

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Ana Cristina Andrade Diesel

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA  
PRISIONAL: O CASO DO COMPLEXO PENAL DE  
RIBEIRÃO DAS NEVES

Passo Fundo

2017

Ana Cristina Andrade Diesel

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA  
PRISIONAL: O CASO DO COMPLEXO PENAL DE  
RIBEIRÃO DAS NEVES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Ciências jurídicas e sociais, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Prof. Dr. Giovani da Silva Corralo.

Passo Fundo

2017

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao João, meu Esposo, pela compreensão e pela parceria de todos os dias. Seu apoio incondicional foi essencial nos momentos de dificuldade.

Agradeço a meu orientador, Dr. Giovani da Silva Corralo, pela solicitude, pelo apoio e pela paciência. Sem dúvida, sem suas orientações, este trabalho não seria o mesmo.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre a viabilidade jurídica da realização de parcerias público-privadas no sistema prisional. Para tanto, foi utilizado o método de estudo de caso. De modo geral, objetiva verificar a viabilidade jurídica da realização de parcerias público-privadas no sistema prisional brasileiro, com base no modelo do Estado de Minas Gerais. O ponto de partida de estudo é o poder de punir do Estado sob um viés sociológico, seguido do estudo do Direito Administrativo brasileiro e sua relação com as transformações ocorridas na Administração Pública após a Constituição Federal de 1988, em especial, após a Reforma Gerencial do Estado. Depois disso, estuda-se o instituto de parceria público-privada, seus aspectos conceituais e suas peculiaridades. Por fim, faz-se o estudo do poder de polícia e a análise do contrato de concessão administrativa de Minas Gerais. Conclui-se que, com as devidas adequações (exclusão dos serviços de monitoramento), mostra-se juridicamente viável realizar parcerias público-privadas no sistema prisional brasileiro, com base no modelo de Minas Gerais. Também se concluiu ser preciso regramento geral, em especial com relação ao trabalho do preso, à remuneração da concessionária e à estrutura mínima a ser mantida pelo Estado dentro dos estabelecimentos penais.

**Palavras-chave:** Controle Social. Direito Administrativo. Parceria Público-Privada. Poder de Punir. Polícia Administrativa. Reforma Gerencial.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>ESTADO, O DIREITO DE PUNIR E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....</b>	<b>7</b>
2.1	Sociedade, Estado Democrático e o Poder de Punir .....	7
2.2	O Direito administrativo brasileiro e a reforma gerencial .....	13
<b>3</b>	<b>PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>21</b>
3.1	Instituto da parceria público-privada: aspectos conceituais e modalidades.....	21
3.2	Especificidades dos contratos firmados à luz da Lei n. 11.079/2004 .....	26
<b>4</b>	<b>(IN)VIABILIDADE JURÍDICA NO SISTEMA PRISIONAL DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA.....</b>	<b>34</b>
4.1	A indelegabilidade do exercício da polícia administrativa .....	34
4.2	O caso da PPP de Ribeirão das Neves .....	43
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O papel do Estado brasileiro, em especial após a denominada Reforma Gerencial, vem ganhando novos contornos, com vista a obter maior eficiência e melhores resultados para a sociedade. E o Direito Administrativo pátrio, em consequência, também em constante transformação, busca alternativas consentâneas com realidade, de forma a viabilizar o atendimento de diferentes necessidades de interesse público.

Novos instrumentos contratuais passam, então, a compor o Direito Administrativo, tanto consensuais quanto negociais, estabelecendo-se novas relações entre a Administração Pública e o setor privado. Essa nova dinâmica contratual encontra-se presente nos contratos de concessão modelados sob a forma de parceria público-privada, vocacionados a viabilizar a execução de políticas públicas em diferentes áreas, tais como saúde, educação, saneamento básico, transporte público, projetos de infraestrutura e até mesmo na área de segurança pública, tendo por objeto a gestão de estabelecimentos penais.

De um lado, a delegação de atividades desenvolvidas nos estabelecimentos penais reflete a quebra de dogma do Direito Administrativo tradicional – a delegação a particular de serviços diretamente relacionados ao exercício do poder punitivo estatal.

Por outro prisma, mostra-se como um caminho alternativo ao Poder Público que, sem recursos financeiros, não consegue implementar os projetos necessários para equacionar os problemas relativos à precarização dos presídios por meio dos instrumentos tradicionais, contribuindo para ampliar a ineficácia do sistema prisional que, incapaz de ressocializar o preso, impacta no aumento da criminalidade.

Desse modo, justifica-se o tema central deste estudo, que recai sobre o contrato de concessão administrativa celebrado pelo Estado de Minas Gerais, cujo objeto é a elaboração de projeto arquitetônico, a construção de complexo penitenciário e a gestão do complexo penal, em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte.

Por conseguinte, o objetivo geral deste trabalho consiste em verificar se é juridicamente viável a realização de parcerias público-privadas no sistema prisional brasileiro, com base no modelo de Minas Gerais.

Como objetivos específicos, pretende-se estudar o contrato de concessão de parceria público-privada criado pela Lei n. 11.079/2004, nas suas duas modalidades, a partir da evolução da gestão administrativa do Estado, bem como analisar se o contrato mineiro, nos moldes em que foi celebrado, representa ofensa ao ordenamento jurídico vigente, em especial a Lei de Execução Penal e a Lei 11.079/2004, que vedam a delegação do poder de polícia.

Para tanto, o primeiro capítulo trará um estudo do poder de punir no Estado Democrático de Direito sob um viés sociológico, de modo a entender os fundamentos do poder coercitivo do Estado, e, na sequência, abordar-se-á o Direito Administrativo brasileiro e sua relação com as transformações ocorridas na Administração Pública após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais especificadamente, a partir da Reforma do Aparelho do Estado.

O segundo capítulo abordará aspectos conceituais do instituto da parceria público-privada, as modalidades concessórias instituídas pela Lei 11.079/2004 e suas especificidades.

O terceiro capítulo contemplará o estudo do poder de polícia administrativa, que se dá por meio de seu conceito legal e dos conceitos doutrinários, seus atributos, fundamentos jurídicos de sua indelegabilidade, posicionamento dos Tribunais Superiores e alguns caminhos propostos em sede doutrinária a serem trilhados para identificar quais atividades são passíveis de execução indireta, sem que isso represente sua delegação indevida a particular. Por fim, far-se-á a análise do contrato de concessão administrativa celebrado pelo governo mineiro, procurando-se identificar se o referido ajuste atende ao ordenamento jurídico vigente, de modo a ser adotado para o sistema prisional.

Por conseguinte, espera-se, no decorrer do trabalho, trazer subsídios que possam contribuir para delinear os limites e as possibilidades do exercício privado de atividades de polícia administrativa em estabelecimentos penais.

## **2 ESTADO, O DIREITO DE PUNIR E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

O *ius puniendi* é manifestação do poder de império do Estado, forma mais gravosa de controle social. Assim, neste capítulo, num primeiro momento, será objeto de estudo o poder de punir no Estado Democrático de Direito sob um viés sociológico, eis que o Direito e as estruturas econômicas e sociais se influenciam reciprocamente. Na sequência, abordar-se-á, o Direito Administrativo brasileiro e sua relação com as transformações ocorridas na Administração Pública após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais especificadamente, a partir da Reforma do Aparelho do Estado, que impactou nas ciências jurídicas em razão dos novos institutos criados e, também, na relação entre o público e o privado.

### **2.1 Sociedade, Estado Democrático e o Poder de Punir**

O homem é um ser eminentemente social, que só se faz, como tal, mediante a interação com seu semelhante e em constante busca por sua felicidade. Porém, se a vida em comunidade, por um lado, oportuniza ao indivíduo desenvolver sua personalidade e os meios necessários a sua sobrevivência, de outro, é causa de frustrações, a medida que, implica em restrições a satisfação dos instintos pulsionais do homem como forma de preservar a própria existência humana (FREUD, 2006, p. 73-148).

Assim, a coexistência humana é produto de um processo dialético, no qual o indivíduo renuncia a seus impulsos egoístas em troca da possibilidade de obter benefícios, que somente a vida em comunidade pode-lhe trazer (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 8). Mas é essencial para a sobrevivência da civilização a existência de regras de conduta, dada a inclinação natural do homem à agressividade.

Nesse sentido, Sigmund Freud refere que

[...] o elemento de civilização entra em cena com a primeira tentativa de regular esses relacionamentos sociais. Se essa tentativa não fosse feita, os relacionamentos ficariam sujeitos à vontade arbitrária do indivíduo, o que equivale a dizer que o homem fisicamente mais forte decidiria a respeito deles no sentido de seus próprios interesses e impulsos instintivos. Nada se alteraria se, por sua vez, esse homem forte encontrasse alguém mais forte do que ele. A vida humana em comum só se torna possível quando se reúne uma maioria mais forte do que qualquer indivíduo isolado e que permanece unida contra todos os indivíduos isolados. O poder dessa comunidade é então estabelecido como 'direito', em oposição ao poder do indivíduo, condenado como 'força bruta'. A substituição do poder do indivíduo pelo poder de uma comunidade constitui o passo decisivo da civilização. Sua essência



reside no fato de os membros da comunidade se restringirem em suas possibilidades de satisfação, ao passo que o indivíduo desconhece tais restrições. A primeira exigência da civilização, portanto, é a da justiça, ou seja, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um indivíduo (2006, p. 101-102).

Desse modo, como condição indispensável para a convivência social, são estabelecidas normas vinculantes, que devem ser observadas por todos, as quais, num conceito sociológico, correspondem às expectativas que as pessoas têm umas em relação às outras e formam a ordem social (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 8).

A ordem social não ocorre de forma espontânea, mas por meio de instrumentos de coerção explícitos ou implícitos, destinados a alcançar um consenso social e, com isso, assegurar condutas de acordo com os padrões esperados pelo grupo ou pela sociedade a que pertencem (DIAS, 2014, 168-169). Encontra-se diretamente relacionada ao “processo sociológico de modelagem dos comportamentos humanos e de adequação da personalidade individual aos cânones socialmente aceitos, denominado de controle social” (SOARES, 2012, p. 95).

O controle social ocorre de forma difusa por toda sociedade, sendo produto de relações de poder e também produtor de saber. Trata-se de um processo de disciplinamento social multidimensional, que abrange todos os recursos de que se valem o Estado e a sociedade para conseguir a sujeição dos membros de uma determinada comunidade a regras e a princípios considerados legítimos pelo grupo social e estabelecer respostas no caso de sua transgressão (BUSATO, 2013, p. 64).

Com efeito, desde o nascimento, o indivíduo é submetido a esse processo por diversas instituições da sociedade civil, como família, escola, igreja, grupo de bairro, partidos políticos, dentre outros, cujas pautas de conduta transmitidas e aprendidas são interiorizadas pelo indivíduo (processo de socialização) (MOLINA, 2006, p. 97).

Na esfera estatal, o controle social também é realizado por diferentes instâncias, dentre estas, pelo Direito Penal, - “um conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como a consequência, e disciplinam as relações jurídicas daí derivadas” (MARQUES apud BITTENCOURT, 2009, p. 2-3) -, ao qual cumpre desempenhar um papel secundário meramente confirmador e assegurador das demais instâncias de controle social, utilizado como *ultima ratio*, em conformidade com a ordem jurídica vigente, sob pena de ser um instrumento de terror (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 23-24 e 26).

Assim, o Direito Penal, como “um subsistema dentro do sistema global do controle social; difere deste último por seus fins (prevenção ou repressão do delito), pelos meios dos

quais se serve (penas ou medidas de segurança) e pelo grau de formalização que exige” (MOLINA, 2006, p. 98).

A atuação do Direito Penal sobre a ordem social se dá por meio de uma sanção jurídica – a pena –, expressão do poder punitivo estatal. O poder punitivo configura-se como um instrumento de controle social a partir de dois processos seletivos de criminalização: o primário e o secundário. O primário trata-se de um ato formal programático em que o legislador define quais condutas serão tipificadas. O secundário corresponde ao momento da aplicação da lei penal, que se dá em várias instâncias, polícias, Ministério Público, Poder Judiciário e sistema carcerário (ZAFFARONI, 2003, p. 43).

Todavia, sendo o direito de punir um direito natural, sempre esteve presente nas civilizações e ao longo da história passou por diversas transformações, principalmente com o surgimento do Estado moderno que, para Max Weber (1971, p. 98-99), corresponde a uma comunidade humana que reivindica para si, dentro de um determinado território, o monopólio da coação física, esta vista como condição imperativa para sua existência, posto que, de forma diversa, restaria a anarquia.

Essa associação política constitui-se em uma relação de homens dominando homens, mantida por meio da violência reconhecida como legítima pelos indivíduos. A legitimidade do poder legal-racional deriva do ordenamento normativo constituído, aceito e exercido segundo as normas preestabelecidas (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 1998, p. 350).

O Estado constitui-se, pois, em uma organização do poder da sociedade, que, adotando uma estrutura monista, concentra em si todos os poderes e invoca para si a supremacia da aplicação da força bruta, passando a ser ele o único a dizer o direito, por meio da lei, ou indiretamente, através do reconhecimento e do controle das normas de formação consuetudinária (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 1998, p. 29).

Do ponto de vista do contratualismo, o Estado moderno surge como produto da decisão racional dos homens, de modo a viabilizar que o projeto político da modernidade – a busca da felicidade e o fim da barbárie – seja atingido. Os homens, buscando a estabilidade e a paz, abrem mão de sua liberdade ilimitada, alienando, por meio de um contrato social, certo domínio ao repositório comum denominado pelo Estado, ente político responsável pela criação de instrumentos para a concretização dos ideais civilizatórios (CARVALHO, 2013, p. 26-27).

Para que o contrato seja cumprido, o Estado utiliza-se de diferentes instrumentos, em especial o direito de punir, cujo fundamento, no dizer do Thomas Hobbes, não está correlacionado com qualquer concessão ou dádiva dos súditos. De fato, segundo o

contratualista, o poder de punir pertence à República, tendo sido deixado ao soberano, e apenas a ele. Desse modo, à medida que os súditos abdicaram do seu direito de punir, reforçaram o uso que o Estado pode fazer do seu próprio poder, o qual detém a faculdade de utilizá-lo da forma que entender mais adequada, de modo que a ordem social não seja comprometida (HOBBS, 2008, p. 263).

Já, na visão do contratualista Cesare Beccaria (1999, p. 27-29), o direito de punir funda-se na necessidade de defender o depósito da salvação pública – leia-se o contrato – das usurpações particulares. Desse modo, a vida em liberdade e com segurança dos indivíduos dependia de “motivos sensíveis suficientes para dissuadir o despótico espírito de cada homem de submergir as leis da sociedade no antigo caos” (BECCARIA, 1999, p. 29). Esses motivos sensíveis são as penas, que devem ser aplicadas, quando violado o pacto, proporcionalmente ao dano causado pelo delito a sociedade, observado o princípio da legalidade estrita, de forma a coibir os excessos da justiça criminal (GOMES, 2014, p. 230-231).

Assim, com base no discurso de pacificação do grupo social, o Estado avocou para si a tarefa de administrar a justiça, sendo o poder de punir manifestação expressa de sua soberania. Conforme refere Fernando da Costa Tourinho Filho,

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania. Observe-se, contudo, que o *jus puniendi* existe *in abstracto* e *in concreto*. Com efeito, quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a ‘pretensão punitiva’. Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a infligência da pena (2011, p. 23-24 e 29).

