



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO COCCHIERI LEITE CHAVES

Matrícula 09/11861

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA PERSPECTIVA DE
APRIMORAMENTO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Brasília-DF

2012

LEONARDO COCCHIERI LEITE CHAVES

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA PERSPECTIVA DE
APRIMORAMENTO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito, no Curso de Graduação da Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília.**

**Orientador: Prof. Tarcisio Vieira de Carvalho
Neto.**

Brasília-DF

2012

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA PERSPECTIVA DE
APRIMORAMENTO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito, no Curso de Graduação da Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília.**

**Orientador: Prof. Tarcisio Vieira de Carvalho
Neto.**

Brasília, 04/03/2013.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto
Orientador

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
Integrante da Banca Examinadora

Prof. Lucas Rocha Furtado
Integrante da Banca Examinadora

Prof. Mamede Said Maia Filho
Integrante da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me sustentado e abençoado ao longo da caminhada.

À minha querida mãe, que fez dos seus sonhos e planos os meus e os de toda a minha família.

Ao meu pai, sempre companheiro e grande incentivador, e que nunca mediu esforços para me apoiar em todos os projetos da vida.

Ao meu irmão, amigo de todas as horas, com quem pude sempre contar.

Ao meu avô, Leite Chaves, minha grande inspiração de vida, que me transmitiu os valores e ensinamentos mais belos.

Às minhas avós, grandes exemplos de força e dedicação, e que fizeram da minha família um refúgio de paz e alegria.

Aos meus tios, que sempre estiveram ao meu lado, me apoiando e dando força nas horas mais difíceis.

Aos meus primos, que na verdade são irmãos, com quem tive o prazer de compartilhar momentos inesquecíveis.

Aos meus amigos, Riccardo, Isabella, Lucas, Julio, Arnaldo, Deborah, e aos “Intocáveis”, que estiveram sempre presentes nos momentos mais importantes.

À minha namorada, Isabela, que, em tão pouco tempo, já se tornou essencial na minha vida.

Aos meus queridos colegas da Universidade de Brasília, que fizeram dessa longa jornada de estudos e comprometimento a época mais feliz.

Ao professor Tarcisio, grande amigo, e que foi fundamental para a concretização deste trabalho.

RESUMO

As diversas crises evidenciadas no âmbito dos modelos de Estado Liberal e de Bem Estar Social (*WelfareState*) revelaram que nem a Administração Pública e nem o setor privado são capazes de, isoladamente, satisfazerem os interesses e necessidades essenciais da sociedade. Desse modo, o poder público passou a desenvolver mecanismos e instrumentos de cooperação com a iniciativa privada com a finalidade de concretizar direitos e suprir as deficiências na sua própria atuação.

As parcerias público-privadas (PPPs), instituídas na ordem jurídica brasileira por meio da Lei nº 11.079/04, representam um importante mecanismo contratual para alcançar a concretização de interesses públicos através da atuação da iniciativa privada.

Em face da grave crise do sistema prisional brasileiro, as PPPs se mostram um mecanismo institucional propício para a criação de diferentes modelos de gestão de presídios, buscando maior eficiência e melhorando a qualidade da atividade penitenciária com a participação e colaboração de empresas privadas nos serviços que não envolvam poderes e prerrogativas privativos do Estado.

Para avaliar a legitimidade e as possíveis conformações contratuais envolvendo a aplicação do regime de PPPs na esfera penitenciária, foram analisados ao longo do presente trabalho os principais institutos relacionados ao tema, à luz de princípios e preceitos constitucionais. Em particular, houve a preocupação maior em compreender a conformação jurídica do poder de polícia do Estado, demonstrando-se a necessidade de superação da visão legalista que permeia a caracterização do instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Ao final, conclui-se que a evolução e o aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro por meio de PPPs constituem cenário possível e viável em face da ordem jurídico-institucional vigente.

Palavras chave: Parcerias Público-Privadas, Estado Cooperativo, Poder de Polícia, Sistema Penitenciário, Gestão Prisional.

ABSTRACT

The crises that occurred in the Liberal and Welfare State model, common to modern democracies, show that neither the public administration nor the private sector is individually capable of satisfying society's interests and needs. Thus, public authorities have developed public-private cooperation mechanisms and instruments, to guarantee the observance of constitutional rights, and to overcome deficiencies in their administrative performances.

The Public-Private Partnerships-PPPs, enacted in the Brazilian legal system in 2004 (Federal Law No. 11.079/04), represent an important contractual mechanism, aiming at the fulfillment of public interests with the help of the private initiative.

Considering the severe crisis of the Brazilian prison system, the PPPs could be a viable institutional mechanism for the development of sound prison management models, aiming at higher operational efficiencies and better prison life quality, with the participation of private enterprises in prison services that not involve exclusive competence of the State.

In order to analyze the legitimacy and the contractual compliance of PPPs in the Brazilian prison model, the main institutes related to the theme were reviewed, considering the existing constitutional principles and precepts. Furthermore, the present conformation of the Brazilian State's police power was analyzed, demonstrating the need to overcome the legalist vision which permeates its comprehension in the existing judicial order.

Finally, it was concluded that the adoption of appropriate PPPs would improve the efficiency of the Brazilian prison system.

Keywords: Public-private partnerships, cooperative State, Penitentiary System, Prison management, Police Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
------------------------	----------

CAPÍTULO 1 – A Crise da Administração Pública Social, Estado Regulador Cooperativo e o Regime de Atuação Estatal na Constituição.

1. Considerações Iniciais.....	12
2. A Administração Pública no Estado Liberal.....	13
3. A Administração Pública no Estado de Bem Estar Social (WelfareState).....	16
4. A crise do modelo de Estado de Bem Estar Social.....	19
5. A Administração Pública no Estado Cooperativo Regulador.....	23
5.1 <i>A Regulação Estatal</i>	24
5.2 <i>A Cooperação na esfera administrativa</i>	27
6. O modelo de Estado adotado pela Constituição Brasileira de 1988.....	28
6.1 <i>As características essenciais do Estado Brasileiro</i>	28
6.2 <i>As formas de atuação direta do Estado na ordem econômica à luz da Constituição Federal de 1988</i>	32

CAPÍTULO 2 – As Parcerias Público-Privadas na Ordem Jurídica Brasileira

1. Considerações Iniciais.....	35
2. Parcerias Público-Privadas: Construção Conceitual.....	36
3. O desenvolvimento e consolidação das Parcerias Público-Privadas no Brasil.....	38
3.1 <i>A influência estrangeira</i>	38
3.2 <i>A lógica econômica que levou à criação das PPPs no Brasil</i>	41
3.3 <i>A conformação jurídica das PPPs no Brasil</i>	45
3.3.1 <i>A concessão de atividades do poder público a particulares</i>	46
3.3.2 <i>Necessidade de regime jurídico estabelecido em lei</i>	48
3.3.3 <i>PPPs e disciplina pré-contratual: Procedimento Licitatório</i>	49
4. As modalidades de PPPs na ordem jurídica brasileira.....	52
4.1 <i>As concessões patrocinadas</i>	52
4.2 <i>As concessões administrativas</i>	55

5. Os requisitos e diretrizes contratuais nas PPPs.....	59
5.1 Os requisitos contratuais.....	59
5.2 As diretrizes contratuais.....	61
5.2.1 PPPs e Responsabilidade Fiscal.....	62
5.2.2 Indelegabilidade das funções de Estado: A questão do Poder de Polícia.....	64
5.2.3 As diretrizes socioeconômicas.....	64
5.2.4 As diretrizes institucionais.....	67
6. O Sistema de Garantias instituído pela Lei de PPPs.....	69
7. As PPPs nos Estados e Municípios.....	73

CAPÍTULO 3 – A Construção e Gestão de Presídios no Brasil por meio de Parcerias Público-Privadas

1. Considerações Iniciais.....	75
2. Execução Penal no Brasil: Princípios e Funções da Pena.....	76
3. A Situação dos Presídios Brasileiros.....	79
4. A Construção e Gestão de Presídios por meio de PPPs.....	82
4.1 A natureza jurídica da execução penal.....	82
4.2 Parcerias Público-Privadas: Privatização do Sistema Penitenciário?.....	84
4.3 Poder de Polícia e Delegação de Atividades do Sistema Penitenciário. Possibilidades e Limites.....	87
4.3.1 O poder de polícia no ordenamento jurídico brasileiro.....	88
4.3.2. A Delegação de atividades prisionais a particulares.....	91
4.4 As PPPs como modelo de gestão prisional.....	96
4.5 As concessões administrativas na esfera prisional.....	100
4.6 As PPPs em presídios brasileiros: O Complexo Prisional de Ribeirão da Neves/MG	103
CONCLUSÃO.....	106
BIBLIOGRAFIA.....	109

Introdução

As parcerias público-privadas foram instituídas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.079/04. Essa nova modalidade de contratação pública tem como objetivo central superar as crises evidenciadas na atuação do Estado, por meio da concessão de determinados serviços e atividades ao setor privado. Nesse sentido, a Lei de PPPs é consequência de um movimento crescente de reforma da esfera estatal que teve início nos primeiros anos da década de 1990. O contexto econômico e institucional à época revelava a necessidade de superação do modelo de Estado de Bem Estar Social, que se mostrava caro e ineficiente. Assim, desde as primeiras leis de privatização e desestatização (principalmente a Lei nº 8.031/90), o Estado brasileiro tem criado cada vez mais mecanismos e instrumentos de interação e colaboração entre os setores público e privado.

É certo que o Brasil, à época da promulgação da Lei de PPPs, já possuía legislação específica que regulava as concessões de serviços públicos (Lei 9.987/95). No entanto, esse marco legal não se mostrava suficiente para atender à crescente necessidade de investimentos em obras de infraestrutura, tendo em vista os grandes valores dos projetos nessa área e, por muitas vezes, a inviabilidade ou insustentabilidade da exploração econômica direta do empreendimento.

Neste cenário, as parcerias público-privadas foram instituídas com o propósito de ampliar o campo de incidência do regime concessório. As modalidades de concessão previstas na Lei nº 11.079/94 possuem como atividades/serviços alvo aqueles cuja exploração econômica não seja autossustentável, ou seja, que não são viáveis somente pela cobrança tarifária, nos moldes do regime de concessão estabelecido pela Lei nº 8.987/95.

No âmbito do contrato de parceria, o Estado tem o dever de proporcionar contraprestações periódicas ao parceiro privado, as quais constituirão um complemento à remuneração percebida por este ou até mesmo a totalidade do pagamento devido pelos serviços prestados. Assim, o que diferencia o regime contratual das PPPs de outras formas de contratação pública é justamente a repartição de riscos e responsabilidades do empreendimento entre o poder público e o concessionário.

O tema central do presente trabalho envolve a aplicação deste arranjo contratual oferecido pelas parcerias público-privadas à construção e à gestão de estabelecimentos prisionais.

A situação de extrema precariedade do sistema penitenciário no Brasil viola frontalmente os direitos constitucionais dos detentos e os preceitos estabelecidos pela Lei de

Execuções Penais (Lei nº 7.210/64). A superlotação carcerária, a falta de assistência médica, psicológica e jurídica, e a ausência das condições mínimas de higiene e alimentação fazem dos presídios verdadeiros centros de degradação da dignidade humana.

Nesse quadro, a falta de recursos públicos suficientes para a construção e ampliação de penitenciárias, a ineficiência dos modelos de gestão carcerária, a fragilidade e desorganização das instituições estatais responsáveis pela política prisional, e o crescimento acentuado do número de presos, fazem com que todos esses problemas se tornem sistêmicos, alcançando dimensões cada vez mais amplas. Resta nítido, assim, que o Estado é incapaz de, por si só, contornar e resolver essa situação de crise.

Torna-se necessário, então, a instituição de mecanismos institucionais e contratuais que viabilizem a participação do setor privado no âmbito da atividade prisional, estabelecendo possibilidades e limites à delegação de competências. É nesta perspectiva que a implementação de programas de parcerias-público privadas para a construção e gestão de estabelecimentos prisionais se mostra uma alternativa ao poder público para superar a crise do sistema penitenciário.

Para avaliar a legitimidade e as possíveis conformações contratuais envolvendo a aplicação do regime de PPPs na esfera penitenciária, foram analisados ao longo do trabalho os principais institutos relacionados ao tema, sempre à luz dos princípios e preceitos constitucionais.

No primeiro capítulo, houve a preocupação maior de definição dos pressupostos e marcos teóricos que fundamentam a adoção do regime de parcerias público-privadas na ordem jurídica pátria. Nessa seara, constituiu objeto central da análise a evolução da Administração Pública nos diferentes paradigmas de Estado. Em especial, deu-se uma atenção mais específica à crise do modelo de Estado de Bem Estar Social e à consolidação de uma nova forma organizacional de Estado, marcada pelos atributos da regulação e da cooperação. Colocou-se em evidência o fortalecimento da concepção de um poder público voltado à concretização dos direitos fundamentais por meio de institutos e mecanismos cada vez mais consensuais, e menos autoritários e unilaterais. Ao final, buscou-se estabelecer, à luz da Constituição Federal de 1988, as características essenciais do Estado brasileiro e suas formas de atuação no domínio econômico.

No segundo capítulo, foram abordadas as principais questões relativas ao instituto das parcerias público-privadas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Tópicos como a construção conceitual e a lógica econômica do instituto, as modalidades de concessão patrocinada e administrativa, o procedimento licitatório específico, os requisitos e diretrizes

contratuais, e as garantias especiais instituídas pela Lei nº 11.079/04 foram amplamente expostos e analisados. Além disso, os aspectos constitucionais sensíveis da referida lei foram postos em tela e discutidos ponto a ponto.

No terceiro capítulo, por fim, examinou-se especificamente a possibilidade de consolidação de um regime de parcerias público-privadas na esfera prisional brasileira. Para tanto, foi analisada, num primeiro momento, a natureza jurídica da execução penal, bem como os princípios constitucionais e legais que regem essa atividade. A partir de tal análise, foi possível vislumbrar as competências privativas de Estado nesse campo, as quais, em virtude de tal atributo, não são passíveis de delegação a particulares. São também objetos do presente estudo os diferentes modelos de gestão prisional que envolvem a participação de empresas e agentes privados, e como as parcerias público-privadas se inserem nesse contexto. Ao final, foram feitas breves considerações sobre o contrato de parceria do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, primeiro estabelecimento penitenciário construído sob o regime das PPPs no Brasil.

Capítulo 1

A Crise da Administração Pública Social, Estado Regulador Cooperativo e o Regime de Atuação Estatal na Constituição Federal de 1988

1. Considerações iniciais

A consolidação dos direitos fundamentais representa uma das maiores conquistas da era contemporânea. Desde as primeiras declarações de direitos após as revoluções liberais até os tempos hodiernos, cada vez mais direitos adquirem proteção constitucional.

A crescente constitucionalização de direitos abrange duas perspectivas distintas, quais sejam, o estabelecimento de limites à atuação estatal, resguardando a liberdade dos indivíduos, e o comprometimento do Estado em garantir o bem estar social, manifestado na realização da dignidade humana, na maior distribuição de riquezas e no desenvolvimento socioeconômico¹. Nesse quadro, o aumento da complexidade das relações sociais e a crescente demanda por novas prestações estatais, cada vez mais específicas, levaram a Administração pública a atuar em diversos setores da sociedade, aumentando os gastos públicos e sobrecarregando as exigências fiscais.

O surgimento do modelo de Estado de Bem Estar Social, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, transformou as sociedades ocidentais em sociedades de expectativas², na medida em que passaram a buscar nas prestações estatais os meios primordiais para a concretização dos seus direitos. Em outras palavras, as sociedades ocidentais passaram a depender e a esperar muito do Estado.

Esse contexto levou a uma conjuntura econômica insustentável, em que o Estado, assumindo cada vez mais responsabilidades e deveres, alcançou quase todos os setores sociais, atuando na prestação de serviços públicos (Estado providência) e na área empresarial (Estado empresário). O endividamento público e a ineficiência na atuação estatal tornaram-se cada vez mais latentes, gerando crises de diversas ordens (financeira, fiscal, institucional) na esfera estatal.

¹Nesse sentido, anote-se o art. 3º da Constituição Federal de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²DAROCA, Eva Desdentado. *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*. Valencia – Espanha: TirantloBlanch, 1999. p. 68.

A ruptura do modelo de Estado de Bem Estar Social foi marcada pelo retorno aos princípios liberais que norteavam a atuação estatal no modelo de Estado de Direito Liberal. Entretanto, esse retorno não foi completo, permanecendo o poder público com a função precípua de regular setores econômicos essenciais para o desenvolvimento e bem estar da sociedade. Surge então a figura do Estado Regulador.

Para além da mera regulação estatal, o poder público também começou a desenvolver mecanismos institucionais de cooperação com o setor privado. As experiências históricas anteriores, no que se refere à atuação do Estado, revelaram que as esferas pública e privada são incapazes de, isoladamente, atenderem às necessidades da sociedade de forma suficiente e satisfatória. Nesse sentido, a criação de meios cooperativos entre Estado e particulares surgiu como uma das principais soluções para superar as crises estatais.

O Brasil não passou ao largo de todos esses processos e crises atinentes à esfera estatal. A Constituição Federal de 1988 criou um Estado plurivalente, haja vista que este congrega diversas características institucionais com a finalidade de melhor satisfazer as demandas e necessidades sociais, seja pela via da atuação direta no domínio econômico (prestação de serviços públicos, exploração de atividade econômica, etc.) ou pela via da intervenção indireta (regulação estatal, cooperação do poder público com o setor privado, etc.).

O objetivo deste primeiro capítulo é, portanto, analisar a evolução da Administração Pública no âmbito dos diferentes modelos de Estado, entender como se deu a crise do poder público na esfera do Estado de Bem Estar Social, avaliar como se consolidou o denominado Estado Regulador Cooperativo e traçar, à luz da Constituição Federal de 1988, as peculiares características do Estado brasileiro e suas formas de atuação no domínio econômico.

2. A Administração Pública no Estado Liberal

Até o advento das revoluções liberais do séc. XVIII, o Estado era concebido como um fim em si mesmo, sendo todos os direitos garantidos e exercidos em torno e em prol da própria esfera estatal. Esse modelo tinha como fundamento o regime absolutista, em que a vontade do Estado se confundia com os propósitos e interesses do monarca, única fonte legítima de poder (*l'Etatc'est moi*). Assim, o ente estatal possuía poderes ilimitados, uma vez

que não se submetia à ordem jurídica e não havia mecanismos para responsabilizá-lo pelos danos eventualmente causados a terceiros (*The king can do no wrong*)³.

Após as revoluções liberais⁴, consolidou-se o Estado de Direito, o qual levou a uma ruptura drástica em relação ao antigo regime. Fundados nas bases sólidas dos princípios da legalidade e da separação de poderes, os governos liberais passaram a se submeter à ordem jurídica, de modo que toda e qualquer atuação estatal somente seria legítima se prevista ou autorizada em lei (*Rule of Law*).

No modelo institucional estabelecido pelo Estado de Direito liberal, o poder legislativo estava hierarquicamente acima dos demais poderes. Os ideais revolucionários de democracia encontravam no Parlamento a instituição legítima para superar os abusos cometidos pelos governos absolutistas. Segundo tais ideais, somente na esfera legislativa os pilares democráticos da soberania nacional e da vontade geral estariam manifestos. Desse modo, tanto o poder executivo quanto o poder judiciário deveriam ser subordinados ao legislativo, na medida em que o campo de atuação de tais poderes estaria restrito às determinações legais.

Verifica-se, então, que o princípio da legalidade, nos primeiros anos pós-revolucionários, foi concebido sob um prisma estrito, vinculando *positivamente* a administração pública para realizar somente o que estava expresso na lei. Ao governante, em tal contexto, caberia exclusivamente a aplicação “mecânica” das previsões legislativas.

Esse modelo, no entanto, não se sustentou por muito tempo. A necessidade de um poder público atuante e que gerisse de forma eficaz os interesses da sociedade levou a um abrandamento da regra de vinculação positiva à lei. Tornou-se cada vez mais forte a noção de interesse público, que passou a nortear todas as ações administrativas. Nessa perspectiva, a administração encontrava na lei mais um limite externo à sua atuação (vinculação negativa), do que propriamente uma condição para executar suas tarefas (vinculação positiva)⁵.

O aludido movimento de fortalecimento da administração pública se deu de forma mais clara na França, durante o séc. XIX. Além de uma concepção de legalidade negativa aplicável à esfera de atuação do poder executivo, firmou-se no direito francês o contencioso administrativo⁶. Segundo esse modelo jurisdicional, as matérias relativas à seara

³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalização do Direito Administrativo O princípio da juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.9.

⁴ É possível identificar como revoluções liberais as ocorridas na França (1789), nos Estados Unidos da América (1786) e na Inglaterra (1688).

⁵ DAROCA, Eva Desdentado. Ob. cit. p. 26.

⁶ O caso que consagrou a competência dos órgãos administrativos para julgar matérias atinentes à administração pública na França foi o denominado “arrêt Blanco”. No caso concreto, datado de 1783, “uma criança de cinco anos, Agnés Blanco, havia sido atropelada por uma vagonete pertencente à Companhia Nacional de

administrativa não se submetem ao controle do poder judiciário, permanecendo sob a competência dos órgãos da própria Administração.

Não obstante o crescimento e o aumento de poderes da esfera administrativa, os ideais liberais estabeleceram como limite rígido à atuação do Estado a garantia constitucional dos direitos e liberdades individuais. Por mais que a atuação administrativa tivesse atenuado a limitação imposta pelos princípios da legalidade e da separação de poderes, o núcleo de direitos e liberdades dos indivíduos permanecia intacto, representando o principal meio de defesa do cidadão contra atos abusivos do poder público.

Numa sociedade que havia vivenciado todos os problemas e contradições do regime absolutista, a garantia de uma esfera de liberdade individual, imune às ingerências estatais, era de fundamental importância para garantir segurança frente a possíveis abusos na ação do Estado. Desse modo, o constitucionalismo nasceu como forma de criar freios à atuação dos governos, estabelecendo um campo de ação aos indivíduos protegido em face das intervenções do poder estatal ⁷.

Nesse sentido, o Estado de Direito tem seus fundamentos políticos e ideológicos no movimento liberal (político e econômico) burguês. Segundo esse ideário, os indivíduos devem atuar por si mesmos para a consecução de seus objetivos, de tal forma que a missão do Estado se reduz a garantir a segurança no campo internacional e a ordem da nação no campo interno, por meio de seus órgãos judiciais, policiais e administrativos. Delineia-se, assim, uma nítida divisão entre as esferas da sociedade civil e do Estado, cada qual com âmbitos exclusivos próprios. Nesse contexto, a Administração pública é essencialmente abstencionista e sua atividade mais característica consiste na atividade de polícia, voltada à configuração e preservação de um marco em que os indivíduos possam atuar com segurança e liberdade para procurar seu próprio bem estar ⁸.

No que se refere ao Direito Administrativo no âmbito do Estado de Direito liberal, este tinha como principais finalidades: i) a regulação do poder público frente à sociedade civil; e ii) o estabelecimento de prerrogativas públicas que dotassem o Estado dos meios necessários

Manufatura de Fumo. O Tribunal de Conflitos, ao apreciar uma espécie de conflito negativo de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação, responsáveis, respectivamente, pela jurisdição administrativa e pela jurisdição comum, fixou a competência do Conselho de Estado para o julgamento da causa, tendo em vista a presença do serviço público naquele caso e a necessidade de aplicação de regras publicísticas, diferenciadas daquelas aplicáveis aos particulares". OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ob. cit. p. 8.

⁷DAROCA, Eva Desdentado. Ob. cit. p. 35

⁸DAROCA, Eva Desdentado. Ob. cit. p. 38.

para garantir as condições indispensáveis ao exercício das liberdades individuais (segurança, propriedade) e ao bom funcionamento da economia de mercado ⁹.

A professora espanhola Eva Daroca sintetiza do seguinte modo a regulação jurídico-administrativa liberal:

“Em definitivo, o ordenamento jurídico-administrativo liberal é composto fundamentalmente de normas de caráter abstrato e geral que têm por finalidade o estabelecimento, conservação, ou restabelecimento das condições de liberdade, propriedade, e segurança necessárias para o funcionamento da economia de mercado, e a preservação da atuação espontânea dos indivíduos que a compõem como via para a consecução do bem estar social” ¹⁰.

3. A Administração Pública no Estado de Bem Estar Social (*WelfareState*)

O modelo de Estado Liberal prevaleceu na maior parte dos países até o final da Segunda Guerra Mundial. A eclosão de crises econômicas – principalmente a crise de 1929 - e a crescente desigualdade social - manifestamente após a Revolução Industrial - levaram a um contexto de instabilidade política das instituições liberais. Tornou-se cada vez mais nítido que a economia de mercado nem sempre é eficaz e que, por si própria, não permite a satisfação dos interesses públicos.

Os direitos e liberdades consagrados pelo Estado de Direito Liberal possuíam um caráter puramente formal, cabendo ao poder público simplesmente preservar a esfera de liberdade dos indivíduos para que estes próprios buscassem o seu bem estar. Essa ideologia institucional, no entanto, não se sustentou diante de relações sociais cada vez mais díspares, das falhas de mercado, e da condição de pobreza e desemprego que assolava grande parte da população mundial. Nesse sentido, Paulo Bonavides ressalta que:

“O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.

Em face das doutrinas que na prática levavam, como levaram, em nosso século, ao inteiro esmagamento da liberdade formal, com a atroz supressão da personalidade,

⁹Nessa conjuntura, o Estado assumiu a responsabilidade de somente prestar alguns serviços essenciais à sociedade, inviáveis de serem realizados pela iniciativa privada, tais como saneamento básico, obras de infraestrutura, correio, e transporte ferroviário.

¹⁰DAROCA, Eva Desdentado. Ob. cit. p. 41 (tradução livre do espanhol).

viram-se a Sociologia e a Filosofia do liberalismo burguês compelidas a uma correção conceitual imediata da liberdade, um compromisso ideológico, um meio-termo doutrinário, que é este que vai sendo paulatinamente enxertado no corpo das Constituições democráticas”¹¹.

A resposta a esse quadro de crise econômica e social se configurou na consolidação de uma nova forma de organização e atuação do Estado. É possível se falar até mesmo no surgimento de um novo paradigma estatal, em que o poder público passou a assumir a direção do sistema socioeconômico com a finalidade de garantir o bem estar de toda a população¹². Constituiu-se então o modelo de Estado de Bem Estar Social, cujo principal objetivo veio a ser o de converter os direitos e liberdades puramente formais do Estado Liberal em bens jurídicos de conteúdo material, proporcionando condições mínimas existenciais aos cidadãos.

Nesse sentido, apesar da precípua mudança de ideologia na atuação estatal, a consolidação do Estado de Bem Estar Social não representou uma ruptura radical em relação ao modelo de Estado Liberal, mas a correção deste em face das novas realidades socioeconômicas. A nova concepção de Estado recepcionou os princípios liberais basilares, e a eles acrescentou os direitos econômicos e sociais relativos à postura “prestacional” e ordenadora assumida pelo poder público.

A professora espanhola Eva Daroca¹³ identificou três perspectivas distintas de atuação do Estado de Bem Estar Social. Nesse novo modelo de organização e gestão governamental, o Estado passou a ser: i) interventivo e estruturador; ii) prestacional; e iii) empresário.

Na primeira perspectiva, colocam-se em relevo as funções de intervenção e estruturação social assumidas pelo Estado, o qual passou a redistribuir a riqueza e a regular as relações jurídicas com a finalidade de compensar a posição de debilidade de uma das partes (ex. contrato de trabalho).

¹¹ BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Social ao Estado Liberal*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 59.

¹² Confirma-se o entendimento de Paulo Bonavides sobre a consolidação histórica do Estado social e as medidas que levam à configuração desse modelo de Estado: “*Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dá o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas (...), em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social*”. Ob. cit. p. 186.

¹³ DAROCA, Eva Desdentado. Ob. cit. p. 50

Sob a ótica da segunda perspectiva, o Estado passou a se responsabilizar pela criação, gestão e prestação direta dos serviços públicos considerados imprescindíveis ao bem estar social (educação, saúde, previdência social, transporte público, etc.).

No que se refere à última perspectiva, esta está relacionada à atuação estatal por meio da criação de pessoas jurídicas de direito privado, as quais desempenham funções empresariais voltadas à consecução do interesse público. Nesse contexto, resta manifesto o fenômeno da “contratualização” da gestão pública, em que o Estado assume atividades econômicas antes exclusivas da iniciativa privada, atraindo, assim, a incidência do regime jurídico de direito privado à esfera estatal¹⁴.

Evidencia-se que as transformações na esfera estatal trazidas pelo modelo de Estado de Bem Estar Social acarretaram mudanças radicais na atividade administrativa. A Administração Pública, antes predominantemente vinculada ao poder de polícia, passou a atuar de forma mais incisiva nas relações sociais e a assumir e gerir atividades que cabiam exclusivamente à esfera privada.

Nesse contexto, o Poder Executivo se fortaleceu frente ao Legislativo. A importância crescente da criação e gestão de serviços públicos e a necessidade de uma regulação rápida, contínua, e, por vezes, de alta complexidade técnica, levou ao crescimento e ao aumento de poderes da esfera administrativa, reduzindo a força do Parlamento, mais lento e menos especializado¹⁵. Assim, de um Estado predominantemente legislativo, na égide do modelo liberal, passou-se a um Estado de caráter essencialmente administrativo, após a efetiva consolidação do modelo de Estado social.

