

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – *CAMPUS AVANÇADO*
GOVERNADOR VALADARES
INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
FACULDADE DE DIREITO

Marcus Barbosa Soares Junior

**AS PPP'S NO SISTEMA PRISIONAL E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA E
QUALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL**

Governador Valadares
2017

MARCUS BARBOSA SOARES JUNIOR

**AS PPP'S NO SISTEMA PRISIONAL E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA E
QUALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – *Campus* Avançado Governador Valadares, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro.

Governador Valadares

2017

COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

**ATA DA DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
DO(A) ALUNO(A)**

MARCUS BARBOSA SOARES JUNIOR

Realizou-se, no dia 24 do mês de julho de 2017, a partir das 9 h 30 min, na sala X do(a) NPS-SCSA, da Universidade Federal de Juiz de Fora, *Campus* Avançado de Governador Valadares, a defesa de trabalho de conclusão de curso, intitulado As PPP's no Sistema Prisional e a Busca pela Eficiência e Qualidade na Exec. Penal apresentada por MARCUS BARBOSA SOARES JR., aluno(a) do curso de Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, à seguinte Comissão Examinadora: JAMIR CALILI RIBEIRO - Orientador(a), Comila de S. Miranda e Eder Marques de Azevedo. Após a atribuição de notas pelos membros da Comissão Examinadora, a saber: JAMIR CALILI, nota 95, Eder Marques, nota 95, Comila Miranda, nota 95; o trabalho foi considerado:

- Aprovado
 Reprovado

com média final de 95 pontos.

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Governador Valadares, 24 de julho de 2017.

Jamir Calili Ribeiro
Membro da comissão examinadora - orientador(a)

Membro da comissão examinadora

Membro da comissão examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois dEle veio minha força, sustento, paz e sabedoria para a concretização deste trabalho, bem como de toda a minha jornada acadêmica. A Ele, pois, a glória eternamente.

Aos meus pais, Marcus e Elizabeth, pelo carinho e dedicação de sempre, por serem compreensíveis com minhas faltas e com meu (mau) humor durante os períodos de avaliações. Sem eles, eu nada seria.

A cada um dos meus familiares por me incentivarem e me acompanharem durante essa trajetória.

Aos meus amigos por cada momento de descontração e também de aflição compartilhados.

Aos professores do curso, que foram muito importantes, não só pelos conhecimentos transmitidos, mas também por todas as reflexões provocadas. Em especial, ao Dr. Jamir Calili Ribeiro, meu orientador, por me indicar o caminho a ser seguido, por cada apontamento realizado, pelas cobranças oportunas, pela confiança depositada e pela paciência e dedicação.

RESUMO

O Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo. Ao mesmo tempo, dados confirmam a superlotação dos presídios e a existência de um sistema que não respeita as garantias constitucionais e legais dos presos e contraria importante objetivo da execução penal – a reintegração social do apenado. A superpopulação desponta como principal problema do sistema prisional e evidencia que é premente a criação de novas vagas. Nesse contexto, aparecem as parcerias público-privadas como alternativa ao modelo de gestão pública. O estudo aqui apresentado busca analisar a aplicação destas parcerias ao sistema prisional brasileiro, tomando como exemplo o modelo desenhado pelo Complexo Penal de Ribeirão das Neves, com o intuito de verificar se o regime apresenta condições para melhorar a qualidade da infraestrutura carcerária e aplicar os recursos públicos no sistema penitenciário de forma eficiente e compatível com os princípios expostos pela LEP. Assim, por meio de cuidadosa revisão bibliográfica, foram feitas análises sobre o atual panorama do sistema prisional; os mandamentos da execução penal; do processo de descentralização dos serviços públicos no Brasil; das parcerias público-privadas e de sua aplicação ao sistema prisional como forma de sanar os vícios que hoje acometem o cárcere. Por fim, o estudo do modelo vivenciado em Ribeirão das Neves permitiu perceber que as parcerias público-privadas constituem alternativa viável e promissora para a criação e gestão dos presídios, mas não podem ser encaradas como a panaceia do sistema penitenciário, razão pela qual devem ser acompanhadas de empenhos dos três Poderes e da sociedade em geral.

Palavras-chave: Parceria Público-Privada. Descentralização. Sistema Prisional. Complexo Penal de Ribeirão das Neves.

ABSTRACT

Brazil's inmate population ranks as the fourth largest in the world. This fact notwithstanding, data confirms that Brazil's prisons are currently not large enough to accommodate their many inmates, and that this overcrowding has led to diminished inmate access to constitutional and legal rights. Furthermore, Brazil's overcrowded penal system does little to facilitate inmate's societal reintegration. In as much as Brazil's large inmate population is the principle problem of the country's penal system, it is critical that this system quickly expands to better accommodate the inmates it reports to serve. In this context, public-private prison management partnerships provide an alternative to the exclusively public prison management model. The following analysis examines the application of such public-private partnerships to the Brazilian prison system and uses the Criminal Prison Complex in Ribeirão das Neves, Minas Gerais as a case study. More specifically, this study asks if the Ribeirão das Neves complex has conditions to improve the quality of Brazil's prison infrastructure and to apply penal system resources in a manner that is both efficient and compatible with principles established within Brazil's Laws of Penal Execution (LEP). Through a careful bibliographical review, this study offers an analysis of the current state of the prison system, orders for criminal execution, the process of decentralizing public services in Brazil, as well as the nature of public-private partnerships and its application to the prison system. As previously noted, this study also examines the Ribeirão das Neves incarceration model and concludes that that while public-private partnerships are a viable and promising alternative for the creation and management of prisons, they do not offer a panacea for all of Brazil's penitentiary system's problems. Indeed, to be successful, such partnerships must be rigorously accompanied by the oversight of Brazil's legislative, executive, and judicial branches and enjoy the scrutiny Brazilian society in general.

Key Words: Public-Private Partnerships. Decentralization. Prison System. Ribeirão das Neves Penal Complex.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 | A EXECUÇÃO PENAL E O CÁRCERE NO BRASIL | 9 |
| 3 | A DESCENTRALIZAÇÃO E AS PPP'S NO BRASIL | 16 |
| 3.1 | O ESTADO BRASILEIRO E A DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA | 16 |
| 3.2 | A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)..... | 18 |
| 4 | A PPP NO SISTEMA PRISIONAL | 25 |
| 5 | O COMPLEXO PENAL DE RIBEIRÃO DAS NEVES | 33 |
| 6 | CONCLUSÃO | 39 |
| | REFERÊNCIAS | 42 |

1 INTRODUÇÃO

De acordo com dados levantados pelo CNJ, em 2014, o Brasil conta com mais de 622 mil presos, sendo a quarta maior população carcerária do mundo, atrás somente de Estados Unidos, China e Rússia. Constata-se ainda a superlotação de nossos presídios, uma vez que possuímos um sistema prisional com capacidade para apenas 371.884 vagas.

Concomitantemente, observa-se um sistema que não respeita as garantias constitucionais e legais dos presos, contrariando importante objetivo da execução penal, qual seja a reintegração social do preso. A Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, busca garantir ao apenado sua integridade física e moral e combater todo tratamento degradante. Enquanto isso, a superlotação dos estabelecimentos penais, as condições insalubres, a alimentação insuficiente e de má qualidade, o déficit de servidores, a falta de assistência jurídica, entre outros problemas, compõem a realidade.

A situação se agrava diante de um panorama social em que enorme parte da população ainda nutre uma noção de pena tal como vingança social, uma punição àquele que não merece fazer parte da sociedade. Dessa forma, rejeita-se a necessidade de melhorias no sistema carcerário e vê-se com maus olhos toda tentativa de investimento que possa resultar em qualidade e dignidade do tratamento oferecido ao apenado.

Em 2015, foi instaurada a Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro. No relatório final, a superpopulação carcerária desponta como principal problema enfrentado e evidencia que é premente a criação de novas vagas. Deve-se ponderar que a criação de novas vagas por si só não terá o condão de curar o sistema penitenciário brasileiro. É inegável que o problema vai além. Temos em curso uma política de encarceramento em massa, assim como uma tendência legislativa em agravar e criminalizar cada vez mais condutas. A busca por uma solução impõe que sejam observados ao menos estes três aspectos: a) a criação de novas vagas, com o intuito de acomodar a população carcerária, sem que para isso seja necessário impor ao custodiado tratamentos físicos e moralmente degradantes; b) o combate ao encarceramento em massa, bem como uma fiscalização mais intensa sobre o cumprimento da pena, buscando evitar que o preso tenha sua liberdade tolhida por

mais tempo do que fora determinado; e, c) uma postura mais abolicionista por parte do Legislativo.

Diante das mazelas que acometem o sistema carcerário brasileiro, sobretudo a falta de vagas e o emprego insuficiente e ineficiente dos recursos destinados ao setor prisional, a contratação de parcerias público-privadas surge como um instrumento propiciador de uma adequada prestação no que concerne à execução penal.

O estudo aqui apresentado busca analisar a aplicação dessas parcerias na gestão dos estabelecimentos prisionais, tomando como referência a experiência do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais. O objetivo é verificar se o regime apresenta condições para a melhoria da qualidade da infraestrutura carcerária e aplicação eficiente dos recursos públicos no sistema penitenciário, de maneira compatível com os princípios expostos pela LEP.

Trata-se de compreender os mandamentos da execução penal e do papel a ser desempenhado pelo Estado na gestão do sistema carcerário.

Para tanto, partiremos de uma breve exposição do atual panorama do sistema prisional, assim como dos precípuos mandamentos que regem a execução penal.

Em um segundo momento, traçaremos algumas considerações sobre a Administração Gerencial e a Descentralização Administrativa com vista à melhor execução dos serviços públicos, seguindo-se ao esmiuçamento do instituto das parcerias público-privadas, suas tipologias e especificidades.

Após, daremos espaço à análise da aplicação das parcerias público-privadas em presídios, demonstrando como pode tal regime propiciar uma melhor gestão do serviço penitenciário.

Por fim, adentraremos no estudo do modelo vivenciado na cidade de Ribeirão das Neves, apontando suas especificidades contratuais, desenvolvimento das atividades, pontos positivos e falhas.

2 A EXECUÇÃO PENAL E O CÁRCERE NO BRASIL

A execução penal objetiva a efetivação da sentença ou decisão criminal, além do oferecimento de condições para a reintegração social do condenado e do internado. A matéria é orientada pelo princípio de humanidade das penas, de modo a considerar a dignidade da pessoa do apenado, garantindo sua integridade física e moral¹, independentemente do ato por ela praticado. É desta forma que podemos observar no Texto Constitucional a vedação à aplicação de penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e cruéis.

