal, mas têm que estimular práticas do preso para que, quando ele volte a vida em sociedade, não tenda a reincidir na criminalidade.

Assim, se os indicadores de desempenho estiverem voltados para este fim, será mitigado o risco de que as concessionárias apoiem uma política de massificação do

¹³ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

¹⁴ GUEDES, Cristiane Achilles. *A Parceria Público Privada no Sistema Prisional*, Revista do CAAP, 2010 (1), Belo Horizonte, jan.-jun. 2010, p. 65-76

¹⁵ KYLE, Peter H., *Contracting for Performance: Restructuring the Private Market*. p. 2093. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss6/8/>> Acesso em: 15 mar. 2016

encarceramento, pois a própria prestação do serviço voltada para a ressocialização irá contradizer essa ideia.

Até porque, essa própria ideia de pena como ressocialização é uma das próprias funções previstas na teoria relativa da pena¹⁶. No caráter de prevenção especial positivo, a pena é utilizada como instrumento como reeducação do apenado, buscando prepará-lo para retornar a sociedade¹⁷. Contudo, para o apenado conseguir se ressocializar, é necessário, antes de tudo, que ele tenha seus direitos à integridade física e mental assegurados e que ele permaneça durante o cumprimento da pena num ambiente que esteja voltado à sua recuperação.

3. MODELAGEM CONTRATUAL E OS INCENTIVOS AO PARCEIRO PRIVADO E SISTEMA DE REMUNERAÇÃO

Conforme trata o artigo 2º da Lei da PPP, a “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.” No caso de uma PPP prisional, por se tratar de “prestação de serviço de que a administração pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”¹⁸, a modalidade administrativa é a adequada.

Como já foi dito anteriormente, os contratos de PPP envolvem valores mais elevados¹⁹, assim, a necessidade de amortizar esses investimentos requer prazos mais longos. Dessa forma, o prazo não fica vinculado à vigência dos créditos orçamentários, tal como ocorre na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993). O art. 5º, I da

¹⁶ O Código Penal brasileiro adotou a teoria mista em que propõe uma unificação com a teoria absoluta com a teoria relativa, conforme explicita o *caput* do art. 59 do CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”

¹⁷ Levando em consideração que no Brasil não existe pena perpétua ou pena de morte.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 463.

¹⁹ Conforme o art. 2º, § 4º, I da Lei 11.079/04 é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada para contratos cujo o valor é inferior a R\$ 20.000.000,00.

Lei de PPP permite a fixação do prazo máximo contratual de 35 anos. A transferência ao parceiro privado da responsabilidade por realizar a obra e mantê-la por diversos anos, cria incentivos ao aumento da eficiência.

O art. 5º da Lei nº 11.079/04 é elucidativo ao determinar que o contrato de PPP deve conter, dentre outros dispositivos, cláusulas prevendo “as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais” e “os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado”. Conforme já mencionado, é justamente na possibilidade de se vincular a remuneração da Concessionária ao seu desempenho, medido por meio de indicadores pré-definidos no Contrato de Concessão, que se vislumbra o potencial de aumento na eficiência da gestão prisional por meio das PPPs de presídios.

Para análise desse ponto, contudo, é necessário partir dos pressupostos de que todos os estudos técnicos para a instauração do edital de licitação foram feitos de forma adequada e satisfatória e de que o processo de licitação também observou todas as necessidades e oportunidades do mercado, eliminando quaisquer problemas em relação a conluios, barreiras de entrada e corrupção²⁰. Assim, se no processo de licitação o ponto principal é a escolha do melhor parceiro privado²¹ para a construção e gestão do objeto do contrato; para a modelagem contratual o objetivo é alinhar os incentivos na execução do serviço com a máxima eficiência.

Entende-se como a maximização de eficiência numa relação contratual a busca do melhor uso dos recursos empregados para a prestação do serviço²². Ou seja, é a capacidade das partes durante a execução de um contrato em prestar o melhor serviço possível com

²⁰ De acordo com o professor Mauricio Portugal Ribeiro, os principais problemas hoje no Brasil em relação ao processo de licitação em contratos de grandes projetos de obras concessões comuns e PPP estão relacionados: a) as barreiras de entrada; b), conluio entre os participantes da licitação que combinam estratégias em benefício de ambos; c) captura que trata da influência do regulado sobre o regulador na decisão sobre a própria estrutura da licitação e; d) a corrupção entre os agentes públicos e os licitantes ou potenciais licitantes. (RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 11)

²¹ Entende-se aqui como melhor parceiro privado sendo o mais adequado em ambiente que gere competição e desfavoreça conluios, corrupção e captura.