Outro fator que contribuiu de forma expressiva para tais mudanças político-institucionais reside na conquista, em muitos países, da eleição direta dos membros do Poder Executivo por meio do sufrágio universal. Segundo Odete Medauar, “*com o advento do Executivo eleito diretamente, não mais se justificaria a supremacia do Legislativo, pois haveria a situação de opor representantes do povo contra representantes do povo*”¹⁶.

O referido processo de aumento das atribuições e responsabilidades da Administração pública levou também a mudanças no conteúdo e no caráter das próprias leis. Estas, ao invés de determinar e vincular toda e qualquer atividade administrativa, se tornaram principalmente regras de organização, competência e de conteúdo programático. Desse modo, surgiram, ao lado das leis “clássicas”, as leis-medida, leis-quadro, e leis-programa.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ob. cit. p. 12.

¹⁵ DAROCA, Eva Desdentado. Ob. cit. p. 51

¹⁶ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 31.

A legalidade administrativa perdeu, nesse sentido, sua natureza geral e abstrata, na medida em que as leis atinentes à Administração pública passaram a: i) dar respostas concretas a problemas específicos (leis-medida); ii) estabelecer os fins e os objetivos que haviam de guiar a atividade administrativa num determinado setor (leis-quadro); e iii) conferir à Administração a coordenação e a ponderação de distintos objetivos e bens jurídicos em uma determinada esfera (leis-programa)¹⁷.

De modo geral, a atividade legislativa, no âmbito do Estado de Bem Estar Social, se voltou à atribuição à Administração pública de prerrogativas e poderes orientados à consecução do interesse público e ao alcance de finalidades socioeconômicas específicas. Nesse quadro de modificação das funções da lei, os princípios¹⁸ se tornaram o principal limite à atuação estatal e proteção dos cidadãos frente ao poder público¹⁹.

O modelo de Estado de Bem Estar Social, dessa maneira, transferiu o centro das principais decisões estatais do Parlamento para a esfera governamental, o que acabou por engendrar a formação de um aparato administrativo burocrático de complexidade e extensão imensuráveis. Esse “inchaço” da Administração pública levou a um endividamento extremo do Estado e à perda de eficiência nas atividades estatais, gerando uma crise institucional que tornou insustentável a continuidade da postura prestacional e ordenadora assumida pelo ente estatal.

4. A crise do modelo de Estado de Bem Estar Social

A expansão e consolidação dos direitos sociais, no âmbito do modelo de Estado de Bem Estar Social, está relacionada precipuamente com a assunção, por parte do poder público, da responsabilidade em garantir a implementação concreta de tais direitos por meio da prestação direta de serviços à população e da ordenação da economia.

Desse modo, conforme visto anteriormente, o Estado passou a atuar em áreas antes restritas à iniciativa privada, criando empresas públicas e órgãos específicos para controlar a atividade econômica. Formou-se, então, uma nova conjuntura de relação Estado-sociedade,

¹⁷DAROCA, Eva Desdentado. Ob. cit. p. 55

¹⁸É indiscutível a crescente importância dos princípios nas diversas ordens jurídicas. Uma vez esclarecida a dicotomia entre regras e princípios, estes passaram a ser vistos como mandatos de otimização (Robert Alexy), dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Na esfera administrativa, em particular, os princípios funcionam como os elementos centrais da relação Estado/sociedade.

¹⁹Nesse sentido anote-se: “*Em definitivo, a dinâmica do Estado social levou ao processo de que, em importantes setores, o lugar antes ocupado pela lei na essencial função de limitação do poder e proteção dos cidadãos, seja agora ocupado pelas fracas fórmulas de equilíbrio poder-liberdade que representam os princípios gerais*”. DAROCA, Eva Desdentado. Ob. cit. p. 65.

em que passou a prevalecer o entendimento de que somente as instituições estatais poderiam defender e alcançar o interesse público²⁰.

Com o crescimento das demandas sociais e dependência cada vez maior de prestações estatais por parte da população, a estrutura burocrática do Estado se ampliou de forma rápida e desmedida, sendo necessários vultosos aumentos nos gastos públicos. Esse contexto levou a uma crise financeira e institucional do Estado, gerando grandes endividamentos, crescimento exacerbado da carga fiscal, e perda da eficiência no emprego dos recursos estatais. A doutrina identifica, em virtude de tais crises, uma situação de “ingovernabilidade”, que não possuía um caráter meramente conjuntural, mas decorria dos próprios elementos estruturais do modelo de Estado social²¹.

Em especial, as empresas públicas, em tal quadro institucional, se tornaram alvo de duras críticas, por não terem alcançado a eficiência delas esperada e por defenderem, em grande parte das vezes, interesses de grupos políticos nas atividades por elas desempenhadas. Odete Medauar elucida de forma precisa a questão:

“As estatais tiveram grande expansão nas décadas de 60 e 70. Sua atuação, no geral, suscitou vários problemas. Os objetivos de eficiência e agilidade não foram atingidos. Tornaram-se cabides de empregos e feudos de grupos políticos. Acarretaram grandes dívidas e déficits que o Tesouro público tinha de cobrir, e este, por sua vez, ante a escassez de recursos, não poderia arcar com tais rombos. Os muitos mecanismos criados para controlar as estatais revelaram-se ineficazes. No Brasil, há mais de uma década a imprensa vem noticiando, com frequência, os problemas relativos aos déficits, ineficiência, abuso e a incontrolabilidade das estatais”²².

A doutrina estrangeira também identifica problemas na atuação do Estado por meio de empresas públicas. Juan Carlos Cassagne e Gaspar Ariño Ortiz entendem que existem vícios imanentes a tais empresas, como: i) a indefinição e falta de objetivos claros; ii) a inevitável politização em seu âmbito; iii) a falta de estabilidade e insuficiente capacitação de seus dirigentes; iv) a descapitalização e alto endividamento em que frequentemente incorrem; e v) a sua não sujeição ao regime falimentar. Nesse sentido, os mencionados autores concluem

²⁰Nesse sentido, confira-se o posicionamento da professora Eva Daroca: “*A economia do Estado de Bem Estar se assentava sobre a teoria das falhas de mercado, isto é, sobre a crítica da teoria econômica liberal clássica. Às imperfeições do sistema de mercado baseado em interesses egoístas e individuais se opunha o modelo perfeito de uma intervenção pública dirigida unicamente à consecução dos interesses públicos (...)*”. Tradução livre. Ob. cit. p. 72.

²¹DAROCA, Eva Desdentado. Ob. cit. p. 68.

²²MEDAUAR, Odete. Ob. cit. p. 96.

que, em face de todos esses vícios, a empresa pública será, na maioria dos casos, menos eficiente que a privada²³.

Esse contexto de crise estatal se tornou insustentável e exigiu a reformulação dos campos de atividade do poder público. Era necessário reduzir gastos e aumentar a eficiência na prestação dos serviços à população. Além disso, várias correntes teóricas começaram a questionar a premissa de que a atuação estatal era meio essencial e indispensável para o alcance do interesse público.

Tornou-se cada vez mais nítido que o agente do Estado nem sempre se identificava com o tipo “weberiano” de funcionário, cuja ação se pauta por uma burocracia racional em total conformidade com as decisões políticas dos representantes eleitos pelo povo. Foi sendo desconstruída, assim, a imagem do agente público como aquele que se volta primordialmente ao interesse coletivo, superando todos os seus interesses individuais. Percebeu-se que *“tanto no mercado como no sistema político, a conduta dos indivíduos responde em grande medida à conduta do ‘homo economicus’. Os legisladores, governantes e burocratas não perseguem única e exclusivamente o bem comum, mas também, dentro dos limites institucionais e legais, os seus próprios fins”*²⁴.

Em outra perspectiva, evidenciou-se que a imensa estrutura da máquina estatal passou a ser utilizada como meio de maximização de votos nos regimes democráticos. Desse modo, valorizavam-se investimentos de curto prazo e sem planejamento, voltados principalmente aos interesses de grupos com maior pressão política. Em virtude da denominada *“miopia política”*²⁵, os empreendimentos de longo prazo, dotados de grande relevância pública, eram deixados de lado por não se adequarem às prementes necessidades de reeleição. O interesse coletivo, assim, parecia em face de demandas corporativas e eleitorais específicas.

A solução para esse quadro de crise conjuntural foi a transferência progressiva das atividades assumidas pelo poder público ao setor privado, principalmente nas áreas em que o Estado atuava diretamente na ordem econômica. Essa redefinição do campo de atividade estatal, implementada em diversos países, recebeu diferentes denominações, tais como desestatização, desregulamentação, privatização, reforma do Estado e redução do setor público.

²³CASSAGNE, Juan Carlos e ORTIZ, Gaspar Ariño. *Servicios Públicos, Regulación e Renegociación*. Buenos Aires: LexisNexis – Abeledo-Perrot, 2005. p. 12.

²⁴DAROCA, Eva Desdentado. Ob. cit. p. 74.

²⁵DAROCA, Eva Desdentado. Ob. cit. p. 71.

De acordo com Odete Medauar, as noções de desestatização, desregulamentação e privatização, não obstante sejam empregadas na maioria das vezes como sinônimos pela doutrina, representam planos de análise distintos. Explica a autora:

“A desestatização significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado. Com esse sentido, abrange a desregulamentação e a privatização. A desregulamentação consiste na eliminação total ou parcial de normas incidentes sobre o mercado e as atividades econômicas, levando à simplificação e desburocratização. Por sua vez, a privatização aparece, num sentido amplo, para expressar o controle e participação mais efetivos da sociedade no processo produtivo, e, em sentido restrito, como transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado”²⁶.

Conforme se evidencia no trecho acima transcrito, foram tomadas diversas medidas para a superação das crises que atingiam a esfera estatal. Dentre elas se destacam a quebra de monopólios estatais, aumento do número de concessões e permissões de serviço público, a venda de estatais ao setor privado, e a criação de modalidades de parceria entre o setor público e a iniciativa privada (ex. PPPs).

Nesse quadro, constata-se que a Administração pública tomou novos contornos institucionais. Tornou-se cada vez mais dependente da atuação do particular, “*sendo carente não apenas de recursos privados, mas de informação e colaboração, encontrando-se crescentemente fragilizada em face da multiplicidade e força dos interesses em conflito afetados pela própria atividade administrativa e pela dimensão e variedade das demandas que lhe são dirigidas cotidianamente*”²⁷.

Há, assim, um retorno parcial aos postulados econômicos e ideológicos do Estado Liberal do séc. XIX²⁸. Diz-se “parcial” porque, apesar do movimento de desestatização com a transferência de atividades da esfera pública para a iniciativa privada, o Estado não deixa de intervir na ordem econômica. Tal intervenção, todavia, deixa de ser direta, assumindo o poder

²⁶MEDAUAR, Odete. Ob. cit. p. 96.

²⁷MODESTO, Paulo. 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: Parcerias Público Privadas. Org. Carlos Ari Sundfeld. 1ª ed. Editora Malheiros, São Paulo.p. 468.

²⁸A doutrina identifica esse processo de retomada dos princípios liberais do séc. XIX como o ‘**retorno do pêndulo**’ ou seja, “o Estado devolve aos particulares diversas tarefas, especialmente as de caráter econômico, e entrega à iniciativa privada, inclusive, tarefas que, até então, eram exclusivamente desempenhadas pelo Poder Público” OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ob. cit. p. 12.

público a função precípua de regular setores econômicos essenciais para o desenvolvimento e bem estar da sociedade. Surge, então, a figura do Estado Regulador²⁹.

É certo que, nesse novo paradigma estatal, o poder público permanece responsável ainda pela prestação de diversas atividades, sendo algumas, inclusive, de sua titularidade (ex. *serviços públicos*). Por outro lado, se fortalecem, em seu âmbito, formas de cooperação e consenso entre as esferas pública e privada, o que dá ensejo à crescente assunção das referidas atividades por particulares. Desse modo, é possível evidenciar que, além de regulador, o Estado assume uma postura cooperativa em face do setor privado, rompendo com a visão de antagonismo entre poder público e sociedade.

As crises dos modelos de Estado Liberal e Estado de Bem Estar Social tem como ponto central a incapacidade tanto da iniciativa privada quanto do ente estatal em, isoladamente, atenderem às necessidades sociais de forma satisfatória e concretizarem os direitos constitucionais socioeconômicos. A criação de instrumentos de cooperação entre Estado e sociedade toma, portanto, grande importância nesse novo quadro institucional. Evidencia-se, em tal contexto, a consolidação do modelo de Estado Cooperativo Regulador.

5. A Administração Pública no Estado Cooperativo Regulador

A atual configuração institucional do Estado é resultado de inúmeros fenômenos sociais e políticos que vem se fortalecendo nas últimas décadas. Dentre eles se destacam o processo de constitucionalização das diversas áreas do direito e o crescimento das influências internacionais no âmbito do Estado-nação, a partir da criação de órgãos e instituições supranacionais.

Os processos de integração política, econômica e cultural, aliados ao fortalecimento dos direitos fundamentais, em suas diversas facetas, representam realidade que alcança diretamente a Administração pública, que, por sua vez, se vê diante de perspectivas cada vez mais amplas e complexas.

Em tal contexto, são redefinidas as funções do Estado, haja vista que a atuação deste não se restringe mais à mera prestação direta de serviços à população. A assunção progressiva de atividades essenciais para a concretização dos direitos fundamentais por parte do setor privado requer uma postura do poder público orientada à compatibilização dos interesses privados e coletivos em jogo. Num espectro internacional, em que se insere a Administração

²⁹Nesse sentido confira-se: “*Não se trata propriamente de um simples retorno ao Estado Liberal pós-Revolução, pois, agora, o Estado não abdica da intervenção não área econômica e social. A mudança primordial está, em verdade, na técnica utilizada para essa intervenção, que deixa de ser direta e passa a ser indireta, notadamente através da regulação (Estado Regulador) (...)*”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ob. cit. p. 12.

pública contemporânea, tais interesses são múltiplos e não homogêneos, exigindo a criação de mecanismos institucionais e centros de decisão plurais para legitimar a própria atuação estatal.

Nesse diapasão, a Administração pública perde gradativamente o seu caráter autoritário, unilateral, e de supremacia total sobre a esfera privada. Desenvolve-se, assim, um direito administrativo consensual e flexível, em que ganham espaço os acordos, os contratos e as parcerias entre poder público e iniciativa privada. Esse é o entendimento de Arnaldo Wald:

“Assim, enquanto o direito administrativo do século XIX caracterizou-se por seu caráter autoritário e pela possibilidade de predeterminação de todas as situações, num mundo considerado seguro e estável, a rápida evolução dos fatos tecnológicos e financeiros, as constantes modificações legais e a impossibilidade de qualquer previsão, a médio ou longo prazo, no plano econômico, exigiram uma reformulação no Direito Administrativo, que, como os demais ramos do direito, passou a constituir um *“direito flexível”*, na feliz expressão de Jean Carbbonier”³⁰.

A consolidação de um modelo de Estado ao mesmo tempo regulador e cooperativo reflete justamente a tensão que existe em face dos diferentes interesses que permeiam o setor público. Aliás, o próprio conceito de setor público sofreu grande modificação. Antes, o termo “público” estava vinculado necessariamente à esfera estatal. Atualmente, com o surgimento de entidades e associações privadas que têm por finalidade a defesa de interesses eminentemente coletivos e sociais (terceiro setor), o privado se reveste de público e vice-versa. Nesse sentido, *“tais transformações no modo de atuar do Estado e na estrutura da sociedade acarretam a atenuação da distância entre Estado e sociedade, agora vinculados e condicionados por número crescente de inter-relações”*³¹.

Impende analisar, então, como se desenvolvem a regulação e a cooperação no âmbito da esfera estatal.

5.1 Regulação Estatal

A regulação estatal compreende toda a atividade do Estado sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta de serviço ou de atividade econômica³². Em outros termos, entende-se por regulação a *intervenção indireta* do poder público sobre o

³⁰ WALD, Arnaldo. *Novas Tendências do Direito Administrativo: A Flexibilidade no Mundo da Incerteza*. p. 2.

³¹ MEDAUAR, Odete. Ob. cit. p. 30.

³² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*. p. 3.

campo da economia, onde, por imperativo constitucional, deve imperar a iniciativa privada. Tal intervenção pode ser dar tanto na via legislativa quanto na via administrativa.

Com a redução crescente da atuação direta do Estado âmbito da esfera econômica, prestando serviços e oferecendo utilidades à população, se fortaleceu a função regulatória do poder público, na medida em que atividades de grande relevância e interesse públicos foram transferidas para o setor privado. A regulação, nesse sentido, constitui um instrumento do Estado capaz de alcançar os seus próprios fins por meio da atuação dos particulares³³.

Destarte, é possível identificar duas funções primordiais na atividade de regulação estatal, quais sejam: i) o equilíbrio no âmbito do sistema regulado; e ii) o estabelecimento e alcance de objetivos de interesse público.

A ideia de sistema pode abranger todo o conjunto das relações econômicas ou apenas determinados setores específicos (sub-sistemas). Em quaisquer desses casos, a regulação estatal busca garantir o funcionamento equilibrado do sistema econômico regulado, preservando as condições econômicas vigentes e corrigindo as falhas de mercado³⁴.

Entretanto, para além da preservação da ordem intra-sistêmica, a atividade regulatória também possui como função o alcance de finalidades públicas específicas. Sob essa ótica, a regulação representa um meio pelo qual o Estado condiciona direitos e liberdades individuais, no âmbito da esfera econômica, aos fins estatais estabelecidos pelas normas constitucionais.

Nesse ponto, importa ressaltar que toda a competência regulatória tem fundamento na Constituição, devendo ser exercida na forma e nos limites estabelecidos pelo próprio texto constitucional³⁵. Nessa seara, a doutrina³⁶ identifica dois princípios basilares para a legitimidade e o controle da atividade regulatória. São eles o princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade.

³³ Nessa mesma orientação ressalte-se o posicionamento de Alexandre Aragão: “A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientado-os em direções socialmente desejáveis”. Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas. p. 431.

³⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ob. cit. p. 5.

³⁵ Confirma-se o posicionamento de Carlos Ari Sudfeld, no tocante aos limites constitucionais impostos ao Estado: “Se o Estado pretendesse desconhecer os direitos dos indivíduos, manejando um poder que os ferisse, estaria se atribuindo uma personalidade, um poder, que não tem. No momento em que quisesse ultrapassar a linha das competências que a Constituição lhe demarcou, imediatamente evaporaria, pois, fora dos limites dessa linha, simplesmente inexistente. Isto é evidente: para negar o direito dos indivíduos, o Estado precisaria negar a Constituição; tendo sido criado pela Constituição, o Estado, ao negar os direitos individuais negaria a si próprio”. Fundamentos de Direito Público. p. 68.

³⁶ Nesse sentido MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*.

O princípio da subsidiariedade tem como pressuposto a atribuição à iniciativa privada da predominância na busca dos interesses sociais. Assim, somente será legítima a regulação/atuação estatal quando o setor privado não puder atender de forma satisfatória as necessidades da sociedade ou quando causar danos a bens jurídicos fundamentais no exercício de suas atividades. Fora do âmbito de tais hipóteses não deve incidir a regulação/atuação do Estado.

Por outro lado, uma vez observados a insuficiência e/ou o abuso da atividade privada em determinado setor de interesse público, o Estado tem o dever de intervir. Essa é a orientação perfilhada por Floriano de Azevedo Marques Neto:

“A atuação estatal sobre o domínio econômico há de ser residual. Isso não a faz desnecessária ou dispensável. Ela é imperativa sempre que a capacidade dos atores econômicos ou põe em risco um valor de natureza coletiva (o meio ambiente, o uso de um bem escasso, um serviço de relevância social), ou se mostra insuficiente para se atingir uma finalidade de interesse geral da coletividade (a universalização de um serviço, a acessibilidade de uma comodidade, o incremento da competição, a satisfação dos usuários de um bem essencial, etc). Apenas existindo uma e outra situação é que se fará cogitável a ação estatal sobre o domínio econômico”³⁷.

Já o princípio da proporcionalidade, por sua vez, está relacionado ao modo e à forma como se desenvolve a atividade regulatória. Assim, para que a regulação seja proporcional, esta deve possuir adequação e pertinência em relação à finalidade pública a que está adstrita. Ademais, deve configurar o meio menos gravoso para alcançar tal finalidade.

Nas palavras do professor Floriano de Azevedo Marques Neto, “*o princípio da proporcionalidade é central e fundamental quando estamos diante do exercício da atividade regulatória estatal. De um lado, porque se trata de atividade estatal que implica, por definição, em alguma restrição do princípio de liberdade de iniciativa. De outro, porque a regulação, especialmente quando exercida por agências independentes, envolve a transferência de significativos poderes a um só órgão, obrigando o conseqüente reforço no condicionamento e adstrição aos princípios limitadores do poder extroverso*”³⁸.

Conclui-se, em síntese, que a regulação estatal consiste na intervenção indireta do Estado sobre o domínio econômico com a finalidade de manter o equilíbrio no âmbito de

³⁷MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ob. cit. p. 13.

³⁸MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ob. cit. p. 20.

sistema regulado e condicionar a atuação dos particulares à consecução do interesse público, sendo os fundamentos e limites de tal intervenção estabelecidos pela Constituição, à luz dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

5.2 A Cooperação na Esfera Administrativa

Se, por um lado, a regulação estatal representa um instrumento de autoridade do poder público, orientada à concretização dos interesses sociais por meio da restrição de direitos e liberdades individuais, a consolidação de um perfil cooperativo da Administração pública revela uma realidade distinta, em que prevalecem os acordos, os contratos e as parcerias com a iniciativa privada.

As crises geradas pelos modelos de Estado Liberal e de Bem Estar Social demonstraram a incapacidade de ambas as esferas, pública e privada, atenderem, de forma isolada, as necessidades sociais. Desenvolveram-se, assim, campos de atuação conjunta entre o poder público e os particulares, em que se valorizam não mais os atos unilaterais de supremacia e autoridade do Estado, mas as *vias contratuais*.

Desse modo, a instituição do modelo de Estado Cooperativo tem por fundamento a compatibilização de interesses públicos e privados, os quais, na esfera contratual, possuem igual proteção. Nessa perspectiva, interessante perceber que os interesses particulares manifestos nas contratações com a Administração passam também a ter proteção conferida pelo regime de direito público. Mecanismos institucionais como a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, nas concessões de serviço público, e as garantias especiais oferecidas ao parceiro privado, nas parcerias público-privadas, representam exemplos de meios de proteção pública aos interesses privados.

Nesse quadro, Paulo Modesto identifica 5 (cinco) *características gerais* das diversas modalidades de cooperação entre o poder público e o setor privado, quais sejam: i) a voluntariedade da adesão ao ajuste; ii) a convergência de interesses; iii) a complementariedade de encargos; iii) a atenuação no emprego de prerrogativas exorbitantes por parte da Administração, com vista a não inibir o interesse do parceiro privado; e iv) a flexibilidade dos arranjos institucionais viabilizadores do ajuste de interesses³⁹.

O Estado Cooperativo, portanto, possui como ponto central a criação de instrumentos de colaboração entre esfera pública e esfera privada, de modo que seja possível aos agentes privados, empresariais ou não empresariais, participarem “do processo de identificação das

³⁹ MODESTO, Paulo. Ob. cit. p. 472.

necessidades da sociedade, da escolha dos meios para a satisfação dessas necessidades e da execução das tarefas estatais”.

Os principais institutos de cooperação na esfera administrativa são as concessões e permissões de serviços públicos, as sociedades de economia mista, as organizações da sociedade civil de interesse público, e as parcerias público-privadas.

As parcerias público-privadas (PPPs), em especial, tem se fortalecido e alcançado diversos setores de atuação estatal nos últimos anos. Elas têm por objeto grandes empreendimentos, abrangendo principalmente obras na área de infraestrutura. Conforme se verá no decorrer do presente trabalho, a conformação específica dos contratos de PPP, baseada no compartilhamento de riscos entre os parceiros e no oferecimento de garantias robustas aos concessionários, cria um campo institucional que estimula vultosos investimentos e aumenta a eficiência das obras e serviços realizados por meio dessa nova figura contratual.

6. O modelo de Estado adotado pela Constituição Brasileira de 1988

A partir da exegese dos dispositivos constitucionais atinentes à organização administrativa e às formas de intervenção estatal no domínio econômico, é possível caracterizar o Estado brasileiro como: i) Democrático de Direito (art. 1º); ii) Social (arts. 6º e 7º); iii) Regulador (art. 174); iv) Subsidiário e Cooperativo (arts. 1º, IV, e 170 *caput*).

Desse modo, impende analisar cada uma dessas características de forma específica e identificar, à luz da Constituição Federal de 1988, as formas de atuação estatal na esfera econômica.

6.1 As características essenciais do Estado brasileiro

O art. 1º da Constituição Federal estabelece que a República brasileira se organiza sob a forma de um Estado Democrático de Direito. A compreensão do significado teórico e institucional desse modelo estatal, como expresso em sua própria denominação, tem por fundamento a definição do conteúdo jurídico e político dos adjetivos “Democrático” e “de Direito”⁴⁰.

⁴⁰De acordo com José Afonso da Silva, “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se

O Estado Democrático, nos termos adotados pelo texto constitucional, é aquele que tem sua legitimidade e seu poder emanados do povo, seja por meio do sufrágio universal ou por participação direta da sociedade na esfera pública (art. 1º, parágrafo único da CF). O caráter democrático, assim, deve ser inerente a todas as esferas de atuação estatal, não se restringindo apenas à eleição de representantes políticos, mas também alcançando o modo pelo qual as decisões políticas e administrativas são tomadas e executadas⁴¹.

O Estado de Direito, como analisado anteriormente, constitui a principal herança das revoluções liberais do séc. XVIII. A partir da superação do regime monárquico, o Estado passou a se submeter à ordem jurídica⁴², de modo que a Constituição⁴³ e as leis passaram a vincular toda a atividade estatal. Além disso, o Estado também passou a responder por seus atos perante os cidadãos, podendo ser condenado em juízo para reparar danos e ressarcir perdas decorrentes de sua atuação.

Na Constituição Federal de 1988, duas normas possuem especial relevância no que se refere à configuração do modelo do Estado de Direito.

A primeira delas é princípio da legalidade, expresso nos arts. 5º, inciso II, e 37 *caput* da CF. À luz de tal princípio; i) ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei; e ii) toda a ação da Administração pública deverá ter por base preceito legal⁴⁴. A legalidade protege, assim, o cidadão de possíveis atos autoritários do poder público e reserva esferas de liberdade à sociedade, imunes a ingerências estatais.

A concretização do princípio da legalidade, no âmbito da ordem constitucional, está fortemente ligada à noção de controle. Nesse sentido, mecanismos de controle institucionalizados (poder Judiciário, Tribunais de Contas, Ministério Público, etc.), e não institucionalizados (imprensa, manifestações de entidades da sociedade civil e de partidos

constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando". Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 119.

⁴¹ MEDAUAR, Odete. Ob. cit. p. 28.

⁴² Nesse sentido, confira-se: "*Com o Estado de direito os governantes e autoridades públicas submetem-se ao direito e são objeto de normas jurídicas, como os indivíduos, não estando, pois, acima ou fora do direito*". MEDAUAR, Odete. Ob. cit. p. 29.

⁴³ No que se refere à Supremacia do Constituição no âmbito do Estado de Direito, ressalte-se o relevante ensinamento de Carlos Ari Sunfeld: "*A Constituição não é feita pelo Estado. Ao contrário, o Estado é fruto da Constituição. O Estado, em consequência, é pessoa jurídica criada e regida pelo direito constitucional, que o precede. Por isso, todo seu funcionamento haverá de atender às disposições constitucionais*". Ob. cit. p. 41.

⁴⁴ Ressalte-se que a necessidade de fundamento legal para a atividade do poder público não significa que todo ato praticado pela Administração deva possuir autorização legal específica e exauriente. É o que ensina o professor Lucas Rocha Furtado: "*No campo das atividades prestacionais (saúde, educação, trabalho, lazer), o Estado não atua por meio de atos que importem em qualquer tipo de imposição unilateral de vontade. Exigir que cada programa de governo, que cada ato praticado ou atividade desenvolvida tenham sido detalhadamente disciplinados por meio de lei se trata de equívoco acerca da interpretação do princípio da legalidade*". Curso de Direito Administrativo. 1ª ed. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009. p. 96.

políticos, etc.) constituem elementos centrais para que a legalidade seja devidamente garantida e respeitada. De acordo com Odete Medauar, essa é a chamada “*vocação preventiva*” de todo sistema de controle eficaz, pois deve suscitar no poder público uma deontologia que previne o arbítrio e se integra na sua atuação normal⁴⁵.

A segunda norma, por seu turno, consiste na previsão constitucional de responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por agentes públicos a terceiros. Tal preceito consta do art. 37, § 6º, da CF. A responsabilização do ente estatal por seus atos manifesta, de igual modo, a submissão deste ao ordenamento jurídico, concretizando assim o princípio máximo do Estado de Direito.