O legislador pátrio tratou de disciplinar o assunto por meio da Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal (LEP), que nos apresenta a forma como se dará o cumprimento da pena pelo sentenciado, seus direitos e deveres, as sanções aplicáveis em razão do descumprimento de suas obrigações, além de outros aspectos estruturais.

O sistema penitenciário, assim, deve assegurar ao preso seus direitos fundamentais e todos aqueles que não lhe foram retirados por força da sentença. Isso é o que se verifica da leitura do art. 3º da LEP². Deve-se ressaltar que esses direitos e garantias dos presos não se restringem aos previstos no nosso ordenamento, pois se verificam também em Resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU) internalizadas pelo Brasil, como é o caso das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotada em 1955, que traz um rol exaustivo de garantias, que versam sobre os locais de reclusão, higiene pessoal, alimentação, serviços médicos, trabalho, educação, etc.

Cumpre observar, também, que a preocupação com a forma e local do cumprimento da pena não é nova, remontando aos tempos do Império. Já em 1884, a Constituição previa que as prisões deveriam ser limpas, bem arejadas, e os presos separados por categoria. Contudo, como se verá adiante, até hoje essas diretrizes não foram completamente alcançadas.

Antes de adentrarmos nas especificidades trazidas pela Lei de Execução Penal, se faz necessária uma breve explanação sobre as teorias da função da pena, pois sabendo o fim ao qual esta se propõe, mais fácil será verificarmos a importância

¹ Art. 5º, XLIX, da Constituição Federal de 1988: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

² Art. 3º da Lei nº 7.210/84: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

de cada detalhe imposto pelo legislador para o seu cumprimento. Cezar Roberto Bitencourt (2016, p. 131-132) elucida que a função da pena se relaciona com a análise descritiva dos efeitos sociais que se busca produzir por meio de sua aplicação, a pena é sempre um “mal”, um “castigo”, mas isso não significa que terá sempre que manifestar uma postura exclusivamente retributiva sobre o delinquente. Assim é que podemos verificar a existência de teorias absolutas e relativas acerca da função da pena. As teorias absolutas, também conhecidas como retributivas, se caracterizam por defender a pena tal qual um castigo a ser imposto ao indivíduo em razão do mal causado por ele por meio do delito praticado. A pena se justifica pelo valor axiológico intrínseco à punição do fato passado, é a compensação da culpa do autor.

Por sua vez, as teorias relativas (ou preventivas) têm seu foco não na retribuição, mas na prevenção da prática delituosa. Tal prevenção pode ser geral, quando tem por destinatário o coletivo social, ou especial, quando busca alcançar exclusivamente o indivíduo que delinuiu. As teorias preventivas acabam por se expressar em quatro vertentes, quais sejam: a) prevenção geral negativa, que se volta para a coletividade de maneira intimidatória, dissuadindo potenciais delinquentes pelo medo da pena; b) prevenção geral positiva, que assume uma finalidade pedagógica de reafirmação do sistema normativo, fazendo com que os indivíduos deixem de delinquir por respeito à lei e pela crença no bom funcionamento de suas instituições; c) prevenção especial positiva, que se volta para a reeducação do delinquente; e d) prevenção especial negativa, que objetiva a neutralização daquele que delinuiu.

Dessa forma, faz-se oportuno rememorar o seguinte apontamento de Cezar Roberto Bitencourt:

Tanto para as teorias absolutas, como para as teorias relativas, a pena é considerada um mal necessário. No entanto, para as relativas, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na finalidade, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos. (BITENCOURT, 2016, p. 142).

A leitura que se permite fazer do art. 1º da LEP indica a opção do legislador pela prevenção especial positiva³, de modo que a pena deve guardar um caráter ressocializante, de reintegração do indivíduo, para que, ao ser devolvido ao convívio

³ Art. 1º da Lei nº 7.210/84: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado** e do internado”. (grifo nosso).

social, não retome a prática delituosa. É essa função ressocializadora que deve servir de norte também para a verificação dos direitos e deveres do apenado e para a percepção acerca da situação vivenciada pelo sistema carcerário brasileiro.

Ao apenado é assegurada, nos termos da LEP, a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa⁴. É dever do Estado prestá-las, na tentativa de prevenir o crime e preparar o retorno do preso à convivência em sociedade⁵. Também estabelece a referida legislação que o trabalho se constitui em importante fator a ser observado no processo de reinserção social do apenado⁶, seja pela ocupação do tempo ocioso, seja como forma de superação, motivação e preparação para uma vida em sociedade. Lado outro, a legislação também estabeleceu alguns deveres a serem observados pelo apenado, como: comportamento disciplinado; obediência ao servidor; urbanidade e respeito para com os demais; higiene pessoal; asseio da cela; conservação dos objetos de uso pessoal; etc.

No entanto, a realidade destoa e muito daquilo que fora desejado pelo legislador. Apesar de diversas garantias serem previstas no nosso ordenamento jurídico, elas não se verificam efetivamente no sistema prisional. Na prática, o Brasil se depara com problemas das mais variadas ordens quando o assunto é o cárcere. Superpopulação carcerária, domínio das organizações criminosas, rebeliões, mortes, ausência de assistência jurídica, falta de ofertas de trabalho e estudo, são apenas alguns desses problemas. O caos instalado no sistema penitenciário brasileiro é tão grande que ensejou a criação de duas Comissões Parlamentares de Inquérito, nos últimos 10 anos, para investigar a realidade carcerária e indicar possíveis medidas reparatórias. Em ambas as ocasiões, foram constatadas as mesmas situações: ambientes degradantes, superlotados, insalubres, onde a regra é a crueldade e o cotidiano é marcado por tortura e morte.

Apesar de normas constitucionais transparentes, da excelência da lei de execução penal e após 24 anos de sua vigência e da existência de novos atos normativos, o sistema carcerário nacional se constitui num verdadeiro inferno, por responsabilidade pura e nua da federação brasileira através da ação e omissão dos seus mais diversos agentes. (BRASIL, 2009, p. 70).

⁴ Art. 11 da Lei nº 7.210/84: “A assistência será: I – material; II – à saúde; III – jurídica; IV – educacional; V – social; VI – religiosa”.

⁵ Art. 10 da Lei nº 7.210/84: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

⁶ O legislador ressaltou o caráter dignificante do trabalho, assim como sua finalidade educativa e produtiva. É o que se lê no art. 28, *caput*, da Lei nº 7.210/84: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

O quadro é de latente desestruturação do sistema e nos revela um padrão organizacional de violação de direitos, em que, apesar das vedações constitucionais e legais, se impõe penas cruéis e degradantes, que inviabiliza qualquer caráter ressocializante sobre a vida do apenado. Ora, é demais pensar que sujeitar o indivíduo a viver num lugar em péssimas condições físicas, ao mesmo tempo dividir com um amontoado de pessoas um pequeno espaço que supera em muito a capacidade para o qual foi planejado, possa servir para sua reintegração ao convívio social. É tratando os presos como bichos, negando-lhes os seus direitos mais básicos (saúde, alimentação, educação), que o Estado brasileiro parece querer transformá-los em “humanos melhores”.

O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito realizada em 2015 apontou a superpopulação carcerária como sendo o principal problema do sistema prisional brasileiro, contribuindo para todas as outras mazelas já identificadas. Não se podem negar os reflexos que essa situação surte sobre os direitos do preso ao trabalho, à educação, à saúde, à integridade física e moral e na própria ressocialização do apenado. Isso porque o excesso de presos eleva os custos para manutenção do sistema, dificultando a prestação da assistência devida pelo Estado, além de facilitar a ocorrência de abusos e violência. É fácil verificar que quanto maior a quantidade de presos, mais difícil será para o Estado alocá-los em oportunidades de trabalho que levem em conta suas aptidões, habilidades e características pessoais.

Segundo levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, no ano de 2014, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos, China e Rússia. A população prisional brasileira atingiu naquele ano a marca de 622.202 presos, mesmo contando com pouco mais de 371 mil vagas, o que nos revela uma taxa de ocupação de 167%. O relatório destaca que o Brasil tem 306 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, quando a taxa de encarceramento mundial é de 144 presos. A assustadora taxa de ocupação nacional se reproduz nos estados, onde se verifica uma oscilação de 123% a 259%. O estado de Minas Gerais, por exemplo, apresenta valor igual ao encontrado no cenário nacional, qual seja 167% das vagas ocupadas. O relatório é preciso ao apontar:

É importante lembrar que a relação entre os presos e as vagas é feita com base na informação dos estados e não é uniforme para as unidades

prisionais de modo que certamente há unidades nos estados em que a situação pode ser mais grave do que o que se apresenta para o estado como um todo. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 24).

Outros dados nada animadores são trazidos pelo levantamento do DEPEN. De acordo com os dados apresentados em dezembro de 2014, 40% da população carcerária brasileira era formada por presos provisórios. Esse elevado número ajuda a entender a superlotação do sistema e também denuncia a banalização da prisão. São cerca de 250 mil pessoas que não foram condenadas pela Justiça (muitas delas poderiam, inclusive, estar respondendo em liberdade), sendo expostas, todos os dias, aos fatores criminógenos do cárcere, pois, diferentemente do que prevê a Lei de Execução Penal⁷, não se separam presos provisórios daqueles que já foram condenados. Os resultados são nefastos, vez que com essa prática o Estado acaba por ajudar as organizações criminosas. Sob a falsa pretensão de combater a criminalidade, obriga-se um indivíduo, presumidamente inocente, a dividir o espaço com outros que fizeram ou ainda fazem parte do “mundo do crime”, o que muitas vezes culmina em sua incorporação às facções.

Verifica-se também a incapacidade do Estado em garantir a vida, a saúde e o bem estar do apenado. À guisa de exemplo, presos apresentam uma chance 28 vezes maior de contrair tuberculose que a população em geral. Da mesma forma, enquanto a taxa de prevalência de pessoas vivendo com HIV é de 0,4% entre a população em geral, para cada 100 presos, encontrava-se 1,3 que vivia com HIV.

Se por um lado vemos que a LEP assegura a assistência educacional, tanto pela instrução escolar como pela formação profissional do preso, vemos nos dados sobre o sistema penitenciário que apenas 13% dos indivíduos privados de liberdade participa de alguma atividade educacional. De igual forma, se constata que apenas 20% da população prisional exerce alguma atividade laborativa, embora a LEP tenha destacado o trabalho enquanto dever social, condição de dignidade humana e direito do preso, servindo inclusive para remição de sua pena⁸.