Cumprido consignar que o contratualismo compreende teorias políticas que “veem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, potestas, imperium, Governo, soberania, Estado) num contrato” (BOBBIO; MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 272), o qual põe fim ao estado de natureza e marca o início da sociedade civil. Isso significa dizer que o Estado encontra-se fundamentado em uma relação jurídica, servindo o contrato como referencial para a legitimação das relações políticas, somente sendo considerado político o poder passível de ser por ele legitimado, ou seja, se puder ser pensado como se tivesse derivado do pacto social (LIMONGI, 2015, p. 99).

Desse modo, o contrato, enquanto instrumento de ação política, constitui-se no “limite lógico de todo legítimo sacrifício de liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado” (BARATTA, 2011, p. 33).

A ideia do pacto social é objeto de crítica por Karl Marx e Frederich Engels, em razão de esta desconsiderar as bases materiais de poder. Ocorre que, em todas as épocas, as classes dominantes da produção material também dominam a produção intelectual, de modo que o direito e a lei não são produtos de uma vontade geral, mas expressam a ideologia dos detentores do poder. Logo, no dizer dos autores, é ilusório pensar a lei como produto de uma vontade livre e, tampouco, ver no delito a simples inobservância do direito e da lei (MARX; ENGELS, 2007, p. 104-105, 197 e 1003).

Nesse contexto, para Francisco Muñoz Conde, o direito penal se apresenta como “a superestrutura repressiva de uma determinada estrutura econômica e de um determinado controle social pensado para a defesa da estrutura” (2005, p. 32).

Por sua vez, Alessandro Baratta (2011, p. 153 e 176) concebe o direito penal como um sistema de valores voltado à máxima proteção do patrimônio, orientado, de forma preponderante, a punir os desvios de conduta dos grupos mais débeis e marginalizados. Isso porque a estratégia político-criminal, influenciada pelas exigências do capital monopolista, confere máxima imunidade aos comportamentos – os quais, embora sejam socialmente danosos e ilícitos, são favoráveis ao sistema capitalista – e atribui efetividade máxima ao controle social sobre as condutas potencialmente danosas ao sistema de valorização e acumulação de capital.

Essas articulações entre o capital e as estruturas políticas e jurídicas do Estado, em especial do Direito Penal, encontram-se evidenciadas na obra *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, na qual o autor, sob uma perspectiva crítica, estuda o direito penal e os métodos punitivos, praticados ao longo da história, correlacionando-os às múltiplas relações de poder difundidas em toda a sociedade.

O autor assevera que, com a acumulação do capital, o desenvolvimento industrial e a ascensão da burguesia ao poder, o sistema penal mostrou-se um importante instrumento de controle social sobre as maiorias excluídas do processo de produção (FOUCAULT, 2013, p. 71-98 e 133).

Assim, foi no Iluminismo que, em razão das transformações econômicas em curso na sociedade, fez surgir as disciplinas, as quais podem ser traduzidas como diferentes técnicas de controle social que atuam minuciosamente sobre as operações do corpo, em todos os seus elementos, gestos e comportamentos, buscando tirar-lhes o máximo de proveito possível. São

mecanismos menos custosos em termos econômicos e políticos (sua fraca exteriorização, sua relativa invisibilidade, o pouco de resistência que suscita) utilizados nas mais diversas instituições (hospitais, quartéis, escolas, etc.), mas que foram especialmente úteis ao capitalismo e à reprodução de suas condições de existência (FOUCAULT, 2013, p. 71-98 e 133).

Para Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 6), Michel Foucault insere o controle da criminalidade no controle das lutas sociais, fazendo emprego das teorias marxistas. Explica que, para Foucault, a lei penal constitui-se em um instrumento de lutas de classe, isso porque é produzida pela burguesia para ser aplicada às classes populares. Dessa forma, “a justiça penal seria mecanismo de dominação de classe” (SANTOS, 2006, p. 6), posto que concebida não para suprir todas as ilegalidades, mas para gerenciá-las; e a prisão, instrumento repressivo da criminalidade em especial das classes inferiores.

Sobre tal problemática, Francisco Muñoz Conde (2005, p. 33) pondera que, embora a técnica de interpretação e de sistematização do direito penal possibilite visualizar as graves injustiças e desigualdades que lhe são inerentes, seria absurdo desqualificá-lo em sua totalidade, rotulando-o de “braço armado da classe dominante” (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 33), como também o seria aceitá-lo de forma acrítica. Refere, então, que é preciso atuar sobre o sistema econômico que o condiciona.

Nesse mesmo sentido, Alessandro Baratta alerta que, é preciso “incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de desempregados, que tem necessidade, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal” (2011, p. 190). Refere também que, “quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo” (2011, p. 206).

Assim, na sociedade moderna, com o surgimento de novos bens jurídicos a serem protegidos e o imaginário social permeado por questões relativas a insegurança e impunidade, o Estado, buscando conter a criminalidade, utiliza-se do clamor social para legitimar o aumento de sua potestade, “ampliando seu espectro de controle penal (através da criação de novos tipos penais e aumento de pena – no caso do Direito Penal material)” e, nessa luta, “suprimindo direitos e garantias” dos indivíduos (CALLEGARI; MOTTA, 2007, p. 15).

Aqui, vale referir o seguinte trecho do livro *Vigiar e Punir*:

Efetivamente a infração lança o indivíduo contra todo o corpo social; a sociedade tem o direito de se levantar em peso contra ele, para puni-lo. Luta desigual: de um só lado todas as forças, todo o poder, todos os direitos. E tem mesmo que ser assim, pois aí está representada a defesa de cada um. Constitui-se assim um formidável direito de punir, pois o infrator torna-se o inimigo comum. Até mesmo pior que um

inimigo, é um traidor pois ele desfere seus golpes dentro da sociedade. Um 'monstro'. Sobre ele, como não teria a sociedade um direito absoluto? Como deixaria ela de pedir sua supressão pura e simples? E se é verdade que o princípio dos castigos deve estar subscrito no pacto, não é necessário, logicamente, que cada cidadão aceite a pena extrema para aqueles dentre eles que os atacam como organização? (FOUCAULT, 2013, p. 86).

Diante disso, é ponto nodal, no Estado Democrático de Direito, a fixação de barreiras de contenção frente à ação estatal, enquanto no exercício do seu *ius puniendi* (BUSATO, 2013, p. 142), para que este não seja utilizado como mero instrumento de realização política, na busca de uma solução fácil aos problemas sociais, resguardando, com isso, os invioláveis direitos fundamentais do cidadão (CALLEGARI; MOTTA, 2007, p. 15).

Não menos crítica é a questão relativa à execução penal, que dá efetividade ao poder punitivo estatal, mais especificadamente no que diz respeito à definição das atividades passíveis de trespasse à iniciativa privada no sistema prisional, sem que isso represente a delegação indevida do poder de polícia administrativa, exercido pelo Estado, para fazer cumprir a pena imposta.

Ocorre que a Administração Pública vem delegando a particulares a gestão de estabelecimentos prisionais. Tal prática, é produto da Reforma Gerencial do Estado, que impactou não só nas ciências jurídicas, em razão dos novos institutos criados, mas também na visão dicotômica entre direito público e direito privado.

Isso posto, na sequência, passa-se ao estudo do Direito Administrativo brasileiro e sua relação com as transformações ocorridas na Administração Pública após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais especificadamente, a partir da Reforma do Aparelho do Estado, denominada de Reforma Gerencial – pautada nos princípios da eficiência e da subsidiariedade.

## **2.2 O Direito administrativo brasileiro e a reforma gerencial**

No Estado moderno, o direito administrativo desenvolve-se a partir da concepção do Estado de Direito que, com a tripartição dos poderes e a submissão do Estado à lei, enseja a especialização das atividades do governo e a estruturação de órgãos independentes, incumbidos de realizá-las, cuja atuação deve ser norteadas por regras jurídicas. Mostra-se, então, imperativo delimitar a organização do Estado-poder e da sua ação, bem como estabelecer balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas e com os administrados, função esta desempenhada pelo direito administrativo (DI PIETRO, 2002, p.1-2).



Nesse sentido, para Hely Lopes Meirelles, o direito administrativo brasileiro corresponde a um “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar, concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (2014, p. 40).

Trata-se de uma ciência de direito público, cujos conceitos e institutos encontram-se diretamente relacionados ao modo de atuar do Estado e à forma com que este se estrutura. Diante disso, para Odete Medauar, “uma das chaves para a melhor compreensão desse ramo de direito está no conhecimento dos aspectos fundamentais do Estado em geral e do Estado tal qual como vem caracterizado na Constituição do País”, a qual “fornece as bases da elaboração de vários institutos do direito administrativo e contém preceitos da matéria de aplicação imediata” (2016, p. 45 e 60).

No caso do Estado pátrio, embora não conste expressamente na Constituição Federal, caracteriza-se como um Estado Social, que tem por ideário construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação (BRASIL, 1988).

A concretização desses direitos sociais implica viabilizar à coletividade, de forma democrática e eficiente, o acesso a uma diversidade de bens e serviços, mister este que, em especial com a Reforma Gerencial do Estado, tem impulsionado reconfigurações da Administração Pública e o surgimento de novos institutos no direito administrativo brasileiro, os quais devem “atender a uma dupla finalidade: a ordenação, disciplina e limitação do poder, e, ao mesmo tempo, a eficácia e a efetividade da ação administrativa” (PESSOA, 2009, p. 26).

As reconfigurações da Administração Pública e os novos institutos na seara do direito administrativo, têm por pano de fundo a crise iniciada no final dos anos 70 e agravada nas décadas de 80 e 90 – crise fiscal que imobilizou o Estado, sem recursos para financiar políticas públicas; crise do modo de intervenção no domínio econômico e social; crise decorrente da forma burocrática de administrar dado o “retrocesso burocrático representado pela Constituição de 1988” (BRESSER-PEREIRA, 1998b, p. 34-41).

Com efeito, a Reforma do Aparelho do Estado é idealizada num contexto de tecnologia e globalização do mundo, em que o poder público, para atender às diferentes competências constitucionalmente a ele atribuídas, precisa buscar medidas inovadoras, bem como novos colaboradores e parceiros (KLERING; PORSSE; GUADAGNIN, 2010, p. 8). Insere-se, pois, em um processo mais amplo – o da Reforma do Estado brasileiro –, que, no

dizer de Luiz Carlos Bresser-Pereira, visa, fundamentalmente, ao enfrentamento dos seguintes problemas:

[...] (a) um problema econômico-político – a delimitação do tamanho do Estado; (b) um outro também econômico-político, mas que merece tratamento especial – a redefinição do papel regulador do Estado; (c) um econômico-administrativo - a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; e (d) um político – o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade, e governar (1998b, p. 49-50).

Em meio ao processo reformista, em um primeiro momento, busca-se a estabilização econômica por meio de medidas voltadas para o mercado, tais como abertura comercial, ajuste fiscal, estabilização econômica, reforma da previdência social e privatização de empresas estatais. E, como ato seguinte, o foco se desloca para a Reforma do Aparelho do Estado (MENDES, 2011, p. 1361), denominada de Reforma Gerencial, cujo documento básico é o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Com a Reforma Gerencial, adotam-se medidas voltadas a superar os problemas de governança do Estado brasileiro, marcado pela incapacidade de implementar as políticas públicas, dada a rigidez e a ineficiência da máquina administrativa. Busca-se transformar a administração burocrática weberiana, vista como “rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno”, para uma administração pública orientada pelo princípio da eficiência, gerencial e flexível, com foco nos resultados *a posteriori*, “permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil” e voltada ao atendimento do cidadão-cliente (BRASIL, 1995, p. 22).

Assim, a Reforma Gerencial objetiva reconstruir o Estado para que consiga os “meios financeiros, métodos e instituições administrativas que lhe permitam intervir efetivamente para garantir os direitos de cidadania e a promoção do desenvolvimento econômico com o mínimo de equidade”. Para tanto, estabelecem-se mudanças no campo normativo e legal da Administração Pública; a implementação de uma cultura gerencial em substituição aos valores burocráticos; e, ainda, a adoção de práticas gerenciais voltadas a oferecer à sociedade serviços públicos a um custo menor e de melhor qualidade (BRESSER-PEREIRA, 1998a, p. 25 e 34).

Nesse contexto, a eficiência, ponto central da Reforma Gerencial, através da Emenda Constitucional n. 19/98, é elevada à categoria de preceito constitucional e passa, expressamente, a integrar o rol dos princípios norteadores da Administração Pública.



A eficiência pressupõe a otimização dos recursos públicos visando a alcançar os melhores resultados possíveis. Trata-se de um dever jurídico imposto a todos aqueles que gerirem recursos públicos (MODESTO, 2000, p.107-121). Corresponde, simultaneamente, a “um atributo técnico da administração, uma exigência ética a ser atendida” e uma característica jurídica exigível de boa gestão dos interesses públicos (MOREIRA NETO, 2014, p. 116).

Com vistas à eficiência, redefine-se a estrutura organizacional do Estado e suas funções, bem como implementam-se práticas e estratégias de gestão para cada um dos seus quatro setores de atuação, delimitados pelo Plano Diretor de Reforma do Estado: núcleo estratégico, atividades exclusivas, serviços não exclusivos e setor de produção de bens e serviços para o mercado - definidos com base na atividade-fim da Administração Pública (BRESSER-PEREIRA, 1998b, p. 95-106).

O núcleo estratégico é constituído pela cúpula dos poderes constitucionalmente instituídos – Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Executivo. Nesse setor, encontram-se os órgãos do governo, em sentido *lato sensu*, e é onde são tomadas as decisões estratégicas do Estado. No caso do Poder Executivo, integram o núcleo estratégico o Presidente da República, os Ministros e os seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas, definição das leis e a exigência de seu cumprimento (BRASIL, 1995).

O setor dos serviços exclusivos executa atividades que pressupõem o uso do poder extroverso do Estado, materializado nos poderes de regulamentar, fiscalizar, fomentar (BRASIL, 1995). Dada a impossibilidade de delegar tais atividades à iniciativa privada, há a “transformação das autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas, administradas segundo contratos de gestão”, de modo a flexibilizar a gestão, instituir controle por resultados e viabilizar o controle social (DI PIETRO, 2015, p. 36).

Surgem, assim, dois novos institutos no direito administrativo: a Agência Executiva – qualificação administrativa, eventual e transitória, mediante a apresentação de plano estratégico de estruturação e desenvolvimento institucional voltado ao aperfeiçoamento da gestão e à redução de custos; e, a Agência Reguladora – que também corresponde a uma qualificação, porém, esta é legal, essencial e permanente, tendo por incumbência regular o desempenho de certas atividades econômicas ou a prestação de serviços públicos. As autarquias e fundações assim qualificadas continuam a existir, mas, firmado o contrato de gestão, passam a submeter-se a um regime jurídico especial (MOREIRA NETO, 2014, p. 285-286).

No que tange aos serviços não exclusivos, assim entendidos os sociais e científicos, são publicizados, ou seja, transferidos ao setor público não estatal, objetivando flexibilizar a gestão administrativa. Em meio a esse processo, há a “transformação de órgãos estatais em entidades públicas não-estatais, sem fins lucrativos e de direito privado, denominadas organizações sociais, aumentando a flexibilidade de gestão das mesmas” (PIMENTA, 1998, p. 190). Organização Social não corresponde a nova categoria de pessoa jurídica, mas a uma qualificação conferida à entidade de direito privado, sem fim lucrativo, que assume a execução de serviços públicos em regime de colaboração com o Poder Público, recebendo subsídios do Estado, a título de fomento, mediante a formalização de contrato de gestão (CARVALHO FILHO, 2014, p. 258-259).