A caracterização do Estado brasileiro como um Estado social tem razão de ser em face da atribuição constitucional ao poder público da responsabilidade pela prestação de serviços essenciais à sociedade e pela garantia dos direitos sociais, os quais abrangem as áreas da saúde (art. 196), trabalho (art. 7º) educação (art. 205), cultura (art. 215), assistência social (art. 203), meio ambiente (art. 225), previdência social (art. 201), entre outras. Devido à grande relevância social inerente a cada uma dessas áreas, a Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de prestar todos os serviços necessários à implementação dos direitos sociais, designados no art. 6º do texto constitucional⁴⁶.

São também atribuições típicas do Estado Social a promoção do desenvolvimento nacional e da justiça social⁴⁷, conforme dispôs o constituinte nos artigos 3º, inciso II, e 170 *caput* da CF, respectivamente.

Aliado ao caráter social, o Estado brasileiro também é, por disposição constitucional, um Estado Regulador. Nesse sentido, preceitua o art. 174 *caput* da Carta Magna, *in verbis*:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Conforme visto no tópico antecedente, a regulação estatal constitui meio de intervenção indireta do Estado no domínio econômico, por via legislativa ou administrativa,

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. Ob. cit. p. 387.

⁴⁶ “**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁴⁷ Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Carlos Ari Sundfeld: “O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e mudança social) e a realização de justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)”. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 55.

com a finalidade de condicionar as atividades desenvolvidas pelo setor privado ao alcance de interesses públicos.

Desse modo, à luz do dispositivo acima transcrito, o Estado brasileiro possui legitimidade constitucional para regular setores específicos da economia quando houver finalidades públicas a serem resguardadas. Nesse sentido também é o preceito que consta do parágrafo único do art. 170 da CF, o qual estabelece a possibilidade de limitação, pelo poder público, da liberdade dos particulares na esfera econômica por meio de lei. Todavia, a atividade regulatória, em todos os casos, deve obedecer aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (vide tópico anterior).

Nesse diapasão, o Estado brasileiro também se adéqua ao modelo de Estado Subsidiário e Cooperativo.

O caráter subsidiário tem por pressuposto a predominância da iniciativa privada na satisfação das necessidades sociais, à luz dos art. 1º inciso IV, e 170 *caput* da CF. Desse modo, o Estado deve atuar somente nas áreas em que esta não for suficiente ou satisfatória para atender aos interesses públicos. Nessa perspectiva, cumpre ao poder público identificar demandas sociais e verificar se estas são devidamente supridas pelo setor privado. Se não o forem, é dever do Estado intervir no domínio econômico. Fala-se, assim, num poder-dever do ente estatal nesse campo.

O parâmetro para a aferição da satisfação das finalidades públicas no caso concreto se encontra no art. 170 da CF, o qual estabelece os princípios que devem reger a ordem econômica. Nessa orientação, Lucas Rocha Furtado qualifica o Estado Subsidiário do seguinte modo:

“A ideia de subsidiariedade na atuação do Estado em relação à ordem econômica não o afasta do mercado ou dos agentes privados. Ao contrário, impõe-lhe o dever de identificar as falhas na realização dos princípios econômicos e de utilizar os instrumentos ou técnicas adequadas a cada caso: para a proteção do meio ambiente, devem ser utilizados os instrumentos do poder de polícia; para a redução das desigualdades regionais, as técnicas de fomento, etc.”⁴⁸.

Quanto ao caráter cooperativo, este está relacionado à atuação conjunta das autoridades públicas e dos agentes privados para a consecução dos objetivos atribuídos pela Constituição Federal ao próprio Estado. Tal característica tem por fundamento a incapacidade

⁴⁸ FURTADO, Lucas Rocha. Ob. cit p. 703.

do poder público e do setor privado, isoladamente, de satisfazerem as demandas sociais. Nesse quadro socioeconômico, desenvolvem-se mecanismos institucionais para possibilitar a cooperação entre Estado e particulares (Concessões de serviço público, sociedades de economia mista, etc.). Na Constituição Federal, a criação de referidos mecanismos encontra respaldo nos arts. 21, incisos XI e XII, e 175 *caput*.

6.2 As formas de atuação direta do Estado na ordem econômica à luz da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu três diferentes formas de atuação estatal direta na ordem econômica⁴⁹, quais sejam: i) os serviços públicos; ii) os serviços de relevância pública; iii) a exploração de atividade econômica. Analisemos cada uma delas.

A prestação de serviços públicos é dever constitucional do Estado, nos termos do art. 175 da CF. Pela importância e pela própria atribuição constitucional ao poder público da prestação tais serviços, muito se discute na doutrina acerca da extensão de seu significado e de seu conteúdo jurídico.

Prevaleceu, por muito tempo, uma conceituação “essencialista” dos serviços públicos. Segundo essa corrente doutrinária, seria serviço público toda a atividade existencial relativa à sociedade em determinado momento histórico. A partir de tal concepção, o traço característico dessa espécie de serviço seria a sua vinculação ao interesse social⁵⁰. No entanto, como bem ressalva Paulo Modesto, “*saber o que em cada momento é existencial a uma coletividade é algo impreciso, inseguro, variável segundo a opinião de cada qual, sendo problemático mesmo para Ciências não-jurídicas incumbidas de aferir a média das opiniões e sentimentos dos integrantes de uma coletividade*”⁵¹.

O conceito de serviço público, à luz da doutrina⁵² mais recente, defende que este deve ser compreendido do ponto de vista objetivo, seja sob o prisma formal ou material. Assim, o

⁴⁹ Seguimos, nesse ponto, a classificação adotada por Paulo Modesto no artigo acadêmico *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: Parcerias Público Privadas. Org. Carlos Ari Sundfeld. 1ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2007.

⁵⁰ Confira-se: GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2010. p. 128.

⁵¹ MODESTO, Paulo. Ob. cit. p. 447.

⁵² Confira-se: FURTADO, Lucas Rocha (2007). CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira (2007). MODESTO, Paulo (2007).

referido conceito deve possuir um cunho operacional, no sentido de determinar um regime jurídico específico e demarcar um campo material onde este regime encontre aplicação ⁵³.

Nessa perspectiva, Paulo Modesto identifica 5 (cinco) elementos centrais à concepção de serviço público. São eles: i) prestação administrativa de utilidade concreta e fruível à população; ii) satisfação direta de necessidades públicas; iii) titularidade exclusiva do poder público (*publicatio*); iv) submissão total ou parcial ao regime jurídico de direito público; e v) exclusão da livre atuação dos particulares.

A partir da conjugação dos 5 (cinco) elementos acima, é possível definir serviço público como “*a atividade de prestação administrativa material, direta e imediatamente a cargo do Estado ou de seus delegados, posta concretamente à disposição de usuários determinados ou indeterminados, sob regime de direito público em caráter obrigatório, igualitário e contínuo, com vistas a satisfazer necessidades coletivas, sob titularidade do Poder Público.*”⁵⁴.

Os serviços de relevância pública, por sua vez, abrangem “*as atividades essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las, de modo particularmente intenso*”⁵⁵.

Nesse campo, não há titularidade exclusiva do Estado, sendo possível o exercício privado dos serviços de relevância pública sem qualquer forma de permissão ou concessão por parte do poder público. Os particulares, portanto, podem atuar na prestação de serviços dessa espécie por direito próprio. Todavia, por seu caráter de grande interesse social, tais serviços são regulados de modo mais específico e intenso pelas autoridades públicas, os condicionados à concretização dos princípios constitucionais sobre eles incidentes – principalmente no que se refere ao princípio da ***dignidade da pessoa humana***.

Destarte, caracterizam-se os serviços de relevância pública pela atuação conjunta dos setores público e privado em seu âmbito. Ambos os setores atuam nessa área por direito próprio, cada qual em seu regime jurídico específico. Cumpre ressaltar, contudo, que o Estado, apesar de não possuir titularidade exclusiva sobre tais serviços, possui o dever constitucional de prestá-los à população, seja diretamente ou pela via de fomento. Exemplos de serviços de relevância pública são assistência à saúde, educação, produção e proteção cultural, desporto, defesa do meio ambiente, pesquisa científica e tecnológica, entre outros.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ MODESTO, Paulo. Ob. cit. p. 456.

No campo atinente aos serviços de relevância pública, são possíveis formas mais amplas de cooperação entre poder público e setor privado, em comparação com as áreas que envolvem serviços públicos. Como não há a necessidade de delegação da atividade para que o particular preste serviço de relevância pública, as parcerias entre as esferas pública e privada relativas a tais serviços podem ser menos estritas e mais inovadoras. Abre-se, assim, um leque de possibilidades ao legislador para que este desenvolva mecanismos institucionais que propiciem a maior cooperação entre as mencionadas esferas nesse campo.

Por fim, a Constituição também confere ao Estado a possibilidade de atuação direta na ordem econômica por meio da exploração de atividade econômica. É certo que a esfera das atividades econômicas é, em regra, restrita aos particulares, sendo toda e qualquer ingerência estatal nesse âmbito precedida de lei (art. 170, parágrafo único). No entanto, nas hipóteses previstas no artigo 173 da CF - imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo - e nos casos de monopólios estatais (art. 177), é dado ao poder público atuar no âmbito das atividades econômicas, se submetendo, em regra, ao regime jurídico de direito privado⁵⁶.

Neste cenário, exposto à luz dos dispositivos constitucionais pertinentes, é possível estabelecer as seguintes conclusões⁵⁷:

1ª. Nos serviços públicos: a) a titularidade é exclusiva do Estado; b) as pessoas privadas atuam por delegação; c) as atividades são submetidas à reserva de direito público, independentemente do prestador; d) as atividades são expressamente identificadas na Constituição ou em normas legais; e) a atividade é refratária à livre iniciativa privada.

2º. Nos serviços de relevância pública: a) não há reserva de titularidade pública ou privada; b) pessoas privadas e Estado atuam por direito próprio, sem delegação ou exceções; c) as atividades são submetidas a regime variável, parcialmente dependente do regime jurídico predominante do prestador (se forem prestadas pelo Estado o regime será de direito público, mas se o prestador for pessoa privada o regime será de direito privado); d) as atividades são compatíveis com a livre iniciativa privada, mas sujeitas a intenso condicionamento público.

3º. Nas serviços de exploração econômica: a) há a titularidade privada, mas é possível a atuação do poder público em situações excepcionais, conforme previsão constitucional (arts. 173 e 177); b) as atividades são submetidas à reserva de direito privado, independentemente do regime do prestador, salvo derrogações constitucionais e legais; c) as atividades são compatíveis com a iniciativa privada, salvo ressalvas constitucionais (monopólios estatais).

⁵⁶ Ressalvadas as hipóteses de derrogações constitucionais e legais (licitação, concursos públicos, etc.).

⁵⁷ Conclusões feitas com base no quadro apresentado por Paulo Modesto. Ob. cit. p. 467.

Capítulo 2

As parcerias público-privadas na ordem jurídica brasileira

1. Considerações iniciais

A instituição do marco legal que introduziu as parcerias público-privadas (PPPs) no ordenamento jurídico brasileiro possui fundamentos econômicos e jurídicos que se inserem no amplo programa de reforma do Estado desenvolvido no Brasil a partir do início da década de 90. Como se pode evidenciar, a partir da análise feita anteriormente, a crise do ente estatal em diversas esferas (orçamentária, organizacional, fiscal, etc.) levou à busca de uma série de soluções institucionais, em que prepondera a necessidade de maior interação e colaboração entre os setores público e privado.

A Lei nº 11.079/2004, que regula especificamente a contratação de parceiros privados pela Administração pública no Brasil, integra o sistema jurídico-normativo das concessões de atividades estatais à iniciativa privada, o qual também é composto pelas seguintes leis federais: 8.987/1995 (Concessão de serviços públicos), 9.637/1998 (OS), 9.790 (OSCIPs). Segundo o professor Carlos Ari Sundfeld, “*toda essa legislação tem um sentido comum – que é o de viabilizar a gestão não-exclusivamente estatal dos interesses públicos*”⁵⁸.

Antes do processo de reforma do Estado, principalmente no período entre o final da I Guerra Mundial e o início da década de 90, prevaleceu a crença político-institucional de que o interesse geral (público) deveria ser alcançado pela atuação e/ou intervenção direta da máquina estatal. Nesse quadro, os investimentos e a organização necessários para o desenvolvimento das atividades de caráter público, bem como os riscos inerentes a estas, eram assumidos, em sua integralidade, pela Administração pública. No entanto, com o advento da crise desse modelo de gestão, o Estado tomou nova postura em face das atividades essenciais para a consecução do interesse público. Embora se mantenha como sujeito central para a concretização de tais atividades, o ente estatal criou mecanismos para a assunção de responsabilidades públicas por particulares, com a finalidade de diluir os riscos, aumentar investimentos e promover eficiências.

A institucionalização de novas formas de colaboração e parceria entre o poder público e o setor privado, todavia, não passou imune a diversas críticas quanto à possibilidade de compatibilização dos interesses em jogo. O questionamento que se lança nesse cenário é se seria possível alcançar o interesse público por meio da atuação privada, que busca

⁵⁸SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: Parcerias Público Privadas*. Org. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 19.

primordialmente a obtenção de lucro. E ainda, caso isso seja possível, como estabelecer limites e condições à atuação privada na esfera pública sem desestimular investimentos e uma maior divisão de riscos?

Esse é o grande desafio da legislação que estabelece as formas de parceria e colaboração entre as esferas pública e privada. De um lado as normas devem resguardar os recursos públicos e manter diretrizes para que a execução da atividade desenvolvida em parceria seja feita em consonância com a finalidade pública a ela vinculada. Por outro lado, o marco legal deve oferecer um sistema de garantias e de estabilidade na relação contratual, de modo a convencer a iniciativa privada a investir.

Vê-se, então, que o ponto central, em face de todos os questionamentos em tela, reside na busca em estabelecer meios eficientes de compatibilização dos interesses públicos e privados. Nessa conjuntura, as parcerias público-privadas representam um arranjo institucional de extrema relevância para alcançar essa finalidade de compatibilização. A respeito, de grande valia são as considerações feitas pelo professor Lucas Rocha Furtado:

“Não obstante sejam distintos, não são os interesses do Estado e das empresas inconciliáveis. Há situações em que os propósitos do setor público e do setor privado podem convergir. A PPP busca identificar esses pontos de interesse e harmonizá-los de modo a que os investimentos, os riscos e as responsabilidades dos empreendimentos possam ser distribuídos de modo a satisfazer tanto os interesses privados, relacionados à obtenção do lucro quanto os interesses públicos, consistentes na execução de obras de infra-estrutura ou de saneamento básico, bem como na fruição desses empreendimentos por parte da população”⁵⁹.

2. Parcerias público-privadas: construção conceitual

A análise conceitual das parcerias público-privadas no ordenamento jurídico brasileiro pode ser feita a partir de perspectivas distintas, uma mais ampla e outra mais estrita.

Segundo Carlos Ari Sunfeld, em sentido amplo, “*as parcerias público-privadas são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral*”.⁶⁰ Tais vínculos compreendem diversas formas de parceria e colaboração entre o poder público e o setor privado, como a concessão

⁵⁹FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p. 594.

⁶⁰SUNDFELD, Ob. cit. p. 18

de serviços públicos, os contratos de gestão com organizações sociais (OSs) e termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs). Percebe-se, portanto, que o ponto comum entre essas distintas modalidades de parceria é a gestão privada - em diferentes graus de acordo com cada espécie - de interesses públicos.

Com o advento da Lei nº 11.079/04, denominada Lei das Parcerias Público-Privadas, o conceito relacionado a essa modalidade de parceria entre os setores público e privado passou a ser entendido de modo mais estrito, nos termos do artigo 2º da referida Lei, *in verbis*:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Por meio do dispositivo legal acima transcrito, as parcerias público-privadas (PPPs) passaram a corresponder a um regime jurídico específico, relativo aos contratos de concessão administrativa e patrocinada definidos nos §§ 1º e 2º daquele artigo. Assim, a doutrina especializada, a fim de manter a coerência técnico-jurídica em face dos diferentes regimes contratuais à disposição da Administração Pública, busca empregar a o conceito de PPP somente para designar essas duas espécies de contrato de concessão. Confira-se:

“Sob o rótulo de parcerias público-privadas (PPPs), a lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, introduziu no Brasil duas novas modalidades de contratação pública: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas. A tais espécies contratuais, e só a elas, o ordenamento jurídico brasileiro reservou o emprego do badalado *nomeniuris*”.⁶¹

Não há dúvida de que, do ponto de vista técnico, é de fundamental importância delimitar de forma precisa o regime jurídico vinculado às modalidades de concessão por

⁶¹BINENBOJM, 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. p. 1.

parcerias público-privadas. Isso porque, em face do princípio da legalidade, a Administração Pública está adstrita às hipóteses legais para qualquer contratação nesse campo.

No entanto, sob prismas institucionais e teóricos, a perspectiva conceitual ampla, que abrange diferentes formas de parcerias entre os setores público e privado, permanece como um referencial de grande relevância. As diversas leis que estabelecem regimes contratuais entre poder público e iniciativa privada para a consecução de finalidades de interesse geral possuem fundamentos e pressupostos comuns, centrados na ideia de cooperação entre ambas as esferas.

É possível perceber, inclusive, a complementaridade de tais leis, principalmente no que se refere às concessões de serviço público e as PPPs. Nesse sentido, Fernão Justen de Oliveira ressalta que:

“Mais especificamente, a parceria público-privada pode ser enfocada como uma derivação da concessão de serviços públicos, que ao longo do tempo foi assumindo paulatinamente contornos cada vez mais complexos, à medida que mais intrincado tornava-se o envolvimento do público e o privado e os negócios dele emergentes”⁶².

Destarte, o desafio que se coloca diante do administrador é o de escolher, diante dos diferentes regimes jurídicos de contratação e de seus requisitos legais específicos, o que melhor se adéqua às circunstâncias e peculiaridades de cada obra e/ou serviço público a ser concretizado pelo setor privado.

Assim, impende destacar, de forma detalhada, quais são as características específicas relativas ao regime das parcerias público-privadas, compreendido nas modalidades de concessão patrocinada e administrativa, e identificar os seus objetivos, limites e diretrizes básicas.

3. O desenvolvimento e a consolidação das parcerias público-privadas no Brasil

3.1 A influência estrangeira

A instituição de um regime específico de parcerias público-privadas no ordenamento jurídico brasileiro é, em grande medida, reflexo de experiências internacionais bem sucedidas envolvendo tal modelo de gestão. Além do Brasil, diversos países adotaram as PPPs como meio de superar as crises do Estado na prestação de serviços públicos e na construção de

⁶²JUSTEN DE OLIVEIRA, Fernão. *Parcerias Público-Privadas – Aspectos de Direito Público Econômico*. Belo Horizonte, Fórum, 2007. p. 90.

obras de infra-estrutura. Na Europa, destacam-se, nesse campo, Inglaterra, Espanha, Holanda, Itália, Irlanda e Portugal.⁶³ Já na América Latina, se sobressaem os modelos desenvolvidos no México e no Chile.

A doutrina⁶⁴ constata que foi o Reino Unido o pioneiro na implementação das parcerias público-privadas em sua conformação atual. Assim, vale destacar alguns aspectos relevantes das PPPs adotadas pelo governo inglês, principalmente porque constituem a principal influência estrangeira para a consolidação da Lei nº 11.079/04 na ordem jurídica brasileira.

As PPPs, no regime jurídico britânico (*Public-Private Partnerships*), foram desenvolvidas, em sua maior parte, de acordo com o formato denominado *Private Finance Initiative* (PFI), definido como um conjunto de ações para aumentar a participação do capital privado na prestação de serviços públicos.⁶⁵ As primeiras experiências com o PFI ocorreram em 1992, no governo liberal de Margareth Thatcher, e, mesmo depois da ascensão dos neotrabalhistas liderados por Tony Blair em 1997, o referido modelo de parceria público-privada continuou sendo amplamente utilizado e aprimorado pelo governo inglês. Até o ano de 2004, mais de 600 projetos já haviam sido feitos por meio de PFIs na Inglaterra.

No cenário britânico, a categoria das PFIs abrange três diferentes modalidades de projeto, quais sejam: i) projetos *freestanding*; ii) *joint ventures*; e iii) serviços prestados ao poder público.⁶⁶

Nos projetos do tipo *freestanding*, o parceiro privado amortiza seu investimento e se remunera integralmente com base nas tarifas cobradas dos usuários do serviço. Cabe ao parceiro público o planejamento inicial da obra e do serviço a ser prestado, bem como o estabelecimento das diretrizes fundamentais e do arcabouço-jurídico normativo que regularão o projeto.

As *joint ventures* entre poder público e a esfera privada são projetos em que há a participação conjunta de ambos os parceiros (público e privado), permanecendo o operador privado com o controle dos procedimentos e decisões relevantes. A remuneração desse último

⁶³A ampla utilização do modelo de PPPs na Inglaterra e a sua implementação bem sucedida em outros países da União Europeia, levou a Comissão Européia a editar o “*Livro Verde sobre Parcerias Público-Privadas*”, o qual busca definir as diretrizes a serem observadas em contratações dessa espécie à luz do direito comunitário.

⁶⁴Por todos: COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais*. In: *Parcerias Público Privadas*. Org. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, Malheiros, 2007.

⁶⁵Idem, p. 50.

⁶⁶COUTINHO, Diogo Rosenthal. Ob. cit., p. 55 e JUSTEN DE OLIVEIRA, Fernão. Ob. cit. p. 102.

nessa espécie de projeto é subvencionada pela Administração pública, diante da insuficiência ou inviabilidade do custeio do serviço exclusivamente pelos usuários.

Já os serviços prestados ao poder público, por seu turno, representam exclusivamente os serviços contratados pela Administração, a serem prestados pela iniciativa privada e remunerados no exato momento da prestação (ex. tratamentos hospitalares).

É fácil perceber que as modalidades de projetos de PFI analisados anteriormente possuem grandes semelhanças com o quadro normativo regulador das PPPs no ordenamento brasileiro. Os projetos *freestanding* muito se assemelham às concessões de serviços públicos da Lei nº 8.987/1995, e as concessões por meio de *joint ventures* entre poder público e setor privado, por sua vez, representam as formas contratuais inspiradoras do regime de parcerias público-privadas estabelecido no Brasil com o advento da Lei nº 11.079/2004.

Importa ressaltar, contudo, que, não obstante a grande influência da experiência internacional para a consolidação das PPPs no Brasil, se faz necessária a adequação do modelo de parcerias concebido e desenvolvido pela legislação pátria à realidade socioeconômica do país e, principalmente, à ordem constitucional. Nesse sentido, relevante a advertência de Roberto Caldas:

“Outro cuidado que se deve ter com o instituto das Parcerias Público-Privadas é que, como tal, foi inspirado nas rebatizadas PPPs – *Public Private Partnerships*, porquanto, nos países anglo-saxões, do *common law*, não há a dita *publicatio* nas *publicutilities* (também ditas *publicservices* ou *business affectedwith a publicinterest*), ao contrário do que se tem na noção de serviço público haurida da França e da qual o ordenamento jurídico pátrio é profundamente influenciado, vez que, lá, a noção de serviço público está apenas relacionada a uma intensa regulação estatal de seu desenvolvimento pelos prestadores privados, sem que se tenha presente a sua necessária assumpção pelo Estado”.⁶⁷

A ausência de uma concepção formal de serviços públicos no regime da *common law* e da correspondente obrigação do Estado em prestá-los, ou promover a sua prestação, não está em consonância nem com esfera jurídica (ordem constitucional) e nem com a conjuntura sócio-econômica (políticas públicas) no Brasil. Desse modo, impende analisar os fatores econômicos específicos que levaram à criação das parcerias público-privadas no ordenamento

⁶⁷CALDAS, Roberto. *Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 190.

jurídico brasileiro (tópico 3.2), e confrontar esse novo modelo de contratação pública com os princípios insculpidos Constituição de 1988 (tópico 3.3).

3.2 A lógica econômica que levou à criação das PPPs no Brasil

Há grande divergência doutrinária no que se refere à real necessidade da promulgação da Lei nº 11.079/04 para criar novas formas de concessão e parcerias envolvendo a Administração pública e o setor privado. Parte da doutrina defende que não seriam necessárias as novas modalidades contratuais estabelecidas pela referida lei para alcançar os objetivos que o legislador visou com a sua promulgação⁶⁸, bastando o aperfeiçoamento da Lei de Licitações e da Lei de Concessões para atingir tal mister. No entanto, Carlos Ari Sunfeld elucida o ponto central da questão. Confira-se:

“Assim, quando se disse que o Brasil precisava de uma legislação de PPP, para poder adotar práticas bem-sucedidas na Europa e no Chile, por exemplo, tratava-se de um engano. O Brasil já tinha essa legislação. O que então se propunha como desafio não era criar o conceito de PPP (em sentido amplo) ou dar contornos normativos a um tema esquecido. A questão era bem mais simples: complementar a legislação para viabilizar contratos específicos que, embora interessantes para a Administração, ainda não podiam ser feitos, e isso ou por insuficiência normativa, ou por proibição legal.”

⁶⁹.

Impende ressaltar que, já no projeto inicial da Lei 8.987/95 (Lei de Concessões), havia previsão que facultava à Administração pública estabelecer garantia de receita bruta mínima ao concessionário. O artigo 24 do mencionado projeto previa que:

“Art. 24. O poder concedente poderá garantir, no contrato de Concessão, uma receita bruta mínima ou, no caso de obras viárias, o correspondente a um tráfego mínimo, durante o primeiro terço do prazo da concessão.”

Tal preceito legal, como se verá adiante, possui a mesma lógica e os mesmos objetivos da concessão patrocinada introduzida no ordenamento pátrio por meio da Lei nº 11.079/04. No entanto, foi objeto de veto presidencial, em razão de se achar, à época, que prerrogativa

⁶⁸Nesse sentido confira-se: CALDAS, Roberto. Ob. cit.

⁶⁹SUNDFELD, Carlos Ari. Ob. cit. p. 21.

dessa natureza levaria à ineficiência do concessionário na prestação do serviço e a um risco potencial de dispêndio desnecessário dos recursos públicos⁷⁰.

É certo que, não obstante o veto do dispositivo em questão, ainda permaneceu viável a obtenção, pelo concessionário, de receita complementar às tarifas cobradas dos usuários, como se depreende da leitura do artigo 11 da Lei nº 8.987/95. Entretanto, verificou-se que o modelo de contraprestação baseado na cobrança tarifária, mesmo que associada a fontes complementares, não se mostrou suficiente para atrair investimentos privados para áreas de grande interesse da Administração pública. Serviços públicos não auto-sustentáveis e a construção de obras de infraestrutura que, em virtude de razões técnicas, políticas ou econômicas, não possibilitam a cobrança de tarifa de seus usuários diretos, não eram alcançados nem pela Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95) e nem pela Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Nesse sentido, a Lei de PPPs foi pensada justamente para suprir essas lacunas nas possibilidades de contratação da Administração pública, principalmente em face da premente necessidade de investimento em infraestrutura para o crescimento e desenvolvimento do país. Assim, é possível compreender a lógica econômica que justificou a criação das parcerias público-privadas no Brasil a partir dos seguintes pressupostos, identificados pelo professor Alexandre Aragão:

“A conjuntura que ensejou o surgimento da idéia de parcerias público-privadas no Brasil pode, então, assim ser sintetizada: 1) gargalos de infra-estrutura impeditivas do crescimento e consequente melhora da situação fiscal do Estado; 2) Existência de uma série de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infra-estruturas, não auto-sustentáveis financeiramente sem que o Estado tenha condições de financiá-las sozinho”⁷¹.

A concretização de projetos de infraestrutura demanda vultosos investimentos a serem empreendidos em curto período de tempo. O Estado, todavia, não possui recursos suficientes para investir nesse setor de forma rápida e eficiente. Além disso, evidencia-se, cada vez mais, o esgotamento de sua capacidade de contrair novas dívidas.

⁷⁰BINENBOJM, Gustavo. Ob. cit. p. 3.

⁷¹ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPP’s no Direito Positivo Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, mai-jun-jul, 2005. p. 2.

Todo esse quadro gera um círculo vicioso, no qual a crise fiscal/financeira do ente estatal não é mitigada em virtude da própria falta de investimentos na infraestrutura necessária para o crescimento e desenvolvimento da economia. Em outras palavras, evidencia-se que o Estado, para crescer e sair da crise, teria de investir em obras de infraestrutura, mas não possui os recursos necessários para realizar tais investimentos.⁷²

É justamente nesse quadro de crise financeira e fiscal da Administração pública que as parcerias público-privadas surgem como possível solução. Na implementação de um projeto concebido com base num contrato de PPP, setor público e setor privado suportam, irmanados, os custos e riscos que envolvem o empreendimento. De um lado, o Estado supera a sua dificuldade em levantar grande capital para a execução de obras de infraestrutura, haja vista que caberá à iniciativa privada realizar financiamento para arcar com os custos destas, e, de outro lado, as contraprestações periódicas do poder público constituem garantias para assegurar o retorno financeiro dos significativos gastos feitos pelo parceiro privado.

Importa ressaltar, no entanto, que as parcerias público-privadas não se esgotam na mera construção/execução de obra pública. A Lei nº 11.079/04 também condiciona essa espécie de contratação pública à efetiva prestação, pelo próprio parceiro privado, dos serviços públicos vinculados à obra de infraestrutura estabelecida no contrato de parceria (art. 2º, § 4º, III). Assim, prescreve a referida lei que, somente após o início da prestação do serviço objeto de tal contrato, a empresa contratada começará a receber as contraprestações do parceiro público (art. 7º).