Os poucos investimentos do Estado no setor contribuem para o agravamento da crise. Para compreender a problemática dos custos do sistema penitenciário é preciso saber de onde vem o dinheiro a ser empregado, assim como saber qual o seu montante; apenas desse modo é possível pensar formas de usar esses recursos

⁷ Art. 84 da Lei nº 7.210/84: “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”.

⁸ Art. 126, *caput*, da Lei nº 7.210/84: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”.

de maneira mais eficiente, para atingir um serviço de qualidade no setor. Os recursos aplicados no sistema prisional vêm do Fundo Penitenciário, que pode ser nacional ou estadual. O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) acaba sendo o maior responsável por arcar com os custos do sistema, visto que seus repasses também compõem as fontes de receitas dos fundos estaduais. O FUNPEN foi criado para proporcionar recursos e meios para financiamento e apoio para as atividades de aprimoramento do sistema penitenciário nacional, tendo sua fonte de receitas nas dotações orçamentárias da União, custas judiciais recolhidas em favor da União, arrecadação dos concursos de prognósticos, recursos confiscados ou de alienação dos bens perdidos em favor da União, multas de sentenças penais, fianças quebradas ou perdidas, doações, entre outros. Os recursos do fundo são destinados, em suma, à construção, reforma e ampliação dos estabelecimentos penais, além da aquisição de materiais e equipamentos imprescindíveis ao seu funcionamento, gastos com pessoal e implementação dos serviços garantidos aos presos.

O Orçamento da União para o exercício financeiro de 2016 previu a destinação de recursos para o FUNPEN na soma de R\$ 682.180.154,00 (seiscentos e oitenta e dois milhões, cento e oitenta mil, cento e cinquenta e quatro reais). Não é difícil perceber quão inexpressivo é esse valor para um sistema prisional que abriga mais de 622 mil pessoas. Em termos de investimentos, verifica-se que o Estado não dá a atenção devida para o problema que tem em mãos. Em contrapartida, conforme dados fornecidos pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União⁹, as despesas realizadas pelo FUNPEN, em 2016, atingiram o montante de R\$ 1.172.879.550,02 (um bilhão, cento e setenta e dois milhões, oitocentos e setenta e nove mil, quinhentos e cinquenta reais e dois centavos). Por sorte, como vimos, a dotação orçamentária é apenas uma das fontes de recursos desse fundo.

Os dados apresentados servem para reforçar a imagem segundo a qual as prisões brasileiras não regeneram, e sim, reproduzem infratores. Tais deficiências nos levam à necessidade de reformas capazes de converter a pena num meio de efetiva reabilitação. Muito embora o orçamento destinado ao sistema prisional

⁹ Páginas de Transparência do Órgão: Ministério da Justiça e Segurança – Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Unidade Orçamentária: Fundo Penitenciário – FUNPEN – 30907. <<http://www3.transparencia.gov.br/jsp/execucao/execucaoPorNatDespesa.jsf?consulta2=2&CodigoOrgao=30907>>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

esteja longe do ideal, uma gestão carcerária eficiente, que entregue condições dignas no tratamento dos apenados, já pode começar a mudar o quadro de crise em que o país se encontra, pois tão grave quanto o déficit de vagas é o déficit de gestão. Cezar Roberto Bitencourt sinaliza que:

Será possível evitar a produção de danos físicos, e de certos danos psíquicos, com prisões que contem com uma adequada planta física, com melhores condições de higiene e com tratamento mais condizente com a dignidade do recluso. (BITENCOURT, 2011, p. 167).

Ressalte-se que a grave crise do sistema penitenciário brasileiro envolve questões complexas e para sua superação necessita não só de mais investimentos, mas de novos meios de solução do problema e investimentos em empreendimentos inovadores. Um desses novos meios pode ser encontrado na possibilidade de a iniciativa privada contribuir para a gestão dos estabelecimentos penais. A questão da aproximação com o ente privado foi evidenciada pelo relatório da Comissão em 2015.

Os modelos de cogestão e parceria público-privada, em pouco mais de dez anos de existência no Brasil, comprovaram que é possível sim a iniciativa privada contribuir para que o Estado possa atender aos ditames da Lei de Execução Penal, além de possibilitar o cumprimento de penas com um mínimo de dignidade para milhares de encarcerados do País. (BRASIL, 2017, p. 196).

Diante das mazelas do sistema carcerário brasileiro, sobretudo a falta de vagas e o emprego insuficiente e ineficiente dos recursos destinados ao setor prisional, desponta a contratação de parcerias público-privadas como um instrumento atraente para uma adequada prestação da execução penal. Sendo assim, dar-se-á continuidade ao presente estudo, com os devidos apontamentos sobre esse regime de participação do ente privado e sua aplicação no sistema prisional.

3 A DESCENTRALIZAÇÃO E AS PPP'S NO BRASIL

Num primeiro momento, precisam ser realizados alguns traçados sobre a Administração Pública, que envolvem a Reforma Gerencial pela qual passou o Estado brasileiro e o conseqüente processo de descentralização. Estabelecido esse plano de fundo, será de mais fácil compreensão o modelo de contratação aqui estudado, qual seja a parceria público-privada. E assim, poderão ser discutidos alguns pontos sobre seu surgimento, conceito e características.

3.1 O ESTADO BRASILEIRO E A DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Apontam-se três modelos administrativos que historicamente se revelam no âmbito da Administração Pública: o patrimonialista, o burocrático e o gerencial. A transferência de certas atividades para um parceiro privado é um marco da implementação do modelo de Administração Pública gerencial, que se verifica no Brasil de forma mais acentuada a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998. Colocada como alternativa ao modelo burocrático, que se mostrava cada vez mais ineficiente, a Administração gerencial se revela como verdadeira imposição do processo de globalização e da crise vivida pelo Estado nos anos 80 e busca eficiência, redução de custos e aumento da qualidade dos serviços públicos prestados à sociedade.

A Reforma Gerencial, contudo, se iniciou em 1995, como uma resposta do próprio Estado ao seu crescimento desenfreado e insustentável. Ao assumir para si a responsabilidade pela realização de uma vasta gama de serviços públicos, o Estado se deparou com uma enorme elevação em seus gastos. O excesso de despesas e a carência de recursos tornaram deficiente a atuação estatal nas mais diversas áreas. Daí a proposta de implantação de um novo modelo de organização e gerência estatal, que aperfeiçoasse o uso da máquina pública e incorporasse o princípio da eficiência às atividades da Administração. Buscava-se, assim, uma administração pública eficiente, que prestasse serviços públicos com qualidade. Já que o Estado não podia simplesmente retroceder no tocante às garantias de seus cidadãos, a transferência para o setor privado do exercício de certas funções públicas constituía uma alternativa para a melhor prestação dos serviços públicos e diminuição de gastos estatais. É dizer: um dos mecanismos encontrados pela

Administração na tentativa de atingir maior eficiência na prestação dos serviços públicos foi a descentralização administrativa, pela qual o Estado transfere o exercício de determinada função a outras pessoas jurídicas ou físicas.

No esteio da reforma, foi possível ver o Estado expandir suas relações com os particulares, inserindo-os na conjuntura de prestação e execução de serviços, buscando se aproveitar da liberdade e gerência com a qual os entes privados tratam seus negócios.

Num cenário como esse, a Administração Pública passa a ser menos indiferente para com os meios de gestão privada, ao buscar por novos métodos, ferramentas e medidas que propiciem um Estado menos executor e prestador direto e mais coordenador, regulador e fiscalizador de serviços, desejosa de uma gestão focada nos resultados. Ao encontro dessa ideia, Augustinho Vicente Paludo (2010, p. 69) afirma que “[...] a Administração Pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins)”.

É claro que esse processo de descentralização pede certa cautela, sobretudo pela natureza das atividades envolvidas. A parceria público-privada, que compõe o objeto do presente estudo, é antes de qualquer coisa um exemplo dos meios de descentralização que o Estado pode adotar e como tal envolve algo muito caro a todos os cidadãos: os serviços públicos. Por isso, é necessário entender o que são os serviços públicos e os limites que sua natureza impõe à possibilidade de sua delegação a outras entidades que não compõem o Poder Público.

A noção do que constitua um serviço público é bem delimitada pela doutrina, muito embora, em terreno leigo, ela adote contornos bastante amplos, chegando a ser utilizada para definir qualquer atividade do Estado que se desenvolva perante terceiros. Por uma perspectiva técnico-jurídica, são tidos como atividades que buscam satisfazer as necessidades da coletividade, sendo prestadas pelo Estado ou por aqueles a quem sejam delegadas, sob o regime de direito público. Nesta mesma senda, Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina que:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor

dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELLO, 2015, p. 695).

Da vastidão de direitos fundamentais, decorre a necessidade de vários tipos de prestações serem exercidas ou fomentadas pelo Estado, para que a coletividade satisfaça as suas necessidades e tenha suas garantias concretizadas. Quando se fala na possibilidade de descentralização, deve se ter em mente a divisão dos serviços públicos em delegáveis e indelegáveis. Ou seja, aqueles cuja prestação pode ser transferida aos colaboradores particulares e aqueles exclusivos do Estado, que devem ser prestados por meios de seus órgãos ou agentes. Esta classificação desponta como de melhor estruturação e mais útil à discussão que aquela que trata sobre a essencialidade do serviço, isto porque, como nos mostra José dos Santos Carvalho Filho:

A essencialidade resulta do reclamo social para atividades reputadas básicas para a coletividade, mas tal caracterização não diz respeito à delegabilidade ou não do serviço. Há serviços públicos essenciais que são delegáveis a particulares, e nada impede que o sejam, desde que o Poder Público não se abstenha de controlá-los e fiscalizá-los. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 342).

Como visto, a prestação desses serviços pode se dar de maneira direta, ou seja, pelo próprio Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), e também pode ser de execução indireta, ocorrendo a prestação por entidades diversas das pessoas federativas. É o que ocorre no caso das parcerias público-privadas, que serão analisadas a partir de agora.

3.2 A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

As parcerias público-privadas (PPPs) atuam como forma de descentralização administrativa de crescente importância nacional e mundial. Já foi dito anteriormente que a reforma buscou uma administração mais paritária e interessada em contratar com o ente privado. Nesse cenário, a parceria público-privada desponta como proposta atrativa para o setor privado, em razão das vantagens mútuas que este regime estipula, como o compartilhamento de riscos e a contraprestação pecuniária por parte da concedente. Mas, por outro lado, apresenta benefícios também para o Estado, que percebe além de uma melhoria na qualidade dos serviços, uma diminuição nos gastos, pois muitas das vezes o particular apresenta maior facilidade e flexibilidade operacional, angariando fundos e investimentos que tornam o serviço

mais barato. O contrato de PPP destaca-se, desse modo, como um meio para alcançar maior grau de concretude do princípio da eficiência. É possível entender que a maximização desta consiste na busca pelo melhor uso dos recursos empregados na prestação dos serviços, algo que se sustenta sobre o tripé *tempoXcustoXqualidade*, e que vem a cominar no melhor atendimento ao interesse público.