Já, o setor de produção de bens e serviços para o mercado abrange atividades econômicas que, salvo relevante interesse coletivo ou imperativo da segurança nacional, devem ser prestadas por particulares. Desse modo, como regra geral, a diretriz é privatizar as empresas estatais (BRASIL, 1995).

Denota-se, pois, que, com fundamento no dever de eficiência, criam-se diferentes institutos que ampliam “o leque de opções postas ao administrador público em busca de melhores resultados em termos de organização, disciplina, estrutura e prestação de serviços” (SILVA, 2016, p. 13), sendo que, na base dessa reestruturação do aparelho estatal e da redefinição do papel do Estado, tem-se o princípio da subsidiariedade.

O princípio da subsidiariedade pressupõe que a decisão seja tomada o mais próximo possível da comunidade à qual se destina. Com tal proximidade, em respeito à liberdade individual, espera-se garantir que os direitos dos cidadãos e as iniciativas particulares sejam considerados pelos órgãos administrativos em seus processos decisórios (MOREIRA NETO, 2006, p. 321).

Nessa perspectiva, o princípio da subsidiariedade representa um limitador à atuação estatal, à medida que o atendimento das demandas dos cidadãos pelas organizações políticas deve-se dar somente “em caso de inexistência ou insuficiência da iniciativa individual ou social” e, isso, na medida necessária para que o interesse público seja atingido (MOREIRA NETO, 2006, p. 321).

Por outro lado, esse princípio atribui ao Estado o dever de fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada, viabilizando, na medida do possível, que os particulares consigam desenvolver-se com sucesso (DI PIETRO, 2015, p. 16).

Dentro desse contexto de redefinição do papel do Estado, e seguindo a lógica da subsidiariedade, disciplinado pela Lei n. 8.987/1995, ressurgiu o instrumento da concessão

(comum), primeira forma de transferir a terceiros a execução de serviços públicos, mas com novo objetivo – privatizar (GROTTI, 2011, p. 187).

Por meio do contrato de concessão, a Administração, sem perder a titularidade, delega ao particular a execução de determinado serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, ou, ainda, a exploração de obra a ser edificada, mediante remuneração a ser extraída do empreendimento, por prazo certo, nas condições regulamentares e contratuais (JUSTEN FILHO, 2006, p. 510-513).

Entretanto, por meio dessa modelagem concessória, não se mostrou viável o trespasse ao empreendedor privado de certas atividades de relevância coletiva, muitas delas relacionadas à infraestrutura, essenciais ao crescimento do país, dado não serem autossustentáveis financeiramente, seja por não comportarem qualquer cobrança de tarifa ou porque esta seria insuficiente para cobrir todos os seus custos e a margem de lucro do negócio (ARAGÃO, 2005, p. 487-536).

Diante desse cenário, ainda como reflexo da Reforma Gerencial – busca da eficiência e pautando-se no princípio da subsidiariedade –, é editada a Lei n. 11.079/2004, a qual, sem derogar a Lei n. 8.987/1995, insere no direito administrativo brasileiro o instituto da parceria público-privada (GROTTI, 2012, p. 11).

Esse instrumento jurídico permite ao Estado, em regime de colaboração com o parceiro-privado, executar obras de infraestrutura pública, essenciais ao desenvolvimento econômico do país e ao atendimento das demandas sociais, sem precisar realizar elevados desembolsos financeiros de forma imediata, bem como possibilita ganhos em termos de eficiência, à medida que as novas tecnologias desenvolvidas pela iniciativa privada são transferidas para o setor público em benefício da coletividade (KALIL, 2014, p. 15).

Criam-se, pois, condições jurídicas para que o empreendedor privado possa comprometer-se a realizar os investimentos necessários à implantação e à operação de infraestrutura pública concernente à oferta de serviços aos usuários (*uti singuli*), nos moldes da Lei n. 8.987/1995 e, ainda, destinados a viabilizar o oferecimento de serviços à própria Administração (POZZO; JATENE, 2015, p. 54).

Ademais, o contrato de parceria público privada é marcado por uma cultura de diálogo e negociação, em que “abrem-se espaços para trocas e concessões mútuas entre os parceiros”, reduzindo-se a imposição unilateral de cláusulas por parte da Administração Pública, de modo a obter um maior equilíbrio dos interesses envolvidos; institui-se maior interdependência entre as prestações correspondente a cada uma das partes, inclusive com a repartição de riscos e a oferta de garantias do Poder Público ao concessionário (OLIVEIRA, G. 2011, p. 615-616).

Como visto, as práticas e as estratégias de gestão implementadas com a Reforma Gerencial impactaram não só nas ciências jurídicas, em razão dos novos institutos criados, mas também na visão dicotômica entre direito público e direito privado. Isso porque, para a resolução de complexos problemas da gestão pública, passam a ser utilizados diferentes ajustes em regime de colaboração com o setor privado, regrados por normas de direito público e de direito privado, o que faz despontar a consensualização e a contratualização na Administração Pública.

A consensualização corresponde a um fenômeno “de intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão” voltados a viabilizar a participação da sociedade civil e da iniciativa privada nos processos decisórios estatais (MARRARA, 2014, p. 60).

Retrata uma forma alternativa de gestão, em que a Administração Pública deixa de adotar medidas de cunho unilateral e impositivas e passa a priorizar nas diversas relações, contratuais e não contratuais, o acordo de vontade como o método mais fácil, mais célere e menos dispendioso de atingimento de interesses públicos (MOREIRA NETO, 2014, p. 104 e OLIVEIRA, 2005, p. 17).

A contratualização administrativa, por sua vez, é um dos mecanismos de que se vale a consensualização e retrata relações jurídicas – contratuais ou convencionais – fundadas no diálogo, na negociação, na troca, não se reduzindo a simples proliferação de contratos. É verificada nos ajustes firmados entre diferentes órgãos ou entes públicos, seja envolvendo qualquer um destes, de um lado, e sujeitos privados de outro, configurando-se em meio hábil a obter a cooperação dos diversos atores, sejam agentes públicos, integrantes da sociedade civil ou de empresas privadas, constituindo-se em um instrumento de formalização da governança (CHEVALLIER, 2005, p. 07-11; MEDAUAR, 2012, p. 6).

Para Gustavo Henrique Justino de Oliveira, a prática negocial em sede administrativa abala o dogma da verticalização das relações contratuais entre Administração e particular, sinalizando um maior equilíbrio nas posições assumidas por ambas as partes. De modo que, na visão do autor, tende a ser superada (relativamente) a premissa “do desnivelamento do particular - contratado em face da Administração-contratante, como elemento de caracterização de todo e qualquer contrato” (2011, p. 616).

Essas mudanças implementadas são produto de uma nova forma de conceber o Estado e a Administração Pública, o que se reflete no direito administrativo, “que deve preocupar-se em elaborar fórmulas para a efetivação de direitos sociais, econômicos, coletivos e difusos que exigem prestações positivas, e em elaborar fórmulas para dotar a Administração de mais transparência e agilidade” (MEDAUAR, 2016, p. 30).

Entretanto, muitos dos institutos, princípios e terminologias apresentados como novos, são de fato fórmulas antigas que voltam com uma nova ideologia, pois o que mudou é o tipo de Estado que se quer. Quer-se um Estado com uma estrutura reduzida, subsidiário e eficiente; quer-se a democratização da Administração Pública com o maior envolvimento da sociedade civil e da iniciativa privada na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a parceria entre o Estado e a iniciativa privada ao invés de uma Administração Pública marcada pela autoridade, hierarquizada e verticalizada (DI PIETRO, 2015, p. 1-2).

Em razão desta nova concepção de Estado, o instituto da concessão de serviço público é retomado a título de parceria público-privada, mas com mecanismos e finalidades diversas. Trata-se de instituto que requer maior estudo, pois vem sendo utilizado para a implementação de políticas públicas em diversas áreas sensíveis, dentre as quais a segurança pública, mais especificadamente no sistema prisional, o que pode representar a delegação indevida do poder de polícia administrativa exercido pelo Estado. É disso que se ocupará o próximo capítulo.

### 3 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme referido na seção 2.1, com a Reforma Gerencial o Estado passa a utilizar diferentes ajustes para a resolução de problemas da gestão pública, em regime de colaboração com o setor privado, de modo que a legislação vigente permite que a expressão parceria público-privada seja empregada juridicamente em sentido amplo e em sentido estrito.

Em sentido amplo, abrange uma diversidade de ajustes de trato continuado, travados entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob responsabilidade destes, de atividades juridicamente relevantes e de interesse geral, cujo regime jurídico encontra-se disciplinado em leis específicas. São exemplos os seguintes: as concessões nas modalidades comum (Lei n. 8.987/1995), patrocinada e administrativa (Lei n. 11.079/2004); os contratos de gestão firmados com as organizações sociais (Lei n. 9.637/1998); e, os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (Lei n. 9.790/1999) (SUNDFELD, 2011, p. 21).

De modo restrito, o instituto da parceria público-privada é o positivado na Lei 11.079/2004, sob duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Assim, neste capítulo serão abordados os aspectos conceituais e as modalidades de parceria público-privada instituídas pela Lei 11.079/2004, bem como especificidades do contrato de concessão que adota essa modelagem.

#### 3.1 Instituto da parceria público-privada: aspectos conceituais e modalidades

O instituto da parceria público-privada, positivado na Lei n. 11.079/2004, consiste em vínculo negocial de longo prazo, sob a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, estabelecido entre o parceiro privado e o Poder Público concedente.

Por meio deste, a Administração Pública trespasa ao parceiro privado concepção, estruturação, financiamento, execução, conservação e operação de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade. A remuneração do concessionário é custeada total ou parcialmente pelo Estado, fixada em razão da quantidade ou da qualidade das utilidades proporcionadas aos usuários (ARAGÃO, 2013, p. 651).

O contrato, por força da Lei n. 11.079/2004 (artigo 2º, parágrafo 4º), sujeita-se a limitações de natureza diversa: (i) pressupõe um investimento do concessionário de ao menos vinte milhões de reais (*ratione valore*); (ii) a prestação de serviço ocorrer em um lapso temporal de 05 (cinco) a 35 (trinta e cinco) anos, incluída eventual prorrogação (*ratione*

*temporis*); (iii) o objeto não pode limitar-se ao fornecimento de mão de obra, ou restringir-se ao fornecimento de bens ou, ainda a mera execução de obra pública e não pode envolver a delegação das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado (*ratione materiae*) (CRETELLA NETO, 2005, p. 39-40).

O instituto da parceria público-privada pode-se dar de duas formas distintas: a de concessão patrocinada e a de concessão administrativa.

Na concessão patrocinada, o concessionário assume a execução de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei das Concessões (Lei n. 8.987/1995), recebendo, para tanto, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária da Administração. Tem por objeto “serviços econômicos; atividades econômicas *lato sensu* titularizadas pelo Estado, suscetíveis de exploração econômica pela iniciativa privada, mediante delegação com o pagamento de tarifas pelos usuários” (ARAGÃO, 2013, p. 640).

O que particulariza a concessão patrocinada é seu regime remuneratório, ou seja, a contrapartida do parceiro público ao parceiro privado, tendo vista “a figura do *utende* e à disponibilidade do serviço”, em termos de qualidade e quantidades contratadas. Esse subsídio visa a tornar o serviço financeiramente acessível à coletividade, em observância ao princípio da universalização (PINTO JUNIOR, 2006, p. 81).

Nesse viés, a complementação remuneratória do Poder Público visa a garantir tarifas proibitivas ou socialmente inaceitáveis para os usuários (modicidade das tarifas), sendo limitada a 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado, salvo expressa autorização legislativa (parágrafo 3º, do artigo 10, da Lei n. 11.089/2004) (GUIMARÃES, 2013, p. 290).

O teto fixado consiste em um mecanismo de controle fiscal, limitador da discricionariedade administrativa quanto ao comprometimento de recursos públicos e buscar a corresponsabilidade do Poder Legislativo acerca de decisão que autoriza a participação econômica do Estado em negócio jurídico que envolve expressiva soma de valores (GUIMARÃES, 2013, p. 290).

Importa destacar que, sob a égide da Lei n. 8.987/1995 já era possível ao Poder Público complementar o valor arrecadado das tarifas para viabilizar a prestação de serviços pela iniciativa privada.

Nesse sentido Carlos Ari Sundfeld (2011, p. 25 e 31) refere que “a concessão patrocinada já era viável anteriormente, pois adicionais de tarifas já podiam ser pagos como receita complementar”, com base no artigo 11 Lei das Concessões. Por outro lado, alerta que, com a normatização da concessão patrocinada, a Administração Pública resta impedida de



pagar adicional de tarifa ao concessionário, nos casos em que o investimento a encargo deste não alcançar 20 (vinte) milhões de reais e quando o prazo contratual for menor que 05 (cinco) ou superar a 35 (trinta e cinco) anos, incluída a prorrogação.

Assim também, Augusto Neves Dal Pozzo e Pedro Jatene sustentam que a Lei das Concessões já possibilitava a “instituição de subsídios” por parte do Poder Público para complementar o “sistema remuneratório da concessionária” (2015, p. 55). Porém, em termos práticos, é com a edição da Lei n. 11.079/2004 e a instituição de um sistema de garantias sólidas que se passa a ter um cenário mais atrativo ao investidor privado.

De fato, apesar da concessão patrocinada aproximar-se da concessão comum, apresenta peculiaridades que a singularizam, em especial em razão dos seguintes dispositivos: (i) estabelece prazos longos que viabilizam a amortização dos investimentos realizados pelo parceiro privado; (ii) possibilita o compartilhamento de riscos e de ganhos econômicos entre as partes; (iii) determina a constituição de uma SPE [sociedade de propósito específico], incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria; (iv) prevê a outorga de garantias diretamente aos financiadores do projeto; (v) possibilita o pagamento de indenização diretamente aos financiadores do projeto, em caso de término antecipado do contrato de concessão (BRASIL, 2004).

Ditos dispositivos, que ao longo deste estudo serão brevemente abordados, aplicam-se também ao outro instituto inserido no ordenamento jurídico pela Lei n. 11.079/2004 - a concessão administrativa, nova modelagem concessória, cujo objeto é a prestação de serviço à Administração Pública, na condição de usuária direta ou indireta, podendo envolver a execução de obra ou o fornecimento e a instalação de bens.

Com a concessão administrativa, criam-se condições jurídicas para que o empreendedor privado possa comprometer-se a realizar os investimentos necessários à implantação e à operação de infraestrutura pública concernente à oferta de serviços aos usuários (*uti singuli*), nos moldes da Lei n. 8.987/1995 e, ainda, aqueles destinados a viabilizar o oferecimento de serviços à própria Administração (POZZO; JATENE, 2015, p. 54).

Desse modo, o objeto do contrato de concessão administrativa é mais amplo do que os de concessão patrocinada. Enquanto esta restringe-se aos serviços públicos econômicos (artigo 175 da Constituição Federal), aquela abrange serviços que sequer se enquadram no conceito de serviço público – os serviços de relevância pública (ARAGÃO, 2013, p. 644).

Configura-se serviço público a atividade de prestação administrativa material que, por expressa determinação legal, está a cargo do Estado para que a exerça diretamente ou por



meio dos seus delegados, posta à disposição de usuários determinados ou indeterminados, sob regime jurídico total ou parcialmente público, com vistas a satisfazer concretamente às necessidades coletivas, em caráter obrigatório, igualitário e contínuo (DI PIETRO, 2014, p. 107; MODESTO, 2011, p. 487).