²² RIBEIRO, op. cit., p. 65.

recursos disponíveis. Em outras palavras: a capacidade de se obter o melhor “valor pelo dinheiro” (*value for Money*).

O objetivo dessa maximização de eficiência, no caso específico de uma PPP prisional é garantir a efetividade dos direitos dos presos previstos no ordenamento jurídico pátrio por meio do menor valor despendido pela Administração Pública.

Como mencionado no primeiro capítulo a situação dos estabelecimentos prisionais controlados pelo o Estado é alarmante. Violam-se, cotidianamente, garantias constitucionais dos presos, como sua integridade física e moral²³.

Dessa forma, uma solução para esse problema é a gestão do presídio pelo parceiro privado. A aposta é que o objetivo de maximização da eficiência, gerados pelos incentivos adequados, resultará em melhores condições para os presos. Ou seja, se existir na relação contratual esse equilíbrio, melhor será a gestão prestada pela concessionária e, conseqüentemente, melhores serão as condições dos estabelecimentos prisionais, gerando ao apenado o convívio em um ambiente e sua ressocialização conforme as imposições constitucionais, legais e contratuais.

Além do mais, a transferência ao parceiro privado da responsabilidade de administrar o estabelecimento criminal traz vantagens em relação à administração pelo setor público devido à maior flexibilidade e agilidade na gestão de recursos materiais e humanos. Diferente do engessamento existente na administração pública, a concessionária tem liberdade para determinar os seus gastos. Exemplo disso está na própria contratação de mão de obra para execução do trabalho dentro dos estabelecimentos prisionais.

Na gestão pública dos presídios, não há o mesmo grau de flexibilidade e agilidade na demissão ou transferência do agente que, por exemplo, não esteja obtendo bom desempenho em suas funções, haja vista que goza de estabilidade no cargo. Em verdade, a própria

²³ BRASIL. Art. 5º, XLIX da CRFB/88.

capacidade da Administração Pública de adotar sistemas de avaliação de desempenho de seus agentes que impliquem a demissão em caso de má avaliação depende da edição de lei complementar, sendo garantido o direito de ampla defesa²⁴. Assim, é necessário abrir um processo disciplinar assegurando o contraditório e ampla defesa do trabalhador. Já na administração privada, a concessionária tem a autonomia para contratar e demitir seus empregados²⁵. Dessa forma, após uma avaliação de desempenho de seus empregados, se a concessionária constatar que estes não estão prestando o serviço de forma adequada, poderá despedir sem justa causa, apenas arcando com os custos da demissão.

O mesmo ocorre com a contratação de empresas para prestação de serviços auxiliares. Para que sejam feitas contratações numa administração estatal de presídios, é exigida por lei a licitação, com exceção aos casos de dispensa. Contudo, se a empresa privada analisar que será mais vantajoso, por questões quantitativas ou qualitativas, transferir determinado serviço auxiliar (comida, limpeza, educação...) para outra empresa, basta que seja elaborado um contrato de prestação de serviços entre elas²⁶.

A eficiência desse modelo gera ganhos não só ao próprio apenado, mas à Administração Pública e à sociedade.

Além da redução dos custos, como a Administração Pública não terá que administrar os presídios, ela poderá focar apenas no processo de fiscalização por meio do monitoramento do Contrato de Concessão. E, como já mencionado, acaba sendo positivo para o Estado, haja vista que, conforme já tratado, ele não está conseguindo proporcionar um serviço adequado nos estabelecimentos prisionais, diferente das empresas privadas que terão incentivos para isso.

²⁴ BRASIL. Art. 41, § 1º, III da CRFB/88

²⁵ Claro que seguindo todas as condições dispostas na CLT, leis específicas, convenção coletiva, dentre outras.

²⁶ Em regra, os contratos de PPPs apenas dispõem da necessidade da concessionária comunicar o poder concedente sobre a contratação.

Em relação aos benefícios à sociedade, primeiramente, pode-se ressaltar que quem arca com a manutenção dos presídios são os contribuintes. Assim, se há reservas orçamentárias para esse tipo de investimentos nos presídios, imperioso que eles sejam feitos de forma eficiente, o que não está ocorrendo. Dessa maneira, transferir ao parceiro privado a gestão desses estabelecimentos é viabilizar uma aplicação mais eficiente dos recursos dos contribuintes e deixar que o Estado tenha como foco apenas o processo de fiscalização.

Outro fator que importa ressaltar é a própria questão da ressocialização. Toda a sociedade se beneficia de forma indireta quando o preso se ressocializa, pois este não volta a reincidir na criminalidade.