Além disso, o artigo 5º, inciso I, da lei em análise estabelece o prazo mínimo de vigência de 5 (cinco) anos do contrato de parceria. Durante todo esse período, o parceiro privado será o responsável pela prestação do serviço contratado com a Administração Pública. Esta, inclusive, poderá condicionar a remuneração devida pelo serviço disponibilizado ao desempenho da empresa contratada, conforme metas e padrões de qualidade fixados (art. 6º, parágrafo único).

Todas essas condições de contratação instituídas pela Lei nº 11.079/04 têm como fundamento a busca em solucionar velhos problemas relacionados à construção de obras públicas por particulares. Quando uma empresa privada é contratada pelo poder público para executar um projeto de infraestrutura, são muito comuns atrasos na conclusão das obras e a má qualidade destas, seja por falta de materiais e pessoal adequados, ou por mero interesse, nem sempre legítimo, na redução de custos e, conseqüentemente, na elevação do lucro.

⁷²ARAGÃO, Alexandre. Ob. cit. p. 2.

Em face de tal contexto, as PPPs introduziram uma nova lógica contratual no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 11.079/04, ao estabelecer como condição de contratar a necessidade de prestação do serviço público pelo parceiro privado por no mínimo 5 (cinco) anos, para além da construção da obra de infraestrutura, transfere o risco da atividade àquele parceiro. Se as instalações não forem adequadas ao serviço ou demandarem a todo tempo manutenção por sua falta de qualidade, quem sofrerá os impactos financeiros relacionados a essa situação é justamente a empresa contratada para construir e gerir o empreendimento. O professor Carlos Ari Suldfeld analisa de forma clara o presente quadro:

“Ao impedir que, nos contratos PPP, a prestação se limitasse à execução de obras ou fornecimento de equipamentos (art. 2º, § 4º, III), a Lei das PPPs fez com que a remuneração dos parceiros privados ficasse diretamente vinculada à fruição dos serviços pela Administração ou pelos administrados (art. 7º) e viabilizou sua variação de acordo com o desempenho do parceiro privado, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade fixadas (art. 6º, parágrafo único). Portanto, a boa ou má qualidade das obras ou bens utilizados na infra-estrutura repercutirá diretamente na determinação do valor a ser recebido pelo parceiro privado. Isso deve gerar, para ele, um interesse próprio de bem executar a parte relativa à infra-estrutura, pois os serviços devem se estender por ao menos cinco anos e a infra-estrutura deve ser capaz de resistir bem durante todo esse período”⁷³.

Evidencia-se, portanto, que todo esse arranjo institucional propicia à Administração Pública formas mais eficientes de contratação, munidas de garantias e condições que conduzem à melhor prestação dos serviços públicos contratados. Entretanto, diante da complexidade dos projetos envolvendo as parcerias público-privadas e dos vultosos investimentos que demandam, as concessões previstas na Lei nº 11.079/04 são subsidiárias e excepcionais em relação às outras modalidades contratuais.

O legislador se preocupou em delimitar de forma restrita o campo de incidência das PPPs. Nesse sentido, importa analisar a conformação jurídica de tais parcerias no Brasil, em todas as suas nuances e particularidades, sempre à luz dos princípios e preceitos expressos na Constituição Federal de 1988.

⁷³SUNDFELD, Carlos Ari. Ob. cit. p. 34.

3.3 A conformação jurídica das PPPs no Brasil

A matriz constitucional que fundamenta o regime de contratação pública, por meio do qual a Administração desempenha suas atividades e executa seus projetos com o auxílio da iniciativa privada, envolve a exegese de três dispositivos constitucionais, quais sejam: art. 22, inciso XXVII, art. 37, inciso XXI, e art. 175⁷⁴.

A partir da leitura casada dos mencionados dispositivos, verifica-se que o texto constitucional estabelece um regime de **tipicidade aberta** em relação às formas contratuais que podem ser instituídas pelo legislador e utilizadas pela Administração Pública para a execução de suas atividades. Assim, observados os preceitos e diretrizes impostos pela Lei Maior, “a formatação jurídica dos contratos da Administração é matéria sujeita à livre conformação do legislador, ao qual compete instituir mecanismos jurídicos que viabilizem as escolhas mais eficientes para o administrador público, conforme as circunstâncias em que inserido, na sua tarefa de prestação de utilidades à população”⁷⁵.

Como explicitado alhures a Lei nº 11.079/2004, que instituiu as PPPs no Brasil, configura uma iniciativa do legislador para aumentar as possibilidades de contratação do poder público, de modo a superar as crises de eficiência e de finanças do Estado. Impende analisar, então, como a referida lei se adéqua aos princípios e preceitos constitucionais, a fim de que restem claros os seus fundamentos de validade.

A Constituição Federal, no campo da contratação pública, traça, como elementos centrais, a **concessão** (associada a outras modalidades, como permissão e autorização), a

⁷⁴“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

⁷⁵Binenbojm, Gustavo. Ob. cit. p. 7.

necessidade de **regime jurídico**, estabelecido por lei, eo **dever de licitação**. Forçoso analisar cada um deles.

3.3.1 A concessão de atividades do poder público a particulares

O instituto jurídico da concessão não possui conceito unívoco na ordem jurídica pátria. De um lado, está relacionado à transferência da execução de atividade de titularidade do poder público ao setor privado. Sob essa ótica, os conceitos de concessão e serviço público⁷⁶ estão intimamente relacionados, uma vez que o estabelecimento de determinados contratos de concessão se dá quando a atividade delegada é definida, em face da Constituição ou de lei específica, como serviço público, cuja titularidade é da própria Administração. Parte da doutrina defende que somente essa concepção poderia estar relacionada às concessões, como expresso no entendimento de Luis Tarcisio Ferreira:

“Desde logo, pois, não nos parece livre ao legislador ou lícito ao intérprete pretender enquadrar na locução ‘concessão’ algo (i) de que o Poder Público não detenha a titularidade e (ii) que ele não transfira ao concessionário, perdendo, *ipso facto*, o seu exercício na mesma proporção que o adquire o concessionário”⁷⁷

Como se percebe, o autor busca delimitar a utilização da figura da concessão somente às hipóteses relacionadas a serviços de titularidade do Estado (serviços públicos). Segundo esse posicionamento, é inadequado atribuir às parcerias público-privadas o conceito de concessão, tendo em vista a divisão de riscos entre poder público e parceiro privado que essas parcerias pressupõem e, em certos casos (concessões administrativas), a contratação, por meio delas, de serviços a serem prestados direta ou indiretamente à Administração, sem que estes se amoldem ao conceito de serviço público.

Entretanto, a nosso ver, uma leitura sistêmica dos dispositivos constitucionais que tratam do tema afasta a pertinência de tal entendimento. Não é possível conferir ao termo concessão um sentido único na ordem jurídica brasileira. Além da concessão de serviços públicos, também existem outras modalidades abrangidas pelo instituto, como os contratos que têm por objeto a utilização exclusiva de bens por particulares. Faz-se necessária, portanto,

⁷⁶Remetemos o leitor ao primeiro capítulo, onde foi abordada detalhadamente a evolução e a atual compreensão do conceito de serviço público.

⁷⁷FERREIRA, Luis Tarcisio Teixeira. *Parcerias-Público Privadas – Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte, Fórum, 2006. p. 163.

uma conceituação mais ampla nesse campo. É o que busca o professor Floriano Marques Neto, ao asseverar que:

“O regime de concessão é mais amplo que a concessão típica, objeto da Lei 8.987/1995. O instituto da concessão remete ao negócio jurídico pelo qual o ente titular de um bem ou atividade delega a outrem a exploração desta utilidade para que o faça dentro de parâmetros preestabelecidos e assumindo o delegatário parcela de risco inerente a esta exploração. É inerente ao instituto da concessão a atribuição de um direito (condicionado, no mais das vezes) ao concessionário – direito este, ao qual corresponde também um plexo de obrigações (daí poder-se dizer se inerente ao instituto da concessão a atribuição de um poder-dever ao concessionário)”⁷⁸.

Com base no posicionamento acima exposto, é possível identificar como elemento essencial do regime de concessões a sua natureza contratual. O contrato é peça indispensável para a concretização de qualquer modalidade de concessão. Assim, todas as características dos contratos administrativos alcançam o instituto em questão, podendo resumi-las em três, quais sejam: a) o objeto contratual é complementado por atos unilaterais posteriores à celebração do ajuste; b) a autoexecutoriedade das pretensões da Administração; e c) o respeito ao princípio do equilíbrio econômico financeiro fixado no início⁷⁹.

Especificamente, o traço comum de todos os contratos de concessão é “*a longa duração, justificada pela necessidade de permitir a amortização de investimentos do concessionário*”⁸⁰. Nesse sentido, entende-se o porquê de a Lei das PPPs ter instituído o regime de concessões para nomear as novas figuras contratuais que criou, haja vista que estas implicam em investimentos iniciais de grande monta em obras de infraestrutura, sendo necessária a sua recuperação ao longo do tempo pelo parceiro privado.

Desse modo, conclui-se que a concessão é o instituto mais adequado para que sejam observados os objetivos e as garantias associados às PPPs. Isso porque contempla a **forma contratual** indispensável e assegura **período de tempo razoável** para a compensação de investimentos privados.

⁷⁸MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*. In: Parcerias Público-Privadas. Org. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 289.

⁷⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2012 p. 371.

⁸⁰SUNDFELD, Carlos Ari. *Ob. cit.* p. 33

3.3.2 Necessidade de regime jurídico estabelecido por lei

Em face do princípio da legalidade (art. 37 *caput* da CF), as diferentes possibilidades de contratação pública devem ser preestabelecidas em lei. Tal exigência está especificada no artigo 22, inciso XXVII, do texto constitucional, que define a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pública, em todas as modalidades.

No que se refere às parcerias público-privadas, não poderia ser diferente. A Lei nº 11.079/2004, que instituiu tais parcerias no Brasil, constitui o marco inicial de sua existência na ordem jurídica pátria. A partir da vigência da referida lei, o administrador ficou adstrito às hipóteses e circunstâncias previstas pelo legislador para a contratação pública por meio de PPPs⁸¹, compreendidas em suas duas figuras contratuais, quais sejam: concessões patrocinadas e concessões administrativas. Perfilhando essa orientação, confira-se o entendimento de Adriana Macedo Marques:

“Mas para que a parceria torne-se um instrumento possível na Administração Pública é necessário, em obediência ao princípio da legalidade, que o ordenamento jurídico confira-lhe um marco legal, determinando seus requisitos e possibilidades, o que se pretendeu fazer na lei das parcerias público-privadas”⁸².

Por outro lado, importa ressaltar que a existência de uma lei que regule as possibilidades de contratação pública não se restringe tão somente à esfera da Administração, vinculando o administrador na escolha da melhor forma contratual a ser adotada diante das circunstâncias da situação concreta. Um marco legal sólido e tecnicamente preciso representa uma das principais garantias para atrair investimentos do setor privado.

A necessidade de o poder público observar os preceitos e princípios insculpidos na lei, tanto na elaboração quanto na fiscalização do contrato, e a possibilidade de recorrer às instâncias administrativas ou até mesmo ao judiciário no caso de descumprimento de tais

⁸¹Não obstante a vinculação do legislador às modalidades contratuais previstas na Lei das PPPs, quando não configuradas as hipóteses para a sua aplicação, é defensável que o poder público possa estabelecer outras formas de parceria (em sentido amplo), desde que não vedadas pelo ordem jurídica. Nesse sentido posiciona-se Floriano de Azevedo Marques Neto, in verbis: “A Lei 11.079/2004 contém regras para duas modalidades específicas de parcerias (aquelas configuradas como concessões administrativas ou concessões patrocinadas, não sendo aplicável (e, portanto, não vedando) a outras modalidades de parceria que não se enquadrem nas duas modalidades nela referidas. Há, pois, outras parcerias não regidas pela Lei 11.079/2004, seja com a configuração de concessões de serviço público típicas (art. 2º, § 3º), seja com outras configurações não vedadas na legislação (e submetidas ao regime jurídico geral dos contratos administrativos)” In: *As Parcerias Público Privadas no Saneamento Ambiental*, p. 280.

⁸²MARQUES, Adriana Macedo. *Introdução ao Estudo das Parcerias Público-Privadas*. In: *O Novo Direito Administrativo – O público e o privado em debate*. Coord. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2010.p. 76.

normas, gera a segurança jurídica indispensável para o estabelecimento do vínculo contratual entre Administração e o ente privado, de forma transparente e eficaz.

3.3.3 PPPs e a disciplina pré-contratual – procedimento licitatório

Conforme se depreende da leitura dos artigos 37, inciso XXI, e 175 da Constituição Federal, o dever de licitar é a regra para quaisquer contratações públicas. No que tange às PPPs, verifica-se que possuem peculiaridades no procedimento de licitação, em comparação com outras espécies de contratos administrativos.

O processo que leva à escolha de alguma das modalidades de parcerias público-privadas, para a execução de determinado projeto, possui duas etapas principais, nos termos da Lei nº 11.079/2004. São elas a fase interna, em que a Administração Pública deve aferir a conveniência e a oportunidade da contratação por meio de estudos técnicos, e a fase externa, que se inicia com a divulgação dos instrumentos convocatórios e é concluída com a escolha do parceiro privado.

A partir da análise dos dispositivos da Lei nº 11.079/2004 que tratam do procedimento licitatório, é possível constatar a clara preocupação do legislador em definir os aspectos fundamentais a serem observados pelo administrador antes da implementação de qualquer PPP. Os vultosos investimentos envolvidos na contratação, a dimensão das obras de infraestrutura a serem construídas/reformadas, e a longa duração dos contratos são fatores que repercutem em diversas esferas da Administração Pública e da sociedade (orçamento público, delegação de atividades de responsabilidade do Estado, meio ambiente, saúde pública, etc.).

Desse modo, a fase interna de licitação é de fundamental importância, haja vista que é nesse momento que são feitos todos os estudos técnicos e planejamentos necessários ao sucesso do empreendimento. Três pontos merecem destaque na avaliação a ser feita pelo administrador nessa seara, a saber, (i) a sustentabilidade financeira do projeto, (ii) o respeito às regras de responsabilidade fiscal e (iii) a eleição das prioridades a serem atendidas com as PPPs implementadas⁸³. É possível extrair tais aspectos dos preceitos constantes do art. 10 da Lei nº 11.079/2004⁸⁴.

⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos. Ob. cit. p. 30.

⁸⁴ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no [§ 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000](#), devendo seus efeitos

Nesse sentido, para Lucas Rocha Furtado:

“Quanto mais precisos e detalhados forem os estudos prévios realizados pelo poder público, maior será o interesse dos agentes privados, menores serão os riscos do empreendimento e, portanto, igualmente menores serão os encargos a serem transferidos pelo futuro parceiro privado aos usuários e ao próprio poder público”⁸⁵.

Destaca-se, dentre as exigências estabelecidas pelo art. 10 da lei em tela, a necessidade de consulta pública antes da publicação do edital (inciso VI). Esta consulta deve durar por pelo menos 30 (trinta) dias, sendo que tal prazo não pode se encerrar em período inferior a sete dias antes da data prevista para a efetiva divulgação do instrumento convocatório. Tais prazos foram estabelecidos com a finalidade de não tornar a consulta pública uma mera formalidade, tendo em vista ser essa a oportunidade de todos os interessados no projeto (empresas, entes públicos, entidades da sociedade civil, etc.) se manifestarem.

Nesse ponto, importa ressaltar que, conquanto a Administração Pública não esteja vinculada às opiniões manifestadas na consulta pública, em respeito ao direito constitucional de petição e à obrigação de motivação dos atos administrativos, é seu dever explicitar as razões pelas quais aceitou ou não as manifestações apresentadas pelos interessados⁸⁶.

Cumprir ainda mencionar que o cuidado do legislador com a fase interna da licitação de PPPs foi tamanho que instituiu um órgão específico para planejar e definir os serviços a

financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos [arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000](#), pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

⁸⁵ FURTADO, Lucas Rocha. Ob. cit. p. 611.

⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. Ob. cit. p. 30.

serem submetidos ao regime da Lei nº 11.079/2004 na esfera federal (art. 14). Tal órgão foi criado pelo Decreto nº 5.385/05, recebendo o nome de Comitê Gestor das Parcerias Público-Privadas⁸⁷.

A fase externa da licitação de PPPs, por sua vez, é disciplinada, sobretudo, pelo instrumento convocatório publicado na imprensa oficial. Dela cuidam os arts. 11 a 13 da Lei 11.079/2004.

Prescreve a referida Lei que a contratação de parcerias público-privadas será precedida de licitação na modalidade de *concorrência*, aproximando, assim, o regime das PPPs ao adotado para as licitações das concessões de serviço público.

No que se refere à competência para instituir a licitação, evidencia-se que esta tarefa é desenvolvida conjuntamente entre o órgão gestor, que autorizará a abertura do certame e aprovará o seu edital, e os Ministérios e agências reguladoras (nas suas respectivas áreas de competência), que, por seu turno, elaborarão o conteúdo edital e realizarão os procedimentos licitatórios⁸⁸.

Nos termos do art. 12, inciso I, da lei em questão, admite-se a qualificação técnica em momento anterior ao julgamento, sendo desqualificados os licitantes que não alcançarem pontuação mínima. São definidos como critérios de julgamento os seguintes: i) menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; ii) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; iii) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; e iv) melhor proposta em razão da combinação do critério anterior com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos em edital.

Importante inovação trouxe a Lei das PPPs ao estabelecer que “*o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório*” (art. 12, inciso IV). Essa

⁸⁷Incumbe a tal órgão gestor também disciplinar os procedimentos para a celebração dos contratos, autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital, e apreciar os relatórios de execução dos contratos. Para Alexandre Aragão, tais competências tendem a constituir um desnecessário exercício de funções técnico-executivas que, idealmente, seriam de responsabilidade dos órgãos setoriais tecnicamente especializados.

⁸⁸Nesse sentido confirma-se o entendimento de Fernão Justen de Oliveira: “*A tarefa primordial nessa fase de instituição da PPP consiste em delimitar a competência do órgão gestor em contraste com as competências de outras esferas da Administração, especialmente das agências reguladoras, seja na concepção, seja no controle do contrato de PPP. O inc. III do art. 14 expõe a sutileza da repartição de competências. Ao atribuir ao órgão gestor ‘autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital’. Não existe dúvida de que as duas tarefas não são subsequentes: entre a autorização para iniciar a licitação e a aprovação do edital situa-se a fase de elaboração do conteúdo do edital. Tanto essa providência quanto a realização da licitação são atribuíveis às agências reguladoras (ou ao Ministério envolvido na PPP, conforme previsão do art. 15 da Lei de PPP) e não ao órgão gestor*”. Ob. cit. p. 152.

previsão legislativa supera o formalismo exagerado na condução dos procedimentos licitatórios, o qual, não raras vezes, gera ineficiências e morosidade no âmbito das contratações públicas.

Também no sentido de propiciar mais eficiência na licitação de PPPs, admite-se a utilização de lances em viva voz posteriores às propostas escritas (art. 12, III, “a”), os quais poderão ser restritos pelo edital aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

Evidencia-se, portanto, que a Lei nº 11.079/2004 consagrou a concepção de *instrumentalidade* do procedimento licitatório, segundo a qual os critérios e condições do certame não constituem finalidades últimas, mas sim um meio para a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

4. As modalidades de PPPs na ordem jurídica brasileira

Uma vez definidas as bases constitucionais em que se assentam as parcerias público-privadas e demonstrados os pressupostos econômicos que levaram à sua criação, impende analisar especificamente as modalidades contratuais de parceria estabelecidas pela Lei nº 11.079/2004.

A partir da vigência da Lei de PPPs, foram instituídas no Brasil duas espécies contratuais de parceria entre a Administração Pública e o setor privado, quais sejam: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas. Conforme mencionado anteriormente (no tópico relativo à construção conceitual do instituto), essas duas modalidades possuem um regime jurídico próprio e característico, sendo somente elas as formas integrantes da categoria “*parceria público-privada*” na ordem jurídica pátria.

Desse modo, importa destacar as especificidades de cada uma dessas figuras contratuais, identificando suas condições e hipóteses de implementação, bem como diferenciá-las de outras formas de contratação pública.

4.1 As concessões patrocinadas

É possível dizer que as concessões patrocinadas instituídas pela Lei nº 11.079/2004 integram o gênero *concessão de serviços públicos*, ao lado das concessões previstas na Lei nº 8.987/1995. Em ambas as espécies de concessão, o objeto do contrato firmado com a Administração deve ser sempre a prestação de um serviço público, seja ele precedido de obra pública ou não. Assim, o pressuposto material para quaisquer contratações nesse campo é a existência de um serviço público econômico, passível de delegação pelo Estado.

Grande parte dos serviços públicos possui duas características principais, quais sejam: i) a especificidade (por ser destacável em unidades autônomas de utilização, sendo possível identificar o usuário); e ii) a divisibilidade (por ser possível quantificá-lo e individualizá-lo em relação a cada usuário).

A importância de identificar a especificidade e a divisibilidade do serviço público a ser delegado reside na necessidade de cobrança de tarifa do usuário, como forma de remuneração do concessionário.

Nas denominadas concessões comuns, previstas na Lei 8.987/1995, a tarifa representa a principal⁸⁹ forma de remuneração do concessionário, o qual assume o empreendimento por sua conta e risco. Nesse regime contratual, o Estado apenas delega o serviço, não sendo responsável por assegurar a obtenção de receita mínima pela empresa concessionária. Assim, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 11.079/2004, a concessão comum é definida como a concessão de serviços públicos ou de obra pública, quando não envolver a contraprestação pecuniária do poder público.

Já no que se refere às concessões patrocinadas, instituídas pela Lei nº 11.079/2004, o elemento central que as define é justamente a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, associada à tarifa cobrada dos usuários (art. 2º, § 1º). Verifica-se, portanto, que, no âmbito de tais modalidades contratuais, a Administração compartilha o risco do empreendimento com a empresa concessionária, ao contrário do que ocorre nas concessões comuns. É por essa razão que as concessões patrocinadas poderiam ser chamadas também de subsidiadas, subvencionadas ou, em alguns casos, de receita mínima assegurada.

Desse modo, observa-se que a grande diferença entre os regimes das concessões comuns e das concessões patrocinadas reside no aspecto remuneratório característico de cada um deles. Enquanto que, no primeiro regime, a amortização dos investimentos privados é feita principalmente pelas tarifas pagas pelos usuários, no segundo, tal amortização tem por base tanto as tarifas quanto as verbas do próprio Erário⁹⁰.

A Lei de PPPs prevê como possíveis contraprestações do poder público à empresa concessionária as seguintes (art. 6º): i) ordem bancária; ii) cessão de créditos não tributários; iii) outorga de direitos em face da Administração Pública; iii) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; iv) além de outros meios admitidos em lei.

⁸⁹A Lei nº 8.987/1997 prevê, em seu art. 11, obtenção de receitas alternativas pelo concessionário, desde que previstas em edital e com vistas a favorecer a modicidade tarifária.

⁹⁰ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Ob cit. p. 6.

A partir da especificação de ambas as espécies de concessão de serviços públicos, resta claro que a contratação de concessões patrocinadas possui caráter excepcional em relação às concessões comuns. Isso porque as contraprestações pecuniárias da Administração Pública somente devem ser inseridas no contrato de concessão quando constituírem fator extremamente necessário para a realização do projeto, sob pena de comprometimento das finanças públicas e favorecimento abusivo do concessionário. A doutrina identifica como critério de análise, nessa seara, a verificação da *auto-sustentabilidade* do projeto. Explica Lucas Rocha Furtado:

“No caso dos serviços públicos, precedidos ou não da execução de obra pública, deve ser examinado, inicialmente, se o *projeto é auto-sustentável*. Se as receitas projetadas para o parceiro privado forem suficientes para cobrir as despesas necessárias à execução e manutenção do empreendimento, deve ser utilizado o regime das concessões de serviço público, disciplinado pela Lei nº 8.987/1995.

Se o *projeto não for auto-sustentável*, no sentido de que as receitas a serem pagas pelos usuários do serviço público não forem suficientes para fazer frente às despesas, o que afastaria investidores privados, pode ser utilizada a concessão patrocinada”⁹¹.

Tem-se, inclusive, que uma das principais razões econômicas para a instituição da concessão na modalidade patrocinada é justamente o exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos auto-sustentáveis, que inviabiliza a opção pelo formato da concessão comum⁹². Nesse quadro, a possibilidade de contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado tem como fundamento a busca em atrair investimentos privados para atividades que, embora não sejam rentáveis em si mesmas, possuam relevância econômica e/ou social.

Existem correntes doutrinárias, no entanto, que defendem ser inconstitucional essa complementação de receita feita pelo poder público. De acordo com tal entendimento, o art. 175 da Constituição Federal, ao estabelecer como diretriz a política tarifária, teria condicionado todas as modalidades de concessão de serviço público à adoção do regime de tarifas como meio de remuneração integral do concessionário. Percebe-se que essa visão parte de uma leitura extremamente formalista do texto constitucional, não se adequando a uma perspectiva sistêmica da ordem jurídica pátria.

⁹¹FURTADO, Lucas Rocha. Ob. cit. p. 596.

⁹² BINENBOJM, Gustavo. Ob. cit. p. 4.

Evidencia-se que nada no texto e no espírito do referido art. 175 pressupõe ou dá a entender que a atividade do concessionário tenha de ser suportada exclusivamente pelo pagamento de tarifa pelos usuários.

Num plano mais amplo, vislumbra-se que a diretriz constitucional voltada ao legislador para a definição da política tarifária não implica na exigência de que a tarifa seja o único mecanismo de remuneração do concessionário. Nesse sentido, Gustavo Binbenojm defende que “*fazer política tarifária, nos termos e para os fins do art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição, significa dispor sobre se, quando e em que circunstâncias e proporção a remuneração do concessionário deve ser suportada por usuários, Poder Público ou por outras receitas alternativas decorrentes ou associadas à prestação dos serviços à população*”⁹³.

Compartilhando essa mesma concepção, ressalte-se o posicionamento de Floriano de Azevedo Marques Neto:

“Portanto, não vejo como sustentar ser à lei vedado estipular modalidade de concessões alternativas àquela típica, disciplinada pela Lei 8.987/1995. A própria Constituição (art. 175, parágrafo único, III), ao aludir à remuneração nos serviços públicos delegados, faz menção não a tarifas, e sim à política tarifária a ser definida por lei – o que, a meu ver, autoriza inclusive que o legislador defina serviços públicos que sejam objeto de concessão com uma política de subsídios públicos intensa”⁹⁴.

Assim, deve ser afastada a pretensa inconstitucionalidade do modelo de concessão patrocinada, tendo em vista que as contraprestações do poder público ao setor privado, como meio de viabilizar contratações públicas, encontram abrigo na matriz constitucional que incide sobre a matéria.

4.2 As concessões administrativas

A Lei nº 11.079/2004 instituiu, ao lado das concessões patrocinadas, as denominadas concessões administrativas. Estas, em face do § 2º, do art. 2º da lei em referência, constituem modalidades contratuais “*de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens*”.

⁹³BINENBOJM, Gustavo. Ob. cit. p. 8.

⁹⁴MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ob. cit. p. 289.

Como se percebe, a definição legal em tela é bastante ampla, o que acaba por gerar dúvidas acerca de seu alcance e hipóteses de implementação. Não obstante, a doutrina especializada extrai do conceito em análise três elementos essenciais, quais sejam: i) a celebração de contrato de prestação de serviços; ii) a Administração como usuária direta ou indireta; e iii) a inadmissão da execução de obra ou fornecimento e instalação de bens como objeto único do contrato⁹⁵. Impende compreender cada um deles.

Tem-se como objeto central do contrato de concessão administrativa a prestação de serviços. Em face da ausência de definição legal quanto à natureza dos serviços a serem prestados, é possível aferir que o legislador não limitou a escolha do poder público nesse campo. Assim, entende a doutrina que podem ser delegados, por meio dessa espécie de concessão, tanto serviços públicos quanto os serviços prestados ao próprio Estado⁹⁶.

A concessão administrativa que tem por objeto a prestação de serviços públicos se submete ao regime do art. 175, da Constituição Federal, assim como as outras modalidades de concessão (comum e patrocinada)⁹⁷. O fator que a distingue dessas últimas é a ausência de cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o parceiro privado por meio de contraprestações da Administração Pública. Seja pela impossibilidade de cobrar tarifa diretamente do usuário, em razão do serviço não ser divisível e/ou específico, seja pela necessidade de realização de políticas públicas (busca de desenvolvimento regional, incapacidade da população usuária em pagar as tarifas, etc.), o Estado assume o ônus econômico do empreendimento, constituindo os recursos públicos a única forma de a empresa concessionária recuperar os seus investimentos.

A referência que a lei faz à hipótese de a Administração Pública figurar como ***usuária indireta*** do serviço tem por fundamento justamente essa modalidade de concessão administrativa envolvendo serviços públicos. Isso porque, embora os administrados sejam os beneficiários imediatos das prestações, o poder público permanece na condição de titular do dever da contraprestação. Assim, nesse caso, o Estado toma em nome próprio o dever de pagamento da tarifa no lugar dos usuários efetivos.

