

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

EDINILSON DONISETTE MACHADO

EMERSON GABARDO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Edinilson Donisete Machado, Emerson Gabardo, Maria Tereza Fonseca Dias – Florianópolis:
CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-149-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública” I reuniu no XXV Encontro Nacional do CONPEDI um conjunto de artigos de alto nível. Reunidos na cidade de Brasília, pesquisadores de diferentes partes do país apresentaram temas originais e polêmicos mediante a construção de textos com alto requinte intelectual.

As discussões que se seguiram aos comunicados científicos também foram muito profícuas e propiciaram debates interessantes a respeito de questões como discricionariedade administrativa, participação popular, arbitragem, responsabilidade do Estado, parcerias público-privadas, competências federativas, desenvolvimento, serviços públicos, direitos fundamentais, licitações, contratos públicos, modelos de gestão, processo administrativo e sistemas de controle da atividade pública. De forma dialética, alunos de graduação, mestrado e doutorado, bem como professores e profissionais com diferentes formações colocaram suas posições com respeito e mediante a adoção de uma perspectiva dialógica horizontal, ou seja, manifestando posições convergentes e divergentes de forma democrática.

Como resultado deste processo estão sendo publicados neste volume os trabalhos selecionados pela comissão de avaliadores do Conpedi e que contou com a coordenação dos debates dos professores abaixo nomeados, que procuraram aprofundar as colocações feitas e apontar aprimoramentos importantes para a área do Direito Administrativo. Foi grande honra e satisfação da comissão ter compartilhado dos debates com os autores e demais participantes.

Destacou-se, neste grupo de trabalho, a interdisciplinaridade das temáticas do direito com as da gestão pública, mostrando os rumos para os quais caminha a pesquisa e as discussões da Administração Pública.

Merece parabéns o CONPEDI por realizar um evento tão sério e que já pode ser considerado o mais relevante momento de divulgação de investigações científicas brasileiras na área do Direito.

Bom proveito aos leitores.

Cordialmente,

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Centro Universitário Eurípedes de Marília

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Fundação Mineira de Cultura

Universidade Federal de Minas Gerais

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO ÂMBITO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS E A (IM)POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA DO ESTADO

THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS AT PRISON ESTABLISHMENTS AND THE (IM)POSSIBILITY OF POLICE POWER DELEGATION

Rodrigo Costa Lobato ¹
Maria Stela Campos da Silva ²

Resumo

O presente artigo analisa a possibilidade de haver contratos administrativos de parcerias público-privadas na modalidade de concessão administrativa, regulamentada pela Lei Federal 11.079/04, na administração de estabelecimentos prisionais sem que haja violação das funções típicas do Estado, sobretudo o poder de polícia da Administração Pública. Aborda-se a origem das parcerias público-privadas e seus objetivos. A seguir, estuda-se o poder de polícia administrativo e em quais situações este poderá ou não ser delegado à iniciativa privada e quais limites devem submeter o ente privado na administração de estabelecimentos prisionais, sem violar o direito fundamental à liberdade dos detentos.

Palavras-chave: Contrato administrativo, Concessão administrativa, Parceira público-privada, Indelegabilidade do poder de polícia, Administração de estabelecimentos prisionais

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyses the possibility of administrative hires through public-private partnerships in the form of an administrative concession, regulated by Federal Law 11.079/04, under the administration of prisons establishments without any violation of the typical functions of the State especially the police power of the Public Administration. We approach the origin of public-private partnerships and its objectives. After, we study the police power and administrative situations in which this may or not be delegated to the private sector and what limits should submit private entity in the administration of prisons without violating the fundamental right to freedom of inmates.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative contract, Administrative concession, Public-private partnership, Not delegation of police power, Administration of prisons

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Estado do Pará. Assessor Jurídico da Procuradoria do Estado do Pará. Advogado.

² Doutora em Direito pela UFPA. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Líder do Grupo de Pesquisa em Federalismo, Renúncia de Receita, Responsabilidade Tributária e Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar em quais limites ocorre a delegação, ao ente privado, da atividade de administração e gestão de estabelecimentos prisionais, sob o regime de parcerias público-privadas, sem que haja desarmonia com o poder de polícia da Administração Pública.

Diferentemente dos demais tipos de contratos administrativos, as PPP's visam compatibilizar os interesses da Administração Pública e do parceiro privado em prol dos administrados. Diversos contratos desse tipo estão em vigor em nosso país, sendo que os que já foram concluídos apresentam estatisticamente melhoras na prestação do serviço público, bem como economia aos cofres públicos.

Tendo como ponto de partida a análise doutrinária (método de pesquisa bibliográfica), o trabalho é iniciado com uma apresentação geral do que vêm a ser as parcerias público-privadas no Brasil, regulamentadas pela Lei Federal 11.079/04. Seguindo adiante, são estabelecidas as diferenças entre os contratos administrativos sob o regime de parceria público-privadas e os regidos pela Lei Geral de Concessões.