Estabelecidas essas considerações gerais, vale fazer uma análise acerca do surgimento dessas parcerias, para então conceituá-las e apresentar suas especificidades. Na década de 80, evidenciou-se a necessidade de investimentos em infraestrutura que possibilitassem crescimento e desenvolvimento econômico por diversos países. Contudo, a maioria deles não se encontrava em situação fiscal favorável à realização desses investimentos com a utilização dos recursos públicos. É assim que surge, na Inglaterra, o modelo de parceria entre o Poder Público e o particular, que recebeu a denominação de *Privative Finance Iniciatives (PFI)*. Fernanda de Aguiar Cunha lembra que:

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 públicos. (CUNHA, 2013, p. 22).

No Brasil, a iniciativa teve por base uma conjuntura semelhante. O Estado detinha uma variedade de atividades a serem mantidas (ou ainda pendentes de implementação), que exigiam o investimento em obras de infraestrutura, mas não possuía recursos disponíveis para a sua realização. A lei que introduziu as parcerias público-privadas se apresenta como uma solução pautada em fundamentos econômicos e jurídicos para suprir as lacunas da contratação pública, o que possibilita ao País levantar o capital necessário para tais investimentos. Cumpre destacar que, muito embora a sua edição tenha se dado tardiamente no ano de 2004, a Lei de PPP faz parte de um processo de desestatização que teve seu início já nos anos 90 com as concessões desenhadas pela Lei nº 8.987/95, e é reflexo do êxito que outros países já vinham obtendo por meio da adoção desse modelo, como 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, e apresentam como justificativa 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. [...] é mais uma das tentativas que ultimamente se têm apresentado para que o Poder Público obtenha do setor privado parcerias, recursos e formas de gestão no intuito de executar atividades estatais e prestar serviços públicos, tarefas nas quais o Estado, sozinho, tem fracassado. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 453-454).

O regime de PPP busca transferir a responsabilidade pelo financiamento, construção, operação e manutenção do serviço público ao particular, como forma de aliviar a sobrecarga do Estado, que deverá ter como foco agora a fiscalização dos resultados que a gestão privada proporcionar.

As parcerias público-privadas foram então inseridas no nosso ordenamento pela Lei nº 11.079/2004, que em seu texto não cunhou uma boa definição sobre o instituto, limitando-se a indicar que se trata de um contrato administrativo e a apresentar as suas modalidades¹⁰. Carlos Ari Sundfeld afirma que, em sentido amplo

[...] as parcerias público-privadas são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecido entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral. (SUNDFELD, 2007, p. 18).

Desta forma, o autor acaba por abranger outras modalidades de contrato que não compõem o presente estudo, como as concessões comuns e as permissões de serviços públicos. Por isso, prezando pela identificação da concessão especial à qual o estudo se refere, ficamos aqui com a excelente limitação estabelecida pelo conceito apresentado por José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual a parceria público-privada é:

[...] o acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 455).

Do conceito e da letra da lei podem ser destacados três elementos essenciais à concessão especial: a natureza contratual da parceria público-privada; a presença de um serviço público como objeto central do contrato; e a Administração Pública como usuária direta ou indireta dos serviços cuja execução está sendo delegada ao ente privado. Pode também ser observado que a PPP pode ser contratada em duas

¹⁰ Art. 2º, Lei nº 11.079/2004: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

modalidades, a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Importa-nos tecer maiores considerações sobre a segunda, já que ao final pretende-se analisar a possibilidade de sua aplicação aos serviços carcerários, como forma de remediar a crise do sistema prisional brasileiro apresentada outrora. Contudo, cabe-nos o dever de ao menos expor ao leitor o conceito relativo à concessão patrocinada. Sendo assim, a concessão patrocinada, conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei de PPP, é “a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. O que caracteriza então a concessão patrocinada é a remuneração do ente privado por duas fontes: as tarifas pagas pelos usuários diretos do serviço e a contraprestação adicional da concedente. Sendo esse também um dos fatores que a diferencia da hipótese de concessão comum, em que a remuneração se dará exclusivamente por meio da cobrança de tarifas do usuário. Ainda sobre a relação (de não tão fácil distinção, sobretudo pela semelhança do objeto e pela referência que a própria legislação faz) entre a concessão comum e a concessão especial patrocinada, Leonardo Cocchieri Leite Chaves adverte que:

[...] resta claro que a contratação de concessões patrocinadas possui caráter excepcional em relação às concessões comuns. Isso porque as contraprestações pecuniárias da Administração Pública somente devem ser inseridas no contrato de concessão quando constituírem fator extremamente necessário para a realização do projeto, sob pena de comprometimento das finanças públicas e favorecimento abusivo do concessionário. (CHAVES, 2012, p. 54).

A concessão administrativa, por sua vez, é, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de PPP, “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. Carlos Ari Sundfeld chama a atenção para a expressão utilizada pelo legislador, que acabou por estabelecer o objeto central do contrato de concessão administrativa como a “prestação de serviços”. Ainda de acordo com autor, tal escolha permite afirmar que foi dada liberdade ao Poder Público para firmar contratos de concessão administrativa com o ente privado, tanto para a prestação de serviços públicos, que terão por destinatários diretos os cidadãos como para os serviços prestados ao próprio Estado. É o que se depreende da seguinte assertiva:

Não estão no texto literal das PPPs as expressões que, por razões didáticas, aqui utilizamos para explicar os dois tipos de concessão administrativa. Mas as categorias correspondentes são criação da própria lei, que, em seu art. 2º, § 2º, definiu a concessão administrativa como “o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja usuária direta” (hipótese que denominamos de concessão administrativa de serviços ao Estado) “ou indireta” (hipóteses que denominamos de concessão administrativa de serviços públicos). (SUNDFELD, 2007, p. 30).

O traço diferenciador entre as modalidades especiais de concessão de serviços públicos está no sistema de remuneração. Como dito anteriormente, na concessão patrocinada o ente privado receberá a contraprestação pelas atividades desempenhadas por um sistema misto, que envolve a cobrança de tarifas dos usuários e o pagamento de uma parcela adicional por parte da concedente. Ao passo que, na concessão administrativa, não há a cobrança de tarifas, sendo o pagamento realizado diretamente pela Administração, por uma das formas previstas em lei¹¹, seja pela impossibilidade desta cobrança ou pela necessidade de realização de políticas públicas por parte do Estado.

Passamos agora a comentar algumas características importantes das parcerias público-privadas, assim como algumas diretrizes a serem observadas em sua contratação.

José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 458-459) ensina que três características básicas diferenciam os contratos de concessão sob o regime de parceria público-privada dos demais contratos administrativos. A primeira consiste no financiamento do setor privado e se assenta numa das razões pelas quais o Estado procura esse tipo de interação com o particular, qual seja a necessidade de investimentos em meio à escassez de recursos públicos. A outra característica se encontra no compartilhamento dos riscos¹² entre o Poder concedente e o parceiro privado, disso decorre a necessidade de um controle eficiente por parte da Administração sobre o objeto da contratação. Por último, aponta a pluralidade compensatória que se revela na possibilidade de contraprestação do Estado se dar por variadas espécies, para além do pagamento em pecúnia.

¹¹ Art. 6º da Lei nº 11.079/2004: “A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei”.

¹² Art. 5º da Lei nº 11.079/2004: “As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

Se por um lado o Estado se vê solidário ao particular nos riscos do contrato, por outro nasce o dever, para o parceiro privado, de compartilhamento dos ganhos econômicos com o Poder Público¹³. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa obrigação se justifica:

[...] o poder público poderá oferecer garantias ao financiador do projeto (art. 5º, § 2º), reduzindo, dessa forma, os riscos do empreendimento e possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado, os quais deverão ser compartilhados com o poder público. Por exemplo, se o financiador impõe encargos financeiros menores para a outorga do financiamento, o parceiro privado será beneficiado e deverá repartir esse benefício com o parceiro público, reduzindo proporcionalmente o valor de sua proposta. (DI PIETRO, 2015, p. 160).

O art. 4º da Lei de PPP elenca uma série de diretrizes¹⁴ a serem observadas na contratação de parceria público-privada. Algumas são óbvias e elementares a todos os contratos da Administração, como a responsabilidade fiscal e eficiência no emprego dos recursos públicos. Outras são mais específicas e merecem mais atenção, como é o caso da repartição objetiva de riscos entre as partes, que já foi anteriormente mencionada e que figura como um dos principais atrativos ao parceiro privado, visto que lhe resguarda da obrigação de suportar possíveis ônus de forma exclusiva; e a indelegabilidade das funções exclusivas do Estado, que é de grande relevo ao nosso estudo e será tratada no próximo capítulo quando da análise da possibilidade de delegação de serviços no âmbito carcerário.

Vê-se também que é preciso cumprir alguns requisitos no tocante ao prazo e valor da contratação, frutos da própria natureza e complexidade dos investimentos e interesses envolvidos. Dessa maneira, só pode haver a contratação de PPP se o valor do contrato for superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e se a prestação do serviço for superior a 5 anos e inferior a 35 anos. O alto valor se justifica em razão do caráter excepcional que deve dominar a modalidade e também

¹³ Art. 5º da Lei nº 11.079/2004: “As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto o art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado”.

¹⁴ Art. 4º da Lei nº 11.079/2004: “Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria”.

como forma de evitar a banalização do regime. Por outro lado, o tempo mínimo de prestação busca garantir a exposição do parceiro privado aos riscos do contrato, de modo que ele experimente prejuízos em caso de uma atuação medíocre que importe na má execução da infraestrutura.

Outro ponto de relevância é a obrigatoriedade da constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), para gerir o objeto da parceria. Ao constituir uma SPE, permite-se um melhor controle por parte do Poder Público sobre as atividades e contas do ente privado, isso porque a relação se dará com uma sociedade vinculada exclusivamente ao empreendimento da parceria público-privada. Não haverá espaços para dúvidas que poderiam ser lançadas sobre a saúde financeira da concessionária e do projeto, em decorrência da aplicação de investimentos em outras atividades.