⁹⁵OLIVEIRA, Fernão Justen. Ob. cit. p. 135

⁹⁶Nesse ponto, confira-se a interpretação oferecida por Carlos Ari Sundfeld: “*Não estão no texto literal das PPPs as expressões que, por razões didáticas, aqui utilizamos para explicar os dois tipos de concessão administrativa. Mas as categorias correspondentes são criação da própria lei, que, em seu art. 2º, § 2º, definiu a concessão administrativa como ‘o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja usuária direta’ (hipótese que denominamos de concessão administrativa de serviços ao Estado) ‘ou indireta’ (hipótese que denominamos de concessão administrativa de serviços públicos)*”. Ob. cit. p. 30.

⁹⁷É em virtude da possibilidade da concessão administrativa ter por objeto serviços públicos que a Lei nº 11.079/2004 estabeleceu a aplicação subsidiária a ela de dispositivos da Lei nº 8.987/1995, nos termos do artigo 3º daquela lei.

Além de serviços públicos, podem também ser delegados por meio do contrato de concessão administrativa serviços prestados ao próprio Estado. Importa ressaltar que, antes da promulgação da Lei nº 11.79/2004, as únicas modalidades de contratação pública envolvendo essa espécie de serviço eram aquelas previstas na Lei nº 8.666/93. Com a entrada em vigor da Lei de PPPs, passou a ser possível ao administrador escolher qual dos regimes legais de contratação mais se adéqua às circunstâncias e às peculiaridades do serviço a ser prestado. Assim, constituiu-se o gênero “*contrato administrativo de serviços ao Estado*”, do qual são espécies as figuras contratuais estabelecidas pela Lei de Licitações, de um lado, e, de outro, a concessão administrativa da Lei de PPPs.

As diferenças entre os regimes de contratação estabelecidos pelas Leis nºs 8.666/93 e 11.079/04 tem como ponto central a **complexidade** das estruturas contratuais.

A Lei de Licitações instituiu o regime geral de contratação pública, sendo as modalidades de contrato nela previstas as mais variadas (obras, serviços, compras, alienações, locações, etc.). Prescreve o parágrafo único do artigo 2º desta Lei que “*considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*”. Nesse sentido, percebe-se que a maior parte dos contratos firmados pelo poder público com particulares serão regulados, em maior ou menor grau, pela Lei nº 8.666/93.

No que tange às concessões administrativas, verifica-se que estas constituem um regime de contratação apartado do instituído pela Lei de Licitações, em face de seu objeto e de sua lógica contratual específica. Enquanto que no regime estabelecido pela Lei nº 8.666/93 o objeto do contrato é **simples**, permanecendo o particular contratante vinculado à Administração somente até a entrega do bem ou a prestação do serviço contratado, nos contratos de concessão administrativa o objeto é **complexo**, havendo o compartilhamento dos riscos inerentes ao empreendimento entre parceiro público e parceiro privado.

Desse modo, para que se tenha uma concessão administrativa de serviços ao Estado, é necessário que o contrato estabeleça como objeto não só o próprio fornecimento de serviços, mas também a construção, ampliação, ou recuperação de infraestrutura pública. De acordo com a Lei de PPPs, o parceiro privado irá investir (valor não inferior a R\$ 20 milhões) na obra de infraestrutura necessária à prestação dos serviços contratados, e só terá direito a sua remuneração quando estes começarem a ser efetivamente fornecidos ao poder público (art. 7º).

Além disso, o contrato deverá ser estabelecido por período entre 5 (cinco) e 35 (trinta e cinco), a teor do art. 5º, inciso I, como forma de garantir o retorno dos investimentos privados, e também para estabelecer “*um período mínimo de exposição do contratado ao risco de prejuízo econômico em decorrência da má execução da infraestrutura*”⁹⁸.

Outrossim, é por tais razões que a Lei nº 11.079/04 veda expressamente a celebração de contrato que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a simples execução de obra pública (art. 2º, § 4º, inciso III). Como visto, o objeto da concessão administrativa (e das PPPs de forma geral) é complexo, haja vista que requer não só a prestação de serviços, mas também investimentos na infraestrutura vinculada a esta atividade (seja na construção, ampliação ou recuperação da respectiva obra).

Impende ressaltar, por fim, que parte da doutrina entende que as concessões administrativas são inconstitucionais por não se adequarem ao conceito de concessão previsto no artigo 175 da Constituição Federal. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Luiz Tarcísio Ferreira:

“A possibilidade da remuneração por tarifa constitui então, a nosso ver, condição mínima essencial para haver concessão, mesmo quando concreta e excepcionalmente essa tarifa viesse a ser suportada exclusivamente pelo Poder Público. (...). Porém, sem que haja essa possibilidade de cobrança da tarifa, não se pode cogitar da figura da concessão, falando-se, então em contrato de prestação de serviços, de terceirização da prestação de serviços ou de contrato de gestão, figuras regidas por outros diplomas legais”⁹⁹.

Conforme a abordagem feita anteriormente, no tópico relativo às concessões, verifica-se que o entendimento transcrito acima não merece encontrar abrigo na ordem jurídica pátria. Primeiramente, porque o conceito concessão não se refere apenas à modalidade relativa a serviços públicos, abrangendo também outros contratos administrativos. E, em segundo plano, em virtude de a observância da “política tarifária” prevista no texto constitucional não pressupor, como requisito essencial, a cobrança efetiva de tarifas pelos usuários do serviço. A implementação de política tarifária não impede contraprestações do poder público ao concessionário, nem mesmo em contextos que impliquem “*tarifação zero*”¹⁰⁰.

⁹⁸SUNDFELD, Carlos Ari. Ob. cit. p. 35.

⁹⁹ FERREIRA, Luis Tarcísio Teixeira. Ob. cit. p. 167.

¹⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ob. cit. p. 289.

5. Os requisitos e as diretrizes contratuais nas PPPs

Os contratos administrativos de parcerias público-privadas requerem, tanto do poder público quanto do setor privado, um comprometimento de longo prazo, envolvendo vultosos investimentos e incidindo sobre atividades e serviços de interesse público, muitas vezes dotados de grande especificidade. Assim, andou bem o legislador brasileiro ao deixar a maior parte da regulação específica das PPPs a critério do administrador, que terá mais ampla liberdade operacional.

Entretanto, em face da dimensão e da importância dos empreendimentos a serem realizados e da grande monta de investimentos envolvidos, a Lei nº 11.079/04 estabeleceu os requisitos e as diretrizes essenciais a serem observados em todos os contratos de PPPs. Tais requisitos e diretrizes, além de resguardarem a lógica contratual que pressupõe a criação de uma parceria público-privada, buscam impedir a falta de planejamento em relação ao dispêndio de recursos públicos e oferecer à esfera privada garantias que a estimulem a investir. É este o ensinamento de Carlos Ari Sunfeld:

“A característica central das concessões administrativa e patrocinada que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se põem: tanto impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir”¹⁰¹.

Faz-se necessária, então, a análise específica dos aludidos requisitos e diretrizes contratuais.

5.1 Os requisitos contratuais

Os requisitos gerais para a celebração dos contratos de parcerias público-privadas estão previstos no art. 2º, § 4º, da Lei nº 11.079/04. São eles: i) valor do contrato superior a vinte milhões de reais; ii) período de prestação do serviço superior a cinco anos; e iii) que não tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

¹⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Ob. cit. p. 23.

A necessidade de investimentos superiores a 20 (vinte) milhões de reais por parte do parceiro privado, para a celebração de qualquer contrato de PPP, é justificada pelo caráter excepcional dessa modalidade de contratação. Como visto, a Lei nº 11.079/04 tem como objetivo primordial atrair capital privado para a construção, ampliação ou reforma de obras de infra-estrutura pública. Considerando a grande quantidade de recursos que obras dessa natureza demandam, o legislador estabeleceu um valor contratual mínimo elevado para não banalizar a aplicação do instituto e, principalmente, para concentrar os investimentos privados naqueles projetos de infraestrutura que não poderiam ser executados sem o comprometimento das finanças públicas.

Quanto ao requisito do tempo mínimo de 5 (cinco) anos para a prestação do serviço, este se justifica em face da própria lógica contratual que envolve as parcerias público-privadas. Conforme abordagem feita anteriormente, o objeto dos contratos de PPPs é complexo, sendo a construção, ampliação ou a reforma de infraestrutura pública condição indispensável para o início da prestação dos serviços contratados. Assim, como antes mencionado, o objetivo de tal exigência é o de estabelecer “*um período mínimo de exposição do contratado ao risco de prejuízo econômico em decorrência da má execução da infraestrutura*”¹⁰².

O terceiro requisito possui estreita relação com o segundo, na medida em que também está relacionado com o objeto dos contratos de PPP. A vedação à simples contratação de fornecimento de mão-de-obra, do fornecimento e instalação de equipamentos ou de execução de obra pública tem razão de ser em face da complexidade das atividades a serem desempenhadas pelo parceiro privado (construção, ampliação ou reforma de infraestrutura e prestação de serviços).

A partir de uma leitura sistêmica da Lei nº 11.079/04, é perfeitamente possível identificar ainda outros dois requisitos contratuais, que não estão expressos em seu art. 2º, § 4º. São eles: i) a exigência de a contraprestação da Administração Pública ser obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada (art. 7º)¹⁰³; e ii) a constituição de sociedade de propósito específico (art. 9º).

No primeiro caso, a ideia do legislador foi a de vincular a remuneração a ser percebida pelo parceiro privado à prévia construção, ampliação ou reforma de infraestrutura pública.

¹⁰²SUNDFELD, Carlos Ari. Ob. cit. p. 35.

¹⁰³Os §§ 1º e 2º do artigo 7º, introduzidos pela Medida Provisória nº 575/2012, abrandaram a exigência em tela, na medida em que possibilitaram ao poder público nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Já no segundo caso, o que se busca com uma sociedade de propósito específico (SPE) é o maior controle da execução do contrato e da situação financeira da empresa concessionária. A constituição de uma SPE implica a segregação patrimonial, contábil e jurídica de uma sociedade empresarial que estará vinculada tão somente à finalidade de construção e gestão do empreendimento de parceria público-privada. Explica Alexandre Aragão que “*se a concessionária de PPP não tivesse que ser uma SPE, possuindo outras atividades, poderia haver uma nebulosidade em relação aos investimentos e receitas concernentes especificamente ao empreendimento público diante do conjunto de todas as outras atividades da empresa*”¹⁰⁴.

Destarte, verifica-se que, ao contrário de outras formas de contratação pública que não exigem a constituição de SPE, as parcerias público-privadas, em face do volume de investimentos que requerem, dos vários financiamentos de que são objetos, e de seu longo prazo de duração, tem nessa forma de organização societária um importante mecanismo de controle e de transparência no recebimento/emprego dos recursos públicos.

5.2 As diretrizes contratuais

As diretrizes¹⁰⁵ contratuais que norteiam as contratações públicas por meio de PPPs estão previstas no art. 4º da Lei nº 11.079/04. Confira-se:

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

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

¹⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Ob. cit. p. 39.

¹⁰⁵ Segundo Fernão Justen de Oliveira, “*a diretriz se ampara em duas ideias funcionais: a finalidade de governo e a conveniência econômica, política ou social. (...) Adota-se neste estudo que, ao inverso do princípio, a diretriz não adquire eficácia senão mediante declaração positivada. É que a delimitação da finalidade de governo admite unicamente revelação explícita, inclusive sob o postulado da transparência. (...) Trata-se de retirar da seara política e econômica um determinado objetivo de governo e relocá-lo no âmbito jurídico*”. Ob. cit. p. 118.

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

A fim de facilitar o estudo, cada uma das diretrizes apontadas será relacionada a grupos, tendo em vista a matéria específica em que incidem. São estes os grupos: i) diretrizes de responsabilidade fiscal e eficiência no emprego dos recursos públicos; ii) diretrizes sobre possibilidades de delegação e funções exclusivas do Estado; iii) diretrizes socioeconômicas; e iv) diretrizes institucionais. Vejamos cada uma delas.

5.2.1 PPPs e responsabilidade fiscal

O debate envolvendo a observância das regras de responsabilidade fiscal nos contratos de parcerias público-privadas foi um dos mais intensos durante o período de tramitação da Lei nº 11.079/04 no Congresso Nacional. Questões relativas às PPPs, como a assunção de dívidas de longo prazo pelo poder público, o comprometimento dos futuros governos em honrar as disposições contratuais firmadas com o parceiro privado, e a sustentabilidade financeira dos projetos de parceria possuem grande relevância no planejamento e gestão dos gastos públicos. Preocupou-se e o legislador brasileiro em estabelecer critérios financeiros e orçamentários específicos no que tange à contratação de parcerias público-privadas.

As disposições da Lei de PPPs sobre o assunto em tela alcançam, em primeiro lugar, o procedimento licitatório. Conforme preceitua o art. 10, inciso I, da lei em referência, a celebração de todo contrato de parceria deverá ser precedida de estudo técnico que demonstre: i) a conveniência e a oportunidade da contratação; ii) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, havendo a obrigação de que seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, sejam compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e iii) a observância dos limites e condições decorrentes dos arts. 29, 30 e 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Além do procedimento licitatório, a Lei de PPPs estabelece outras exigências relevantes de caráter orçamentário. Dentre estas se destaca a necessidade de previsão do projeto de parceria no Plano Plurianual. Nesse sentido se posiciona a doutrina especializada:

“No que diz respeito às parcerias público-privadas, importa reconhecer que na celebração de contrato de PPP nas modalidades patrocinada e administrativa, por envolver o comprometimento futuro de recursos orçamentários, tais leis

(orçamentárias) têm especial função, não apenas do ponto de vista do planejamento das ações estatais, mas porque têm caráter autorizativo para contratações dessa natureza. Dessa forma, sem que o PPA expressamente contenha a previsão do específico negócio de PPP que se pretendeu contratar, não será possível abrir a respectiva licitação”¹⁰⁶.

Nesse campo, ressalte-se ainda o importante regramento estabelecido pelos arts. 22 e 28 da Lei de PPPs, que estabelecem outras diretrizes financeiras e orçamentárias gerais a serem observadas nos contratos de parceria público-privadas, *in verbis*:

“Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a cinco por cento da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes excederem a cinco por cento da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios”.

A partir da leitura dos dispositivos legais transcritos acima, evidencia-se que o legislador procurou estabelecer padrões rígidos para a contratação de PPPs no que se refere às finanças públicas. A limitação expressa dos recursos disponíveis para os projetos de parceria com o setor privado (art. 22) e o condicionamento da transferência voluntária de recursos pela União aos Estados, Municípios e Distrito Federal geram um ambiente orçamentário seguro e evitam o desvirtuamento dessa modalidade de contratação pública, a exemplo do que se daria no caso de governantes, vergados pela pressão política e social, construírem obras rapidamente, sem a necessária avaliação dos impactos financeiros futuros.

¹⁰⁶ MONTEIRO, Vera. *Parcerias Público-Privadas: Aspectos Fiscais e Orçamentários*. In: *Parcerias Público-Privadas*. Coord. Sérgio Augusto ZampolPavani e Rogégio Emílio de Andrade. São Paulo, MP, 2006.p. 197.

5.2.2 Indelegabilidade das funções de Estado. A questão do poder de polícia.

Constitui uma das diretrizes para a contratação de parcerias público-privadas a indelegabilidade das atividades exclusivas do Estado. Desse modo, as funções de regulação, de jurisdição e do exercício do poder de polícia são objetos de expressa vedação legal no que tange à possibilidade de sua delegação ao setor privado.

O principal fundamento para a indelegabilidade de tais atividades reside na **autoridade** do poder público em face da esfera privada. Nessa perspectiva, o Estado, como organização que busca o bem comum, possui poderes e funções exclusivos para alcançar este mister, seja regulando e fazendo incidir a lei em situações concretas, seja condicionando e limitando direitos e liberdades dos particulares. Assim, a exclusividade que o ente estatal possui em relação a determinadas atividades tem como pressuposto a sua própria finalidade última, qual seja, a de concretizar o interesse público.

Entretanto, questão de grande relevância é a relativa à possibilidade de delegação do poder de polícia, num contexto em que se evidencia o aumento da complexidade das situações jurídicas em que figura a Administração Pública e a necessidade, cada vez mais latente, de eficiência na atuação do poder público. Conforme será abordado no próximo capítulo, é preciso que doutrina e jurisprudência passem a compreender o “poder de polícia” a partir dos novos contornos assumidos pelo Direito Administrativo, e não sob o prisma de uma concepção de legalidade estritamente formal e estanque.

Em específico, a possibilidade de contratação de serviços penitenciários por meio de PPPs tem sido matéria de importantes debates. Questiona-se, principalmente, quais tarefas poderiam ser delegadas ao parceiro privado. O policiamento no interior do estabelecimento prisional e a direção da disciplina do presídio enquadram-se na categoria “*poder de polícia*”? Perguntas como essas nortearão o estudo a ser feito no próximo capítulo.

5.2.3 Diretrizessocioeconômicas

Integram o grupo das diretrizes socioeconômicas: i) o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e do parceiro privado que os presta; ii) a repartição objetiva de risco entre as partes; iii) sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

A primeira dessas diretrizes está em consonância com o mandamento constitucional constante do art. 175, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição Federal. Os contratos de PPP, em suas duas modalidades, deverão necessariamente prever quais os direitos dos destinatários do serviço e do parceiro privado prestador deste. A previsão contratual de tais

direitos é de grande relevância, haja vista que conferirá maior segurança jurídica ao desenvolvimento das atividades envolvidas na parceria e evitará futuras controvérsias acerca da adequação do serviço e das contraprestações devidas pelo poder público.

A divisão de riscos entre os parceiros público e privado, por sua vez, consiste numa das principais características dos contratos de PPP. Enquanto no regime contratual das concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987/95) o concessionário atua por sua conta e risco, nas parcerias público-privadas o compartilhamento dos riscos¹⁰⁷ do empreendimento pelos parceiros constitui elemento central do instituto. É justamente essa diretriz contratual que confere às das PPPs um caráter atrativo para os investimentos privados, na medida em que o concessionário não suportará todos os possíveis ônus advindos da prestação de serviços de forma exclusiva, sendo as contraprestações da Administração e o sistema de garantias estabelecido pela Lei nº 11.079/04 meios de compensação e repartição de riscos.

Como visto anteriormente na parte relativa ao procedimento licitatório, é preciso que o estudo técnico que precede a abertura da fase externa da licitação faça uma análise detalhada dos riscos envolvendo o projeto de PPP. Somente com base em tal análise será possível a elaboração de um edital adequado e a seleção da proposta mais vantajosa ao poder público.

Ademais, cumpre ressaltar que também devem ser compartilhados os ganhos decorrentes do contrato de parceria. Exemplo é a redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado para a realização do empreendimento, em face das amplas garantias oferecidas pelo parceiro público (art. 5º, inciso IX da Lei nº 11.079/04).

Por fim, a necessidade de se comprovar sustentabilidade financeira e as vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria tem fundamento na proteção do interesse público e no emprego eficiente dos próprios recursos estatais. A doutrina estabelece alguns critérios para aferição concreta desses dois elementos (sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas). O primeiro deles é o *Value for Money*, que avalia e compara as eficiências da prestação de determinado serviço diretamente pelo Estado, de um lado, ou, de outro, a prestação de tal serviço de forma delegada. Explica Fernão Justen de Oliveira:

¹⁰⁷Benjamim Zymler e Guilherme Henrique de laRocque Almeida identificam 5 riscos principais envolvendo os contratos de parceria público-privada. São eles: “a) *risco político, englobando tanto o risco soberano quanto o denominado fato do príncipe*; b) *risco ambiental, que especialmente no setor de infra-estrutura assume grande relevância*; c) *risco regulatório, envolvendo não só as regras positivadas como também a forma como elas são interpretadas e aplicadas*; d) *risco contratual, devendo ser levada na devida conta a complexidade das avenças que serão celebradas no âmbito das PPP*; e e) *risco de inadimplemento decorrente de erros de projeto ou de execução, especialmente no que concerne à avaliação prévia da viabilidade econômico-financeira da parceria, ou da eventual imposição por parte do poder público de alterações contratuais unilaterais*”. O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas, p. 270.

“O *Value for Money* indica se é mais (ou menos) eficiente submeter um projeto ao sistema da parceria público-privada. Na medida em que as vantagens socioeconômicas estão alçadas à condição de norma-objetivo pela Lei de PPP, a parceria público-privada será apropriada na hipótese de ficar demonstrado, pela apuração do *Value for Money*, que a relação custo-benefício para concretizar determinado projeto mostra-se mais vantajosa mediante a celebração de parceria público-privada do que por meio de outro instrumento jurídico”¹⁰⁸.

Outro critério de análise é o *projectfinance*, o qual estabelece os parâmetros de sustentabilidade financeira dos empreendimentos de PPP, buscando a melhor alocação de riscos possível em cada situação concreta¹⁰⁹. Nesse sentido, confira-se:

“Já o *projectfinance* configura a estrutura financeira de um projeto, constituindo-o de acordo com a aptidão e tolerância do capital em assumir a parcela de risco compatível com o retorno desejado. Ou seja, a atribuição contratual dos riscos será precedida da elaboração do *projectfinance*, que os mensurará para então mitigá-los ou alocá-los em conformidade com as condições específicas dos parceiros e conscientemente assumidas por cada qual deles. Essa prévia estimativa configura o equilíbrio econômico-financeiro que será posteriormente consolidado no contrato de parceria público-privada”¹¹⁰.

A partir da compreensão de cada uma das diretrizes socioeconômicas, percebe-se a vital importância de disposições contratuais bem elaboradas e planejadas para o sucesso do projeto de parceria público-privada. A Lei nº 11.079/04 conferiu ampla liberdade ao administrador para estabelecer, no contrato, os direitos e deveres específicos dos parceiros público e privado, a divisão dos riscos do empreendimento entre tais parceiros, e a estrutura financeira do próprio projeto de PPP. Desse modo, impende que o contrato de parceria seja fruto de estudo técnico detalhado e que os órgãos competentes fiscalizem de forma constante o cumprimento de suas cláusulas.

¹⁰⁸OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. cit. p. 126.

¹⁰⁹Benjamim Zymler e Guilherme Henrique de laRocque Almeida entendem que a alocação de riscos será eficiente quando produzir os seguintes efeitos principais: a) *incentivar o parceiro privado a disponibilizar o serviço contratado no prazo avençado, desde que sejam atingidos os padrões de qualidade anteriormente definidos e respeitadas as estimativas de custo*; b) *aumentar a qualidade do serviço anteriormente observada*; c) *incrementar geração de receitas*; e d) *conferir maior previsibilidade às receitas e às despesas*”. Ob. cit. p. 271.

¹¹⁰OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. cit. p. 126

5.2.4 As diretrizes institucionais

Integram o grupo das diretrizes institucionais a eficiência no cumprimento das missões de Estado e a transparência dos procedimentos e das decisões.

Ao desenvolver instrumentos que permitem a realização de parcerias com o setor privado, o poder público busca alcançar a eficiência que caracteriza a atuação das empresas privadas, as quais sempre têm por objetivo maximizar seus lucros e reduzir seus custos¹¹¹. Assim, a delegação de atividades à iniciativa privada por meio de PPPs, além de possibilitar a obtenção de investimentos de que não dispunha a Administração, permite trazer à esfera pública a eficiência e a *expertise* que permeiam a atividade empresarial. Seguindo essa orientação, ressalte-se o entendimento de Adriana Macedo Marques:

“Neste sentido, a parceria não se dá simplesmente em razão da falta de recursos do Estado, o qual poderá se utilizar de um contrato de parceria a fim de que o ente privado entre com investimentos próprios na implementação de obras e serviços públicos. Ela se mostra adequada também em virtude de a gestão revelar-se mais eficiente e ágil, uma vez que o mercado competitivo exige que as empresas concorrentes sejam cada vez mais modernas não apenas no tocante à fabricação de produtos inovadores e de melhor qualidade, mas também no que tange à administração da própria empresa, que deve estar sempre atenta às rápidas oscilações do mercado apresentado flexibilidade, agilidade e perspicácia na condução dos negócios, além de preocupar-se com o relacionamento interno entre os agentes da empresa”¹¹².

Nessa perspectiva, questão de grande relevância diz respeito à possibilidade de a Administração Pública estabelecer como exigência para a contratação de uma PPP a elaboração do projeto básico do empreendimento pelo parceiro privado. Questiona-se se, no regime da Lei nº 11.079/04, deve o edital prever todo o projeto das obras a serem realizadas (nos termos do art. 6º, inc. IX da Lei nº 8.666/1993) ou se haveria espaço para propostas de projetos por parte dos licitantes. A doutrina se divide nesse ponto, principalmente em face do veto presidencial de que foi objeto o art. 11, inciso II, da Lei de PPPs.

Previa o dispositivo vetado a responsabilidade da empresa contratada pela elaboração dos projetos executivos das obras. Assim, o que se pretendia, *a contrario sensu*, era vedar que a esta empresa pudesse ser conferida a possibilidade de apresentar proposta de projeto básico do empreendimento. Nas razões do veto, o Presidente da República consignou que, ao

¹¹¹ FURTADO, Lucas Rocha. Ob. cit. p. 603.

¹¹² MARQUES, Adriana Macedo. Ob. cit. p. 75.

permitir somente a delegação do projeto executivo das obras ao parceiro privado, o art. 11, inciso II, iria de encontro à lógica contratual das PPPs, na medida em que estas *“só se justificam se o parceiro privado puder prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a administração pública”*.

Parte da doutrina entende que as razões do veto não teriam sido suficientes para conferir ao licitante a possibilidade de elaboração do projeto básico da obra delegada por meio de PPP. Nesse sentido, Fernão Justen de Oliveira assevera que *“não se pode inferir que determinada conduta foi permitida apenas porque a norma que a proibia foi vetada”*¹¹³.

Em posição contrária estão os posicionamentos dos professores Carlos Ari Sundfeld e Alexandre Aragão. Esse último autor entende que *“os fundamentos do veto, apesar de logicamente não integrarem a lei, constituem elementos importantíssimos para a sua interpretação”*¹¹⁴. Assim, tanto o projeto básico como o projeto executivo, poderiam ficar a cargo do concessionário. O que se exigiria do edital seria *“apenas a adequada definição do objeto, isto é, que contenha os elementos que permitam a caracterização das eventuais obras”*¹¹⁵.

Verifica-se que esse segundo entendimento, perfilhado pelos ilustres professores, possui maior coerência com os contornos legais conferidos às parcerias público-privadas e com o próprio objetivo de eficiência que levou à criação do instituto. Desse modo, deve o administrador, na abertura do edital, exigir a apresentação de projetos básicos por parte dos licitantes, sempre que tal medida trouxer eficiência para a concretização da PPP.

No que se refere à diretriz de transparência dos procedimentos e das decisões, esta se impõe em face do princípio da publicidade constante do artigo 37 *caput* da Constituição Federal.

Em face de tal diretriz, todas as fases da PPP deverão ser amplamente discutidas entre parceiro público, parceiro privado e sociedade. A sua efetiva aplicação conferirá legitimidade sociopolítica ao empreendimento. Contudo, defende Fernão Justen de Oliveira que, para alcançar esse estado de legitimidade, *“será preciso que os parceiros permitam-se, ativa e positivamente, o debate prévio sobre a decisão pela prática de atos relativos à parceria público-privada, o acompanhamento desses atos e a razoável estimativa da conduta futura”*¹¹⁶.

¹¹³OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. cit. p. 165.

¹¹⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ob. cit. p. 32.

¹¹⁵SUNDFELD, Carlos Ari. Ob. cit. p. 40.

¹¹⁶OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. cit. p. 124.

6. O sistema de garantias instituído pela Lei dePPPs

As parcerias público-privadas são concessões que, do ponto de vista econômico-financeiro, possuem a necessidade de recursos públicos para a realização do empreendimento a elas vinculado. Conforme abordado anteriormente, o regime de PPPs tem por objeto serviços públicos ou serviços de interesse da Administração não auto-sustentáveis, que requerem contraprestações pecuniárias do poder público como meio de viabilizar a sua consecução.

No entanto, é cediço que as dívidas públicas do Estado brasileiro estão em constante crescimento, e, em sentido contrário, a capacidade de adimplemento destas, por parte dos diferentes entes federativos, encontra-se cada vez mais diminuta. Nesse quadro, dois problemas institucionais representavam um risco à instituição das parcerias público-privadas no Brasil. O primeiro deles é o regime de precatórios judiciais, como via necessária para o pagamento de condenações por inadimplemento contratual da fazenda pública (art. 100 da CF). O outro reside na falta de comprometimento de gestões governamentais futuras em honrar contratos firmados por governos passados, gerando grande risco político em quaisquer formas de vínculo entre poder público e setor privado. Alexandre Aragão expõe interessante visão a respeito do assunto:

“Ora, em um contrato que tende a ser de longuíssima duração, como as PPP’s, que certamente passarão por várias gestões de Governo, e dependentes de vultosas verbas estatais, não será certamente a mera previsão legal e contratual de que o Estado terá a obrigação de pagar determinados montantes à concessionária que fará com que os virtuais investidores confiem que receberão o que lhes será devido.