Nesse passo, o conceito de poder de polícia da administração pública é esclarecido em comparação à polícia administrativa e a polícia judiciária, demonstrando que ambas não se confundem, pois a primeira é regulada por normas administrativas enquanto a segunda é regida pelo direito processual penal. Além disso, são examinadas as atividades típicas do Estado e que, por esse motivo, não podem ser delegadas aos entes privados, dentre elas o poder de polícia administrativo, sob pena de violação dos direitos individuais e fundamentais à liberdade e à propriedade.

A partir de tais explanações, a questão que este estudo busca responder é: há possibilidade jurídica de concessão do poder de polícia à iniciativa privada nos contratos de parceria público-privada que tenham por objeto o exercício da administração de estabelecimentos prisionais?

2 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL

Quando se fala em parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, logo se pensa em concessões, visto que esta forma de contrato administrativo permite que a esfera pública transfira ao particular a prestação dos serviços públicos essenciais à população sem retirar a

autonomia do Estado para intervir sobre estes serviços, como ocorre com as concessões de transporte urbano, energia elétrica, dentre outras.

A questão inicial, então, passa por quais seriam as diferenças entre o regime geral de concessões, regulado no Brasil desde 1995 através da Lei n. 8987/95, e o modelo de Parceria Público-Privada criado no direito britânico e instituído no país em 2004 com a edição da Lei n. 11.079.

O discurso governamental prega que a falta de investimentos seria superada pela instauração desse novo regime jurídico, pautado pela atribuição do ônus financeiro do empreendimento público ao particular, que por sua vez seria recompensado pelo recebimento de remuneração pelo serviço prestado ao longo dos anos estabelecido no contrato (mínimo de cinco anos e máximo de trinta anos) através de duas espécies de concessões: a patrocinada ou a administrativa.

Visto que nas concessões regidas pelo regime geral da Lei. 8987/95 a remuneração do particular ocorre somente através do pagamento das tarifas pelo usuário final, enquanto nas Parcerias Público-Privadas esta remuneração se dá através do pagamento tarifário do usuário final e de uma contribuição da Administração (concessão patrocinada) ou como contraprestação do Estado (concessão administrativa), surge um novo questionamento: a diferença entre os modelos seria então apenas a forma como o particular seria remunerado?

A resposta a esta indagação só pode ser negativa.

As Parcerias Público-Privadas visam estabelecer uma nova filosofia às relações contratuais existentes entre os setores público e privado. Há, nesse modelo, a inversão de certos papéis que ensejam a possibilidade de programar um sistema de relacionamento mais eficiente, visando, sobretudo, a supremacia do interesse público sobre o particular, pois o parceiro privado deve atuar visando a prestação de um serviço adequado, contínuo e eficiente e não somente o lucro como atualmente ocorre com o regime geral de concessões, em que presenciamos diariamente a falta de cortesia e eficiência nos mais diversos ramos do serviço público.

No modelo tradicional de concessões, o Estado exerce uma forte intervenção na relação contratual, objetivando assegurar a continuidade da prestação do serviço público, enquanto o particular recebe o direito de explorá-lo e é remunerado, como visto acima, pela tarifa paga pelo usuário final quando da sua utilização.

Entretanto, em que pese o particular ser o responsável pela execução do serviço, é o Estado quem tem a titularidade para tomar decisões centrais, como, por exemplo, a estruturação do serviço objeto da concessão.

É perceptível, então, que o Estado não ocupa uma posição secundária quanto à consecução do serviço, pois o poder concedente fica responsável pela gestão do empreendimento, ou seja, por aspectos fundamentais como o projeto a ser executado, pela fixação das regras básicas de oferta do serviço, além das condições operacionais e cronograma de expansão do serviço.

Diante de tamanha intervenção estatal, o papel do concessionário se resume a executar as diretrizes fixadas pelo poder concedente, titular do serviço. Assim entende Jacintho Arruda Câmara¹ “(...) *cabia ao Estado a responsabilidade pelas decisões estratégicas da atividade, enquanto o concessionário dirigia a empresa responsável pela implementação das diretrizes estatais.*”.

Logo, se ao particular cabe apenas a gestão de sua empresa para uma efetiva execução das imposições estatais, por óbvio recairá sobre os Estado os riscos pela viabilidade do empreendimento, pois é dele a obrigação de deliberar pelo modelo de exploração econômica a ser adotado.

Ao setor privado será atribuído apenas o risco/responsabilização por aquilo que derivar por sua decisão própria e não pela mera execução das determinações estatais, assumindo deste modo um risco ínfimo se comparado ao do poder concedente.