O instituto da PPP, como não poderia deixar de ser, não se apresenta livre de embates. Em exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello critica a concessão administrativa, afirmando que:

[...] o que a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é a realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão –, segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos. Ou seja: quer ensejar aos contratantes privados [...] vantagens e garantias capazes de atender aos mais venturosos sonhos de qualquer contratado. (MELLO, 2015, p. 801).

Conhecedor da parceria público-privada e suas características principais, resta-nos analisar a possibilidade de sua aplicação no sistema prisional e se tal forma de gestão apresenta indicativos de aumento da qualidade dos serviços carcerários e de respeito à dignidade do aprisionado e aos mandamentos da execução penal.

4 A PPP NO SISTEMA PRISIONAL

Em face das mazelas que recaem sobre o sistema prisional brasileiro, principalmente o déficit de vagas e o emprego insuficiente e ineficiente de recursos por parte do Poder Público, a contratação de parcerias público-privadas aparece como alternativa ao modelo de gestão exclusivamente estatal que impera sobre esse tipo de atividade¹⁵. Desse modo, é preciso verificar se a aplicação desse regime de contratação se consolida como um instrumento que possibilita uma execução penal mais adequada, balizada pelo seu fim ressocializador e pelo respeito à dignidade dos presos.

Vale ressaltar que a própria Lei de Execução Penal prevê que o Estado deve buscar a cooperação da esfera particular nas atividades de execução da pena¹⁶, o que indica uma corresponsabilidade dos entes públicos e privados quanto à elaboração de projetos e investimentos que propiciem melhorias nas condições experimentadas pelos presos. Verifica-se também que a necessidade de interação com a iniciativa privada, na busca por novas formas de gestão prisional, foi uma das constatações da última Comissão Parlamentar de Inquérito que tratou sobre a crise do sistema carcerário, que serviu de fundamento inclusive para a apresentação de Projeto de Lei sobre a execução indireta de atividades desenvolvidas nos estabelecimento penais.

Os modelos de cogestão e parceria público-privada, em pouco mais de dez anos de existência no Brasil, comprovaram que é possível sim a iniciativa privada contribuir para que o Estado possa atender aos ditames da Lei de Execução Penal, além de possibilitar o cumprimento de penas com um mínimo de dignidade para milhares de encarcerados do País. (BRASIL, 2017, p. 196).

Levantada a hipótese de utilização da parceria público-privada no âmbito do sistema carcerário, com o objetivo de obter a resposta ao problema *supra* colocado, deve-se analisar os motivos que levariam o Estado a contratar com um parceiro privado a gestão prisional, bem como as vantagens que podem advir dessa contratação para a concedente, a concessionária e a sociedade em geral. Boa parte

¹⁵ De acordo com o levantamento realizado pelo DEPEN: “Ainda que se discuta a operação privada do sistema prisional há muito tempo, no Brasil a gestão pública é a realidade de mais de 90% das unidades. Em 15 estados, as unidades sob gestão pública representam um valor próximo ou igual a 100%”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 74).

¹⁶ Art. 4º da Lei nº 7.210/84: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”.

da doutrina advoga, contudo, pela impossibilidade desse regime de contratação para a gestão dos presídios em razão da natureza das atividades desenvolvidas em sede de execução penal. Argumentam em torno da indelegabilidade dos serviços atinentes à execução penal, da imoralidade da submissão entre particulares que tal regime estabelece, entre outros. Esses argumentos serão analisados no decorrer do capítulo, assim como outras críticas pontuadas sobre a temática.

Antes, porém, não é demais esclarecer que quando se pensa na delegação dos serviços relativos ao sistema prisional a um parceiro privado, está-se diante de hipótese de concessão especial administrativa de serviços públicos. Não há espaço para outra modalidade de concessão nesta seara, sobretudo pela impossibilidade da concessionária auferir a remuneração pelos serviços prestados daqueles que estão sob a tutela do Estado, enquanto cumprem suas penas. Nesse sentido, Leonardo Cocchieri Leite Chaves evidencia que:

Verifica-se que as atividades desenvolvidas na esfera prisional se enquadram perfeitamente à hipótese legal prevista para as concessões administrativas. Isso porque tais atividades, de fato não são passíveis de exploração econômica por meio da cobrança de tarifas. Os detentos, destinatários das atribuições e serviços carcerários, estão sujeitos à custódia do Estado, razão pela qual este, na condição de usuário direto dos serviços prestados, deve arcar com totalidade da contraprestação. (CHAVES, 2012, p.100).

Como já mencionado, a realidade encontrada nos cárceres brasileiros denuncia a ineficácia das estratégias de gerenciamento aplicadas pelo Estado. Unidades superlotadas, recursos escassos e mal utilizados, escassez de servidores, são alguns dos fatores que cominam no descumprimento dos mandamentos da LEP e na baixa qualidade da prestação dos serviços penitenciários. Isto posto, o que o Estado procura, em primeiro lugar, por meio da concessão de serviços relativos ao sistema prisional, é conseguir uma atuação pautada na eficiência que entregue uma prestação de qualidade. Essa prestação do parceiro privado será tanto mais eficiente quanto for a sua capacidade de otimizar os investimentos, ao reduzir os gastos públicos e entregar as condições necessárias à eficácia da execução penal; e de promover a ressocialização do preso e os meios para o retorno à vida em sociedade sem que recorra novamente à criminalidade. Em semelhante posicionamento, Fernanda Aguiar Cunha elucida que:

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 [entre a efetividade dos

direitos dos presos e o valor despendido para tal], 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. (CUNHA, 2013, p. 28).

Ainda na linha dos ensinamentos de Fernanda de Aguiar Cunha (2013, p. 29), a eficiência pretendida por esse modelo de gestão trará ganhos não só para o preso, que cumprirá a sua pena num ambiente dignamente humano e terá suas garantias respeitadas, mas também para Administração Pública e para a sociedade como um todo. Isto porque é de se esperar uma diminuição de gastos (ou pelo menos melhores retornos dos gastos realizados) por parte do Poder Público em razão da transferência da administração dos presídios. Se a Administração diminui os custos de sua atuação, a sociedade, que arca com essa atuação, também experimenta certa vantagem. Por outro lado, destaca-se ainda que a ressocialização do apenado é mais facilmente alcançável quando se dispõe de uma estrutura adequada. Assim sendo, a sociedade indiretamente se beneficia da gestão prisional realizada pelo parceiro privado, visto que menor será a possibilidade daquele preso voltar a delinquir.

Vale lembrar que a opção pelas parcerias público-privadas também livra o Estado da obrigação de realizar grandes investimentos iniciais de infraestrutura necessária para sanar o problema, que envolvem recursos financeiros dos quais a Administração não dispõe. Assim, como o parceiro privado é quem deverá realizar todo o projeto de construção do estabelecimento penal, vindo a receber a contraprestação da concedente somente após o início da prestação dos serviços propriamente ditos, a Administração tem a vantagem de ver atendida uma necessidade da coletividade por melhores infraestruturas, sem submeter-se ao ônus imediato.

Expostos os motivos e vantagens, fazem-se necessários alguns apontamentos sobre a forma como se dará o contrato e as obrigações atinentes ao parceiro privado.

Ao particular caberá a construção, ampliação ou reforma do estabelecimento, assim como a prestação dos serviços que o contrato estabelecer como de sua responsabilidade. Em linhas gerais, caberá ao parceiro privado, além da edificação do presídio, a prestação material de alimentação, saúde, integridade, bem estar, segurança e educação ao preso. Deverá cuidar também de desenvolver um projeto

com boa estrutura, sob pena de arcar com os prejuízos de sua manutenção, tendo em vista que um dos marcos da concessão especial de serviços públicos é justamente a exposição do concessionário aos riscos do contrato por um tempo prolongado. Do disposto no art. 7º da Lei de PPP¹⁷ entende-se que o parceiro privado deverá imprimir um bom ritmo ao desenvolvimento das atividades relativas à estruturação do estabelecimento, visto que a demora em tornar o serviço objeto da parceria fruível aos seus destinatários acarretará o atraso também da contraprestação a ser recebida pela concedente. É de se imaginar que o parceiro privado não queira se sujeitar a uma situação de despesas elevadas sem uma contrapartida do parceiro público por um tempo muito longo. Quanto mais tempo demorar em disponibilizar o serviço, mais tempo estará suportando os riscos do contrato e se expondo à possibilidade de descontos na remuneração.

Outro fator que incrementa a responsabilidade do parceiro privado em entregar um serviço de excepcional qualidade se acha na possibilidade de vinculação da remuneração ao desempenho do projeto¹⁸. Nessa linha, Leonardo Cocchieri Leite Chaves assevera que:

[...] a remuneração vinculada ao desempenho do parceiro privado cumpre uma função dúplice. Consiste, ao mesmo tempo, numa medida de controle dos atos do parceiro privado, limitando a contraprestação nos casos em que os objetivos estabelecidos em contrato não forem atendidos ou houver má prestação do serviço, e num mecanismo de incentivo para as hipóteses de melhorias na infraestrutura e criação de eficiências no desenvolvimento dos serviços, ante a possibilidade de incremento na remuneração. (CHAVES, 2012, p. 102).

Portanto, é imperioso que o contrato estabeleça uma série de metas e indicadores de desempenho, com vista a possibilitar tal vinculação e também orientar o parceiro privado no caminho por uma gestão penitenciária mais aperfeiçoada. Fernanda de Aguiar Cunha (2013, p. 29-30) atrela o sucesso da maximização da eficiência à tarefa de fixação de indicadores de desempenhos alinhados com o pagamento do parceiro privado, ressalta ainda que devem ser frutos de indispensáveis estudos técnicos que precedam a instauração do edital de licitação e, sempre que possível, monitoráveis.

¹⁷ Art. 7º, *caput*, da Lei nº 11.079/2004: “A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada”.

¹⁸ Art. 6º, § 1º, da Lei nº 11.079/2004: “O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato”.

Com os olhos voltados para a respeitável parcela da doutrina contrária à descentralização dos serviços carcerários, podemos ver que afirmam a impossibilidade da delegação desses serviços, tendo por norte a vedação disposta no art. 4º, inciso III, da Lei de Parcerias Público-Privadas¹⁹, uma das diretrizes a serem seguidas na celebração das chamadas concessões especiais. Leonardo Cocchieri Leite Chaves explica que a norma em comento encontra razão na supremacia do poder público.

[...] o Estado, enquanto organização que busca o bem comum, possui poderes e funções exclusivos para alcançar esse mister, seja regulando e fazendo incidir a lei em situações concretas, seja condicionando e limitando direitos e liberdades dos particulares. Assim, a exclusividade que o ente estatal possui em relação a determinadas atividades tem como pressuposto a sua própria finalidade última, qual seja, a de concretizar o interesse público. (CHAVES, 2012, p. 64).