Já, serviços de relevância pública encontram-se em “uma zona jurídica intermediária”, não são serviços públicos e nem atividades passíveis de exploração econômica. Abrangem rol de “atividades, consideradas essenciais ou prioritárias a comunidade”, que transcendem à dimensão individual, não são titularizadas pelo Estado e cuja execução dispensa título especial de autorização tanto para os particulares quanto ao Poder Público. Submetem-se a um regime variável, ou seja, seu regime jurídico predominante será determinado pela personalidade jurídica do sujeito que a exerce, cumprindo ao Estado controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las (MODESTO, 2011, p. 491 a 500).

Dentre o amplo leque de atividades que podem ser objeto de concessão administrativa, Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 645-646), sem ter pretensão de exauri-las, destaca as seguintes: (i) os serviços públicos econômicos prestados sem cobrança de tarifa dos usuários, conforme decisão do Estado; (ii) os serviços públicos sociais, tais como saúde, educação, cultura e lazer; (iii) “as atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia, que, em si, é indelegável à iniciativa privada”, por força da vedação expressa no art. 4º, III, da Lei no 11.079/2004; (iv) e serviços de natureza administrativa, consistentes em atividades internas da Administração, dos quais o beneficiário direto é o próprio Estado.

Essa gama de atividades passíveis de concessão administrativa transparece na definição conceitual prescrita na Lei n. 11.079/2004 (artigo 2º, parágrafo 2º), que, de acordo com a doutrina, condensa dois submodelos: a concessão administrativa de serviços públicos e a concessão administrativa de serviços ao Estado.

A concessão administrativa de serviços públicos tem seu objeto previsto no artigo 175 da Constituição Federal. Os serviços são “prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa”, deferindo-se ao concessionário contraprestação pecuniária (em conjunto ou não com outras receitas alternativas). Nesse caso, a Administração Pública configura usuária indireta e titular dos direitos e responsabilidades econômicas relativos à outorga (SUNDFELD, 2011, p. 31-32).

A concessão administrativa de serviços ao Estado, por sua vez, é espécie do gênero contrato de prestação de serviços, que tem por usuária direta a própria Administração Pública. Trata-se de contrato de longo prazo, vocacionado a ajustes complexos, pois seu objeto envolve as utilidades previstas no artigo 6º, da Lei n. 8.666/1993, mas apesar da similitude

aos ajustes por esta norma disciplinados, com estes não se confundem (SUNDFELD, 2011, p. 31-32).

Esta modalidade concessória não requer reserva imediata de recursos orçamentários por parte da Administração Pública para o custeio dos bens ou da execução do serviço. As contraprestações estatais ocorrem “após a disponibilização de parcela fruível do serviço, donde se exige apenas uma programação quanto a compromissos financeiros futuros” (GUIMARÃES, 2013 p. 182).

Por sua vez, o contrato de prestação de serviços disciplinado pela Lei n. 8.666/1993, é ajuste de curto prazo, destinado a atender a necessidades ordinárias da Administração e abrange objetos mais simplificados que, em regra, não envolvem conjugação de prestações diversas, sob uma perspectiva de buscar maior competitividade e menor preço. Pressupõe a reserva de recursos orçamentários para o custeio do fornecimento dos bens ou da execução dos serviços. Além disso, em regra, a autonomia do contratante é reduzida, submetendo-se a uma disciplina rígida quanto ao controle dos meios, sendo os pagamentos efetivados com base em medições, conforme preço fixo previamente ajustado em contrato (GUIMARÃES, 2013 p. 181-182).

Em suma, buscando-se harmonizar o interesse público – objetivo fim da Administração Pública –, e a lucratividade – fim último da iniciativa privada –, a fim de viabilizar a execução de obras de infraestrutura essenciais ao desenvolvimento do país e ao atendimento de demandas sociais, diferentes técnicas contratuais passam a ser utilizadas que, mesmo não sendo de todo inéditas na experiência prática, assumiram nova dimensão com a edição da Lei n. 11.079/2004 (PESTANA, 2006, p. 8; REISDORFER, 2015, p.178).

Com efeito, a inserção da parceria público-privada no Direito Administrativo, sob a forma de concessão patrocinada e concessão administrativa, deu nova conformação jurídica ao contrato de concessão de serviços públicos.

Especial destaque dá-se à concessão administrativa que possibilita ao Estado celebrar contratos voltados à obtenção de serviços antes impossível: “aquele que o particular financeiramente na criação da infraestrutura necessária à existência do serviços e ajuda à concebê-la” (SUNDFELD, 2011, p. 26).

Assim sendo, na seção seguinte, será realizada uma breve abordagem sobre algumas especificidades do instituto da Parceria Público-Privada que o diferenciam de outras formas de atuação da Administração Pública em regime de colaboração com o empreendedor privado, com vistas a melhor compreender essa nova modelagem contratual.

### 3.2 Especificidades dos contratos firmados à luz da Lei n. 11.079/2004

O contrato de concessão de serviços públicos, sob o regime de parceria público-privada, segue uma lógica de coordenação de interesses e riscos entre parceiros, que estabelecem entre si uma relação horizontal de longo prazo, na qual se entrelaçam os planos público e privado (MOREIRA, 2011, p. 113).

Por conta disso, apresentam peculiaridades que os diferenciam dos demais contratos administrativos: financiamento do setor privado; financiamento público do parceiro privado; instituição de Sociedade de Propósito Específico (SPE); pluralidade compensatória; e o compartilhamento dos riscos.

O financiamento do setor privado implica a assunção de compromisso por parte do concessionário de buscar, em instituições privadas ou de fomento estatais, os recursos financeiros necessários à execução dos empreendimentos, que serão amortizáveis quando do início da disponibilização do serviço (CARVALHO FILHO, 2014, p. 436).

Também, caracteriza o contrato de parceria público-privada o financiamento público do parceiro privado, posto que, se ausente a contraprestação pecuniária do Poder Público, tem-se configurada a concessão comum, regida pela Lei 8.987/1995.

Em sede doutrinária, as modalidades compensatórias referidas na Lei n. 11.079/2004 (*numerus apertus*) são objeto de ponderações, em especial nos casos em que não há o repasse direto de recursos financeiros ao parceiro privado.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 437) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 153) configura a contraprestação pecuniária prevista no artigo 6º, da Lei n. 11.079/2004, tanto a realizada de forma direta mediante pagamento em dinheiro ao concessionário, quanto a indireta efetivada através de instrumento jurídico que ulteriormente seja convertido em pecúnia.

Já, para Carlos Ari Sundfeld (2011, p. 30) e Fernando Vernalha Guimarães (2013, p. 93), somente configura contraprestação pecuniária a efetivada por meio de ordem bancária ou por cessão de créditos tributários. Sustentam a razoabilidade dessa análise mais restritiva do artigo 6º da Lei 11.079/2004 pelo fato de que dito normativo legal busca justamente alternativas para superar a escassez de recursos financeiros que compromete a implementação de projetos essenciais para o desenvolvimento do país.

A contraprestação pecuniária (Lei n. 11.079/2004 - artigo 6º) pode assumir uma diversidade de formas: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos

em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens patrimoniais e outros meios admitidos em lei.

Tem-se, pois, outra característica peculiar do contrato de parceria público-privada: a pluralidade compensatória. Faculta-se ao Estado, diante do caso concreto, com vistas a otimizar a eficiência e a economicidade contratual, eleger a modalidade compensatória que se mostrar mais adequada, o que pode resultar, inclusive, em um certo arranjo remuneratório, composto pela combinação de diferentes formas de contraprestação ao parceiro privado pela execução do objeto contratual (CARVALHO FILHO, 2014, p. 437; GUIMARÃES, 2013, p. 151).

Por essa linha de pensamento, resta desconfigurada a concessão patrocinada caso ausente seu principal elemento diferenciador – tarifa cobrada do usuário combinada com a contraprestação pecuniária paga pelo Poder público concedente, seja por meio de ordem bancária e/ou da cessão de créditos não tributários (artigo 6º, incisos I e II, da Lei n.11.079/2014). Nesse caso, tem-se, então, a concessão comum, disciplinada pela Lei n. 8.987/95 (SUNDFELD, 2011, p.30).

Controvérsias à parte, é facultado à Administração Pública vincular a remuneração do parceiro privado ao seu desempenho, mas, para tanto, é necessário que o instrumento contratual contemple de maneira clara e precisa as metas e os padrões de qualidade e de disponibilidade dos serviços (GUIMARÃES, 2013, p. 97).

Frisa-se, ainda: a licitude da contraprestação estatal ao empreendedor privado pressupõe a disponibilização total do serviço objeto do contrato de parceria público-privada, ou que, no caso de ter sido dividido em etapas, a remuneração do concessionário guarde proporcionalidade à parcela passível de ser fruída pela Administração. Desse modo, todos os custos preparatórios da prestação de serviços, inclusive os relativos à instalação dos equipamentos, são do concessionário (CARVALHO FILHO, 2014, p. 441).

A contraprestação do Poder Público efetivada nestes moldes ao empreendedor privado, de um lado apresenta aspectos positivos: viabiliza a alavancagem dos investimentos estatais em razão do diferimento das contrapartidas do Estado; facilita o gerenciamento do fluxo de caixa dos recursos públicos; e, conseqüentemente, possibilita o atendimento de um número maior de demandas da sociedade. Por outro, gera uma operação ineficiente do ponto de vista financeiro, à medida que a dilação temporal entre o investimento privado e a contraprestação estatal resulta na elevação do custo do projeto que, ao final, acaba sendo repassado ao Estado (ZANCHIN, 2014, p. 93).

Dado esse contexto, é instituído o aporte de recursos que tem por espoco buscar maior eficiência tributária do modelo das parcerias público-privadas e reduzir seus custos financeiros.

A redução dos custos financeiros relaciona-se à amortização dos investimentos realizados pelo parceiro privado, que deixa de ser postergada ao longo de toda a vigência do contrato para ser recebida logo após a conclusão desses investimentos (MARQUES NETO; ZAGO, 2015, p. 424).

A maior eficiência tributária refere-se à possibilidade conferida ao parceiro-privado de deduzir a parcela relativa ao aporte de recursos da base de cálculo do lucro real, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); da contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) (parágrafos 2º e 3º do artigo 6º da Lei n. 11.079/2004, inseridos pela Lei 12.766/2012) (MARQUES NETO; ZAGO, 2015, p. 426).

Observa-se que o aporte de recursos não tem natureza jurídica de contraprestação pública de recursos, mas cumpre uma função ressarcitória. O Estado assume uma obrigação de natureza pecuniária, objetivando restituir ao concessionário os custos que realizou com bens que não lhe pertencem, mas que realizou por serem necessários para a posterior prestação de serviço e, aí assim obter sua remuneração (MARQUES NETTO; ZAGO, 2015, p. 427).

Com isso, o pressuposto básico da contraprestação estatal – pagamentos iniciarem somente na fase operacional – encontra-se relativizado. De modo que, em havendo disponibilidade orçamentária, faculta-se ao Poder Público aportar recursos em favor concessionário “para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, desde que autorizado no edital de licitação se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012”, conforme previsão contida no parágrafo 2º, do artigo 6º, da Lei n. 11.079/2004 (redação dada pela Lei n. 12.766/2012).

Outra especificidade do contrato de concessão modelado sob a forma de parceria público-privada é a repartição objetiva de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (BRASIL, 2004).

Trata-se de diretriz a ser observada e cláusula contratual obrigatória, consoante disposição expressa na Lei n. 11.079/2004, fundamental para a definição da equação econômico-financeira e da remuneração do concessionário, bem como para o estabelecimento de garantias e seguros no âmbito do contrato. Deve ser estabelecida “à luz dos princípios

constitucionais da eficiência, da economicidade, da continuidade do serviço, da dignidade da pessoa humana, da transparência e da segurança jurídica” (CARDOSO, 2015, p. 280).

Com efeito, a previsão explícita da repartição objetiva de riscos entre o concessionário e o Poder Público corresponde a uma inovação inserida no direito administrativo brasileiro, que rompe com a lógica da regulação legal via predeterminação dos efeitos do risco (FORTINI; PIRES, 2015, p. 299). Isso porque a Lei n. 11.079/2004 (artigo 5º, inciso III), dando margem à autonomia contratual da Administração Pública, remete ao contrato a especificação da parcela de risco a encargo do Estado e os critérios de cálculo (ARAGÃO, 2013, p. 275).

Nesse sentido, no dizer de Carlos Ari Sundfeld, “a alocação de riscos é sim, matéria contratual” (2005, p. 41). Explica que não há critérios legais para divisão de riscos entre os parceiros público e privado, sendo que esta se dá com base na viabilidade econômica do empreendimento e na equação formada pelos encargos e remuneração do concessionário. Dito em outros termos, a matriz de risco e a definição de responsabilidades das partes é elaborada caso a caso, de acordo com as características do contrato a ser firmado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 159-160), essa autonomia contratual para a alocação de risco não é ilimitada. Entende ser aceitável repartir os riscos quando o desequilíbrio econômico-financeiro decorrer de fato estranho à vontade das partes (força maior e aléa econômica extraordinária).

De forma diversa, sustenta ser inaceitável onerar o concessionário com os prejuízos provocados pelo contratante, quando o desequilíbrio contratual resultar de ato ou fato do Poder Público, seja por ato geral não relacionado diretamente com o contrato (fato do príncipe – fato extracontratual), seja ele causado por ato praticado pela Administração como parte no contrato (fato da administração – inadimplemento contratual). Isso tudo de modo a observar as disposições contidas no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, e no artigo 186 do Código Civil, que tratam da responsabilidade civil.

Fernando Vernalha Guimarães (2013, p. 309), por sua vez, argumenta que o enunciado constante do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal assegura a intangibilidade das condições fixadas na proposta, com vista a resguardar o pacto de intervenções e alterações supervenientes na esfera das cláusulas econômicas do contrato. Porém, ressalva que, na etapa pré-contratual, as partes podem dispor livremente sobre a divisão dos riscos.

Também merece registro que a repartição objetiva dos riscos constitui-se em elemento obrigatório do instrumento contratual, que tem por princípio fundacional a alocação eficiente: atribuir o risco à parte que tem maior capacidade de gerenciá-lo, ou seja, detentora da “maior

capacidade de controlar sua ocorrência ou de administrar a materialização de suas consequências” (POZZO; JANETE, 2015, p. 67).

Frisa-se: a alocação inadequada dos riscos pode ocasionar ineficiências e incertezas com reflexos nos custos e no fluxo dos recursos do empreendimento, à medida que “há uma precificação dos riscos por aquele que os assume”, resultando, ainda, no comprometimento da execução contratual (JUSTEN FILHO; SCHWIND, 2015, p. 38).

Assim, com vistas a mitigar os riscos dos contratos que são foco da parceria público-privada, e, assim, proporcionar mais segurança jurídica ao empreendedor privado, instituiu-se, por meio da Lei n. 11.079/2004 (artigo 8º), um regime especial de garantias contratuais que contemplam o concessionário (garantia de obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Público), o Poder Público (garantia de execução do contrato prestado pelo parceiro privado) e o investidor (contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto) (DI PIETRO, 2015, p. 161).

O regime especial de garantias contratuais em benefício do concessionário objetiva resguardá-lo de eventuais inadimplementos incorridos pela Administração Pública com relação às obrigações pecuniárias. As garantias, que devem estar previstas no edital do certame licitatório (artigo 11, parágrafo único da lei), abrangem: (i) vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167, (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, (iii) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras não controladas pelo Poder Público, (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público, (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, e (vi) além de outros mecanismos previstos em lei (BRASIL, 2004).