No entanto, para compreender essa dinâmica de maximização da eficiência do parceiro privado, juntamente com o processo de fiscalização pela Administração Pública, importante que o contrato de concessão estabeleça indicadores de desempenho alinhados com sistema de pagamentos à Concessionária²⁷.

Para esses indicadores serem eficazes, necessário que estejam focados no resultado a beneficiar o poder público e os usuários, ou seja, na própria consecução do serviço²⁸, transferindo para o parceiro privado tanto quanto possível as decisões sobre os insumos, materiais, tecnologias, pessoal, equipamento e etc. No caso do estabelecimento prisional, o Poder Público focaria apenas se o parceiro privado está seguindo as previsões contratuais²⁹, legais e constitucionais de gestão de presídios, dessa forma, a concessionária teria mais espaço para tomar decisões sobre a própria gestão do estabelecimento, como em relação a alimentação, educação, vestuário e etc.

²⁷ Existem diversas formas de remuneração da Concessionária: exploração de receitas acessórias, isenções tributárias entre outras... Contudo, este trabalho focará na remuneração feita diretamente pelo ente federativo.

²⁸ Lembrando que a consecução do serviço tem que estar focada para a ressocialização.

²⁹ Em regra, o contrato não estabelece somente os indicadores a serem utilizados, mas também o mínimo aceitável para cada índice, a metodologia e técnica para mensuração desse índice e o procedimento para a sua aferição.

Portanto, essa nova modelagem abre espaço para que o parceiro privado analise qual a melhor forma de se estruturar, gerando maior espaço para a geração de ganhos de eficiência na prestação dos serviços³⁰. Assim, como o particular que irá escolher os meios, os materiais, a tecnologia de melhor custo/benefício³¹ a serem empregados no serviço prestado, esses ganhos serão repassados para o usuário e para o Estado.

Em regra, o ideal é que esses indicadores de desempenho sejam monitoráveis, ou seja, necessário que o Poder Público possa verificar esses indicadores de maneira fácil, se possível eletrônica ou mecanicamente³². Assim, caso esses indicadores apontem desempenhos abaixo do estabelecido contratualmente, a concessionária terá que arcar com as perdas.

No entanto, dependendo do tipo de serviço, esse monitoramento eletrônico será de difícil concretização. Com isso, a aferição dos indicadores de desempenho terá que ocorrer por uma avaliação humana. Esta verificação humana poderá ocorrer diretamente pelo Poder Público através de agentes estatais, ou a Administração Pública poderá contratar, por meio de licitação, uma empresa para desenvolver esse serviço.

Contudo, para que os serviços públicos prestados pela concessionária sejam feitos de forma eficiente, não basta apenas que os indicadores de desempenho estejam bem estruturados. É necessário que esses indicadores estejam alinhados com o sistema de remuneração da concessionária, de modo a proporcionar incentivos econômicos para que ela cumpra o estabelecido contratualmente. Com isso, o contrato terá que, sempre quando possível, prever expressamente a conexão entre os índices de desempenho e o sistema de remuneração.

³⁰ Partindo da premissa que a licitação e o contrato foram estruturados adequadamente.

³¹ Supondo aqui que haverá competição no mercado ou pelo mercado.

³² Para ficar mais fácil a visualização, tem como exemplo o chamado IRI (Índice de Irregularidade Longitudinal), utilizado em rodovias para medir o cumprimento pelo pavimento de rodovias da qualidade contratualmente pactuada que é verificado através de um aparelho eletrônico. Outro exemplo é a taxa de energia interrompida no setor elétrico que é um indicador operacional de qualidade do serviço também verificado eletronicamente. (RIBEIRO, op. cit., p. 70).

Em regra, a remuneração do parceiro privado em contratos de PPP na modalidade concessão administrativa se dá, majoritariamente, por meio do pagamento de uma contraprestação pública pecuniária pelo Poder Concedente. É possível, no entanto, que, em alguns projetos, a exploração de receitas acessórias represente a principal fonte de receitas da Concessionária.

No caso de uma PPP de presídios, tudo leva a crer que a remuneração da concessionária se dará integralmente por meio da contraprestação pública pecuniária que lhe é paga pelo Poder Concedente. É sobre essa fonte de receitas que incidirão os eventuais descontos determinados contratualmente no caso de uma má performance da Concessionária.