Entre os impasses apresentados, encontram-se fundamentos sustentados ora na configuração das atividades prisionais como exercício do poder de polícia, ora na natureza da execução penal enquanto atividade jurisdicional. São essas as questões mais sensíveis, já que serviriam para encaixar a hipótese na vedação outrora mencionada.

O poder de polícia, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 79), consiste em prerrogativa atribuída à Administração, para restringir a liberdade e propriedade individual em favor da coletividade. Assim, é necessário examinar a manifestação de tal potestade nas atividades desenvolvidas na esfera penitenciária. A execução penal, como se verá adiante, é composta (também) por atividades administrativas, sendo que algumas devem ser privativas do Estado, em razão do alto grau de coercitividade que apresentam, configurando o exercício do poder de polícia. É preciso identificar quais são essas atividades para afirmar a impossibilidade de delegação ao parceiro privado, somente quanto a elas. Se a execução penal, e assim os serviços prisionais, envolvem atividades de diversas naturezas, não se justifica a indelegabilidade geral do serviço com base numa potestade pública que existe para prezar pelo melhor interesse da coletividade. Nesse diapasão, Fernando Vernalha Guimarães (2012 apud CHAVES, 2012, p. 92) defende que o elemento central do poder de polícia estaria na competência decisória

¹⁹ Art. 4º da Lei nº 11.079/2004: “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”.

da Administração em identificar a necessidade do exercício dessa prerrogativa. Quanto a essa competência não deve ser reconhecida a possibilidade de delegação. Contudo, nada obsta que, tomada a decisão pela Administração, as atividades executivas necessárias à efetividade dessa potestade sejam realizadas por um particular, pois não passam de atividades instrumentais, acessórias. Como exemplo, Leonardo Cocchieri Leite Chaves, que apresenta o caso da atividade de monitoramento prisional:

A doutrina especializada considera viável essa modalidade de delegação, uma vez que não implica a coação direta e imediata do detento. Nesse quadro, a competência decisória acerca das formas e limites do monitoramento prisional permanece com o poder público, que a exerce principalmente mediante regulamento. Já os atos de implementação e execução dos mecanismos de vigilância e segurança poderão ser transferidos a particulares. (CHAVES, 2012, p. 94).

Sob outra perspectiva, ressalte-se que só há de se questionar da impossibilidade de delegação do poder de polícia no tocante às atividades que incidam sobre a pessoa do preso. Não há coercitividade envolvida nas típicas atividades de gestão, como a hotelaria, saúde e demais assistências prestadas aos presos. De forma que a viabilidade de sua transferência aos parceiros privados se mostra escancarada.

Outro entrave colocado pela doutrina à delegabilidade dos serviços prisionais diz respeito à natureza da execução penal. Negam a possibilidade de contratação das PPPs em presídios, por entenderem que as atividades ali desenvolvidas se configuram como exercício de função jurisdicional – a qual, como vimos, é função exclusiva do Estado.

A execução penal é tarefa que se desenvolve em variados planos institucionais. E nisso se revela a dificuldade em definir a sua natureza, pois em seu âmbito se verificam atos jurisdicionais e administrativos, sendo estes últimos, ora de coerção, ora de gestão. De um lado encontramos defensores de uma natureza mista (GRINOVER, 1987, p. 7 apud ROIG, 2017, p. 115), pois no exercício da execução penal pode se observar que os incidentes relativos ao processo se dão no âmbito judicial e os demais aspectos (gestão dos estabelecimentos penais, prestações materiais, etc.) recaem sobre a atuação administrativa. De outro, vemos argumentos que reconhecem a intensa atividade administrativa, mas, ainda assim, assevera a natureza exclusivamente jurisdicional da execução penal. Nessa perspectiva, Renato Marcão defende que:

O título em que se funda a execução decorre da atividade jurisdicional no processo de conhecimento, e, como qualquer outra *execução forçada*, a decorrente de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria só poderá ser feita pelo Poder Judiciário [...] não é pelo fato de não prescindir de certo rol de atividades administrativas que sua natureza se transmuda; prevalece a atividade jurisdicional, não só na solução dos incidentes da execução. (MARCÃO, 2016, p. 33).

Entendemos que qualquer que seja a corrente adotada, se faz notar um ponto comum, qual seja a existência de atividades administrativas e isso basta para asseverarmos, assim como Daniela Carvalho Portugal (2010, p. 61), que uma distinção deve ser feita entre a execução penal e a gestão prisional. Isto porque é claro que há atos na execução penal que são próprios da função jurisdicional do Estado, sobre os quais não se tem que cogitar sobre sua delegação, como é o caso dos incidentes relativos à progressão de regime e ao livramento condicional. Por outro lado, há uma infinidade de atividades que dizem respeito à administração carcerária, como as decisões relativas às instalações penais e prestações materiais dentro dos presídios, que não se transmutam de caráter jurisdicional simplesmente pelo fato de servirem ao cumprimento da pena imposta pelo Judiciário. Desta forma, é possível a delegação dessas atividades, o que importa em transferência ao parceiro privado da gestão prisional, não da execução penal em toda sua complexidade. Daniela Carvalho Portugal reforça ainda que:

O que se tem, na gestão prisional, é o exercício de atividade administrativa marcada, em alguns momentos, pelo exercício de função jurisdicional atípica promovida pelo Poder Público, a exemplo das sanções disciplinares aplicadas quando da falta dos internos. (PORTUGAL, 2010, p. 62).

Deve-se cuidar da existência de atividades administrativas carregadas de poder coercitivo. Nesse ponto, voltamos à verificação dos conceitos e limites do poder de polícia. Como já dissemos outrora, verificada a coercitividade com relação a alguma atividade, deve ela (ou a competência decisória sobre ela) ficar reservada ao parceiro público, não importando em indelegabilidade das demais atividades ao parceiro privado.

Há ainda os que expõem algumas imoralidades dessa descentralização, relativas à utilização da força laborativa do preso, à prestação de assistência jurídica e ao interesse privado de persecução do lucro e sua relação com o estímulo ao encarceramento. Destacaremos a análise desses pontos para o próximo capítulo, em que se observará a experiência do presídio gerido por PPP em Ribeirão das Neves, por entender que assim será de melhor visualização os problemas

apontados pela doutrina, assim como a análise sobre a sustentação destas críticas, com base no contrato ali celebrado.

Assim, os impasses colocados pela doutrina mais servem para limitar a descentralização do que para afirmar a sua impossibilidade. É certo que apenas algumas atividades prisionais são privativas do Estado, de modo que, na busca por atender a melhor prestação possível para seus serviços, pode vir a descentralizar aquelas que não configurem atos jurisdicionais ou coercitivos, sendo apenas prestações materiais. Um modelo possível de parceria público-privada no sistema penitenciário tem por norte a noção de que o Estado continua responsável pela custódia e garantia do cumprimento da pena, enquanto o ente privado provê os meios para isso. Deve-se lembrar que não é o caso de privatização do sistema prisional, no sentido de transferir o serviço irrestritamente ao particular, mas sim de cooperação entre Estado e parceiro privado no sentido de buscar uma melhor gestão, guiada por resultados. Ao fim, o Poder Público guardaria a responsabilidade pela segurança externa, condução, escolta, intervenções e sanções disciplinares aplicáveis ao preso. Essa divisão de tarefas ficará evidenciada na análise do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves que se fará no capítulo seguinte.

Leonardo Cocchieri Leite Chaves nos apresenta louvável síntese sobre os limites a serem observados no caso da aplicação das parcerias público-privadas:

[...] constata-se que é possível a delegação a particulares das seguintes atividades prisionais: 1) a elaboração do projeto básico e a construção do estabelecimento prisional; 2) competências e atribuições de mera gestão e assistência; e 3) atividades instrumentais e acessórias na área de vigilância e segurança do presídio; 4) a utilização do trabalho remunerado dos presos, nos termos da LEP.

Ficam reservadas ao poder público, portanto, as seguintes atribuições: 1) a direção do presídio no tocante às questões disciplinares e organizacionais; e 2) o poder disciplinar, para o estabelecimento de sanções de natureza administrativa (que não possuam natureza jurisdicional); 3) as competências decisórias no tocante à vigilância e segurança armada do estabelecimento prisional, tanto interna quanto externamente. (CHAVES, 2012, p.96).

Acrescentamos, somente para que fique firme, que também as incumbências e responsabilidades que a Lei de Execução Penal atribui ao juízo de execução, não poderão ser objeto do trespasse ao parceiro privado, pois aqui sim, é mais que óbvio o caráter jurisdicional da atividade.

5 O COMPLEXO PENAL DE RIBEIRÃO DAS NEVES

A princípio, deve-se ressaltar o pioneirismo do Estado de Minas Gerais no que concerne às parcerias público-privadas. Observa-se que foi o primeiro marco legal sobre o tema no país. Antecipando-se à legislação federal que data de 2004, apresentou, por meio da Lei Estadual nº 14.868/2003, as diretrizes do Programa e do Plano Estadual de PPP, onde estabelecia os requisitos e possíveis objetos para essa modalidade de concessão. Na mesma ocasião, editou leis dispendo sobre a criação do Fundo de Parcerias Público-Privadas no Estado, para dar sustentação financeira ao programa, e a instalação do Conselho Gestor de PPPs, responsável pela elaboração do Plano Estadual de PPPs, bem como pela aprovação dos editais, contratos e aditamentos. Foi também o primeiro Estado a propor a utilização da contratação de parceria público-privada no sistema prisional, por meio da construção e gestão do Complexo Penal, situado na região metropolitana de Belo Horizonte, no município de Ribeirão das Neves.

De acordo com os dados levantados pelo Ministério da Justiça, por meio do DEPEN, Minas Gerais ocupa a segunda colocação entre as unidades da federação com maior população carcerária, são mais de 61 mil pessoas presas, para um sistema constituído por 36.685 vagas. Percebe-se, assim, uma taxa de encarceramento de 167%, igual à apresentada pelo cenário nacional. Tendo em vista essa situação e visando a garantir a qualidade da prestação de serviços no sistema penitenciário, com a priorização de resultados, garantia dos direitos dos apenados e efetiva promoção da ressocialização, é que se buscou a alternativa de descentralização apontada.