Esse disciplinamento diferenciado busca evitar que o concessionário “seja compelido a submeter-se ao regime de recebimento de seus créditos por meio de precatório” para conseguir recompor seu patrimônio investido, no caso de eventual inadimplemento da contraprestação devida pela Administração Pública (JUSTEN DE OLIVEIRA, 2015, p. 460).

Para Juarez Freitas, a melhor técnica recomendaria o assento em emenda constitucional ou lei complementar desse sistema de garantias especiais instituído a favor do parceiro privado, por ele denominado de blindagem, evitando, com isso, “dúvidas quanto à higidez de tais obrigações” (2011, p. 488-489).

Já Vitor Rhein Shirato (2011, p. 184) enfrenta a matéria sob dois aspectos debatidos na doutrina por entendê-los mais relevante: da (in)constitucionalidade formal do sistema de garantias, ante o disposto no inciso III do artigo 163 da Constituição Federal; e o relativo à



(in)constitucionalidade material do sistema de garantias, à luz do artigo 100 da Constituição Federal.

Quanto à inconstitucionalidade formal, explica que, para uma parcela da doutrina, o sistema de garantias instituído pela Lei n. 11.079/2004 é inconstitucional, sob o fundamento de que a matéria concessão de garantias pelas entidades públicas é reservada a lei complementar pela Constituição Federal (inciso III, do artigo 163) e a Lei n. 11.079/2004 é lei ordinária. Discordando, assevera não restar configurada a alegada inconstitucionalidade formal, pois, não obstante as garantias encontrarem-se insertas no campo das finanças públicas, não se relacionam a operações de crédito, nem apresentam reflexos diretos sobre as metas de equilíbrio fiscal. Em síntese, nas palavras do autor: “PPP não é operação de crédito [...] não se trata de financiamento [...]” (SHIRATO, 2011, p. 188).

E mais, ressalva que, caso mantenha-se um entendimento diverso no sentido de que as garantias previstas na Lei n. 11079/2004 correspondem a mesma espécie daquelas previstas no inciso III do artigo 163 da Constituição Federal, pode-se sustentar que o requisito de lei complementar se encontra suprido com a edição da Lei 101/2000.

Quanto à constitucionalidade material do sistema de garantias instituído pela Lei 11.079/2004 frente ao artigo 100 da Constituição Federal, pondera, em síntese, que: (i) por expressa disposição constitucional (artigo 100), apenas a execução de débitos de pessoas jurídicas de Direito Público estão sujeitas ao regime de precatórios, de modo que qualquer obrigação assumida por pessoa jurídica de Direito Privado estará sujeita ao regime de execução patrimonial ordinário; e (ii) não há vedação constitucional a segregação dos credores da Administração Pública em situação diversa. Assim, apenas “aqueles credores detentores de títulos judiciais transitados em julgado contra a Administração”, sujeitam-se ao preconizado no artigo 100 da Constituição Federal (SHIRATO, 2011, p. 189-190).

Sobre o regime de garantias, Fernão Justen de Oliveira (2015, p. 461-462) e Gustavo Binenbojm (2005, p. 490) referem que a vinculação das receitas (inciso I) não afronta o princípio da ordem cronológica dos pagamentos. Argumentam que tal mecanismo financeiro é destinado ao adimplemento de obrigações contratuais vincendas – não decorrentes de decisão judicial. Já, o pagamento por precatório tem por pressuposto básico a existência de uma sentença judicial transitada em julgado em desfavor da Fazenda Pública.

Com relação à garantia de execução do contrato prestado pelo parceiro privado à Administração Pública, trata-se de cláusula obrigatória, devendo a medida acautelatória guardar correlação com os ônus e riscos envolvidos, de modo a assegurar o cumprimento das



obrigações assumidas, nos termos do disposto no inciso VIII, artigo 5º da Lei n. 11.079/2004 (GUIMARÃES, 2013, p. 348).

Nas concessões administrativas, o parceiro privado encontra-se obrigado a ofertar garantia de 5% (cinco por cento) do valor do contrato. No caso de se encontrar na condição de depositário de bens do Poder Público concedente, o valor destes deve ser acrescido ao da garantia. E, com relação à concessão patrocinada, o valor da garantia deve ser acordado caso a caso e limitado ao valor da obra (GUIMARÃES, 2013, p. 348).

Outra tipologia de garantia instituída pela Lei n. 11.079/2004 é a denominada contragarantia (artigo 5º parágrafo 2º), que corresponde a diferentes mecanismos destinados a viabilizar a satisfação do crédito do agente financiador de projeto, no caso de o parceiro privado não efetuar o pagamento do valor mutuado (OLIVEIRA, 2015, p. 462-463).

A contragarantia pode assumir diferentes modalidades: (i) transferência para financiador do controle da sociedade de propósito específico (SPE), (inciso I); (ii) emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação as obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Público concedente; (iii) legitimidade dos financiadores do projeto para a percepção de certos pagamentos, tais como: indenizações por extinção antecipada do contrato e pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas (incisos II e III) (DI PIETRO, 2015, p. 163-164).

No que tange ao instituto jurídico da sociedade de propósito específico (SPE), faz-se necessário referir que, nos contratos de parceria público-privada, é de constituição obrigatória, tendo por incumbência implantar e gerir o empreendimento licitado, conforme expressamente consignado no artigo 9º da Lei n. 11.079/2004 (MOREIRA; GUIMARÃES, 2015, p. 494).

Quanto à estrutura societária da sociedade de propósito específico, a lei não prescreve uma modalidade determinada, mas assinala que pode assumir a forma de companhia aberta (parágrafo 2º do artigo 9º), formato que favorece o seu financiamento a partir da comercialização de ações na bolsa de valores (GUIMARÃES, 2013, p. 124). Todavia, independentemente da estrutura adotada, seu objeto social é limitado ao empreendimento licitado, tratando-se de uma sociedade empresária com características próprias, como se fosse uma *joint venture* personalizada (ARAGÃO, 2013, p. 680).

Por conta dessa organização societária autônoma, há a segregação patrimonial, contábil e jurídica, possibilitando um controle mais eficiente da execução contratual e a saúde financeira da concessionária e do respectivo *project finance*, tanto por parte do Poder concedente e/ou eventuais agências reguladoras, como dos financiadores da concessionária (PENTEADO; ALENCAR, 2014, p. 211).

Registra-se, ainda, que é expressamente vedado à Administração Pública titularizar a maioria do capital votante deste tipo de sociedade. Assim sendo, mostra-se inadequada a constituição de sociedade de propósito específico sob a forma de sociedade de economia mista e de sociedade de mera participação estatal em que o poder público seja detentor da maioria do capital com direito a voto. Salvo se instituição financeira controlada pelo Poder Público, em razão de inadimplemento de contrato de financiamento, adquirir a maioria do capital votante da sociedade de propósito específico (artigo 9º, parágrafo 5º, da Lei n. 11.079/2004) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 445).

Nesse caso, enquadrando-se referida instituição financeira na categoria de sociedade de economia mista ou de empresa pública e, em havendo autorização legal expressa nesse sentido, constituir-se-á sociedade de economia mista ou empresa pública subsidiária. Mas, ausente tal previsão legal, a assunção da maioria do capital com direito a voto pela instituição financeira, “dá ensejo à formação de sociedade de mera participação do Estado, com a condição especial de ser titular da parte majoritária do capital social com direito a voto” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 445).

Como visto, o contrato de concessão modelado sob a forma de parceria público-privada trata-se de modalidade peculiar de ajuste do Poder Público, que vem sendo utilizada como instrumento de governo, objetivando equacionar problemas que os instrumentos do Direito Administrativo tradicional não conseguem resolver, como é o caso do sistema prisional.

Entretanto, a solução adotada – o trespasse para a iniciativa privada da gestão de estabelecimentos prisionais – é matéria geradora de controvérsias, porque, em alguma medida, as atividades desenvolvidas dentro dos presídios estão relacionadas ao exercício da polícia administrativa.

Diante disso, no próximo capítulo, realizar-se-á o estudo da polícia administrativa sobre a qual também incidiram os efeitos da Reforma Gerencial da Administração Pública.

Ato seguinte, à luz do ordenamento jurídico vigente, far-se-á a análise do contrato de concessão administrativa firmado pelo governo mineiro, cujo objeto é a implantação e a gestão do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, Região Metropolitana de Belo Horizonte.

## **4 (IN)VIABILIDADE JURÍDICA NO SISTEMA PRISIONAL DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

Este capítulo tem por tema central verificar a viabilidade jurídica da realização de parcerias público-privadas no sistema prisional brasileiro, nos moldes do contrato de concessão administrativa pactuado pelo Estado de Minas Gerais, no que diz respeito ao seu objeto, por abranger atividades que envolvem a consecução do poder de polícia administrativa.

Para tanto, inicialmente, far-se-á o estudo poder de polícia administrativa do Estado e, na sequência, analisar-se-á o contrato de concessão administrativa celebrado entre o governo mineiro e a SPE Gestores Prisionais Associados S/A à luz do ordenamento jurídico vigente, em especial da Lei de Execução Penal.

Outrossim registra-se que os documentos que serão utilizados no presente estudo (Contrato de Concessão Administrativa n. 336039.54.13338.09 e o Caderno de Encargos da Concessionária-CEC) foram obtidos no Portal de Gestão de Conteúdo do Programa de Parceria Público-Privada do Estado de Minas Gerais.

### **4.1 A indelegabilidade do exercício da polícia administrativa**

A Administração Pública é dotada de poderes administrativos consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são confiados, consistentes em instrumentos de trabalho. São poderes instrumentais que diferem dos poderes políticos (estruturais e orgânicos) e apresentam-se diversificados, conforme as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem (MEIRELLES, 2014, p. 131).

Dentre esses poderes administrativos, no presente estudo, destaca-se o poder de polícia, que condiciona o exercício da liberdade e o uso da propriedade particular no interesse da coletividade, correspondendo ao “mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter abusos individuais” (MEIRELLES, 2014, p. 14-147; BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 818).

A palavra polícia, assim como o termo política, tem origem do latim *politia* e do grego, *politea*, e liga-se ao vocábulo polis, sendo empregada na Antiguidade no sentido de ordenamento político da cidade ou do Estado (BINENBOJM, 2017, p. 26).

Até o final da Idade Média, o vocábulo manteve essa acepção geral de administração. Após, “sob o influxo das ideias liberais germinadas no século XVIII”, passou a ser utilizado

para designar a atividade estatal que delimita e condiciona as liberdades individuais, tal como hoje é universalmente empregado em Direito, no seu sentido amplo (MOREIRA NETO, 2014, p. 438).

O artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1996) contempla o conceito legal de poder de polícia, considerada “a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público” concernentes à segurança, à salubridade, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública e aos direitos individuais e coletivos (DI PIETRO, 2014, p. 124).

Trata-se de prerrogativa instrumental da Administração Pública, legalmente delimitada, devendo ser adequada, necessária e proporcional ao cumprimento de seus deveres normativos, tendo por atributos a discricionariedade, a coercibilidade e a autoexecutoriedade.

O poder de polícia é discricionário à medida que, mediante juízo de oportunidade e conveniência, a Administração Pública o exerce, aplica sanções e decide os meios conducentes para atingir o fim colimado, que é o interesse público. Devendo ser entendida a discricionariedade no agir dentro dos limites legais (MEIRELLES, 2014, p. 152-153).

A autoexecutoriedade envolve a possibilidade de a Administração, mediante previsão legal, tomar decisões executórias sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário e de realizar a execução forçada, empregando, se for o caso, força bruta para fazer cumprir sua decisão (DI PIETRO, 2014, p. 127).

Assim sendo, a coercibilidade, conforme refere Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “é indissociável da autoexecutoriedade” (2014, p. 128). Isso porque o ato de poder de polícia só é autoexecutório em razão de sua força coativa. Abrange uma diversidade de atos de produção jurídica: emissão de normas jurídicas – legislativas, regulamentares e infrarregulamentares; atos jurídico-administrativos concretos – ordens, sanções, fiscalizações, autorizações, licenças, registros, dentre outros; atos de execução material de normas e atos previamente estabelecidos (OLIVEIRA, J., 2011, p. 437-438).

Em sede doutrinária, a expressão poder de polícia comporta dois sentidos. Em sentido amplo, abrange tanto os atos dos Poderes Executivo e Legislativo, referindo-se ao complexo de medidas adotadas pelo Estado, que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos E, em sentido restrito, corresponde à noção de polícia administrativa, consistindo nas intervenções da Administração Pública, quer gerais e abstratas, quer concretas e específicas, destinadas também a prevenir e a obstar o

desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 822).

Já Gustavo Binembojm (2017, p. 76) sustenta a necessidade de um conceito de poder de polícia, atualizado e reconfigurado, em consonância com as amplas transformações por que passa o direito administrativo.

Sob essa ótica, apresenta o poder de polícia como uma administração ordenadora:

uma ordenação social e econômica que tem por objetivo conformar a liberdade e a propriedade, por meio de prescrições ou induções, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinada a promover o desfrute dos direitos fundamentais e a alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição (BINENBOJM, 2017, p. 69 e 78).

Para o autor, o poder de polícia corresponde a “um conjunto de regulações sobre a vida privada”, não necessariamente dotadas de força coercitiva, que estabelecem um sistema de incentivos com vistas a conformar os comportamentos a padrões socialmente aceitos, consoante objetivos político-jurídicos preestabelecidos. “Tem-se, aqui, o campo do chamado direito administrativo ordenador” (2017, p. 69).

Apesar desses dissensos doutrinários que revelam estar a polícia administrativa (administração ordenadora) em processo de transformação conceitual, é indiscutível a essencialidade desse poder instrumental para a ordenação da vida social e econômica e, que seus limites, sejam “demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais dos indivíduos” constitucionalmente assegurados (MEIRELLES, p. 2014, p. 151).

Destaca-se que, na doutrina, afirma-se, recorrentemente, que as atividades de polícia administrativa são indelegáveis, sendo, inclusive, nesse sentido, a prescrição contida no inciso III, do artigo 4º, da Lei 11.079/2004 (KLEIN, 2015, p. 678). Desse modo, o contrato de parceria público-privada não pode ser utilizado como instrumento de delegação de competência legitimamente titulada ao Estado.

Corroborando com este entendimento, para Fernando Vernalha Guimarães, o regime jurídico das parcerias público-privadas reflete a preocupação do legislador em evitar que o poder de polícia, função exclusiva do Estado, fosse delegado a particular. Essa diretiva “pressupõe o conteúdo do princípio da República que impõe a reserva de poderes instrumentais à satisfação do interesse do povo nas mãos do Estado” (2011, p. 408).

Esses poderes instrumentais reservados à Administração Pública implicam o uso de poderes imperativos e coercitivos, de modo que somente nas situações em que se mostrar

absolutamente indispensável o Estado pode dispor do uso da violência para, dentro de parâmetros normativamente estabelecidos, impor condições e restrições à propriedade e à liberdade dos privados, com vistas a dar concretude a direitos fundamentais (GUIMARÃES, 2011, p. 410-411).

Assim sendo, o Estado, na condição de detentor de legitimidade política, é “o único legitimado à escolha política acerca dos interesses sociais subjacentes à manifestação coativa do Poder Público” (GUIMARÃES, 2011, p. 412). Em razão disso, são indelegáveis as atividades administrativas que envolvam competências decisórias sobre as restrições e os condicionamentos à propriedade e à liberdade dos privados.