Existem outras formas de punir a concessionária caso ela não cumpra com as suas obrigações contratuais. Podemos citar como exemplo as sanções administrativas previstas no contrato e na legislação pertinente, como, por exemplo: a advertência, suspensão temporária em participar em licitações e a multa. Contudo, Maurício Portugal Ribeiro³³ elabora crítica pertinente a este respeito, evidenciando que a multa não tem sido um instrumento eficaz para cumprimento do contrato. É nesse sentido que ele justifica:

É importante trazer à baila que, por razões que não faz sentido aprofundar aqui, desenvolveu-se na prática regulatória brasileira, de um lado, uma prática de aplicação indiscriminada e muitas vezes desproporcional de multas e, de outro lado, uma prática, consolidada com a ajuda de algumas vertentes da teoria do direito administrativo, de pensar os processos administrativos de aplicação de multas como processos penais, outorgando muitas vezes à parte a ser multada garantias que encontram equivalentes no nosso sistema jurídico apenas na defesa contra as penas privativas de liberdade. Nesse contexto, a efetividade das multas como incentivo para cumprimento adequado dos contratos vem se deteriorando.

Do exposto, importante ressaltar que, para aplicar essas penalidades, é necessário instaurar processo administrativo, que tramita de forma lenta, tornando-as um instrumento ineficiente para desestimular as condutas inadequadas do parceiro privado.

³³ Ibid., p. 76.

Dessa forma, Maurício Portugal Ribeiro sustenta que estrutura de incentivos de um contrato de PPP deve se centrar na realização de descontos no pagamento da Concessionária caso não cumpra com os indicadores de desempenho. Ou seja, trata de um sistema que remunera apenas pelo serviço fornecido. Se este foi de qualidade ou quantidade inferior ao pactuado, o pagamento correspondente à parcela contratual descumprida deverá ser reduzido³⁴.

De maneira clara e resumida, é o que dispõe Mauricio Portugal Ribeiro³⁵:

A Administração deve pagar apenas pelo serviço que foi efetivamente prestado. Se o serviço foi de qualidade inferior ao contratualmente pactuado, o pagamento por esse serviço deve ser proporcionalmente reduzido. Para isso, é preciso que constem claramente nos contratos as escalas de preço, que permitam realizar descontos no preço do serviço, no caso dele não ser prestado nas quantidades e qualidades exigidas no contrato para a percepção pelo parceiro privado do pagamento integral (tenha esse pagamento origem na cobrança de tarifa ou erário).

CONCLUSÃO

Como visto, a gestão pública dos estabelecimentos prisionais não está conseguindo cumprir com os direitos dos encarcerados, conforme assegurados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. Apesar de ordenamento jurídico interno brasileiro prever diversos órgãos para gerir os presídios, a falta de investimentos e a omissão desses mesmos órgãos estão agravando a situação.

Dessa maneira, foi proposto durante o trabalho o modelo da Parceria Público-Privada como forma mais eficiente de gestão dos estabelecimentos prisionais, na medida em que proporciona redução dos custos para a Administração Pública e melhores condições ao apenado. No entanto, para o sucesso dessa gestão é, necessário que o Contrato de Concessão estabeleça claramente indicadores de desempenho passíveis de monitoramento pelo Poder Público e que esses indicadores estejam vinculados ao sistema de remuneração do parceiro

³⁴ Ibid., p. 77.

³⁵ Ibid., p. 77.

privado. Nesse sentido, apresentaram-se como esses indicadores devem ser estruturados para beneficiar não só os presos, mas a Administração Pública e a própria sociedade.

Visto isso, pode-se concluir que a utilização das PPPs como instrumento para gestão de estabelecimentos prisionais tem o potencial para gerar ganhos de eficiência e beneficiar todas as partes envolvidas, proporcionando um sistema carcerário com condições dignas ao cumprimento da pena pelo preso. Para tanto, porém, é necessário que o processo licitatório seja conduzido de forma transparente e competitiva e que, nos termos aqui propostos, o desenho do contrato de PPP estabeleça a conexão entre indicadores do desempenho que se espera da Concessionária e sua remuneração, de forma a gerar a prestação de um serviço de melhor qualidade para que os presos e mais eficiente para o Estado e para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Econômico e Social da ONU. *Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros*. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>> Acesso em: 22 fev. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Conselho Nacional do Ministério Público. *Dados Inéditos do CNMP sobre o Sistema Prisional*. Disponível em: < <http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/3486-dados-ineditos-do-cnmp-sobre-sistema-prisional>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

KYLE, Peter H., *Contracting for Performance: Restructuring the Private Market*. p. 2093. Disponível em: < <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss6/8/>> Acesso em: 20 mar. 2016.

PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Maurício Portugal. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.