O problema, infelizmente, não está sequer mais em como se garantir a adimplência do Estado, mas sim em como, diante da inadimplência, fazer valer os seus direitos. Ordinariamente o credor do Estado tem que iniciar o seu périplo propondo uma ação no Poder Judiciário, que demoraria anos a ser julgada, e, depois, esperar o seu precatório ser pago, o que via de regra demanda no mínimo a mesma quantidade de anos, ainda mais se considerando os fortes contingenciamentos que os últimos orçamentos vêm sofrendo”¹¹⁷.

Diante de tais problemas institucionais, a Lei nº 11.079/04 instituiu garantias inovadoras na ordem jurídica brasileira, de modo a atrair a confiança do investidor e evitar a inadimplência do poder público.

¹¹⁷ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ob. cit. p. 24.

A primeira delas está expressa no art. 11, inciso III, da Lei de PPPs. Consiste na possibilidade de o edital prever a arbitragem ou outros mecanismos privados de solução de disputas como meio de resolução de eventuais controvérsias no âmbito do contrato de parceria. Muito se discutiu sobre a constitucionalidade de tal dispositivo legal, principalmente em face do princípio da indisponibilidade do interesse público que deve orientar a atuação da Administração. Entretanto, a ausência de vedação constitucional no que tange a utilização dos aludidos mecanismos de resolução de disputas por parte do poder público e a autorização legal expressa nesse sentido afastam qualquer leitura que coloque em xeque a legitimidade do dispositivo em tela ¹¹⁸.

Mecanismos mais céleres de resolução de conflitos contratuais, como a arbitragem, conferem ao regime de parceria público-privada mais eficiência e eliminam gastos que seriam necessários se a demanda tivesse de ser levada ao Judiciário. Além disso, ressalte-se que, em face da grande especificidade setorial dos serviços a serem prestados por meio das PPPs, a arbitragem se revela como o meio mais adequado à resolução das controvérsias contratuais nesse campo, justamente pela possibilidade de se escolherem árbitros com conhecimento do setor e com maior aptidão para encontrar soluções rápidas e conciliadoras, sem que haja prejuízo na continuidade da prestação dos serviços.

As outras garantias contratuais instituídas pela Lei nº 11.079/04 encontram-se em seu art. 8º. Dentre elas se destacam duas, quais sejam: i) a vinculação de receitas; ii) a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei.

A vinculação de receitas deve obedecer ao que preceitua o art. 167, inciso IV, da Constituição Federal. Assim, não poderão ser vinculados os recursos advindos da arrecadação de impostos para a garantia das dívidas contraídas em decorrência dos projetos de PPP. Outras modalidades de receita, no entanto, podem ser vinculadas ao cumprimento das obrigações de parcerias público privadas, como forma de garantia, sem que haja violação à ordem constitucional. Nesse sentido, Fernando Vernalha Guimarães ressalta que:

“Contudo, a restrição da impenhorabilidade não tem o alcance de impedir o endereçamento de receitas ao pagamento de obrigações vincendas do Poder Público. Tivesse esse feito, desafiariam o princípio de todas as demais vinculações de receita

¹¹⁸A legitimidade da previsão do art. 11, inciso III, da Lei nº 11.079/2004 também encontra respaldo na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

constitucionalmente autorizadas, que haveriam de erguer-se como exceção. Não me parece que essa seja uma exegese correta do texto constitucional”¹¹⁹.

No que se refere à possibilidade de instituição de fundos de garantia, importa consignar que, na esfera federal, a própria Lei das PPPs estabeleceu o regramento geral do denominado Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP).

Conforme dispõe o art. 16 da Lei nº 11.079/04, o FGP terá por finalidade exclusiva prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude dos contratos de PPP. Assim, tal fundo funcionará como um patrimônio de afetação, ou seja, como um conjunto de bens destinado apenas a garantir o cumprimento das obrigações decorrentes das contratações de parcerias público-privadas.

O FGP possui personalidade jurídica própria, cuja natureza é de direito privado (art. 16, § 1º). O aporte de bens e direitos do Fundo será realizado por cotistas (União, suas autarquias e fundações), por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração (art. 16, § 2º), e será condicionado à desafetação individualizada dos bens públicos, haja vista que passarão ao regime privado (art. 16, § 7º).

O parceiro privado poderá acionar o FGP nos casos de: i) crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público após 15 (quinze) dias contados da data de vencimento; e ii) débitos constantes de faturas emitidas e não aceitas pelo parceiro público após 45 (quarenta e cinco) dias contados da data de vencimento, desde que não tenha havido rejeição expressa por ato motivado (art. 18, § 5º).

As vantagens das garantias oferecidas por meio da instituição de fundos estão relacionadas à segurança que essa espécie de entidade jurídica gera no campo dos investimentos. O art. 20 da Lei nº 11.079/2004 prescreve que a sua eventual dissolução só poderá ser feita após a prévia quitação da totalidade dos débitos garantidos ou a liberação das garantias pelos próprios credores. Essa disposição legal não está sujeita nem mesmo a mudança de lei superveniente, haja vista que os contratos firmados em sua vigência têm o FGP como elemento nuclear, sendo protegidos pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (*ato jurídico perfeito*).

Há correntes doutrinárias¹²⁰ que defendem que a possibilidade de criação de fundos, como o FGP, para garantir dívidas contraídas pela fazenda pública configura violação à regra

¹¹⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. PPP – Parceria Público-Privada. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 369

¹²⁰ Por todos, HARADA, Kioshi. *Parcerias Público-Privadas: Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor*. In: *Parcerias Público-Privadas*. Coord. Sérgio Augusto ZampolPavani e Rogégio Emílio de Andrade. São Paulo, MP, 2006.

de precatórios judiciais, prevista no artigo 100 da Constituição Federal. Esse entendimento não prospera, na medida em que, obedecidas as exigências legais, é lícita a criação de pessoas jurídicas de direito privado, por parte do poder público, para alcançar suas finalidades de interesse geral. Nesse sentido, ressalta Alexandre Aragão que:

“Quando a União cria uma pessoa jurídica de Direito Privado da sua Administração Indireta para desempenhar atividades de sua competência constitucional, as exclui, ainda que parcialmente, do regime jurídico de Direito Público, inclusive da execução de dívidas pelo sistema de precatório, já que o art. 100, CF, submete apenas a ‘Fazenda Pública’. Isso, contudo, antes de ser uma ilegítima ‘fuga ao Direito Público’, é uma possibilidade constitucionalmente admitida de os Entes federativos buscarem o atendimento mais eficiente dos seus objetivos (...)”¹²¹.

Ademais, com a constituição do FGP, não se está criando um regime de execução paralelo ao previsto no art. 100, do texto constitucional. A execução dos ativos do Fundo está submetida ao regime de direito privado, tendo em vista a desafetação dos bens que integram o patrimônio deste, permanecendo qualquer execução contra a fazenda pública sujeita ao regime de precatórios. Perfilhando essa orientação, registre-se o posicionamento de Carlos Ari Sunfeld:

“O oferecimento de garantia pelo FGP – que, não sendo por ele honrada, levará a uma execução nos moldes privados – em nada se choca com o disposto no art. 100 da CF, que submete ao regime de precatório a execução de débitos das pessoas de direito público. A execução contra o FGP será privada, porque privada é sua personalidade – e, portanto, privados são seus bens. São lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado (isto é, para o patrimônio do FGP) justamente para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas em regime privado, pelo FGP aos concessionários”¹²².

O sistema de garantias instituído pela Lei nº 11.079/2004 constitui, sob a ótica financeira, a característica marcante do regime de PPPs. O legislador pátrio, consciente da necessidade de criar um ambiente viável diante do grande montante de investimentos que a área de infraestrutura no Brasil requer, encontrou nas garantias oferecidas ao parceiro

¹²¹ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ob. cit. p. 27.

¹²²SUNDFELD, Carlos Ari. Ob. cit. p. 43.

privadour meio eficaz de reduzir as inseguranças e riscos (financeiro, político, institucional) decorrentes das contratações como Administração pública.

7. As PPPs nos Estados e Municípios

A Lei nº 11.079/2004 possui duas categorias de dispositivos legais. A primeira delas é de caráter geral, alcançando todos os entes federativos. O regramento sobre as características essenciais dos contratos de parcerias público-privadas, em suas duas modalidades (concessões patrocinadas e administrativas), deve orientar todas as leis municipais e estaduais sobre a matéria, nos termos do artigo 1º da lei em referência. Assim, aplicam-se em todas as esferas do poder público os dispositivos legais da Lei de PPPs que possuem caráter de generalidade.

Os demais artigos, que integram a segunda categoria de dispositivos legais, são aplicáveis exclusivamente à União - principalmente os artigos constantes do Título VI da Lei nº 11.079/2004, em que o legislador designou expressamente a sua aplicação à União.

Destarte, a Lei de PPPs reservou aos Estados e Municípios espaço normativo para que regulem, da forma mais apropriada às necessidades e possibilidades de cada um, os critérios específicos para a contratação de parcerias público-privadas. Estão sujeitas à livre regulação de Estados e Municípios, por exemplo, a instituição das garantias específicas nos contratos de parceria, a criação de fundos com a organização societária que mais lhes for adequada, a definição do valor mínimo para a contratação de PPPs.

Esse último aspecto, relativo à fixação do valor mínimo para as contratações públicas sob o regime de parcerias público-privadas, é objeto de dissenso doutrinário¹²³ em face do que prescreve a legislação.

O art. 2º, § 4º, inciso I, da Lei nº 11.79/04 veda a celebração de contratos de PPP cujo valor seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Tal previsão legislativa encontra-se ao lado de outros requisitos contratuais essenciais, o que pode levar ao entendimento de que esse valor se aplica a todos os entes federativos, por se tratar de norma geral. Todavia, verifica-se que a estipulação de valor contratual mínimo não possui caráter de generalidade, uma vez que é dotada de grande especificidade e concretude¹²⁴, dependendo da capacidade orçamentária de cada ente da Federação. Nesse ponto, é preciso o ensinamento de Lucas Rocha Furtado:

¹²³ Confira-se: FURTADO, Lucas Rocha. Ob. cit. p. 609.

¹²⁴ Nesse sentido, registre-se o entendimento de Gustavo Binenbojm: “O mesmíssimo raciocínio é aplicável à Lei nº 11.079/2004. É dizer: somente as normas contempladas no texto da aludida Lei que possam ser qualificadas como gerais serão de observância compulsória para os entes federativos menores. Assim, há que se perquirir, caso a caso, quais dentre as normas da Lei nº 11.079/2004 descem de tal forma a minúcias ou detalhes, exaurindo o seu âmbito de normatividade, a ponto de perderem o status de norma geral”. Ob. cit. p. 10.

“A fixação do limite linear de R\$ 20 milhões desconsidera a diversidade econômica de nosso País e restringe a utilização das PPPs à União e a pequeno número de Estados e de Municípios. Ademais, a fixação desse limite contribui para o aumento da dependência dos Municípios e Estados em relação ao Governo Federal, haja vista que somente com a participação da União poderá a grande maioria dos Estados e Municípios desenvolver projetos de PPP”¹²⁵.

Desse modo, o valor mínimo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) para contratação de parcerias público-privadas deve ser aplicável somente à União, sendo facultado a cada ente federativo fixar seus próprios limites de contratação mínimos, compatíveis com a realidade sócio-econômica de cada um.

Entretanto, essa liberdade conferida a Estados e Municípios não consiste em “*carta-branca*” para que estes estipulem valores contratuais tão baixos que desvirtuem o instituto da parceria público-privada. As PPPs possuem caráter excepcional em relação às outras modalidades de contratação pública, devendo se ater a empreendimentos complexos, não auto-sustentáveis, e que exijam investimentos de grande monta *em face da capacidade orçamentária do ente federativo* onde serão implementadas.

¹²⁵FURTADO, Lucas Rocha. Ob. cit. p. 609.

Capítulo 3

Construção e Gestão de Presídios no Brasil por meio de Parcerias Público-Privadas

1. Considerações iniciais

A situação de precariedade e superlotação carcerária que assola grande parte dos presídios brasileiros tem ganhado cada vez mais a atenção da sociedade, dos governos e da mídia. Não obstante a proteção constitucional de diversos direitos dos presos e a existência de uma das legislações mais avançadas do mundo na área (Lei de Execuções Penais - 7.210/84), a realidade que se observa no sistema penitenciário brasileiro é desoladora¹²⁶.

Detentos amontoados em celas, falta de condições mínimas de higiene, alimentos sujos e servidos em sacos plásticos e a ocorrência constante de rebeliões demonstram que o Estado brasileiro não tem sido capaz de gerir de forma minimamente satisfatória os serviços e atividades prisionais. A situação é tão grave que, em declaração recente de repercussão internacional, o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, afirmou que preferiria morrer a cumprir pena em um presídio no Brasil.

Diante desse quadro, modelos de gestão privada de presídios têm se fortalecido nos últimos anos. Em especial, as parcerias público-privadas surgem como um modelo contratual, entre poder público e setor privado, propício e viável para instaurar uma reforma eficaz no sistema carcerário do país.

No entanto, é preciso ter em vista que a execução penal é atividade que permeia diversos planos institucionais. Evidencia-se, particularmente, que determinados atos realizados em seu âmbito são privativos do Estado, como os atos jurisdicionais e aqueles que envolvem a coerção administrativa. É necessário, então, avaliar, à luz da ordem constitucional, aquelas atividades prisionais que são passíveis de delegação aos particulares.

Além de tais aspectos, importa analisar os possíveis modelos de gestão penitenciária em que há a participação de entidades privadas. Nesse campo, devem ser identificadas especificamente as eficiências que podem advir de uma parceria público-privada na esfera da execução criminal.

Nesse sentido, cumpre aquilatar também os princípios que regem a aplicação da pena no Brasil, a fim de avaliar a viabilidade jurídica, política e institucional da implantação um

¹²⁶Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Julio Fabbrini Mirabette: “Embora se reconheça que os mandamentos da Lei de Execuções Penais sejam louváveis e acompanhem o desenvolvimento dos estudos a respeito da matéria, estão eles distanciados e separados por um grande abismo da realidade nacional, o que a tem transformado, em muitos aspectos, em letra morta pelo descumprimento e total desconsideração dos governantes quando não pela ausência dos recursos materiais e humanos necessários a sua efetiva implantação” Execução Penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

modelo de gestão prisional compartilhada entre poder público e setor privado, por meio do arranjo contratual oferecido pelas PPPs.

2. Execução Penal no Brasil: Princípios e Funções da Pena

O Direito Penal, em sua finalidade precípua de tutelar os bens jurídicos mais importantes na vida em sociedade, tem, nas diversas penas impostas pelo ordenamento jurídico aos indivíduos que cometem crimes, o seu principal meio de sanção e coerção social. Desse modo, as funções da pena se confundem com as próprias funções do Direito Penal.

A evolução histórica das teorias penais levou à consolidação de duas funções primordiais da pena: a retribuição (teorias absolutas) e a prevenção (teorias relativas).

As teorias absolutas da pena estão associadas à ideia de reparação ou compensação pelo “mal do crime”. Nessa perspectiva, todo crime deveria ser punido com medidas que retribuíssem ao indivíduo que o praticou os efeitos decorrentes de seu ato criminoso (sofrimento, dor, angústia, etc.). A pena, sob esse prisma, é vista tão somente como medida de justiça. Este é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt:

“Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre justo e o injusto”¹²⁷.

As teorias relativas, por seu turno, tem como ponto central a prevenção do crime, e não a repressão à sua prática. De acordo com essa concepção, o castigo imposto ao autor do delito se impõe para que este não volte a delinquir, ao contrário do que defendem as teses absolutas, que fundamentam a aplicação da pena pela mera prática do ato delituoso.

No âmbito das teorias relativas, existem duas correntes, quais sejam: i) a prevenção geral; e ii) a prevenção especial.

Os defensores da primeira corrente (prevenção geral) veem na pena um meio de intimidação e ameaça, sendo a coerção por ela exercida orientada à abstenção da prática de delitos. Nesse sentido, se desloca o foco da repressão penal do indivíduo que praticou o crime

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 14ª ed. p. 86.

para os bens jurídicos da sociedade, haja vista que o objetivo não é mais a retribuição, mas evitar a ocorrência de novos delitos.

Num espectro mais amplo, a ideia de prevenção geral, como pressuposto das normas penais, também se volta à confiança da comunidade na proteção oferecida pelo Estado com base no Direito Penal.

Já os adeptos da segunda corrente (prevenção especial) entendem que a prevenção por meio da aplicação de penas não deve ter como ponto essencial a ameaça que esta produz no meio social. Segundo essa orientação, o cerne da repressão penal deve estar na busca em solucionar as causas do crime, principalmente através da correção e ressocialização dos criminosos, ou, nos casos em que isso não fosse possível, a neutralização ou inocuização destes. Assim, a prevenção especial se volta especificamente para o indivíduo que praticou o crime, objetivando que este não volte a delinquir. O que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar.

Cezar Roberto Bitencourt se posiciona no sentido de que não é possível adotar qualquer uma dessas teorias de forma isolada. Nesse sentido, o referido autor, a partir das ideias formuladas por Claus Roxin, defende que:

*“Para concluir, uma teoria da pena que não queira ficar na abstração ou em propostas isoladas, mas que pretenda corresponder à realidade, tem, no dizer de Roxin, ‘que reconhecer as antíteses inerentes a toda existência social para, de acordo com o princípio dialético, poder superá-las numa fase posterior; ou seja, tem de criar uma ordem que demonstre que, na realidade, um Direito Penal só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade, no sentido de prevenção geral, se, ao mesmo tempo preservar a individualidade de quem a ele está sujeito; **que o que a sociedade faz pelo delinquente também é, afinal, o mais proveitoso para ela; e que só se pode ajudar o criminoso a superar a sua inidoneidade social de uma forma igualmente frutífera para ele e para a comunidade se, a par da consideração da sua debilidade e da sua necessidade de tratamento, não se perder de vista a imagem da personalidade responsável para a qual ele aponta**”*¹²⁸.

É indiscutível a riqueza teórica e prática do posicionamento transcrito acima. Com efeito, toda e qualquer política criminal deve ter como foco os direitos fundamentais do cidadão, mesmo daqueles que infringiram a ordem jurídica. Desde persecução penal até o fim

¹²⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit. p. 130.

da execução da pena, o aparato institucional do Estado deve garantir à observância dos princípios constitucionais que resguardam a dignidade dos indivíduos sujeitos à sanção penal.

No âmbito da execução penal, em específico, o princípio basilar é o de humanidade das penas, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF). Estão expressos na Constituição Federal de 1988 dois preceitos que concretizam o princípio de humanidade das penas. São eles: i) a vedação das penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e cruéis (art. 5º, inciso XLVII da CF); e ii) a garantia da integridade física e moral dos presos (art. 5º, inciso XLVIX da CF).

A partir da exegese dos mencionados dispositivos constitucionais, verifica-se que é vedado ao poder punitivo estatal a aplicação de sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. Desse modo, “*a proscricção de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade*”¹²⁹.

No que se refere à obrigação do Estado de oferecer uma estrutura prisional condizente com o mínimo existencial de cada um dos presos, ressalta a doutrina que a submissão de um indivíduo a condições de vida extremamente insalubres nos presídios representa clara afronta ao princípio da humanidade das penas, haja vista que viola a integridade física e moral dos detentos, caracterizando-se como *pena cruel*:

“É imprescindível destacar que no conceito de pena cruel, expressamente proibido pela Constituição Federal em respeito à humanidade das penas, sem dúvida alguma se encaixa a pena privativa de liberdade cumprida em condições de superlotação, sem o mínimo de higiene, salubridade, segurança ou qualquer dos requisitos mínimos de sobrevivência digna. Os cárceres nessas condições, extremamente comuns no Brasil, com sua existência indubitavelmente desrespeitam a Constituição e põe por terra o princípio da humanidade das penas”¹³⁰.

Importa ressaltar que não prevalece, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a concepção de “relação jurídica especial de poder”, na qual o condenado, dada a sua condição

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit. p. 17.

¹³⁰ ANJOS, Fernando Vernice dos. Análise Crítica da Finalidade da Pena na Execução Penal: Ressocialização e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de São Paulo. 2009. p. 102.

de submissão extrema ao poder estatal não teria a sua esfera de direitos devidamente protegida como qualquer outro cidadão¹³¹. A execução penal não consiste em atividade imune à incidência das normas e preceitos constitucionais, por mais que os indivíduos submetidos a esse regime tenham violado a ordem jurídica penal. Os direitos fundamentais do preso, principalmente os atinentes à dignidade da pessoa humana, devem ser preservados e protegidos pelo poder público, independentemente da política criminal que se adote.

3. A situação dos presídios brasileiros

De acordo com dados recentes¹³² fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça (Depen-MJ), a população carcerária, no Brasil, é de 549.577 (quinhentos e quarenta e nove mil e quinhentos e setenta e sete) presos. Esse número coloca o país em quarto lugar na lista de países com maiores populações carcerárias do mundo, somente atrás de Estados Unidos, China e Rússia.

As estatísticas do Depen-MJ ainda apontam que o número de presos nos estabelecimentos prisionais brasileiros aumentou 380,5% nos últimos 10 (dez) anos. Se essa tendência de crescimento for mantida, a previsão é que em dois ou três anos a população carcerária brasileira tome da Rússia o posto de terceira maior do mundo¹³³.

As pesquisas em referência também demonstram que o número de vagas disponíveis em estabelecimentos prisionais no Brasil, em números absolutos, é de 309.074 (trezentos e nove mil e setenta e quatro). Ao contrastar esse dado com o total de presos no sistema carcerário brasileiro, chega-se ao alarmante ***déficit prisional de 240.503 (duzentos e quarenta mil e quinhentos e três) vagas.***

Além disso, evidencia-se que a situação poderia se agravar caso fossem cumpridos os 162.944 mandados de prisão atualmente em aberto no país. Esse é o número de ordens aguardando cumprimento no Banco Nacional de Mandados de Prisão, administrado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

No âmbito do sistema carcerário brasileiro, apenas 20% dos presos trabalham, externa ou internamente, e 9,5% têm acesso à atividade educacional. Se tomarmos como padrão alguns Estados onde o sistema prisional é mais precário, esses números podem ser ainda mais baixos.

¹³¹ANJOS, Fernando Vernice dos. Ob. cit. p. 100.

¹³²Formulário Semestral do Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Referência 06/2012. Endereço eletrônico: portal.mj.gov.br/services. Acesso em 27/01/2013.

¹³³Nassif, Luis. O Problema da Superlotação de presídios no Brasil. In: Estadão Online. Endereço eletrônico: www.advivo.com.br/blog/luisnassif. Acesso em 27/01/2013.

Em 2008, foi realizada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), pela Câmara dos Deputados, para avaliar a situação dos presídios em todo o território nacional. O que se constatou, a partir das inúmeras visitas feitas a estabelecimentos prisionais no país, foi o estado de extrema precariedade da maior parte destes. No relatório¹³⁴ realizado após a conclusão da referida CPI, restaram nítidas a crise total do sistema penitenciário brasileiro e a violação frontal dos direitos fundamentais dos presos, manifestos na Constituição Federal (art. 5º, incisos XLVII e XLVIX).

Acerca do déficit de vagas nas unidades prisionais e da ausência de condições mínimas de dignidade dos detentos no âmbito destas, o mencionado relatório descreveu a seguinte realidade:

“A superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida com temperaturas de até 50 graus. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas ou do lado de fora da cela em face da falta de espaço. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas. Celas com gambiarras, água armazenada, fogareiros improvisados, papel de toda natureza misturados com dezenas de homens. Celas escuras, sem luz, com paredes encardidas cheias de ‘homens-morcego’. Dezenas de homens fazendo suas necessidades fisiológicas em celas superlotadas sem água por dias a fio. Homens que são obrigados a receber suas mulheres e companheiras em cubículos apodrecidos. Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos prisionais em sua grande maioria (...). O resultado dessa barbárie é a elevada reincidência expressa em sacrifício de vidas humanas, desperdícios de recursos públicos, danos patrimoniais, elevados custos econômicos e financeiros e insegurança á sociedade”¹³⁵.

¹³⁴Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Câmara dos Deputados. 2009. Segundo a descrição que consta do relatório feito ao final dos trabalhos, a finalidade da CPI era “*investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal – LEP*”. Endereço Eletrônico: bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/CPI_sistema_carcerario.pdf. Acesso em: 28/01/2013.

¹³⁵Idem, p. 247.

A situação descrita acima está em plena desconformidade com a Lei de Execuções Penais - LEP (Lei nº 7.210/84), diploma normativo que regula especificamente a atividade prisional no Brasil. É possível se depreender, a partir da leitura dos dispositivos da referida lei, que todos os presos têm o direito à assistência do Estado (art. 10 da LEP), a qual abrange as áreas (art. 11 da LEP): i) material (alimentação, vestuário e instalações higiênicas) ii) de saúde; iii) jurídica; iv) educacional; v) social; e vi) religiosa. Segundo o Relatório final da CPI do Sistema Carcerário, a grande maioria dos estabelecimentos prisionais no Brasil não atende a nenhum desses requisitos assistenciais de forma satisfatória.

Ademais, os parlamentares que compuseram a CPI em tela ainda demonstraram ampla preocupação no tocante ao número de detentos em cadeias públicas e delegacias de polícia. Em muitos casos, os presos respondem a seus respectivos processos criminais nesses estabelecimentos e neles continuam até o cumprimento total de sua pena. No entanto, à luz do que prescreve o art. 102 da LEP, as cadeias públicas e delegacias de polícia não foram projetadas para o regime de execução penal. Elas não possuem a infraestrutura adequada para abrigar os detentos no curso de toda a execução da pena. Na teoria, destinar-se-iam tão somente ao recolhimento de presos provisórios, mas o que se observa na prática é a superlotação de detentos também nessas unidades prisionais.

Os estudos feitos pela CPI indicaram que o custo para a implantação de uma nova vaga no sistema prisional brasileiro é de, em média, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Considerando o quadro deficitário que se tem atualmente nas penitenciárias no Brasil, o valor necessário para torná-las adequadas à execução criminal, em conformidade com a LEP, seria da ordem de 5 (cinco) bilhões de reais.

Em face das diversas violações aos direitos humanos dos presos no Brasil, o sistema prisional brasileiro é alvo constante de críticas e de censuras por parte de organismos e entidades internacionais, como a Anistia Internacional¹³⁶ e a Organização das Nações Unidas (ONU)¹³⁷.

Além disso, recentemente¹³⁸, entidades que compõem o Fórum da Questão Penitenciária denunciaram o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da OEA, pelas más condições do Presídio Central de Porto Alegre, considerado pela CPI do Sistema Carcerário o mais precário do país.

¹³⁶Informe 2011 da Anistia Internacional: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo.

¹³⁷Relatório do Subcomitê de Prevenção da Tortura (SPT) da Organização das Nações Unidas (ONU).

¹³⁸Notícia retirada do sítio eletrônico da Agência Brasil (Empresa Brasil de Comunicação), em: agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-01-10. Acesso em 29/01/2013.

Tendo em vista a relatada situação dos presídios brasileiros, o Estado se vê diante de um problema sistêmico, em que os recursos para o aprimoramento do sistema penitenciário são escassos e a demanda pela conformação da execução criminal aos princípios constitucionais é cada vez maior, em face de pressões sociais e institucionais.

Nesse quadro, a implementação de programas de parcerias-público privadas para a construção e gestão de estabelecimentos prisionais se mostra uma alternativa ao poder público para superar a crise do sistema penitenciário no Brasil.

4. A aplicação do regime das PPPs no sistema prisional brasileiro

A possibilidade de delegação da atividade prisional a empresas privadas é questão de grandes debates políticos, sociais e jurídicos. Essa discussão está relacionada, em grande parte, à soberania e à supremacia do Estado, haja vista que este possui o monopólio da coerção física e da imposição de penas a indivíduos que violam a ordem jurídica. Nesse sentido, questiona-se como poderia um cidadão detido em um estabelecimento prisional estar submetido ao poder de um particular, que não possui, *a priori*, legitimidade e soberania para condicionar ou limitar a liberdade e os direitos individuais.

Por outro lado, indaga-se se e como seria possível compatibilizar a gestão de presídios com o interesse privado pelo lucro. Em que medida seria viável transformar a atividade prisional, repressora e onerosa, numa atividade lucrativa? Nesse caso, quais atividades, no âmbito do sistema penitenciário, seriam passíveis de delegação a particulares? Haveria restrição para a delegação do poder disciplinar na esfera prisional?

Nenhuma dessas questões possui respostas prontas e consolidadas no campo político-institucional. Assim, é preciso analisar e reavaliar a conformação jurídica dos principais institutos envolvidos nessa espécie de delegação, com a finalidade de estabelecer um marco jurídico seguro para a grande monta de investimentos que os empreendimentos nessa área requerem.

4.1 A natureza jurídica da execução penal

Após condenação transitada em julgado, no âmbito da esfera processual penal, inicia-se a fase de execução criminal. Nesse campo, a sentença penal condenatória constitui título executivo para a concretização da pretensão punitiva do Estado.

Verifica-se, no entanto, que a sentença proferida na esfera penal não é estática, mas dinâmica. O juízo de execução criminal continua atuando nessa fase do processo, decidindo

questões incidentais (ex. progressão de regime, livramento condicional) e fiscalizando a atuação dos órgãos responsáveis pela atividade prisional. Desse modo, é possível atribuir à execução penal um conteúdo jurídico complexo, haja vista que congrega o caráter jurisdicional e o caráter administrativo.