Na mesma linha José Roberto Pimenta Oliveira (2011, p. 443) aponta o princípio republicano com fundamento para a indelegabilidade da polícia administrativa. Segundo o autor, o princípio republicano (art. 1º, CF) implica o reconhecimento da “existência de interesses públicos (*res publica*) inassimiláveis aos interesses particulares e dotados de superioridade em face destes”. Desse modo, por conta da indisponibilidade dos interesses públicos, impõe-se preservar a impessoalidade na persecução dos interesses normativamente configurados. E, dada a supremacia do interesse público, ao que for titular função estatal orientada à concreção de restrições a direitos individuais, compete, em face da resistência individual, exercer poderes extroversos do Estado, encontrando-se, inclusive, autorizado a fazer uso da coerção sobre o indivíduo.

Também fundamenta a indelegabilidade do poder de polícia o princípio da isonomia expresso no artigo 5º da Constituição Federal, o qual veda tratar desigualmente aqueles que se encontram em idêntica situação jurídica (CARVALHO FILHO, 2014, p. 20).

Sobre o princípio da isonomia, José Roberto Pimenta Oliveira (2011, p. 443) relata que conferir parcela do poder de polícia a pessoa não integrante da estrutura administrativa valida relações desiguais entre particulares e quebra a isonomia desenhada pela Constituição Federal. E mais: implica transformar um indivíduo em objeto de coação de outro, atentando à liberdade (artigo 1º, III) e à dignidade humana, atribuídas isonomicamente ao ordenamento jurídico do Estado Material de Direito.

Ainda como fundamento da indelegabilidade da polícia administrativa tem-se o princípio da legalidade (artigo 37, *caput*), por prescrever que toda e qualquer atividade administrativa deve estar fundamenta em lei (OLIVEIRA, J., 2011, p. 443-444).

Conforme José Roberto Pimenta Oliveira “a origem legal ou estatutária dos poderes extroversos manuseados na polícia administrativa” (2011, p. 443) é fator impeditivo de

disposição contratual sobre o seu exercício, que não pode ser desatrelado do órgão ou ente governamental detentor de sua titularidade.

Em suma, reputa-se ser inadmissível a dissociação entre a titularidade e a execução do poder de coerção, de modo que o Estado, detentor de sua titularidade, não pode repassá-lo a particular (KLEIN, 2015, p. 687).

Da mesma forma, o princípio da moralidade (art. 37, caput) impede trespassar a particular atividade estatal condicionadora de direitos, pois representa a quebra ao dever de lealdade administrativa por parte dos órgãos e dos entes governamentais legalmente habilitados à execução plena das finalidades normativas que norteiam a ação administrativa (OLIVEIRA, J., 2011, p. 444).

Outra discussão doutrinária é apontada por Gustavo Binjenbojm (2017, p. 235-236) e diz respeito ao fato de ser atribuído o caráter de um múnus público ao poder de polícia administrativa. Por conta disso, deve ser exercido por servidores públicos, pois, inevitavelmente, o exercício desse poder por particulares levaria a um conflito de interesses: de um lado a busca do lucro e de outro a busca de finalidades públicas.

Fernando Vernalha Guimarães (2013), por sua vez, afirma não ser moralmente válida a possibilidade de um homem exercer sobre o outro poder expressado pela força.

No que diz respeito à segurança pública, cumpre consignar que a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) prevê em seus artigos artigo 83-A e 83-B (redação dada pela Lei 13.190/2015) diretrizes a serem observadas quando da contratação de particulares no desempenho de atividades que envolvam a consecução do poder de polícia no âmbito do sistema penal. Estas corroboram com a impossibilidade de delegar, por meio de contratos administrativos, a totalidade das atividades desenvolvidas nos estabelecimentos penais, matéria esta que será abordada na seção 4.2.

Como visto, são diferentes os fundamentos jurídicos que justificam a indelegabilidade do poder de polícia administrativa. Entretanto, as transformações ocorridas na Administração Pública, principalmente depois da Reforma Gerencial do Estado brasileiro abordada na seção 2.2, também se refletiram no exercício desse poder considerado como exclusivo do Estado.

Nesse sentido, verifica-se que o STJ tem reconhecido a possibilidade de delegar a execução de atos fiscalizatórios e de consentimento por particulares. Já, no STF prevalece a impossibilidade da desestatização do poder de polícia, à exceção do precedente firmado na ADI N. 3.026, em que se deu tratamento diferenciado a Ordem dos Advogados do Brasil, sob o fundamento de que esta entidade, exerce função tipicamente pública, porém sob a forma de não estatal (BINENBOJM, 2017, p. 246).



Quanto à linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça encontra-se expressa no âmbito do Recurso Especial nº 817.534- MG (ainda não encerrado), julgado em 2009. A Corte acolheu tese possibilitando a delegação de atos consentimento e fiscalizatórios, de titularidade do Estado e previstos no Código de Trânsito Brasileiro, a sociedade de economia mista, a BHTRANS.

A ementa do referido julgado contempla o seguinte teor:

RECURSO ESPECIAL Nº 817.534 - MG (2006/0025288-1). MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. EMPRESA DE TRANSPORTE E TRÂNSITO DE BELO HORIZONTE BHTRANS. EDUARDO AUGUSTO VIEIRA DE CARVALHO E OUTRO(S) EMENTA. ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por consequência (sic) o cumprimento do requisito do prequestionamento. 2. **No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista).** 3. **As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.** 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção) (grifou-se) 5. **Somente o atos relativos (sic) ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.** 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. 7. Recurso especial provido (STJ).

Sobre a decisão supra Thiago Marrara concordando com a procuradora Dora de Maria de Oliveira, sustenta que “o entendimento do tribunal não se afigura adequado”, pois a decisão encontra-se balizada na “segmentação do poder de polícia”, ou seja no ciclo de polícia – legislação/ordem de polícia, consentimento, fiscalização e sanção, que se mostraria válido, mas para fins pedagógicos (2015, p. 255-278).

Explica o autor que, para Dora Ramos, o fundamental “é a diferenciação entre as atividades materiais e acessórias de cada uma dessas fases e atividades propriamente



jurídicas”, por entender que as estratégias de polícia sobre a ótica funcional “nada dizem quanto ao seu conteúdo e efeito” (2015, p. 274). Na visão do autor, a decisão da Corte é passível de crítica, pela diferenciação rasa das diferentes etapas do ciclo de polícia face à ausência de debate aprofundado sobre os componentes operacionais de cada tarefa.

Ademais, Thiago Marrara (2015, p. 276) alerta que a manutenção de tal entendimento dá margem para que ocorram transferências inadequadas de determinadas atividades policiais estratégicas a particulares, em prejuízo a princípios constitucionais da isonomia, legalidade, indisponibilidade do interesse público primário e, em certos casos, a eficiência almejada pelo Estado e sociedade.

Para evitar isso, propõe a análise sucessiva de alguns aspectos relativos à atividade a ser executada, de forma que, inicialmente seja apreciada sua natureza. Caso refira-se a competências normativas ou legislativas, resta afastada a possibilidade de transferência a particular. Já se apresentar natureza executória é a princípio passível de delegação a particular.

Sendo tarefa executória, a princípio delegável, deve guardar correspondência a atos materiais. Envolvendo atos jurídicos consistentes no exercício de autoridade que afeta a liberdade dos particulares, tem-se inviabilidade do trespasse da atividade a iniciativa privada, dada a indisponibilidade do interesse público e a questão isonômica.

Por fim, entende que mesmo em relação a atos executórios faz-se necessário verificar a existência no Estado de órgão com competência exclusiva para a prática do ato. Em havendo, ainda que se trate de ato material e acessório, não poderá ser delegado.

Com efeito, a Administração Pública, ao adotar a parceria público-privada como solução para a implementação de políticas públicas, deve certificar-se sobre a eventual transferência de atividade relacionada ao exercício do poder de polícia administrativa, mediante análise aprofundada envolvendo os componentes operacionais de cada tarefa.

De qualquer forma, o ciclo de polícia administrativa subsidia essa difícil tarefa de identificar os componentes operacionais de cada atividade para que assim se possa identificar seus possíveis reflexos na esfera jurídica dos indivíduos.

Nesse sentido, Gustavo Binenbojm refere que a conformação dos limites e possibilidades do exercício privado de atividades de polícia administrativa perpassa também pelo exame do seu ciclo - “uma espécie de estrutura do poder de polícia do Estado democrático de direito” (2017, p. 309).

Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 440-443), a atuação da polícia administrativa desenvolve-se em quatro fases – o denominado ciclo de polícia –, que

compreende: (1ª) ordem de polícia; (2ª) consentimento de polícia; (3ª) fiscalização de polícia; e (4ª) a sanção de polícia.

- a) A ordem de polícia - corresponde ao preceito legal básico que possibilita e inicia o ciclo de atuação. Assume duas modalidades: (i) restrições – preceito negativo absoluto – veda categoricamente determinadas atividades que podem prejudicar o interesse geral; (ii) condicionamento – preceito negativo com reserva de consentimento – o exercício de certa atividade ou o usos de propriedade privada, estão condicionados a anuência prévia por parte da Administração Pública.
- b) O consentimento de polícia - o ato administrativo de anuência, que possibilita ao particular utilizar-se da propriedade particular ou exercer atividade privada, nos casos em que é exigido controle prévio por parte da Administração.
- c) A fiscalização de polícia - etapa em que a Administração verifica se o particular está observando as ordens de polícia (legislação/regulamentos), e se não ocorreram abusos no exercício de direitos que obtiveram seu consentimento prévio. Nessa etapa realiza-se a prevenção das infrações pela observação do cumprimento, pelos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; em segundo lugar, prepara a repressão das infrações pela constatação formal dos atos infringente.
- d) Por fim, tem-se a sanção de polícia - ato unilateral, extroverso – alcança aos administrados em geral - ou interventivo - recai apenas sobre servidores públicos -, destinado a conter a infração e a restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, dissuadindo-o ou de iniciar ou de continuar cometendo uma transgressão administrativa.

Pelo exposto, denota-se que o poder de polícia administrativa não se exerce por medidas isoladas, mas por meio de “uma sucessão de atos logicamente encadeados”, nos termos indicados no ato normativo da regência (BINENBOJM, 2017, p. 309).

Diante disso, a decisão administrativa de submeter ao regime de execução indireta por entes particulares atividades integradas ao ciclo de polícia administrativa requer análise, no caso in concreto.

Conforme José Roberto Pimenta Oliveira, tal decisão, para ser legítima, não pode resultar no trespasse a particulares de execução de atividade-fim justificadora da própria outorga legal das competências, pois estas devem ser desempenhadas em nível da própria organização administrativa legalmente estabelecida (2011, p. 444).

Também, não pode implicar na delegação de atividade exclusiva do Estado, como é o caso da que importa na expedição de atos jurídicos de polícia e a restrição de direitos fundamentais. Isso porque “é absolutamente indelegável a transferência de decisões políticas ou de identificação de interesse público na matéria” (OLIVEIRA J., 2011, p. 446).

De forma diversa, pode ser adotada como solução pela Administração a delegação a particular atividade de natureza técnica, sob a égide de normas objetivas, estabelecidas previamente pela Administração, de modo que a execução contratual ocorra sem qualquer interferência do elemento vontade, e mediante a observância dos princípios da impessoalidade, motivação (art. 37, caput e artigo 93, X, Constituição Federal) e do devido processo legal (OLIVEIRA, J., 2011, p. 445).

Também merece destaque o julgado do Superior Tribunal de Justiça relativo ao caso dos pardais eletrônicos (REsp. 712.312 – DF) em que a Corte ao julgar decidiu pela possibilidade de delegar certos atos materiais precedentes aos atos jurídicos de polícia, ou seja, que é possível ao particular exercer atos que forneçam elementos fáticos para que, posteriormente, a autoridade pública competente exerça este poder.

A partir desses pressupostos teóricos e jurisprudenciais, constata-se que o dogma da indelegabilidade do poder de polícia encontra-se relativizado, de modo que certos atos materiais precedentes a atos jurídicos de polícia podem ser trespassados a particulares, devendo, para tanto, a Administração Pública utilizar-se de meios aptos a resguardar a observância do princípio da impessoalidade e da igualdade completa entre os administrados.

Denota-se, também, que, dada a complexidade da matéria, diferentes autores propõem caminhos a serem trilhados para identificar quais atividades são passíveis de execução indireta, até a própria Lei de Execução Penal buscou fazê-lo.

Entretanto, o fato é que muitas vezes não são claros os limites entre as atividades exclusivas do Estado e as meramente acessórias, instrumentais, ou complementares, em especial nos estabelecimentos penais. Assim, na seção seguinte procurar-se-á identificar se as tarefas repassadas a SPE Gestores Prisionais Associados pelo governo mineiro, por meio de contrato de concessão administrativa, envolvem a delegação indevida do poder de polícia administrativa.

## 4.2 O caso da PPP de Ribeirão das Neves

O Estado de Minas Gerais, diante de um cenário de crise fiscal e de baixa capacidade de investimento, a partir de 2003, dá início à reforma administrativa, cujas práticas de gestão implementadas encontram-se consubstanciadas no denominado Choque de Gestão.

O Choque de Gestão consiste na “combinação de medidas orientadas para o ajuste estrutural das contas públicas com iniciativas voltadas para a geração de um novo padrão de desenvolvimento (VILHENA; MARINI, 2008).

A implementação dos novos modelos de gestão e de desenvolvimento das políticas públicas divide-se em três gerações: a primeira geração, referente ao período de 2003 a 2006, teve como principal objetivo o equilíbrio fiscal; a segunda de 2007 a 2010, denominada como Estado para Resultados; e a terceira, iniciada em 2011, traz a concepção de Gestão para a Cidadania, tendo como premissa a governança em rede, ou seja, a atuação transversal do Estado, abrangendo diversas áreas e integrando diferentes atores (públicos, privados, terceiro setor e sociedade civil) (MINAS GERAIS, 2011, p. 8-9).

Nesse contexto, o governo do Estado de Minas Gerais de forma pioneira, com fundamento no artigo 25 da Constituição Federal instituiu o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas, por meio da Lei Estadual n. 14.868 de 16 de dezembro de 2013 (revogada pela Lei Estadual n. 22.606/2017 (MINAS GERAIS, 2013), normativo este que prevê expressamente o uso da parceria público privada no sistema prisional.

Destaca-se que o contrato de concessão administrativa em análise dá-se sob a égide da Lei n. 11.079/2004, que, de forma diversa da lei mineira, não faz qualquer referência às atividades que podem ser objeto parceria público-privada com base nas modelagens concessórias por ela instituída

Por este ajuste – Contrato n. 336039.54.13338.09 –, delega-se à concessionária a elaboração do projeto arquitetônico e a construção do complexo penitenciário, formado por cinco unidades prisionais, sendo três para o regime fechado e duas para o regime aberto, bem como de unidade de administração central, com capacidade para abrigar 3.360 (três mil trezentos e sessenta) detentos, na região metropolitana de Belo Horizonte.

Além disso, assume a concessionária a obrigação de executar as atividades de operação e gestão do complexo prisional, em parceria com o Estado contratante. De acordo com o Caderno de Encargos da Concessionária (CEC) – Anexo V ao Edital de Concorrência Pública n. 01/2008 as atividades de gestão e operação do complexo penal, abrangem a execução dos seguintes serviços e atividades: (i) assistência jurídica; (ii) assistência

educacional, profissionalizante, cultura e recreativa; (iii) assistência ao trabalho; (iv) assistência à saúde; (v) assistência social; (vi) assistência material; (vii) assistência religiosa; (viii) serviços de monitoramento interno; e (viii) fornecimento de sistemas de segurança interna e de informação.