O procedimento licitatório para o referido complexo se iniciou em 2008, tendo sido precedido de consulta pública²⁰, em que foi realizada uma série de esclarecimentos às questões levantadas sobre o edital. Somente uma empresa foi qualificada no certame, a Gestores Prisionais Associados S/A – GPA, sociedade

²⁰ Art. 10 da Lei nº 11.079/2004: “A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: [...] VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital”.

anônima de propósito específico de capital fechado²¹ constituída pela CGI Construções Ltda., Construtora Augusto Velloso S. A., Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda., N. F. Motta Construções e Comércio Ltda., e INAP – Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda., para a construção e gestão do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves. Destaca-se a experiência das empresas formadoras da SPE na área prisional, de segurança e construção de unidades penitenciárias.

O contrato de PPP entre a GPA e o Estado de Minas Gerais, por meio da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS), foi assinado em 16 de junho de 2009, contou ainda com a interveniência e anuência da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico (SEDE), para a construção e gestão de cinco unidades prisionais (3 unidades destinadas ao regime fechado e 2 unidades para o regime semiaberto) masculinas, com capacidade para abrigar 3.040 presos, e uma unidade de administração. A concessão teve seu prazo fixado em 27 anos, sendo que os dois primeiros seriam destinados à construção e os outros 25 anos, à gestão prisional pelo parceiro privado. Contudo, podemos observar que após sucessivos termos aditivos ainda se encontra pendente a entrega de duas unidades prisionais e da Célula-mãe (unidade destinada à administração central do Complexo), e que o prazo inicial foi prorrogado para 30 anos.

O contrato teve seu valor estimado em R\$ 2.111.476.080,00 (dois bilhões e cento e onze milhões e quatrocentos e setenta e seis mil, setecentos e oitenta reais), sendo a remuneração do parceiro privado composta por três parcelas: a contraprestação pecuniária mensal, a parcela anual de desempenho e a parcela referente ao parâmetro de excelência. A primeira tem por objetivo remunerar a concessionária pelos serviços prestados, levando em conta a quantidade de vagas disponibilizadas e preenchidas. A segunda, por sua vez, corresponde aos aspectos qualitativos de desempenho experimentados anualmente. Por último, a parcela de excelência busca, nos termos do disposto na cláusula 14.1.3 do Contrato, remunerar o parceiro privado pela “sua atuação relacionada à garantia da adequada ocupação do tempo do sentenciado com o trabalho remunerado”. Cada uma dessas parcelas obedece a um critério objetivo de cálculo trazido pelo contrato e seus anexos, fazendo-se notar que a remuneração depende do atendimento a condições

²¹ Art. 9º, *caput*, da Lei nº 11.079/2004: “Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”.

previamente estabelecidas, de modo que se não verificadas, a concessionária experimentará reduções nesses valores, além de outras penalidades que serão abordadas em momento oportuno. Em síntese, a remuneração da concessionária é vinculada à disponibilidade da vaga prisional e aos indicadores de desempenho que compreendem desde as medições das atividades de assistência e apoio ao interno, aos padrões de segurança praticados.

Pelo contrato, a GPA se obrigou a prestar todos os serviços de assistência elencados na Lei de Execução Penal, além, é claro, dos específicos da construção do estabelecimento. Assim sendo, são de sua responsabilidade os serviços atinentes ao atendimento médico, odontológico e psiquiátrico dos internos; à educação; ao treinamento e educação profissionalizantes; à recreação esportiva; à alimentação; à vigilância interna; à gestão do trabalho dos presos; e, à assistência social, psicológica e jurídica.

Quanto à prestação de assistência jurídica pelo ente privado, Anthony Thiesen objeta que:

De grande preocupação é a prestação de Assistência Jurídica ao preso ser de responsabilidade do próprio parceiro privado. Tal proposta, implantada no presídio de Ribeirão das Neves por seus gestores, além de possuir evidente imoralidade, é inconstitucional.

Sob o prisma do controle social, é assustador que o próprio ente que tem interesse na manutenção do encarceramento do indivíduo seja o responsável por providenciar sua assistência jurídica. (THIESEN, 2016, p. 79).

Em similar argumentação, José Adaumir Arruda da Silva (2015, p.) sustenta que a previsão no contrato incumbia a concessionária da assistência jurídica integral, isto é, judicial e administrativa. De modo que os advogados pagos pelo parceiro privado atuariam em defesa dos presos inclusive perante o Conselho Disciplinar em casos relacionados à atuação dos próprios agentes da unidade prisional, o que seria inadmissível e colocaria sob suspeita o empenho e atividade do advogado em favor do apenado. Partilhamos, em certo ponto, desse posicionamento. Contudo, entendemos que o problema, que se verifica no contrato inicial da parceria, foi resolvido com o termo aditivo que alterou a redação do item 3.1.1 do ANEXO IX, que dispõe sobre os encargos da concessionária. A mudança ocorreu em razão de acordo firmado entre a Concessionária, o Estado de Minas Gerais e a Defensoria Pública na Ação Civil Pública nº 0024.08.135.073-8, em que o Ministério Público arguiu a inconstitucionalidade e impropriedade da norma. Hoje,

entende-se que a atuação da equipe jurídica colocada à disposição pelo parceiro privado é de suporte aos defensores públicos.

São do ente privado as obrigações relativas à mão de obra, como o recrutamento e treinamento de profissionais, e os respectivos encargos sociais, trabalhistas e previdenciários. A segurança interna também é dever da concessionária, devendo ser desenvolvida nos limites estabelecidos pelo Poder Concedente. O monitoramento interno das unidades, assim, será realizado sem uso de qualquer armamento, os empregados responsáveis por garantir a segurança interna ostentarão apenas um bastão de borracha para uso em legítima defesa. Havendo a necessidade de uso da força, esta deverá ser exercida pelo plantel estatal, isto é, o Estado será convocado a intervir para manutenção da ordem.

O Poder Público, por sua vez, tem a obrigação de viabilizar o acesso ao Complexo, bem como o desenvolvimento das atividades relativas à segurança externa (das muralhas e áreas adjacentes) de cada unidade prisional. É seu encargo a nomeação dos Diretores Públicos de Segurança, responsáveis por agir em nome do Estado no interior do Complexo, monitorando as atividades e eventualmente aplicando sanções administrativas aos apenados. Também a movimentação dos internos, relativas à transferência e transporte para o Complexo, ou do Complexo para outro local, é função a ser desempenhada pelo Poder Concedente.

O governo do Estado tem ainda a responsabilidade pela fiscalização de todas as obras, serviços e atividades atribuídas ao parceiro privado, que pode ser exercida de forma direta ou por meio de empresa especializada (Verificador Independente), à qual cabe a avaliação dos indicadores de desempenho, assim como o cálculo das contraprestações a serem pagas à concessionária. Verifica-se que, através da SEDS, o Estado de Minas Gerais firmou contrato com a Accenture Brasil Ltda., para a prestação destas atividades de monitoramento e aferição do desempenho da GPA.

Como foi dito, havendo descumprimento por parte do parceiro privado quanto às condições estabelecidas no contrato, para além das reduções possíveis na remuneração, poderá sofrer algumas sanções administrativas, aplicáveis pelo Poder Público. Desta forma, o Poder Concedente poderá aplicar à concessionária inadimplente advertências, multas, impor a caducidade da concessão, bem como suspender temporariamente o direito de participação em licitações e o impedimento de contratação com a Administração Pública. Fernanda de Aguiar Cunha, com quem concordamos nesse sentido, vê nas deduções um incentivo maior para o parceiro

privado executar os serviços observando o melhor atendimento às condições estabelecidas pela Concedente que aquele causado pela possibilidade de aplicação de sanções, isto porque:

Para aplicar alguma dessas penalidades será necessário instaurar um processo administrativo para apurar a conduta da concessionária. Normalmente, esse processo é demorado, haja vista que tem que ser garantido a concessionária durante todo o procedimento o contraditório e ampla defesa. (CUNHA, 2013, p. 63).

Diante do exposto, podemos perceber que o projeto desenhado pelo Estado de Minas Gerais se encontra em conformidade com as disposições da Lei de PPPs, bem como com as ressalvas feitas para a possibilidade de sua utilização no sistema prisional. É notável a divisão de tarefas entre o Poder Concedente e a Concessionária, de forma que os serviços que envolvem força coercitiva permanecem sob o plano estatal.

Entretanto, é preciso dar espaço às vozes doutrinárias que afirmam o risco de se produzir um estímulo ao encarceramento, em razão do critério utilizado para o cálculo da remuneração ser, simplificada, por unidade de preso. Assim, de acordo com José Adaumir Arruda da Silva (2015, p.103), “cumpre frisar que se o empreendimento carcerário tem como fonte de receita o homem preso, este não pode faltar, sob pena de dar prejuízo, um resultado indesejável na atividade empresarial”. A nosso ver, esse argumento segue um raciocínio simplista, que não merece acolhida, ao desconsiderar que as unidades prisionais têm um número máximo de vagas, que não poderá ser extrapolado como ocorre nos presídios estatais. Lembre-se que evitar esse quadro é justamente um dos motivos para a contratação de uma gestão prisional por parceria público-privada. Há, portanto, expressa vedação à superlotação, devendo o Estado realizar transferência dos apenados para outra localidade se for o caso.

Acreditamos estar diante de problemas maiores quando se tem em vista o compromisso assumido pelo Estado de Minas Gerais em garantir a ocupação mínima de 90% das vagas, que se visualiza na fórmula adotada para o cálculo da contraprestação mensal cheia. Vejamos, por exemplo, a contraprestação prevista para as unidades de regime fechado, que obedecerá a seguinte equação: $CNTRPRCH = VVG DIA * (SUPTLZD * 0,9 + OCUP * 0,1)$, em que VVG DIA corresponde ao valor da vaga dia; SUPTLZD corresponde ao número de vagas dia disponibilizadas durante o mês; e OCUP corresponde à quantidade de vagas dia

efetivamente ocupadas durante o mês. Assim, o raciocínio empregado leva a crer que a concessionária terá garantida a remuneração por 90% das vagas disponibilizadas, independentemente de quantas foram ocupadas. Não é que a Concedente deverá fornecer presos para essas vagas, mas sim que independente disto, elas já estão pagas.

Por fim, faz-se necessário ainda verificar como vem sendo desenvolvidas as atividades desta PPP, nesses mais de 3 anos de existência do Complexo. Têm sido apresentados resultados promissores, até hoje o presídio não registrou nenhum motim, rebelião ou mortes violentas. O Complexo Penal conta com três unidades em funcionamento, sendo que duas destinadas ao regime fechado e uma para o semiaberto, abrigando mais de 2 mil apenados. No ano de 2014, quando o Complexo Penal de Ribeirão das Neves contava com 1 ano de existência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontou, em relatório produzido por ocasião do mutirão carcerário realizado naquela região, que as condições verificadas nas unidades prisionais pertencentes ao Complexo objeto da PPP entre o Estado de Minas Gerais e a GAP eram capazes de permitir o cumprimento da pena de modo digno, propiciando a ressocialização do apenado. Há assistência à saúde prestada por profissionais capacitados, que conta com uma estrutura adequada para a realização do atendimento, diversidade e quantidade de medicamentos para os presos. Da mesma forma, é prestada assistência educacional aos apenados, que contam com atividades de ensino fundamental, médio, técnico, EAD, e superior.