Do ponto de vista jurisdicional, a execução da pena é vista como processo, em que o juiz pode intervir a qualquer momento. A importância desse aspecto reside na necessidade de proteção dos direitos fundamentais do condenado. Durante todo o período de cumprimento da pena, permanecem as garantias do devido processo legal, com todos os seus corolários, em especial o contraditório e a ampla defesa. Ademais, o juízo de execução deve promover e fiscalizar o respeito aos direitos dos presos também no âmbito dos estabelecimentos prisionais. Nesse sentido, a continuidade do processo penal na fase de execução tem como implicação imediata a incidência, nessa esfera, de todos os princípios constitucionais e legais que regem esse ramo do direito.

Já sob a ótica administrativa, a execução criminal pode assumir duas formas distintas de atividade. É possível verificar, na esfera prisional, atividades puramente administrativas e as denominadas atividades administrativo-jurisdicionais¹³⁹.

A primeira delas está relacionada ao provimento da estrutura material adequada para a custódia dos detentos, cabendo ao Estado o fornecimento de alimentação, vestuário, instalações higiênicas, além da promoção assistencial em diversas áreas (saúde, educação, trabalho, jurídica, religiosa, etc.).

O segundo tipo de atividade, por sua vez, representa a concretização de um poder jurisdicional de cunho disciplinar (poder disciplinar), manifesto nos artigos 47 e 48 da LEP. Não obstante a lei atribua esse poder à autoridade administrativa penitenciária, a sua natureza é eminentemente jurisdicional, devendo estar submetida aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade. É por essa razão que tais atividades se diferenciam das atividades meramente administrativas, consubstanciando, assim, uma categoria específica, qual seja, administrativo-jurisdicional.

Evidencia-se, portanto, que a complexidade das funções estatais relativas à execução penal faz com que esta permeie diversas instituições, tais como o juízo de execução, os governos dos entes federativos, a diretoria penitenciária, o quadro de agentes penitenciários, o conjunto de prestadores de serviços no âmbito dos presídios, etc. Cada uma dessas instituições possui atribuições e responsabilidades específicas no que se refere à atividade

¹³⁹ Classificação proposta por Fernando Vernalha Guimarães, na obra *Parceria Público-Privada*, 1ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2012. p. 252.

prisional, guardando uma esfera de autonomia em relação às demais. É o que se depreende do ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

“O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento”¹⁴⁰.

A natureza jurídica complexa da execução criminal possui implicações relevantes no tocante à possibilidade de delegação de atividades prisionais a empresas privadas. A identificação das atribuições e tarefas de exclusividade do Estado, no âmbito da esfera prisional, configura o aspecto central para avaliar até que ponto e em que medida podem ser transferidas a particulares atividades específicas desse setor.

4.2 Parcerias Público-Privadas: Privatização do Sistema Penitenciário?

Dentre todas as críticas à delegação de atividades do sistema prisional a empresas privadas, três se destacam na esfera político-institucional. São elas: i) a impossibilidade de delegação de atividades envolvidas com coerção, pela quebra de equilíbrio imanente entre os privados; ii) a imoralidade de se produzir juridicamente a submissão de um particular relativamente a outro; e iii) a impossibilidade de se transferirem atividades concretizadoras da função jurisdicional do Estado¹⁴¹.

O fundamento jurídico comum aos três pontos acima referidos reside no princípio constitucional republicano, segundo o qual o Estado deve possuir competências exclusivas e intransferíveis com a finalidade de alcançar os objetivos estabelecidos pela Constituição e concretizar os interesses públicos. Nessa perspectiva, somente as autoridades públicas possuem legitimidade para manifestar o poder de império do Estado, restringindo e condicionando liberdades e direitos individuais a fim de atender às necessidades prementes da sociedade.

¹⁴⁰NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo-SP. 2009. p. 1004.

¹⁴¹GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada*. 1ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2012. p. 252.

De acordo com as linhas teóricas que defendem a impossibilidade de delegação de serviços penitenciários ao setor privado, qualquer tentativa de privatização da execução penal representaria clara ofensa ao princípio da república, haja vista que se estaria submetendo uma atividade finalística e privativa do ente estatal à esfera privada. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de José Luiz Quadros de Magalhães:

“Privatizar a execução penal, por meio de concessões ou diretamente, representa uma grave ruptura com os princípios constitucionais. O espaço público, como espaço de todos, sem privilégios, é uma conquista do constitucionalismo, que se fez democrático no decorrer dos séculos XIX e XX. É por esse motivo, por um motivo republicano, que os poderes (ou funções autônomas do Estado) são públicos. São públicos porque pertencem a todos, porque não podem ter finalidades privadas, porque não podem estar sujeitos a interesses privados, especialmente (e pior) ao lucro. (...) A lógica privada não pode ser aplicada às atividades republicanas. O espaço privado, a empresa privada, não é democrático e não pode ser, uma vez que tem proprietários que visam ao lucro. Nunca o privado pode substituir o que é público por origem. Se isso acontece, os alicerces do Estado Democrático e Social estarão estremecidos”¹⁴².

É certo que o princípio da república deve nortear todas as ações estatais, sendo inclusive este um dos principais pilares de legitimidade do Estado Democrático de Direito. Desse modo, é preciso que o poder público resguarde prerrogativas e poderes exclusivos em face do setor privado, sob pena de impotência das autoridades estatais perante situações concretas que requeiram sua intervenção para atender a necessidades e interesses sociais.

No entanto, as atividades desempenhadas pelo setor público não devem ser consideradas sob um prisma hermético e estanque. Conforme a abordagem feita no primeiro capítulo, não é possível, na era contemporânea, delimitar precisamente as esferas pública e privada, bem como os sujeitos que integram cada uma delas. Evidencia-se, de modo cada vez mais intenso, a “*privatização*” do setor público e a “*publicização*” do setor privado.

Nessa perspectiva, as formas de atuação do Estado sofreram grandes mudanças. Este passou a adotar uma postura subsidiária e cooperativa em relação à esfera privada, reservando para si funções menos interventivas, priorizando as atividades de cunho regulatório.

¹⁴²MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Privatizar o sistema carcerário? In: Estudos de Execução Criminal. Direito e Psicologia. Org: Rodrigo Torres Oliveira e Virgílio de Mattos. 2009. p. 82.

Assim, a delegação de atividades estatais a particulares tem de ser entendida e formulada, tanto do ponto de vista jurídico quanto político, a partir dessa nova conformação institucional do Estado.

Como visto, o modelo de Estado Regulador Cooperativo tem por pressuposto a incapacidade de as esferas pública e privada, atenderem, isoladamente, às necessidades sociais. Desenvolveram-se, assim, campos de atuação conjunta entre o poder público e os particulares, em que se valorizam não mais os atos unilaterais de supremacia e autoridade do Estado, mas as *vias contratuais*.

A partir desse novo paradigma estatal, a exclusividade atribuída a determinadas atividades e funções do poder público não pode mais ser compreendida a partir de uma perspectiva organicista. Isso significa que não é mais possível caracterizar determinada atividade como privativa de Estado somente pelo fato desta ter sido tradicionalmente exercida por autoridades públicas em regime de exclusividade. No âmbito do Estado Democrático de Direito, as prerrogativas e poderes estatais somente se justificam por seu caráter instrumental, em face da necessidade de concretização e proteção dos direitos fundamentais. É este o ensinamento de José Roberto Pimenta Oliveira:

“É corolário lógico-jurídico do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CF) que a Administração Pública, no exercício de qualquer atividade, *não dispõe de ‘poderes inerentes’*, senão das prerrogativas instrumentais legalmente delimitadas, adequadas, necessárias e proporcionais ao cumprimento de seus deveres normativos, expressos por via legislativa (art. 37, caput, da CF)”¹⁴³.

É à luz desse contexto que deve ser analisada a possibilidade de delegação de atividades do sistema penitenciário a empresas privadas.

Com efeito, as atribuições e tarefas desempenhadas no âmbito prisional que, por determinação constitucional, são privativas de Estado, não poderão ser transferidas a particulares. Nesse diapasão, competências decisórias imperativas e coercitivas, que manifestem o império do poder público, devem sofrer restrições no plano da delegação.

Tendo esse aspecto em vista, evidencia-se que não seria possível a privatização ampla do sistema prisional brasileiro, uma vez que haveria violação dos preceitos constitucionais relativos à exclusividade das funções estatais típicas (princípio republicano).

¹⁴³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no Exercício da Atividade Administrativa de Polícia e na Atividade Administrativa Penitenciária*. In: *Parcerias Público-Privadas*. 1ª ed. Org. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 410.

Constata-se, todavia, que a execução criminal, em sua complexidade, não possui somente atividades privativas de Estado, mas abrange um leque amplo de tarefas que, em tese, seriam passíveis de delegação. Nesse quadro, competências que não possuem relação direta com a coação administrativa (abstrata ou concreta) podem ser objetos de trespasse a empresas privadas.

Não se mostra viável, portanto, considerar a gestão prisional, em sua totalidade, como atividade exclusiva do poder público. A reserva constitucional de atividades ao Estado não deve ser ampliada além dos limites impostos pela lei e pela própria Carta Magna. Assim, uma vez verificadas a necessidade de melhorias no sistema prisional e a possibilidade jurídica do desempenho de determinadas atividades pelo setor privado nessa área, é facultada ao administrador a delegação de tais atividades, à luz dos princípios constitucionais relativos à execução criminal e à eficiência da atuação estatal.

Nessa perspectiva, o arranjo contratual oferecido pelo instituto da parceria público-privada, no campo penitenciário, não tem por objeto a transferência completa das atividades de determinado estabelecimento prisional a uma empresa privada. No âmbito de um contrato de parceria dessa espécie, autoridades públicas e empresas privadas atuam de forma cooperativa para a gestão do presídio, cada qual com atribuições e responsabilidades específicas. Assim, não há que se falar em privatização¹⁴⁴ do sistema carcerário no Brasil por meio de PPPs, uma vez que estas não conferem ao particular o total exercício dos serviços penitenciários.

Tendo isso em vista, evidencia-se que o papel das parcerias público privadas na esfera prisional é o de possibilitar ao administrador a criação de diferentes modelos de gestão de presídios, buscando maior eficiência e melhorando a qualidade da atividade penitenciária com a participação e colaboração de empresas privadas nos serviços que não envolvam poderes e prerrogativas privativos do Estado.

4.3 Poder de Polícia e Delegação de Atividades do Sistema Penitenciário. Possibilidade e Limites.

As questões mais sensíveis em relação à possibilidade de delegação de atividades do sistema penitenciário a particulares têm como ponto central a definição do conteúdo jurídico

¹⁴⁴Segundo Cristiane Derani, “dá-se o nome de privatização à transferência de um serviço realizado pelo poder público para o poder privado e também à transferência da propriedade de bens de produção públicos para o agente econômico privado”. À luz desse conceito, observa-se que a gestão prisional mista, decorrente de contratos de PPP, não implica a privatização do sistema carcerário. Isso porque não ocorre a transferência total dos serviços nessa área, mas o seu desempenho compartilhado entre poder público e setor privado.

do poder de polícia da Administração pública. Analisar os contornos jurídicos dessa potestade pública e as suas conexões com outros poderes estatais (em especial o poder jurisdicional) é de fundamental importância para compreender a natureza de cada atividade vinculada à execução penal.

Vejam, então, os diferentes posicionamentos doutrinários acerca do poder de polícia, e como este se manifesta na esfera penitenciária. A partir de tal análise, será possível evidenciar os limites e possibilidades de delegação de atividades prisionais a empresas privadas.

4.3.1 O poder de polícia no ordenamento jurídico brasileiro

A maior parte da doutrina pátria caracteriza o poder de polícia como o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir direitos e liberdades individuais em favor do interesse público¹⁴⁵. Segundo essa orientação, tais prerrogativas conferidas ao poder público se justificam em face da necessidade de o Estado possuir instrumentos de autoridade e coerção com o fim de garantir a concretização e/ou a proteção dos direitos fundamentais.

Outras correntes doutrinárias entendem que o vocábulo “poder de polícia” não encontra abrigo no Estado Democrático de Direito. Isso porque essa designação não corresponderia à nova realidade estatal, que abrange tanto a garantia da ordem pública, quanto a intervenção direta nas esferas econômica e social. A partir dessa orientação, se fortalece a concepção de um poder administrativo ordenador.

De acordo com Carlos Ari Sunfeld, a Administração ordenadora é definida como “*a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo da atividade que lhes é próprio*”¹⁴⁶. Desse modo, a atividade ordenadora abrangeria a constituição de direitos privados por ato administrativo, a imposição coercitiva de obrigações, e a atuação direta do Estado na aplicação de sanções administrativas e fiscalização de atividades privadas.

Não obstante o dissenso terminológico entre os posicionamentos doutrinários acima descritos, importa ressaltar, que, em ambos, há a o consenso de que o poder de polícia (ou poder ordenador) é fundamental para a consecução das necessidades e interesses sociais,

¹⁴⁵ Confira-se: Caio Tácito (1975), Maria Sylvia Zanelladi Pietro (2004), Lucas Rocha Furtado (2007) e Odete Medauar (2009).

¹⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Administração Pública Ordenadora. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 20.

manifestando, para tanto, medidas de autoridade e de supremacia do poder público em face do particular.

É possível perceber, no direito positivo, menções expressas a essa potestade do Estado. As principais encontram-se no art. 148, inciso II, da Constituição Federal e no art. 78 do Código Tributário Nacional. Esse último dispositivo consigna que:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia 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 concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Com efeito, “*a noção de poder de polícia permite expressar a realidade de um poder da Administração de limitar, de modo direto, com base legal, liberdades fundamentais, em prol do bem comum*”¹⁴⁷. Nesse sentido, por se tratar de intervenção direta do Estado na esfera de liberdades e direitos dos cidadãos, o exercício do poder público em questão tem de ser balizado pelos princípios¹⁴⁸: i) da legalidade; ii) da especificidade (os instrumentos para a intervenção devem estar previstos em lei); iii) da necessidade (a intervenção deve ser necessária à concretização ou a proteção de direitos fundamentais); iv) da proporcionalidade (os ganhos sociais advindos da intervenção tem de superar os seus custos sociais); e v) *pro libertate* (segundo o qual o Estado, sempre que dispuser de mais de uma opção de intervir na autonomia dos agentes privados, deve optar por aquela menos gravosa).

É certo que a viabilidade da delegação de competências vinculadas ao exercício do poder de polícia a particulares deve ser avaliada a partir dos princípios acima expostos. No entanto, conforme se depreende das análises realizadas anteriormente, é preciso que tal abordagem supere o conceito de legalidade formal ou do denominado legalismo, “*pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo*”¹⁴⁹.

Segundo Odete Medauar, o princípio da legalidade deve se assentar em bases valorativas, “*sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo*

¹⁴⁷ MEDAUAR, Odete. Ob. cit. p. 343.

¹⁴⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007. p. 655.

¹⁴⁹ MEDAUAR, Odete. Ob. cit. p. 126.

*Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento”*¹⁵⁰. Nesse sentido, a concepção de legalidade abrange não só a observância da lei formal, votada e aprovada na esfera legislativa, mas também a atuação do poder público em conformidade com os preceitos decorrentes do Estado Democrático de Direito, expressos nos fundamentos e princípios de base constitucional.

Assim, não se mostra possível, à luz do ordenamento jurídico pátrio, a sacralização do poder de polícia do Estado. O exercício da potestade pública em questão deve se pautar por um conceito valorativo de legalidade e pela noção de ordem jurídica justa.

A partir de tais pressupostos teóricos, evidencia-se que a legitimidade da delegação de funções específicas de polícia a particulares deve ser aferida à luz dos preceitos e princípios fundamentais da ordem constitucional, e não com base numa visão condicionada pelo mero formalismo, segundo a qual prevalece a indelegabilidade dessas funções em face de uma *legalidade formal*¹⁵¹.

Desse modo, observando-se as normas que definem as competências exclusivas de Estado e os limites e requisitos constitucionais ao exercício privado de tarefas públicas (necessidade de licitação, submissão ao regime de direito público, etc.) é possível se cogitar o trespasse de atividades que manifestam o poder de polícia a entes privados.

Nesse sentido, ressalte-se o posicionamento de Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:

“Uma coisa é dizer que o poder de polícia não pode ser delegado a particulares, da iniciativa privada, sem qualquer vínculo com o poder público para além de uma parceria cívica e moral, o que é correto porque, realmente, faleceria a potestade (*iusimperii*), necessária ao desempenho da atividade de polícia. Outra coisa, bem diferente, o que parece um despropósito, é tolher fiscalizações formalmente consentidas pelo Poder Público a (bem intencionados) particulares, mercê de contratos administrativos comprometidos com a realidade social e na linha de um moderno Direito Administrativo, bom e justo”¹⁵².

¹⁵⁰ MEDAUAR, Odete. Ob. cit. p. 126.

¹⁵¹ O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 817.334/MG, perfilhou orientação que manifesta a adoção de um conceito legalista de poder de polícia, haja vista que assentou a inviabilidade de delegação do poder de sanção (aplicação de multa), à BHTRANS, efetivada por lei local (Lei Municipal 5.953/91), em face de previsões contidas no Código de Trânsito Brasileiro, ao entendimento de se tratar de atividade incompatível com a finalidade de lucro almejada pelo particular.

¹⁵² CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. *Alguns novos rumos do poder de polícia*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Número 8, Ano 24, agosto/2012. p. 48.

4.3.2 A delegação de atividades prisionais a particulares

No âmbito do regime específico das parcerias público-privadas – em particular à luz do que dispõe o art. 4º, inciso III, da Lei nº 11.079/04 - serão indelegáveis as funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e outras atividades exclusivas do Estado. Assim, compreender o significado e o alcance das atividades que manifestam o poder de polícia, principalmente na esfera penitenciária, configura tarefa essencial para determinar as possibilidades de delegação nesse campo.

A execução criminal, como visto anteriormente, é atividade de natureza complexa. Possui funções que se situam tanto na esfera jurisdicional quanto na esfera administrativa.

Logo de início, deve-se salientar que, em face do que dispõe a Lei de PPPs, as funções de caráter puramente jurisdicional não são passíveis de delegação a particulares. Assim, todas as incumbências e responsabilidades atribuídas ao juízo de execução pela LEP (principalmente as constantes do art. 66 desta Lei) estão excluídas de qualquer possibilidade de trespasse por parte do poder público.

Quanto às atividades prisionais de natureza administrativa, é necessário que se avalie quais delas manifestam medidas de autoridade e coerção do Estado sobre a pessoa do preso. Tais atividades também são privativas da Administração por configurarem exercício do poder de polícia, não podendo ser transferidas a particulares.

Verifica-se, no âmbito da doutrina especializada, que existe certa resistência quanto ao enquadramento de atividades da execução criminal na categoria compreendida pelo poder de polícia. De acordo com essa orientação, a restrição e/ou o condicionamento de direitos e liberdades individuais, por meio do exercício do poder de polícia, só se manifesta no plano geral (supremacia geral), não alcançando a atividade penitenciária, que, por sua vez, integra o regime específico da execução penal. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de José Roberto Pimenta Oliveira:

“O sistema penitenciário, conquanto seja objeto da função administrativa, não integra o conjunto de atividades de ordenação administrativa de direitos fundamentais. Na espécie, o aparelho administrativo cumpre uma atividade administrativa, como qualquer outra, imposta por lei, com a especificidade de estar diretamente vinculada à execução penal, ou seja, execução de provimentos editados no exercício de poder jurisdicional na área criminal, conforme deixa claro o art. 1º da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/1984 -, fazendo-se através dos estabelecimentos penais, supervisionados

pelos Departamentos Penitenciários, considerados órgãos da execução penal e integrantes da organização administrativa”¹⁵³.

Entretanto, conforme ressalta Fernando Vernalha Guimarães, é necessário que se desenvolva um conceito operacional de polícia na área prisional. Isso porque tal conceito servirá de fundamento para instrumentar o raciocínio acerca da viabilidade do trespasse de atividades prisionais que não consubstanciem competências administrativas exclusivas.

De acordo com o referido autor, o elemento central para a caracterização do poder de polícia reside na competência decisória (abstrata ou concreta), privativa da Administração pública, para identificar a necessidade e a adequação do exercício dessa potestade. Em outros termos, caberá somente ao Estado a definição do conteúdo jurídico e político da manifestação da polícia administrativa. Nos termos empregados pelo próprio autor:

“Essas considerações permeiam o instituto do poder de polícia. Diz-se que as competências que expressam a coação administrativa são intransferíveis aos privados pela evidência de que é o Estado o único legitimado à escolha política acerca dos interesses sociais subjacentes à manifestação coativa do Poder Público. Como a violência é monopólio do Estado, a hipótese do exercício de coação por particulares (salvo as específicas exceções legais) traduz-se, em princípio, na quebra de um equilíbrio imanente da relação entre privados, propiciando o exercício de supremacia de uns perante outros”¹⁵⁴.

Percebe-se, a partir do posicionamento acima transcrito, que a impossibilidade de delegação ao setor privado de atividades que envolvam coerção por parte do poder público tem fundamento na legitimidade exclusiva do Estado para atuar com autoridade, e eventualmente violência, em face dos particulares. O exercício do poder de polícia por um particular em relação a outro, gera, nas palavras de Fernando Vernalha Guimarães, uma quebra de equilíbrio nas relações privadas, manifestando, assim, uma supremacia ilegítima.

Verifica-se, contudo, que as atividades exclusivas de Estado vinculadas ao poder de polícia se limitam às competências decisórias imperativas e coercitivas da Administração pública. Assim, no que se refere ao desempenho de atividades acessórias e instrumentais ao exercício de tais competências, é possível cogitar a sua delegação ao setor privado.

¹⁵³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no Exercício da Atividade Administrativa de Polícia e na Atividade Administrativa Penitenciária*. p. 426.

¹⁵⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Ob. cit. p. 246.

Com efeito, constata-se que, nos casos em que houver atos meramente materiais e instrumentais à manifestação jurídica de competências exclusivas estatais, em especial da atividade ordenadora, não haverá atribuição de competência decisória acerca das razões que conduzem à intervenção do Estado na esfera de direitos e liberdades individuais. Desse modo, afirma-se a legitimidade da gestão privada de tais atos.

Perfilhando esse entendimento, Floriano de Azevedo Marques Neto ressalta que *“bem entendido que a titularidade do poder de polícia deve sempre permanecer com a Administração Pública, nada obsta que as providências para a efetivação deste poder sejam trespassadas ao particular. E menos óbice há em que os particulares concorram com os meios necessários para o exercício desta atividade”*¹⁵⁵.

Nessa perspectiva, é possível compreender o poder de polícia administrativa a partir de duas óticas distintas. A primeira delas é relativa ao caráter decisório da intervenção estatal, envolvendo o juízo de mérito administrativo. As atividades que manifestam esse exercício decisório são privativas do poder público, haja vista que implicam a restrição ou condicionamento de direitos e liberdades individuais. Por outro lado, há também um caráter executório relativo ao poder de polícia. As atividades de mera execução dos atos exclusivos de Estado, por serem instrumentais e acessórias, não encontram óbice à delegação. Nesse sentido, essas atividades podem: i) ser preparatórias ou sucessivas; e ii) conter a emissão de ato jurídico vinculado.

Destarte, importa analisar a função administrativa prisional, a fim de estabelecer quais atividades, no âmbito desta, podem ser transferidas a empresas privadas. A princípio, é possível estabelecer duas categorias de atos administrativos nesse campo, quais sejam, atos jurídicos e atos materiais.

No campo da gestão penitenciária, os atos jurídicos são decorrentes da denominada ***função administrativa prisional disciplinar***. Nos termos da Lei de Execuções Penais, tais atos formalizam-se por meio da edição de provimentos sancionatórios (art. 53), emanação de recompensas (art. 56) e autorizações de trabalho externo (art. 37). É possível constatar que a função disciplinar em tela é dotada de certo caráter jurisdicional, razão pela qual a doutrina qualifica os atos dela emanados como administrativo-jurisdicionais¹⁵⁶.

Assim como as medidas de execução criminal vinculadas ao poder jurisdicional não são passíveis de delegação a particulares, a função administrativa prisional disciplinar

¹⁵⁵MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Contratação de Empresas para Suporte da Função Reguladora e a “Indelegabilidade do Poder de Polícia”*. Citado por GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Ob. cit. p. 248.

¹⁵⁶GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Ob. cit. p. 252.

também não o é. Isso porque o poder disciplinar concretiza atos de jurisdição, os quais refletem a autoridade e a coerção do Estado, sendo somente este legítimo para a sua realização.

Já os atos prisionais materiais são divididos em duas subcategorias¹⁵⁷. Estas são separadas de acordo com a finalidade da atividade a ser desempenhada. Há, portanto, na esfera penitenciária: 1) atividades materiais incidentes sobre a pessoa do preso; e 2) atividades materiais de mera gestão.

As atividades materiais incidentes sobre a pessoa do preso (ou sobre a liberdade) estão associadas à manutenção da ordem no interior do presídio e à observância, pelos detentos, dos deveres previstos no artigo 39 da LEP (exs. comportamento disciplinado e fiel cumprimento da sentença, urbanidade e respeito no trato com os demais condenados, e execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas). Essa espécie de atividade engloba todas as providências materiais de vigilância do estabelecimento prisional, bem como as medidas executivas de sanções disciplinares.

Em tese, não é possível a delegação a particulares das atividades materiais incidentes sobre a pessoa do preso, tendo em vista que estas representam a manifestação concreta do poder de polícia no âmbito carcerário, envolvendo o uso de coerção e violência a fim de preservar a ordem e a disciplina no presídio.

No entanto, em face do aperfeiçoamento tecnológico dos meios de vigilância e segurança nas penitenciárias, a questão que se coloca é se seria possível a transferência das atividades de monitoramento (por câmeras, sistemas de segurança, etc.) a empresas privadas. A doutrina especializada considera viável essa modalidade de delegação, uma vez que não implica a coação direta e imediata do detento. Nesse quadro, a competência decisória acerca das formas e limites do monitoramento prisional permanece com o poder público, que a exerce principalmente mediante regulamento. Já os atos de implementação e execução dos mecanismos de vigilância e segurança poderão ser transferidos a particulares. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Fernando Vernalha Guimarães:

“Logo, no domínio de atividades de apoio tecnológico ao controle da vigilância (e segurança) em estabelecimentos penitenciários (desde que provida a sua regulamentação), parece possível socorre-se da iniciativa privada para o provimento de serviços dessa natureza. A hipótese é viável em outros ordenamentos. A gestão e a determinação de diretrizes acerca do sistema de segurança interna caberão

¹⁵⁷OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Ob. cit. p. 428.

indeclinavelmente à Administração. Mas atividades conexas e de suporte poderão realizar-se por empresas especializadas. Não há, na hipótese, qualquer vício legal ou constitucional invocável por fundamento na ‘quebra de um equilíbrio imanente entre privados’ ou mesmo pelo risco do exercício ilegítimo da coação de um particular em face de outro”¹⁵⁸.

Quanto à segunda categoria dos atos materiais prisionais, relativa às atividades de mera gestão, verifica-se que esta abrange as medidas de assistência aos detentos (parte de hotelaria, saúde, auxílio jurídico, acompanhamento psicológico, etc.) e a própria construção do estabelecimento prisional. Como as atividades em questão não possuem qualquer caráter de coercitividade ou de autoridade do poder público, a sua transferência a empresas privadas se mostra plenamente viável.

Parte da doutrina ainda questiona essa forma de delegação por considerar a gestão penitenciária, em sua completude, como uma espécie de “*longa manus*” da função jurisdicional, mesmo no que se refere às atividades materiais e instrumentais.

Evidencia-se, no entanto que, em face das análises empreendidas, tal argumento não prospera. Primeiramente porque esbarra na natureza complexa da execução penal, a qual não envolve somente atividades jurisdicionais, mas também atos inerentes à função administrativa. Em segundo lugar, pelo fato de que competências de mera gestão e de caráter acessório e instrumental, passíveis de delegação na esfera prisional, não se identificam com a competência decisória, exclusiva da Administração pública, acerca do exercício do poder de polícia administrativa.

Outro aspecto sensível no tocante à delegação da atividade administrativa carcerária diz respeito à exploração do trabalho remunerado dos presos. A LEP prevê a possibilidade de realização de trabalhos internos e externos por parte dos detentos, mas sempre com a anuência destes, haja vista que a Constituição Federal proíbe a pena de trabalho forçado (art. 5º, inciso XLVII).

Em face do que prescreve a LEP, os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios (art. 34, § 2º). Além disso, o produto da remuneração pelo trabalho do detento deve atender, entre outros objetivos, ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores. Assim, é possível cogitar a

¹⁵⁸GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Ob. cit. p. 256.

o uso de trabalho remunerado do preso como meio contraprestação à empresa privada prestadora de serviços penitenciários, desde que atendidos todos os requisitos estabelecidos pela LEP (em especial, art. 28 desta Lei).