Ao Poder Público, por sua vez, compete, dentre outras obrigações: nomear servidores para ocuparem cargos de diretor público de segurança do complexo penal e subdiretores para cada unidade penal; efetuar a escolta e transporte de sentenciados para o externo da unidade penal, permanecendo, ainda, sob sua responsabilidade a segurança das barreiras físicas (alambrados, muralha, etc.) e guaritas, além da área externa à unidade penal e sua área de entorno.

Por conseguinte, o contrato de concessão administrativa em estudo atende às disposições contidas no artigo 2º, da Lei n. 11.079/2004.

O investimento da concessionária supera os vinte milhões de reais, já que o valor contratual estimado é de R\$ 2.111.476.080,00 (dois bilhões, cento e onze milhões e quatrocentos e setenta e seis mil e oitenta reais), apurado a partir da soma dos valores nominais, situação em 2008, da contraprestação pecuniária mensal e da parcela anual de desempenho, calculadas, por sua vez, com base no teto do valor da vaga dia disponibilizada e ocupada em unidade de regime fechado, teto este ajustado em R\$ 74,63 (setenta e quatro reais e sessenta e três centavos).

Trata-se de ajuste de longo prazo, com vigência fixada em 27 anos, extensível até o limite de 35 anos, nos termos do inciso I, artigo 5º, Lei n. 11.079/94. Tem-se aqui a complexidade do objeto. Em que pese o Estado ser o usuário direto dos serviços, não se confunde com os contratos administrativos regidos pela Lei de Licitações e Contratos. Também, o objeto não se constitui em mera prestação de serviços, pois os investimentos necessários à implantação do empreendimento faz parte dos encargos da concessionária (art. 2º, parágrafo 4º, inciso III).

Além disso, a única forma de remuneração que descaracterizaria essa modalidade concessória – recebimento pela concessionária de tarifa dos administrados para remunerar seus serviços – não se encontra presente (artigo 2º, parágrafo 2º) (SUNDFELD, 2011, p. 35).

Entretanto, outro dispositivo restritivo à adoção da modalidade concessória em análise encontra-se prescrita no artigo 4º, inciso III, da Lei 11.079/2004, ou, seja, o contrato de parceria público-privado não pode envolver a delegação do poder de polícia do Estado.

Este poder instrumental, conforme já abordado na seção 4.1, é prerrogativa indelegável da Administração Pública, em especial quando envolver atividade-fim

justificadora da própria outorga legal das competências estabelecidas, em especial o poder de coerção Estado.

E, no caso em exame, é fato que as atividades desenvolvidas nos estabelecimentos penais envolvem a consecução do poder de polícia administrativa estatal, tanto que foram estabelecidas diretrizes para a contratação de particulares na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), nos termos de seus artigos artigo 83-A e 83-B (redação dada pela Lei 13.190/2015), com vistas a coibir a prática de trespassar a iniciativa privada de prerrogativas do Estado, essenciais para o atendimento do interesse público.

Registra-se, ainda, o Conselho Nacional de Política Criminal no exercício de suas competências legais (artigo 64, inciso I da LEP) expediu a Resolução no 08/2002, de 09 de dezembro de 2002, que contempla diretrizes vocacionadas a evitar a delegação a particulares das funções de ordem jurisdicional e relacionadas à segurança pública, atribuições do Estado indelegáveis por imperativo constitucional.

Por meio deste ato normativo, o Conselho Nacional de Política Penitenciária recomenda: *(i)* que sejam rejeitadas quaisquer propostas vocacionadas a privatização dos sistema penitenciário brasileiro; *(ii)* a execução diretamente pelo Estado dos serviços penitenciários relacionados à segurança, à administração e ao gerenciamento de unidades, bem como à disciplina, ao efetivo acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal; *(iii)* e, da mesma forma, que não sejam transpassadas a iniciativa privada os serviços técnicos relacionados ao acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, assim compreendidos os relativos à assistência jurídica; médica, psicológica e social, por se inserirem em atividades administrativas destinadas a instruir decisões judiciais, uma vez que compõem requisitos da avaliação do mérito dos condenados.

Contudo, os atos normativos expedidos por este órgão responsável pela definição de diretrizes básicas da política penitenciária brasileira, buscando o fiel cumprimento da Lei de Execução Penal, não têm força de lei, porque “essa tarefa é privativa do Congresso Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados” (NUNES, 2016, p.148-149).

Por conseguinte, em que pese a Resolução n. 08/2002 ser uma diretriz a ser seguida por todos os órgãos responsáveis pela segurança pública e pela administração penitenciária do país, por si só, não é capaz de impedir a celebração de contratos entre Estado e particulares tendo por objeto os serviços nela arrolados.

Nessa mesma linha, tem-se a Recomendação nº. 02/2015, de 09 de dezembro de 2015, do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) - órgão integrante do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT) - destinada a governos

estaduais e federais contendo diretiva no sentido de que estes se abstenham de privatizar “serviços relacionados à custódia de pessoas presas, especialmente no que tange às atividades de administração prisional, disciplina, segurança, transporte, assistência jurídica, médica, psicológica e social”.

Dado esse cenário, a busca de resposta para o problema de pesquisa deste estudo – É viável juridicamente a realização de parcerias público-privadas no sistema prisional brasileiro, com base no modelo do Estado de Minas Gerais? – requer, a identificação das atividades desenvolvidas nos estabelecimentos prisionais, de modo a separar os atos de jurisdição em face dos atos administrativos.

Justifica-se isso pelo fato de a execução penal ser atividade complexa, primordialmente um processo de natureza jurisdicional, que se desenvolve nos planos jurisdicional e administrativo, com a participação dos Poderes Judiciário e Executivo (NUCCI, 2012, p. 994).

Ao juízo da execução, nos termos do artigo 66 da Lei de Execução Penal, compete o exercício de atividades jurisdicionais típicas (inciso I a V) e atividades administrativas (atípicas/ incisos VI a IX). Tratam-se de atividades outorgadas a membro do Poder Judiciário que implicam o uso do poder de autoridade, produzindo atos jurídicos elencados no dispositivo legal, razão pela qual são absolutamente insuscetíveis de trespasse por parte do Estado ao particular (OLIVEIRA, J., 2011, p. 456).

O exercício da função administrativa prisional, atribuída a órgãos administrativos, abarca atos jurídicos e atos materiais. Estes últimos comportam atividades materiais incidentes sobre a pessoa do preso e atividades materiais de mera gestão, conforme divisão proposta por José Roberto Pimenta Oliveira (2011, p. 456).

Os atos jurídico-administrativos, eminentemente jurisdicionais, são desempenhados pela autoridade administrativa, o diretor do estabelecimento, sujeitando-se aos princípios e garantias constitucionais incidentes (MARCÃO, 2015, p. 34 e 84).

Traduzem-se, em “atividades administrativas concretizadoras de função disciplinar”, atinentes à manutenção da ordem e da disciplina interna, dedicadas a instrumentalizar a execução penal, abrangendo, ainda, a concessão de recompensas (artigo 56 LEP) e autorizações de trabalho externo (artigo 37 LEP) (GUIMARÃES, 2011, p. 418-419).

Ademais, as funções disciplinares estão inseridas no núcleo duro das atividades estatais e não são passíveis de delegação. Os diretores de presídio e guardas no exercício de função disciplinar exercem forte poder coercitivo sobre os presos e também são detentores de competências decisória sobre a intervenção estatal, pois a natureza das atividades por eles



exercida não permite prever previamente todos os atos a serem praticados (KLEIN, 2015, p. 698).

Frente ao exposto, a função jurídico-administrativa exercida por diretor do estabelecimento penal é insuscetível de trespasse ao particular, pois importa o exercício de competências decisórias – imperativas e coercitivas (ordens de polícia – poder disciplinar), com reflexos direto sobre a esfera jurídica titularizada pelo preso, nos termos do artigo 83-B da Lei de Execução Penal.

Partindo dessa premissa, a solução adotada pelo Estado mineiro de atribuir às atividades inerentes a agentes públicos o exercício das funções de Diretor Público do Complexo Penal e de Subdiretor Público de Segurança de cada unidade penal (item 3.4 do Caderno de Encargos da Concessionário – p. 79), encontra-se em consonância com as disposições legais previstas na Lei n. 11.079/2004 (artigo 4º, inciso III) e na Lei n. 7.210/1984 (artigo 83-B). Isso porque, com isso, “assegura-se o juízo de apreciação e deliberação dos fatos relacionados com a atividade disciplinar interna por parte do agente público” (OLIVEIRA, J., 2011, p. 463).

No que tange às atividades materiais incidentes sobre a pessoa do preso, estas decorrem “do exercício de competência administrativa à qual cumpre assegurar a fiel observância, pelos condenados dos seus deveres legais (artigo 39)”. Abarca todas as providências materiais orientadas a garantir a manutenção da ordem e da disciplina, inclusive a atividade material executiva de sanções disciplinares e, ainda, o serviço de vigilância do estabelecimento. Concretizam-se por meio de atos jurídicos e atos materiais coercitivos relativamente à esfera jurídica do preso (OLIVEIRA, J., 2011, p. 457). Logo, não podem legitimamente ser transferidas a particulares, sob pena de afrontar a ordem jurídica vigente.

Destaca-se: dentre as atividades materiais incidentes sobre a pessoa do preso, a transferência dos serviços de vigilância interna representa um dos “pomos de discórdia no modelo de concessão administrativa, de crescente utilização pelos entes federativos” (OLIVEIRA, J., 2011, p. 462).

Ocorre que os serviços de vigilância do estabelecimento prisional guardam correlação direta com o monitoramento dos deveres do preso, sendo que, no cumprimento dessa atividade material, não raro se faz o emprego de coação com vistas a obter sua execução regular. Por conta disso, trata-se de atividade orientada para a manutenção da ordem e da disciplina, não ostentando o mesmo caráter instrumental a exemplo dos serviços de vigilância executado nas demais repartições administrativas (OLIVEIRA, J., 2011, p. 457).



Com efeito, no caso do contrato do governo mineiro, os agentes de monitoramento exercem funções tipicamente públicas. Em que pese a eles ser vedado o uso de armas brancas/ e ou de fogo (permitido o porte de tonfas), o desenvolvimento das atividades exercidas dentro das unidades penais pressupõe o emprego do *jus imperium* do Estado.

Ademais, conforme já destacado neste estudo, os guardas dos presídios – leia-se, no caso em tela, agentes de monitoramento –, no exercício de função disciplinar, exercem forte poder coercitivo sobre os presos e também são detentores de competências decisórias sobre a intervenção estatal, pois a natureza das atividades por eles exercida não permite conhecer previamente todos os atos a serem praticados (KLEIN, 2015, p. 698).

No caso mineiro, em cada unidade penal só há um agente público – o subdiretor – de modo que os agentes de monitoramento não exercem funções meramente acessórias, de apoio. Eles **são** os responsáveis por garantir de forma constante a manutenção da ordem e da disciplina interna do presídio, de modo que a execução de suas atribuições importa no emprego do poder coativo (grifou-se).

Sobre a adoção dessa prática em estabelecimentos penais, Grecianny Carvalho Cordeiro, em seu livro *Privatização do Sistema Prisional Brasileiro*, aponta ser um contrassenso exigir que “o diretor do estabelecimento penitenciários seja um servidor público, enquanto os agentes penitenciários poderão ser empregados de empresa privada”. Assevera que os agentes penitenciários desempenham função pública típica de Estado, que deve ser exercida por servidores públicos admitidos mediante previa aprovação em concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal (2006, p. 146).

Mas, isso não significa dizer que se encontra afastada toda e qualquer participação privada nas atividades de segurança do presídio. Há atividades passíveis de prévia programação e sujeitas a critérios definidos que poderiam ser delegadas a particulares. Mas, para tanto, ao particular não poderia ser atribuído poder decisório acerca do modo e do momento de realização da vigilância e nem o exercício de coerção (KLEIN, 2015, p. 700).

Nesse sentido, considerando a evolução tecnológica, mostra-se possível a contratação de empresa privada para disponibilizar sistemas de segurança interna aptos a viabilizar o acompanhamento contínuo dos presos e minimizar o contato entre detentos e agentes penitenciários. Entretanto, ainda se faz necessário avaliar caso a caso de modo a verificar se a atividade desempenhada pelo particular na segurança interna propicia ou não o uso de coerção sobre os detentos (KLEIN, 2015, p. 700).

Por fim, com relação aos atos materiais que compõem a função administrativa prisional, tem-se as atividades materiais de mera gestão que, de forma diversa dos atos

materiais incidentes sobre a pessoa do preso, não importam em atos de coerção. Isso porque não se concretizam via atos jurídicos e materiais coercitivos (OLIVEIRA, J., 2011, 457).

Os atos materiais de gestão correspondem a “serviços reflexamente acessórios”, apenas mediatamente relacionados à manipulação de competências estatais típicas, não se prestam a instrumentalizá-lo, sendo serviços transferíveis à gestão privada, como quaisquer outros serviços da Administração Pública (GUIMARÃES, 2011, p. 419), conforme é o caso das hipóteses constantes do artigo 83-A da Lei de Execução Penal.

Na concepção de Fernando Vernalha Guimarães (2011, p. 419), seriam serviços acessórios que poderiam ser objeto de contratos de parceria público-privada os serviços de hotelaria, fornecimento de alimentação, prestação de assistência médica, limpeza, higienização, educação.

Para José Roberto Pimenta Oliveira, que adota a terminologia atividades materiais de gestão seriam passíveis de delegação a particulares, dentre outros, os seguintes serviços: abranger os seguintes serviços: (i) contratação da obra do estabelecimento penal, (ii) serviços assistenciais previstos na Lei de Execução Penal - assistência material (art. 12), assistência à saúde (art. 14); assistência jurídica (art. 15), assistência social (art. 22), assistência ao egresso (art. 25); (iii) a oferta de trabalho, considerado dever social e condição da dignidade humana, com finalidade educativa e produtiva (art. 28).

Aline Lícia Klein, por sua vez, afirma que as atividades meramente instrumentais à execução da pena, “tais como o fornecimento de alimentação limpeza e lavanderia” não são atividades exclusivas do Estado podendo ser objeto de contratação com particulares. Por essa mesma ótica, sustenta que os serviços de saúde e educação seriam passíveis de trespasse a particulares. Entretanto, ressalva que a avaliação médica destinada a embasar a progressão de regime do preso possui relevância diferenciada, cuja execução por particular requer a fixação de critérios definidos de forma objetiva e previamente, “de modo a não se atribuir amplo poder de decisão ao avaliador e se permitir amplo controle sobre do resultado da avaliação” (2015, p. 698).

Observa-se que o alerta da autora encontra-se em consonância com o posicionamento firmado por Thiago Marrara, conforme referido na seção 4.1, uma vez que, em que pese tratar-se de tarefa executória a princípio delegável, envolve atos que trazem reflexos sobre a esfera de direitos do preso.

Importa consignar que, no contrato em estudo, dentre as obrigações assumidas pela concessionária, o exame criminológico não se encontra expressamente arrolado. Isso posto, a

exemplo do contrato celebrado pelo Estado mineiro, os serviços assistenciais e social (trabalho) configurados como atos instrumentais ou acessórios ao exercício do poder de polícia com vista à execução penal, podem ser objeto de parceria público-privada, em que pese não estarem arrolados no artigo 83-A da Lei de Execução Penal.

Especificamente com relação ao trabalho do preso, questão polêmica, mas não presente no contrato em exame, é a inclusão de trabalho remunerado do preso como fator de composição da remuneração do parceiro privado no sistema de cogestão de presídios.