No geral, pode se constatar que os detentos elogiam a qualidade da infraestrutura, os serviços prestados e a atuação dos monitores, destacando a menor hostilidade destes, quando comparados com os agentes das prisões públicas. Alguns apontam, no entanto, algumas críticas quanto ao oferecimento das atividades de educação e trabalho. Segundo os detentos, não há vagas para todos que gostariam de desenvolver alguma função e o empréstimo de livros é limitado (CORREA; CORSI, 2014, p. 11). Ressalte-se, contudo, que o fornecimento de vagas para o trabalho não é algo que depende exclusivamente da concessionária, haja vista que esta não pode lucrar com o trabalho do apenado. Seu papel é buscar outras empresas parceiras para contratar os serviços dos internos, estando assim exposta às dificuldades impostas pelas negociações e até mesmo pelo processo de anuência da Secretaria do Estado.

6 CONCLUSÃO

Observando-se o caos instaurado no sistema penal brasileiro, torna-se flagrante o desrespeito aos direitos e garantias dos apenados, desde os mais básicos como saúde, educação, alimentação e segurança. Se no nosso ordenamento a pena foi pensada tendo por fim a ressocialização do delinquente, quando muito tem servido para sua neutralização, isolamento da sociedade. A superlotação carcerária, mãe de todos os outros problemas verificados nas prisões brasileiras, impede qualquer tentativa de individualização da pena, separação dos presos e uma boa assistência material, médica, educacional, jurídica, social e religiosa. Como consequência, nos vemos num sistema que não alcança a reintegração do apenado, tampouco reduz a criminalidade.

Não há pistas de que o encarceramento desse enorme contingente de pessoas [...] esteja produzindo qualquer resultado positivo na redução da criminalidade ou na construção de um tecido social coeso e adequado. [...] Pelo contrário, o cárcere tem reforçado mecanismos de reprodução de um ciclo vicioso de violência que, como padrão, envolve a vulnerabilidade, o crime, a prisão e a reincidência e, por vezes, serve de combustível para facções criminosas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 6-7).

O déficit de vagas, e também de gestão, faz crescer a necessidade por alternativas ao atual modelo prisional utilizado no Brasil. Tem ganhado espaço, cada dia mais, a proposta de descentralização do serviço, de modo que este venha ser prestado por particulares, na busca por melhor aplicação de recursos e produção de melhores resultados, qual seja melhores condições e tratamentos ofertados aos apenados.

Como vimos, a onda de descentralização surge após diversas crises evidenciarem a incapacidade de a Administração Pública satisfazer, de forma exclusiva, os interesses e necessidades da coletividade. A escassez de recursos públicos motiva a procura de formas de cooperação entre o Poder Público e os particulares, em face de sua capacidade de captação e investimento, além de apresentar uma gestão mais profissional.

Apontamos, aqui, a possibilidade de utilização das PPPs no sistema prisional como meio para driblar a falta de recursos públicos necessários para melhora da infraestrutura penitenciária, bem como para ofertar aos presos um tratamento mais humanizado e condizente com os mandamentos estabelecidos pela Constituição e pela Lei de Execução Penal. Suscitada a alternativa, examinamos os impasses

levantados por respeitável parte da doutrina que entende pesar em desfavor à descentralização da gestão prisional as vedações à delegação do poder de polícia a particulares e também da função jurisdicional. Como vimos, tais entendimentos partem da noção que se desenvolve acerca da natureza da execução penal, que conforme restou demonstrada é complexa e se traduz em atos administrativos e jurisdicionais. Por outro lado, a forma como foi desenhada a aplicação das parcerias público-privadas na esfera prisional, mostrou a sua viabilidade, ao passo que faz possível a contratação desse regime sem que se tenha que transferir ao parceiro privado os poderes coercitivos sobre a pessoa do preso e também os atos que revelem exercício da função jurisdicional relativos ao processo de cumprimento da pena.

Como forma de aclarar as argumentações, trouxemos uma análise sobre a experiência mineira com a concessão administrativa realizada para construção e gestão do Complexo Penal de Ribeirão das Neves, firmada entre o Governo de Minas Gerais e a Gestores Prisionais Associados S/A – GPA. Para tanto, foram apresentados os pontos mais relevantes do contrato e um breve panorama do atual desenvolvimento do projeto. O modelo tem se revelado promissor, inclusive foi eleito como um dos 40 melhores projetos de PPPs no mundo, pela imprensa internacional²², que destacou o oferecimento de educação, trabalho e atividades recreativas aos presos, bem como o alto nível dos serviços. Também o CNJ se mostrou favorável à experiência, além dos próprios detentos que veem no Complexo um ambiente menos hostil que o encontrado nos estabelecimentos penais públicos.

É claro que ressalvas devem ser feitas. São vários os fatores que nos trouxeram à desordem do sistema prisional, entre os quais podemos destacar, além da já apontada superlotação carcerária, a banalização da prisão. É por isso que o problema penitenciário colocado não vem acompanhado de uma solução fácil, rápida e indolor. O problema envolve os três poderes, nos três níveis da Federação, e assim, sua solução necessita levar em consideração o esforço de todos no sentido de acabar com o déficit de vagas e cumprir com a função especial positiva da pena.

Isto posto, a abertura de novas vagas (no melhor dos cenários, o fim do déficit), precisa se fazer acompanhar dum Legislativo mais consciente da natureza

²² A avaliação foi publicada na *Emerging Markets*, publicação especial lançada pela *International Finance Corporation (IFC)*, o Banco Mundial e o *Infrastructure Journal*, uma das revistas de infraestrutura mais importantes do mundo.

subsidiária do Direito Penal, que garante sua intervenção apenas na tutela de bens jurídicos de tamanha relevância que não se possa proteger por outros meios; bem como de um Judiciário que produza uma reviravolta no atual quadro de banalização da prisão e passe a aplicá-la conforme o seu caráter de excepcionalidade. Será sempre impossível fornecer quantidade e qualidade de vagas que atenda à crescente demanda.

Para finalizar, a concessão administrativa, na forma desenhada por Minas Gerais, cumpre com o delimitado pela Lei nº 11.079/2004 (e todas as ressalvas apresentadas em razão do objeto), de tal forma que o parceiro privado projeta, constrói, mantém e opera o estabelecimento, superando as dificuldades financeiras que atinge o Estado, enquanto este detém a responsabilidade pela segurança externa, condução e eventuais intervenções. Mostra-se de grande relevo o estabelecimento de indicadores de desempenho (são mais de 380 no caso mineiro) e a sua vinculação aos cálculos de remuneração da concessionária como forma de incentivar uma atuação eficiente e transparente do particular. A PPP constitui também um importante mecanismo para se alcançar um serviço carcerário decente que produza a reintegração social do preso, mas não pode ser encarada como a panaceia do sistema prisional brasileiro. Às parcerias público-privadas cabe o papel de possibilitar ao Poder Público a criação e gestão eficiente dos presídios, e nisso podem ser apontadas como alternativa viável para alcançar a qualidade da atividade penitenciária, apenas um dos passos a serem dados para sair da crise, que, conforme afirmado, deve vir acompanhado do empenhos dos demais setores da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

_____. _____. _____. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais nºs 1/1992 a 93/2016, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão nºs 1 a 6/1994. 50. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BERGAMASCHI, Mara. Com três anos, presídio privado em Minas Gerais não teve rebeliões. **O Globo**. São Paulo, 07 jan. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/com-tres-anos-presidio-privado-em-minas-gerais-nao-teve-rebelioes-20740890>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Mariana Salgado. **Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional Catarinense**: contribuições, normas não cumpridas e ajustes necessários. 2014. 63f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

CHAVES, Leonardo Cocchieri Leite. **As Parcerias Público-Privadas na Perspectiva de Aprimoramento do Sistema Prisional Brasileiro**. 2012. 111f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Mutirão Carcerário Local do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves – MG**. Relatório Geral. Belo Horizonte, 2014.

CORREA, Gustavo Freitas; CORSI, Lucas Cavanha. O Primeiro Complexo Penitenciário de Parceria Público-Privada do Brasil. In: **Projeto Conexão Local – GVPesquisa**. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/o_primeiro_complexo_penitenciario_de_parceria_publico-privada_do_brasil.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

CUNHA, Fernanda de Aguiar. **PPP em Presídios – Um Novo Modelo de Gestão**. 2013. 65f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FUNDO federal para penitenciárias tem R\$ 2,4 bilhões disponíveis, aponta ONG. **G1**, Brasília, 4 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/fundo-federal-para-presidios-tem-r-24-bilhoes-disponiveis-aponta-ong.ghtml>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Dezembro 2014**. [S.l.: s.n.], [2016].

PALUDO, Augustinho Vicente. **Administração Pública: teoria e questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PORTUGAL, Daniela Carvalho. **As Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional: as perspectivas da legalidade, eficiência e política criminal**. 2010. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

REVISTA internacional coloca penitenciária de Minas entre as 40 melhores PPPs do mundo. **Agência Minas Gerais**, Belo Horizonte, 12 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.agenciaminas.noticiasantigas.mg.gov.br/noticias/revista-internacional-coloca-penitenciaria-de-minas-entre-as-40-melhores-ppps-do-mundo/>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSTIROLLA, Luciano. **A Adoção das Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional como Medida Efetiva para Reinserção Social dos Presos**. 2015. 104f. Dissertação (Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2015.

SANTOS, Jeferson Alves dos. **A Utilização das Parcerias Público-Privadas na Consecução de Serviços Carcerários: um estudo do Complexo Penitenciário PPP na cidade de Ribeirão das Neves-MG**. 2014. 104f. Dissertação (Mestrado em Gestão Pública e Sociedade) – Universidade Federal de Alfenas, Varginha, 2014.

SILVA, José Adaumir Arruda da. **A Privatização de Presídios e sua (In)Compatibilidade com o Estado Democrático de Direito: a ressocialização irrefletida**. 2015. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: _____. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 17-46.

THIESEN, Anthony. **Privatização de Presídios: poder, controle social e falsas promessas**. 2016. 92f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.