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

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

As parcerias público-privadas desenvolvidas esfera penitenciária devem observar essas restrições no plano da delegação de atividades, sob pena de inconstitucionalidade do arranjo contratual do empreendimento. A gestão prisional compartilhada estabelecida por contratos de PPP tem de observar os direitos constitucionais dos presos, tanto no âmbito assistencial quanto no âmbito disciplinar. Nesse sentido, anote-se o a doutrina de José Roberto Pimenta Oliveira:

“Assim, as PPPs no âmbito do sistema penitenciário, não podem albergar, como objeto de qualquer projeto envolvendo estabelecimentos penais, a totalidade das atividades afetas à atuação administrativa prisional. Disso decorre também que uma denominada ‘gestão mista’, cujas normas impliquem, no plano da atividade prisional, a transgressão dos limites à terceirização, acima apontados, será tão inconstitucional quanto qualquer formato de gestão plena. Relembre-se que a própria Lei 11.079 faz expressa referência, no âmbito da PPP, à observância *do respeito aos interesses dos destinatários dos serviços* (art. 4º, II), de sorte que, no sistema penitenciário, o direito público subjetivo do preso de não se submeter a qualquer tipo de coação privada ilegítima não pode ser desconhecido”¹⁵⁹.

4.4As Parcerias Público-Privadas como modelo de gestão prisional

A situação atual de precariedade e superlotação carcerária observada nos presídios brasileiros demonstra que o poder público não é capaz de coordenar e gerir o sistema

¹⁵⁹OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Ob. cit. p. 431.

penitenciário sem o apoio e a colaboração da sociedade. Nesse sentido, a própria LEP dispõe, em seu art. 4º, que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena.

Assim, a elaboração de novos planos de gestão e organização carcerária, o aumento de investimentos no setor, a construção e ampliação de estabelecimentos prisionais, e a necessidade de garantir melhorias na condição de vida dos presos constituem responsabilidades que transcendem a esfera estatal, devendo ser estas também preocupações do setor privado. É preciso que se desenvolvam, então, mecanismos institucionais de participação de entes privados nas tarefas e atribuições prisionais.

Dentre as diversas formas possíveis de envolvimento privado na esfera penitenciária, três modelos institucionais se destacam¹⁶⁰. São eles: i) a privatização de estabelecimentos prisionais; ii) a terceirização de atividades carcerárias; e iii) as parcerias público-privadas no sistema prisional.

A privatização de estabelecimentos penitenciários está associada à transferência total das atividades prisionais ao setor privado, mesmo aquelas vinculadas a medidas de coerção sobre a pessoa do preso. Esta transferência pode se dar pela apropriação do estabelecimento penitenciário pelo ente privado ou pela via contratual, em que não há a transferência da propriedade, mas somente da gestão carcerária. Os Estados Unidos são o país que empregam esse modelo de forma mais ampla.

Os presídios de propriedade de empresas privadas eram muito comuns no sistema carcerário norte-americano durante o sec. XIX. Nesse quadro institucional, a remuneração de tais empresas provinha dos trabalhos dos detentos (os denominados presídios industriais). Assim, a iniciativa privada construía a infraestrutura prisional e estabelecia contratos com o Estado para utilizar a mão de obra dos presos, em troca de um pagamento ao ente estatal proporcional à produção realizada¹⁶¹.

Esse modelo organizacional não prevaleceu por muito tempo. Por constituírem propriedade particular, esses presídios sofriam apenas um controle restrito por parte do poder público, o que dava margem a uma série de abusos e maus-tratos por parte do gestor privado. Além disso, os detentos eram submetidos a trabalhos forçados, sem qualquer (ou com ínfima) remuneração. O crescimento dos movimentos em prol da defesa dos direitos humanos fez

¹⁶⁰ Além dos referidos modelos, possuem também especial relevância as atividades desempenhadas por entidades do terceiro setor no âmbito penitenciário (Ex. ONGs, OSCIPs, etc.)

¹⁶¹ Nesse sentido, confira-se SCHNEIDER. Anne Larason. *Public-Private Partnerships in the U.S. Prison System*. p. 2-5.

com que essa espécie de gestão prisional fosse proibida nos Estados Unidos no final da década de 1930.

No início da década de 1990, fortaleceu-se novamente a ideia de presídios privados no sistema penitenciário norte-americano. No entanto, não mais se cogitava a propriedade privada dos estabelecimentos prisionais. O novo modelo de privatização da atividade de execução penal implantado pelo governo dos Estados Unidos pressupõe um contrato entre poder público e iniciativa privada para a construção e gestão de unidades penitenciárias. A remuneração do gestor privado, nesse caso, passa a ser feita pelo critério *per diem*, em que o Estado é responsável pelo pagamento de uma taxa diária por cada detento ou pelo número de vagas disponibilizadas no presídio¹⁶². Nesse quadro institucional, o estabelecimento prisional é administrado inteiramente pelo ente privado, o qual é responsável pela contratação de todos os funcionários e serviços necessários à gestão carcerária. Ao Estado cabe a fiscalização da atividade prisional desenvolvida pelos gestores privados e a imposição de eventuais sanções em caso de descumprimento das diretrizes contratuais.

A terceirização de atividades penitenciárias, por seu turno, consubstancia um modelo de gestão prisional baseado na contratação de serviços privados específicos, principalmente na área assistencial. No Brasil, tal modelo foi implantado em alguns presídios, dentre os quais se destaca o Presídio Estadual de Catanduvas, no Paraná. O regime jurídico aplicado à terceirização de serviços na esfera prisional é o disposto na Lei nº 8.666/93, por meio de contratos administrativos. Nesse quadro institucional, o Estado permanece como sujeito central na administração e na condução das atividades prisionais. Cumpre ao ente privado tão somente a realização dos serviços contratados pelo poder público (ex. serviços de hotelaria, educação, profissionalização, alimentação, limpeza, etc.).

Por fim, o modelo de gestão prisional exercido por meio de parcerias público-privadas, agregando virtudes, encontra-se no meio do caminho entre os dois modelos analisados anteriormente. O arranjo institucional oferecido pelas PPPs estabelece uma gestão prisional mista e compartilhada entre poder público e setor privado. Há, assim, uma divisão específica de tarefas, em que o parceiro público preserva suas funções privativas de autoridade e coerção e o parceiro privado é responsável pela administração e gestão material do presídio, bem como a prestação de serviços assistenciais e, em muitos casos, a construção do próprio estabelecimento.

¹⁶²BLAKELY. Curt. Prisons, Penology and Penal Reform. Estados Unidos: Editora Peter Lang, 2007. p. 90. Segundo o autor, mais de 10% da população carcerária norte-americana está detida em presídios privados.

Desse modo, na delegação de atividades penitenciárias por meio de PPPs não há a transferência total da gestão do estabelecimento prisional ao parceiro privado – como se observa na privatização – e não se evidencia uma simples contratação de serviços penitenciários – como ocorre na terceirização. No regime contratual das parcerias público-privadas há o compartilhamento de riscos entre os parceiros (público e privado) e o objeto do ajuste será sempre complexo.

No campo da gestão prisional é possível distinguir três planos distintos¹⁶³. O primeiro deles abrange a gestão estratégica, que incide sobre a direção e orientação das atribuições e atividades carcerárias¹⁶⁴. O segundo compreende a gestão operacional, relacionada ao funcionamento do serviço prisional, em seus aspectos de regulação e otimização (logística, resolução de conflitos, racionalização, etc.). O terceiro, por fim, vincula-se à gestão executiva, que, como o próprio nome sugere, é relativa à mera execução das prestações e tarefas penitenciárias.

No modelo de privatização prisional, há a transferência dos três planos de gestão ao setor privado, incumbindo-se o Estado da regulação e fiscalização dos serviços prestados. No modelo de terceirização das atividades carcerárias, há somente a delegação da gestão executiva, permanecendo o poder público com o controle da administração, da gestão e da direção do presídio.

Já no que se refere ao modelo prisional das parcerias público-privadas, os diferentes planos de gestão são compartilhados pelos parceiros público e privado. O ponto central nesse arranjo institucional reside na (im)possibilidade de delegação de atividades que integrem a gestão estratégica, por esta estar vinculada às competências decisórias acerca das atividades e atribuições a serem desenvolvidas no âmbito do presídio.

Conforme visto anteriormente, as competências decisórias são privativas do poder público, por envolverem a manifestação do poder de polícia administrativa. Entretanto, verifica-se que, na prática, o parceiro privado influencia a tomada de certas decisões estratégicas nesse campo, uma vez que, em muitas situações, a elaboração e a execução de atividades prisionais se desenvolvem conjuntamente e/ou são indissociáveis. Nesse quadro, devem ser estabelecidos limites a essa intervenção privada no campo decisório da execução

¹⁶³ Esse modelo foi desenvolvido pelo professor Fernando Vernalha Guimarães. Ob. cit. p. 249.

¹⁶⁴ É possível analisar a gestão estratégica a partir de duas perspectivas, uma mais ampla e outra mais estrita. Na perspectiva ampla, tal plano de gestão abrange as decisões do governo (federal, estadual e municipal) acerca da atividade penitenciária, estabelecendo metas, diretrizes e regulamentos. Na perspectiva estrita, a gestão estratégica compreende as competências decisórias atribuídas à direção de um determinado estabelecimento prisional, no tocante às questões disciplinares e de segurança.

penal, a fim de que não sejam transferidos a particulares poderes e funções exclusivas do Estado. É este o entendimento de Fernando Vernalha Guimarães:

“Note-se, contudo, que, em certas situações, será extremamente difícil, na prática, delimitar as hipóteses de *gestão* da *decisão* de *gestão* da *execução*. A multiplicidade da realidade dificulta a recondução de hipóteses a categorias precisas e delimitadas, impedindo uma taxonomia adequada. Evidencia-se que, na prática, mesmo no âmbito de um exercício de mera execução material, será possível visualizar, em algumas hipóteses, influência da gestão privada no espaço decisório próprio da polícia. Daí a dificuldade de se afirmar uma distinção rigorosa (e prestável a possibilitar a delimitação de tratamentos jurídicos) entre uma ação de decidir e uma ação de executar materialmente o que fora decidido. O problema fica reconduzido a uma gradação da margem de interferência privada no desempenho das ações de polícia. As soluções somente poderão buscar-se nos casos concretos e a partir da modelagem dos arranjos negociais entre a Administração e os privados”¹⁶⁵.

4.5 As concessões administrativas na esfera prisional

No ordenamento jurídico brasileiro, a delegação de atividades do setor penitenciário para empresas privadas, pelo instituto das PPPs, é possível sob a figura contratual da concessão administrativa. Conforme a análise feita no capítulo anterior, essa modalidade concessória é caracterizada pela prestação de serviços de que a Administração pública seja usuária direta ou indireta, podendo abranger também a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

O regime das concessões administrativas envolve áreas ou setores em que a remuneração pela prestação de serviços não é viável pela cobrança tarifária, seja por razões estruturais ou políticas. Assim, toda contraprestação devida ao parceiro privado, no âmbito dessa categoria de PPP, é de responsabilidade do poder público.

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

¹⁶⁵GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Ob. cit. p. 195

A aplicação do arranjo contratual das parcerias público-privadas ao campo prisional implica a observância de todos os requisitos e exigências contratuais que cercam o instituto. Assim, o prazo de concessão deve ser de no mínimo 5 (cinco) e no máximo de 35 (trinta e cinco) anos, o objeto do contrato deve ser complexo, os investimentos não poderão ser inferiores a 20 (vinte) milhões de reais, as contraprestações do parceiro público devem ser precedidas da disponibilização do(s) serviço(s) contratados, e haverá a necessidade da constituição de sociedade de propósito específico (SPE) para a formalização do contrato.

A lógica econômico-financeira das parcerias público-privadas tem dois pilares básicos. O primeiro deles consubstancia uma engenharia financeira que permite à Administração procrastinar o pagamento pelo preço das obras de infraestrutura realizadas pelo parceiro privado, diluindo-o nas contraprestações pagas pelo serviço subsequentemente executado¹⁶⁶. Assim, os empreendimentos de PPP não têm um impacto imediato e severo no orçamento público.

O segundo pilar tem por base a transferência de parte dos riscos de exploração e manutenção da obra ao parceiro privado, que a construiu. Por meio dessa técnica contratual, há um incentivo para a eficiência e qualidade do projeto de infraestrutura a ser realizado, haja vista que isso refletirá em maiores ou menores custos de manutenção/disponibilização da infraestrutura pelo concessionário. Nessa perspectiva, o prazo mínimo de prestação de serviços, exigido pela Lei nº 11.079/04 tem como função estabelecer “*um período mínimo de exposição do contratado ao risco de prejuízo econômico em decorrência da má execução da infraestrutura*”¹⁶⁷.

Evidencia-se, portanto, que, o parceiro privado, na esfera penitenciária, será responsável tanto pela construção, ampliação ou reforma do estabelecimento prisional quanto pela prestação dos serviços atribuídos a ele por meio de contrato (serviços que não impliquem o exercício da coação administrativa). Essa exigência contratual acarreta a transferência do risco de qualidade do empreendimento para o concessionário, que terá de desenvolver um projeto prisional eficiente e bem estruturado para não ter prejuízo na sua gestão e manutenção.

É à luz dessas características contratuais e institucionais que as parcerias público-privadas se apresentam como possível solução para a crise prisional brasileira.

Primeiramente, porque a insuficiência de recursos públicos para a construção e ampliação de presídios poderá ser superada, uma vez que o financiamento do projeto e todos

¹⁶⁶GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Ob. cit. p. 195.

¹⁶⁷SUNDFELD, Carlos Ari. Ob. cit. p. 35.

os investimentos iniciais para a realização do empreendimento serão de responsabilidade do parceiro privado.

Em segundo lugar, as atividades prisionais poderão ganhar mais eficiência, tendo em vista a necessária constituição de uma sociedade de propósito específico (SPE) exclusivamente para administrar a unidade penitenciária, reunindo em seu âmbito entes privados especializados em diversas áreas da gestão carcerária (alimentação, limpeza, educação, administração financeira, etc.). Além disso, os parceiros privados, no regime das PPPs, possuem uma margem de autonomia para escolher meios necessários para alcançar os resultados previstos contratualmente, o que reduz as formalidades e a burocracia.

Em terceiro lugar, a possibilidade de remuneração atrelada ao desempenho do concessionário, à luz do parágrafo único da Lei nº 11.079/04, propicia o estabelecimento de metas e objetivos que aperfeiçoam a gestão penitenciária. Nesse quadro, o edital e o contrato que estabelecem o regime específico de PPP devem trazer parâmetros para avaliar os resultados obtidos pelo parceiro privado na prestação dos serviços contratados, de modo a deixar claro quais serão as diretrizes e padrões a serem observados no campo prisional. Esse mecanismo de dinamização contratual permite uma permanente e evolutiva referibilidade das contraprestações devidas ao concessionário a índices de produtividade e metas de eficiência (disponibilidade e qualidade), cujo sistema serve a políticas de estímulos não só repressivos como positivos à conduta do concessionário.

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

Em quarto lugar, o arranjo contratual das parcerias público-privadas pode conferir ao concessionário a responsabilidade pela elaboração do projeto básico do empreendimento. Em especial no campo penitenciário, em que o Brasil se encontra defasado, o desenvolvimento de tais projetos pela iniciativa privada pode trazer importantes contribuições técnicas para a melhoria da gestão prisional.

Constata-se, destarte, que o administrador brasileiro, por meio das PPPs, possui um regime contratual propício¹⁶⁸ para instaurar uma reforma eficaz no sistema prisional

¹⁶⁸O professor Fernando Vernalha congrega as principais características da concessão administrativa na seguinte análise: “*Dentro dessa concepção, a concessão administrativa funcionará segundo a transferência do risco de*

brasileiro. Nesse contexto, é essencial que haja o fortalecimento das entidades estatais responsáveis pelo controle da atividade prisional e a elaboração de contratos e projetos de parceria que, de fato, sirvam de base para a melhoria da condição dos presídios no Brasil, em consonância com os princípios e preceitos presentes na Constituição Federal e na Lei de Execuções Penais.

4.6 As PPPs em presídios brasileiros: O Complexo Prisional de Ribeirão das Neves/MG.

Cumpra analisar, nesse ponto, o modo como está se iniciando o projeto de reforma do sistema penitenciário brasileiro por meio de parcerias público-privadas.

Foi inaugurado no dia 28/01/2013 o primeiro estabelecimento penitenciário planejado e construído sob o regime das PPPs no Brasil. Trata-se do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves/MG. O projeto abrange a construção de 5 (cinco) unidades prisionais, sendo três para o regime fechado e duas para o regime semi-aberto. Em tais unidades serão disponibilizadas 3 (três) mil novas vagas, as quais corresponderão a 10% do total de vagas do sistema carcerário mineiro.

O empreendimento foi realizado pelo Consórcio Gestores Prisionais Associados (GPA), sociedade de propósito específico vencedora do procedimento licitatório organizado pelo Governo de Minas Gerais para a consecução do projeto. O Consórcio será responsável pela gestão e manutenção do complexo prisional pelo período de 27 anos, extensíveis até o prazo máximo de 35 anos estabelecido pela Lei nº 11.079/04. Os investimentos iniciais, feitos exclusivamente pelo parceiro privado, são da ordem de R\$ 190.000.000,00 (cento e noventa milhões de reais).

A remuneração do Consórcio será feita pelo critério *per diem*, o qual estabelece o padrão diário para a fixação da contraprestação pecuniária devida pelo poder público, dependendo do número de presos no estabelecimento e da quantidade de vagas disponibilizadas. Na hipótese, esse valor diário, estabelecido em contrato, é de R\$ 73, 63 (setenta e quatro reais e sessenta e três centavos) por preso e/ou por vaga.

O empreendimento foi realizado nos moldes contratuais da concessão administrativa e demandou um considerável processo de planejamento e estruturação, devido o seu caráter pioneiro no sistema carcerário brasileiro. Foram formadas comissões com especialistas de

qualidade ao concessionário, admitindo ainda que sua remuneração esteja atrelada a metas de eficiência e de disponibilidade do serviço. A sua natureza concessória a caracteriza com um ajuste que pressupõe uma relativa autonomia gerencial do contratado, buscando-se a racionalização dos meios e o alcance de maior eficiência segundo critérios de remuneração baseada no desempenho (controle de resultado)”. Ob. cit. p. 171.

diversas áreas para elaborar o estudo técnico do projeto e as cláusulas contratuais referentes aos diversos aspectos da gestão penitenciária. Nessa seara, foram estabelecidos mais de 400 (quatrocentos) indicadores de desempenho do parceiro privado, dos quais dependerá a remuneração final a ser recebida por este.

Os referidos indicadores compreendem medições das atividades de assistência e apoio ao interno, bem como dos padrões de segurança praticados. A contraprestação do poder público somente será total se todos os indicadores forem observados de forma plena. Nesse sentido, confira-se a análise feita por Thallyta Pereira Cardoso, em artigo específico sobre o tema:

“Está prevista na lei nº 11.079 a possibilidade de pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho realizado na execução e cumprimento do contrato, de acordo com padrões e metas qualitativas previamente definidas. Essa remuneração está prevista também no contrato da PPP do Sistema Penitenciário do estado de Minas Gerais. No caso do complexo prisional de Ribeirão das Neves, critérios como a higiene dos presídios, o número de fugas e rebeliões, a quantidade de detentos que estão estudando e trabalhando, a quantidade e a qualidade dos serviços de saúde e dos programas de ressocialização de detentos serão avaliadas. Se tais fatores não alcançarem índices satisfatórios, o Estado de Minas Gerais poderá reduzir o valor da parcela anual de desempenho a ser paga ao Consórcio GPA. Ou seja, o repasse para os empreendedores concessionários estará vinculado a diversos indicadores de desempenho, tais como os citados acima”¹⁶⁹.

Desse modo, verifica-se que os deveres atribuídos ao parceiro privado incluem todas as atividades prisionais de cunho assistencial (alimentação, assistência médica, acompanhamento psicológico, apoio jurídico, etc.) e de administração e gestão do empreendimento. Além disso, no projeto em tela, o concessionário ficou responsável pela elaboração do plano arquitetônico do complexo prisional. Os verbos relativos à atuação do parceiro privado são, portanto, financiar, construir, manter e operar.

Quanto ao parceiro público, constata-se que este permaneceu com a competência de controlar a monitorar todas as atividades que ocorrem no âmbito do complexo penal. Assim, a

¹⁶⁹CARDOSO, Tallyta de Oliveira Pereira. *O Sistema Prisional Brasileiro e a Parceria Público-Privada do Estado de Minas Gerais*. In: Revista Jurídica Unijus. Vol. 13. Maio/2010. p. 255.

diretoria dos presídios em questão deve ser composta por agentes governamentais, os quais possuem a prerrogativa exclusiva da aplicação de sanções administrativas aos internos. Em concreto, são atribuições do parceiro estatal na esfera contratual a decisão acerca do regime disciplinar e de segurança do estabelecimento penal, garantir a segurança externa das unidades prisionais, e realizar o transporte dos internos, em casos de audiências, transferências, ou outras requisições de deslocamento feitas pelo poder judiciário ¹⁷⁰.

Foram também estabelecidos no contrato de parceria em tela mecanismos para garantir a transparência e o controle das atividades desempenhadas pelo parceiro privado. Dentre esses mecanismos, se destaca a instituição de um Conselho Consultivo que possui o poder de interferir na gestão prisional a fim de mantê-la alinhada com a política pública setorial. Integrarão o referido Conselho representantes da Ouvidoria Geral do Estado (OGE), da Defensoria Pública, do Conselho Penitenciário do Estado de Minas Gerais, do Conselho de Criminologia e Política Criminal e do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos.

¹⁷⁰ Idem, p. 256.

Conclusão

A crise do modelo de Estado de Bem Estar Social revelou que nem o poder público e nem a iniciativa privada são capazes de, isoladamente, atender aos interesses e às necessidades da sociedade de forma plena. Desse modo, como visto ao longo do presente trabalho, o poder público passou a desenvolver mecanismos e instrumentos de cooperação com o setor privado com a finalidade de concretizar direitos e suprir as deficiências na sua própria atuação.

Nesse diapasão, a Administração pública perde gradativamente o seu caráter autoritário, unilateral, e de supremacia sobre a esfera privada. Desenvolve-se, assim, um direito administrativo consensual e flexível, em que ganham espaço os acordos, os contratos e as parcerias entre poder público e iniciativa privada. Em tal contexto, o poder público assume cada vez menos funções de intervenção direta na esfera econômica, resguardando competências regulatórias, a fim de condicionar a atuação dos particulares à consecução do interesse público.

Nessa perspectiva, as parcerias público-privadas, instituídas na ordem jurídica brasileira por meio da Lei nº 11.079/04, representam um importante mecanismo contratual para a consecução do escopo de compatibilização de interesses públicos e privados. Assim, nas palavras de Carlos Ari Sunfeld, *“a característica central das concessões administrativa e patrocinada que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se põem: tanto impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir”*¹⁷¹.

Nesse sentido, os primeiros objetivos deste trabalho foram os de identificar a evolução da Administração pública nos diferentes paradigmas de Estado, até chegar ao modelo contemporâneo do Estado Regulador Cooperativo, e de analisar como se construiu e desenvolveu o instituto da parceria público-privada no ordenamento jurídico pátrio.

À luz de toda a abordagem feita sobre tais temas é possível chegar à conclusão de que a criação de mecanismos institucionais de participação e cooperação do setor privado na esfera pública é de fundamental importância para atender às crescentes demandas sociais e consolidar a ampliação da proteção constitucional dos direitos. Para o alcance desses misteres

¹⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Ob. cit. p. 23.

as PPPs constituem instrumento essencial, haja vista que se voltam primordialmente para a construção e revitalização de obras de infraestrutura, as quais são indispensáveis para o desenvolvimento e crescimento econômico do país.

Uma vez estabelecidos e esclarecidos os pressupostos do presente trabalho, tanto do ponto de vista normativo quanto institucional, passou-se à análise da legitimidade e da adequação do emprego do regime das parcerias público-privadas no âmbito do sistema penitenciário. Nessa seara, chega-se às seguintes conclusões: i) é possível a deleção de atividades prisionais a particulares, desde que não sejam transferidas competências decisórias de conteúdo jurisdicional ou relativas ao poder de polícia administrativa; ii) a construção e gestão de presídios por meio de parcerias público-privadas não implicam a privatização do sistema prisional; e iii) o modelo de gestão prisional compartilhado entre poder público e parceiro privado, por meio das PPPs, gera eficiências e possibilitam a superação das crise no sistema carcerário.

No que se refere à possibilidade de delegação de determinadas atividades penitenciárias ao setor privado, esta tem por fundamento a superação de um conceito de polícia administrativa puramente formal. Não é porque determinadas atividades foram tradicionalmente de exclusividade do Estado que, necessariamente, não possam ser delegadas. Toda e qualquer limitação à transferência de atividades estatais a particulares deve ter por base as normas constitucionais. Assim, em face da natureza complexa da execução criminal, somente são indelegáveis as competências e tarefas relacionadas diretamente à função jurisdicional e à coerção sobre a pessoa do preso (seja no plano abstrato ou concreto). As demais atividades prisionais, principalmente as de cunho assistencial, são passíveis de delegação à iniciativa privada.

Quanto ao argumento de que as parcerias público-privadas são inviáveis na esfera prisional porquanto acarretariam a privatização dessa área institucional, este não prospera em face da caracterização dessa forma de gestão como “mista” ou compartilhada entre poder público e setor privado. Nesse quadro, os parceiros público e privado possuem competências e funções específicas, sendo reservadas ao primeiro as atividades privativas de Estado.

Por fim, o poder público tem nas parcerias público-privadas um regime contratual propício para superar as crises evidenciadas no setor prisional. Do ponto de vista financeiro, as PPPs permitem ao administrador construir novos estabelecimentos penitenciários sem o comprometimento imediato do orçamento público, uma vez que o financiamento e todos os investimentos iniciais do projeto serão de responsabilidade do parceiro privado. Sob a ótica da eficiência nas atividades prisionais, o ingresso da iniciativa privada nesse campo engendra a

especialização empresarial (Sociedade de propósito específico) em cada ramo da esfera carcerária, reduzindo assim os custos e reduzindo a burocracia. Ademais, um contrato de parceria na esfera penitenciária possibilita a constante rediscussão dos objetivos e diretrizes que devem nortear os modelos de gestão nessa área, sendo os controles institucional e social mais intensos em face do estabelecimento de parâmetros de desempenho do parceiro privado.

Evidencia-se, portanto, que o papel das parcerias público privadas na esfera prisional é o de possibilitar ao administrador a criação de diferentes modelos de gestão de presídios, buscando maior eficiência e melhorando a qualidade da atividade penitenciária com a participação e colaboração de empresas privadas nos serviços que não envolvam poderes e prerrogativas privativos do Estado. A evolução e o aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro por meio de tal forma de parceria constituem cenário possível e viável em face da ordem jurídico-institucional pátria.

Bibliografia

- ANJOS, Fernando Vernice dos. *Análise Crítica da Finalidade da Pena na Execução Penal: Ressocialização e o Direito Penal Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, mai-jun-jul, 2005.
- BLAKELY, Curt. *Prisons, Penology and Penal Reform*. Estados Unidos: Editota Peter Lang, 2007.
- 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.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Social ao Estado Liberal*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CALDAS, Roberto. *Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CARDOSO, Tallyta de Oliveira Pereira. *O Sistema Prisional Brasileiro e a Parceria Público-Privada do Estado de Minas Gerais*. In: Revista Jurídica Unijus. Vol. 13. Maio/2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2012.
- CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira. *Alguns novos rumos do poder de polícia*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Número 8, Ano 24, agosto/2012.
- CASSAGNE, Juan Carlos e ORTIZ, Gaspar Ariño. *Servicios Públicos, Regulación e Renegociación*. Buenos Aires: LexisNexis – Abeledo-Perrot, 2005.

- COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais*. In: *Parcerias Público Privadas*. Org. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, Malheiros, 2007.
- DAROCA, Eva Desdentado. *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*. Valencia – Espanha: TirantloBlanch, 1999.
- FERREIRA, Luis Tarcisio Teixeira. *Parcerias-Público Privadas – Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte, Fórum, 2006.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HARADA, Kioshi. *Parcerias Público-Privadas: Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor*. In: *Parcerias Público-Privadas*. Coord. Sérgio Augusto ZampolPavani e Rogégio Emílio de Andrade. São Paulo, MP, 2006.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Privatizar o sistema carcerário?* In: *Estudos de Execução Criminal. Direito e Psicologia*. Org: Rodrigo Torres Oliveira e Virgílio de Mattos. 2009.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006.
- _____. *As parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*. In: *Parcerias Público-Privadas*. Org. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, Malheiros, 2007.
- MARQUES, Adriana Macedo. *Introdução ao Estudo das Parcerias Público-Privadas*. In: *O Novo Direito Administrativo – O público e o privado em debate*. Coord. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MODESTO, Paulo. *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: *Parcerias Público Privadas*. Org. Carlos Ari Sunfeld. 1^a ed. Editora Malheiros, São Paulo.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalização do Direito Administrativo O princípio da juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parcerias Público-Privadas – Aspectos de Direito Público Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no Exercício da Atividade Administrativa de Polícia e na Atividade Administrativa Penitenciária*. In: *Parcerias Público-Privadas*. 1^a ed. Org. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros. 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Administração Pública Ordenadora*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____ ; *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In: *Parcerias Público Privadas*. Org. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo, Malheiros, 2007.
- WALD, Arnaldo. *Novas Tendências do Direito Administrativo: A Flexibilidade no Mundo da Incerteza*. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 84. Novembro de 1995. Vol. 721.