A respeito, Fernando Vernalha Guimarães (2011, p. 428) esclarece que não há óbice constitucional ou legal, em que pese tratar-se de matéria de difícil operacionalização. Atesta “parecer possível”, contudo, tal hipótese dever-se dar à luz das disposições contidas dos artigos 28 a 37 da Lei de Execução Penal, inclusive quanto ao caráter educativo do trabalho do preso.

E, com relação às atividades envolvidas na consecução do poder de polícia que se encontram sob a responsabilidade da Administração Pública, nos termos do contrato em análise – administrar as transferências de internos relacionadas à unidade e efetuar a execução da escolta e transporte dos sentenciados para o externo da unidade penal, permanecendo, ainda, sob sua responsabilidade a segurança das barreiras físicas (alambrados, muralha, etc.) e guaritas, além da área externa à unidade penal e sua área de entorno – com efeito, são indelegáveis.

Mostra-se, pois, adequada a solução adotada pelo governo mineiro com relação a esses serviços instrumentais imediatamente comprometidos com a execução penal criminal. Tem-se, ainda, observadas as prescrições contidas na Lei de Execução Penal (artigos 83-B) e na Lei n. 11.079/2004 (artigo 4º, inciso III).

Finda a análise proposta, denota-se que, com as devidas adequações – exclusão dos serviços de monitoramento, que implicam a delegação indevida do poder de polícia administrativa – mostra-se viável juridicamente realizar parcerias público-privadas no sistema prisional brasileiro, com base no modelo de Minas Gerais.

Logo, as demais atividades desenvolvidas no complexo penal de Ribeirão das Neves que integram o denominado ciclo de polícia, são passíveis de delegação a particulares por meio de contrato na modalidade de concessão administrativa, sem que isso represente afronta a 7.210/1984, a Lei 11.079/2004 e a Constituição Federal. As atividades são: serviços de assistência jurídica, assistência educacional, profissionalizante, cultura e recreativa; assistência ao trabalho; assistência à saúde; assistência social; assistência material; assistência religiosa; e fornecimento de sistemas de segurança interna e de informação.

Finalizando, trata-se de matéria que requer regramento geral, em especial, com relação ao trabalho do preso, a remuneração da concessionária e a estrutura mínima a ser mantida pelo Estado dentro dos estabelecimentos penais, quesitos estes que são, dentre outros, objeto do Projeto de Lei do Senado Federal n. 513/2011.

Caso, contrário ter-se-á a efetiva privatização do sistema prisional, resta saber se é isso que a sociedade quer.

## 5 CONCLUSÃO

Ao longo do estudo, foi possível observar que a relação estabelecida entre Estado e sociedade fomenta constante transformação no Direito Administrativo e faz surgir novos institutos jurídicos que visam a conferir respostas mais céleres e adequadas aos anseios sociais. Esses novos institutos requerem da Administração Pública uma postura menos unilateral e impositiva, à medida que precisa trabalhar em regime de cooperação com a iniciativa privada.

Os contratos de parceria público-privada, instituídos pela Lei n. 11.079/2004, sob a forma de concessão patrocinada e concessão administrativa, são exemplos da nova dinâmica das relações travadas entre a Administração Pública e o setor privado, conforme se demonstrou neste trabalho.

Das modalidades concessórias regidas pela Lei 11.079/2004, destaque-se a modelada sob a forma de concessão administrativa, que integrou o problema geral de pesquisa. É viável, juridicamente, a realização de parcerias público-privadas no sistema prisional brasileiro, com base no modelo do Estado de Minas Gerais?

Para equacionar tal problema, tomaram-se duas hipóteses de pesquisa, antagônicas entre si. A primeira buscou verificar se o contrato mineiro de concessão administrativa estaria em desacordo com o ordenamento jurídico, em razão de seu objeto contemplar atividades relacionadas à execução penal, podendo configurar delegação indevida de poder exclusivo estatal. A segunda teve por escopo apurar se o contrato atende às diretrizes contidas na Lei de Execução Penal e na Lei n. 11.079/2004, que vedam a celebração de contratos com a iniciativa privada que tenham por objeto a delegação do poder de polícia do Estado.

Para tratamento do problema de pesquisa, estudou-se o poder de punir do Estado, instrumento de controle social, no qual se assenta a impossibilidade de delegar o poder de polícia. Isso porque seu exercício importa o emprego de poderes imperativos e coercitivos, outorgados ao Estado soberano, único detentor de legitimidade política para decidir sobre seu uso.

Nos estudos realizados, observou-se que, em sede doutrinária, são apontados diferentes princípios para justificar a indelegabilidade do poder de polícia do Estado, dos quais merece destaque o princípio republicano.

Por outro lado, constatou-se que, na doutrina, há o reconhecimento de que certos atos materiais acessórios, instrumentais que precedem atos jurídicos de polícia, podem ser executados por particulares, sem que isso represente a transferência de atribuição exclusiva do

Estado. Aspecto essencial nesses atos é que não implicariam a delegação de poder decisório sobre o exercício do poder de polícia, o qual permaneceria sendo do Estado.

Na pesquisa jurisprudencial realizada nos Tribunais Superiores, observou-se que o dogma da indelegabilidade não é mais absoluto, merecendo destaque o julgado relativo ao REsp. 817.534-MG e REsp. 712.312 – DF. No primeiro, o STJ acolheu tese que possibilita celebrar contratos cujo objeto importe a execução de atos de consentimento e fiscalização, pois não derivam do poder de coerção estatal. No segundo, a decisão da Corte pela possibilidade de delegar certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia.

Constatou-se, então, que os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais refletem os novos caminhos que vêm sendo traçados pelo Direito Administrativo, haja vista que o dogma da indelegabilidade do poder de polícia encontra-se relativizado. Desse modo, certos atos materiais precedentes a atos jurídicos de polícia podem ser trespassados a particulares, devendo a Administração Pública, para tanto, utilizar-se de meios aptos a resguardar a observância do princípio da impessoalidade e da igualdade completa entre os administrados.

Por fim, realizou-se a análise do contrato de concessão administrativa celebrado pelo Estado de Minas Gerais e a SPE Gestores Prisionais Associados com vistas a testar as hipóteses e responder ao problema de pesquisa.

Destaca-se que as duas hipóteses não se mostraram absolutamente verdadeiras. Isso porque o contrato de parceria público-privada em análise, modelado sob a forma de concessão administrativa, não se mostrou completamente em desacordo com o ordenamento jurídico vigente, no que tange às atividades delegadas à concessionária, mas também, tal qual como foi efetivado, não serve como modelo jurídico a ser seguido.

Assim, finda a análise proposta, em resposta ao problema de pesquisa, conclui-se que, com as devidas adequações (exclusão dos serviços de monitoramento), mostra-se juridicamente viável realizar parcerias público-privadas no sistema prisional brasileiro, com base no modelo de Minas Gerais.

Isso significa dizer que, excepcionando-se a função desenvolvida por agente de monitoramento, são passíveis de delegação a particulares, por meio de contrato na modalidade de concessão administrativa, sem que isso represente afronta à Lei 7.210/1984, à Lei 11.079/2004 e à Constituição Federal, os seguintes serviços: assistência jurídica, assistência educacional, profissionalizante, cultural e recreativa, assistência ao trabalho, assistência à saúde, assistência social, assistência material, assistência religiosa e fornecimento de sistemas de segurança interna e de informação, desenvolvidas no complexo penal de Ribeirão das Neves.

Ao final deste estudo, verificou-se que, de fato, essa modelagem concessória mostra-se um caminho alternativo ao Poder Público para equacionar os problemas relativos à precarização dos presídios.

Não obstante, faz-se necessária a edição de regramento geral, em especial, com relação ao trabalho do preso, à remuneração da concessionária e à estrutura mínima a ser mantida pelo Estado dentro dos estabelecimentos penais, quesitos que são, dentre outros, objeto do Projeto de Lei do Senado Federal n. 513/2011.

Caso contrário, ter-se-á a efetiva privatização do sistema prisional, restando apenas saber se é isso que a sociedade deseja.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPPs no direito positivo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 839/2005, p. 11-46, Set. 2005.
- \_\_\_\_\_, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31 jul. 2016.
- \_\_\_\_\_, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; Coord. trad. João Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, CF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2017.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 2016 e 2017.
- \_\_\_\_\_. PRESIDENTE (1995-1999 : FHC). *Plano diretor da reforma do aparelho do estado. Brasília: Presidência da República*, 1995. 83 p. Coleção Documentos da Presidência da República. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf/view>>. Acesso em: 2017.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. *Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 2016 e 2017.



BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova* [online], n.45, pp.49-95, 1998a. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451998000300004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000300004)>. Acesso em: out. 2017.

\_\_\_\_\_. Democracia, estado social e reforma gerencial. *RAE*, São Paulo, v. 50, n.1, p. 112-116, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75902010000100009>>. Acesso em: out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998b.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolf da Motta. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (Org.) *Política Criminal, Estado e democracia*. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos de Pós-graduação em Direito da Unisinos. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

CARDOSO, André Guskow. Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias-público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas, reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual da criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

CRETELLA NETO, José. *Comentários a lei das parcerias público-privadas – PPP*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, no. 10, janeiro, 2002. Disponível: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FORTINI, Cristiana; PIRES, Priscila Gianetti Campos. Equilíbrio econômico-financeiro nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach

(Coord.). *Parcerias público-privadas, reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquela Ramalheite. 41. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013.

FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica. In: CARDOZO, José Eduardo Martin; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.

FREUD, Sigmund. Mal-estar na civilização. In: FREUD, Sigmund; FREUD, Anna (colaboradora) Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. *O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos (1927-1931)*. v. 21. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie*. São Paulo: Saraiva 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira na concessão de serviços públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. Parcerias na Administração Pública. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdnCtd=79623>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Richard Tuck (org.) 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. COMITÊ NACIONAL DE COMBATE À TORTURA. *Recomendação nº 02, de 09 De Dezembro De 2015*. Disponível em: <[http://www.mdh.gov.br/sobre/participacao-social/comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/representantes/20151209Recomendaon.02RecomendaodoCNPCTsobreprivatizaodosis temacarcerrio\\_Aprovada.pdf](http://www.mdh.gov.br/sobre/participacao-social/comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/representantes/20151209Recomendaon.02RecomendaodoCNPCTsobreprivatizaodosis temacarcerrio_Aprovada.pdf)>. Acesso em: 2016.

JUSTEN DE OLIVEIRA, Fernão. Garantias ao parceiro-privado e comprometimento fiscal. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas, reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões, permissões e autorizações. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Grandra da Silva (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: reflexões iniciais a partir de 10 anos da Lei da PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas, reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KALIL, Marcus Vinicius Alcântara. *Estado subsidiário, privatizações e parcerias público-privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

KLEIN, Aline Lícia. A utilização de parcerias público-privadas para a gestão de estabelecimentos prisionais. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coord.). *Parcerias público-privadas, reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KLERING, Luis Roque; PORSSE, Melody de Campos Soares; GUADAGNIN, Luis Alberto. Novos caminhos da administração pública brasileira. *Revista Análise*, Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 4-17, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/face/article/viewFile/8231%20/5903>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

LIMONGI, Maria Isabel de Magalhães Papaterra. Os contratualistas: Hobbes, Locke e Rousseau. In: RAMOS, Flamarion C.; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara (coord.). *Manual de Filosofia Política*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. p. 299-379. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. O aporte de recursos na busca de maior eficiência para as PPPs. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas, reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. O exercício do poder de polícia por particulares. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 255-278, maio/ago.2015.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Trad. Luiz Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCnd=80288>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINAS GERAIS. *Contrato de Concessão Administrativa n. 336039.54.13338.09*. 2009. Disponível em:

<[http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo\\_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf](http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf)>. Acesso em: 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 14.868, de 16/12/2003. *Dispõe Sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas*. Disponível em:

<<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=Lei&num=14868&ano=2003>>. Acesso em: 2017.

\_\_\_\_\_. *Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado 2011-2030*. 2011. Disponível em:

<[https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/planejamento\\_orcamento\\_publico/pmdi/pmdi/2011/documentos/pmdi\\_2011\\_2030.pdf](https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/planejamento_orcamento_publico/pmdi/pmdi/2011/documentos/pmdi_2011_2030.pdf)>. Acesso: 13 out. 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Nacional de Política Criminal e Previdenciária.

Resolução n. 8 de 9 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-08-de-09-de-dezembro-de-2002.pdf>>. Acesso em: 2017

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 51, n. 2, p. 107-121, abr./jun. 2000. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51586>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOLINA, Antônio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestrutura. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Parceria Público-Privada e Direito ao Desenvolvimento: uma abordagem necessária. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*

*Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago-set-out, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 de jun. 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56088>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011.

PENTEADO, Mauro Bardawill; ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. Comentários ao art. 9º da Lei de PPPS. In: POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias-público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, Estado e direito administrativo no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, junho. Julho, agosto, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-ROBERTONIO-PESSOA.pdf>>. Acesso em: 2017.

PESTANA, Marcio A. *Concorrência pública na parceria público-privada (PPP)*. São Paulo: Atlas, 2006.

PIMENTA, Carlos César. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. *Revista de Administração Pública -RAP*. Rio de Janeiro, n. 5, v. 32, p. 173-199, set/out. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7762/6355>>. Acesso em: 2017.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Parceria público-privada. Antigas e novas modalidades contratuais. In: PAVANI, Sérgio Augusti Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio de (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP, 2006.

POZZO, Augusto Neves Dal; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento da infraestrutura pública e a necessidade do planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas, reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael (Coord.) *Parcerias público-privadas, reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, José Cirino. 30 anos de Vigiar e Punir (Michel Foucault). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 14, n. 58, p.289-298, jan./fev. 2006. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/03/30anos\\_vigiar\\_punir.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/03/30anos_vigiar_punir.pdf)>. Acesso em: 2017.



- SCHWIND, Rafael Wallbach. Subvenções, transferências e aportes de recursos nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas, reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SHIRATO, Vitor Rhein . Os sistemas de garantias nas parcerias público-privadas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. SHIRATO, Vitor Rhein (Coord.) *Estudo sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum: 2011.
- SILVA, Marcelo Luís Abreu e. Discricionariedade administrativa e princípio da eficiência: da discricção abstrata ao controle da discricção concreta. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 13, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240273>>. Acesso em: 27 jul. 2016.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Sociologia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 817.534 - Minas Gerais (2006/0025288-1). Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 10/11/2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7054568&num\\_registro=200600252881&data=20091210&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7054568&num_registro=200600252881&data=20091210&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 2017.
- \_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 712.312, Distrito Federal (2004/0181006-1). Segunda Turma. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em 18 de agosto de 2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=570302&num\\_registro=200401810061&data=20060321&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=570302&num_registro=200401810061&data=20060321&formato=PDF)>. Acesso em: 20017.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VILHENA, R. M. P.; MARINI, C. *Os Acordos de Resultados de 2º etapa: alinhando a SEPLAG com a segunda geração do Choque de Gestão em Minas Gerais*. In: Congresso CONSAD de Gestão Pública, 1, 2008. Disponível em: <[http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/148/3/C1\\_PP\\_OS%20ACORDOS%20DE%20RESULTADO%20DE%202%20ETAPA.pdf](http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/148/3/C1_PP_OS%20ACORDOS%20DE%20RESULTADO%20DE%202%20ETAPA.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2017.
- WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ZANCHIN, Kleber Luiz. Aporte de recursos nas parcerias público-privadas. Contabilização e aspectos fiscais. In: POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz. (Coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.