Portanto, quanto maior a intervenção estatal nas definições do empreendimento, proporcionalmente menores serão os riscos para o particular ao executar um serviço público.

Com a implementação das parcerias público-privadas, a tendência é que, com o maior envolvimento do setor privado no contrato, maiores serão os riscos a ele transferidos.

Não deve ser olvidado ainda que a *expertise* do setor privado na prestação de certos serviços é um dos fatores determinantes para que se possibilite sua inserção de maneira mais efetiva na participação do contrato, deixando de assumir apenas o papel de executor do serviço, para assumir uma postura pró-ativa, somando conhecimento e experiências para fomentar um serviço público de qualidade.

Diante desse modelo considerado extremamente oneroso e desfavorável ao Estado em decorrência dos riscos assumidos e das diversas evoluções havidas nas últimas décadas no que tange as relações entre os setores público e privado advindas inicialmente através do modelo britânico, como já visto, surgiu a necessidade de introduzir a filosofia das parcerias público-privadas no ordenamento jurídico brasileiro, ocorrido com a edição da Lei n. 11.079 em 2004.

¹ CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas, em SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias Público-Privadas, 2011. p.162.

Vera Monteiro² ressalta que as parcerias público-privadas surgiram como uma nova alternativa para a Administração celebrar contratos de acordo com as peculiaridades do serviço a ser prestado e promoveu uma atualização legislativa dos mecanismos de relacionamento entre o público e o privado em contratos que têm função concessionária.

De tal modo, a Lei. 11.079/04 não deve ser interpretada como mera adição de duas novas espécies de concessão – patrocinada e administrativa – dentro do gênero de concessões de serviço público. Mas sim como a positivação de um novel instituto jurídico, submetido a um peculiar regime de licitação e contratos. Caso contrário, a lei não atingirá os fins a que se propõe, perdendo sua razão de existir³.

Com a Lei Federal nº 11.079/ 04 foram consolidadas diretrizes e condições para a contratação das parcerias público-privadas, sendo ainda instituídas duas novas modalidades de concessões – a patrocinada e administrativa – como formas de concessão das parcerias público-privadas.

Ademais, a referida Lei definiu as normas procedimentais de licitação e de celebração dos contratos de parceria, – inclusive com algumas referências às Leis de Licitações e Contratos e às Leis de Concessões – formas de garantias e obrigações das partes, obrigatoriedade de constituição de Sociedade de Propósito Específico (SPE) pelo parceiro privado.

No âmbito da constitucional, em especial o art. 175, uma vez que estabelece a atribuição do Poder Público de prestar os serviços públicos diretamente, ou sob-regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

Não obstante devam ser ressaltadas também as Leis Federais principalmente a Lei nº 8.987/95, aplicável subsidiariamente à Lei Federal de PPP; a Lei nº 9.074/95, que se aplica às parcerias público-privadas por estabelecer normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços; a Lei nº 8.666/93, que ao prever os procedimentos gerais de licitação e contratos se aplica subsidiariamente às PPPs; a Lei Complementar nº 101/00, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e contempla normas a serem observadas no tocante ao endividamento público.

² MONTEIRO, Vera. Concessão, 2010. p. 186.

³ MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova lei de parcerias público-privadas, em SUNFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias Público-Privadas, 2011. p. 117.

2.1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESSÃO NAS MODALIDADES PATROCINADA E ADMINISTRATIVA (ART. 2º DA LEI Nº 11.079/04)

Enquanto o art. 1º da Lei 11.079 apenas institui o contrato administrativo de parcerias público-privadas e seu âmbito de aplicação no âmbito Federal, Estadual e Municipal e a quais entes da administração pública direta e indireta esta lei se aplica. O caput do art. 2º possui uma função conceituadora, visto que estabelece o que é a parceria público-privada da seguinte forma “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Entretanto, este dispositivo não encerra na conceituação da parceria público-privada, vai além, e ao longo de seus quatro parágrafos estabelece a diferenciação da modalidade patrocinada e da administrativa, destaca que a concessão comum não constitui parceria público-privada e cria vedações para a celebração do contrato neste tipo de sistema.

Assim, é importante especificar e detalhar as diferenças entre os contratos administrativos de parceria público-privada nas modalidades patrocinada e administrativa, esclarecer porque a concessão comum não pode ser regida pelo sistema de parceria público-privada, bem como as razões para as vedações previstas em lei.

A parceria público-privada na modalidade de concessão patrocinada é uma espécie do gênero “concessão de serviços públicos”, visto que possui o mesmo objeto de uma concessão comum, qual seja a prestação de serviço público pelo concessionário ao administrado.

Contudo, a concessão patrocinada possui uma peculiaridade na forma em que o concessionário é remunerado. Nestas, a remuneração dos parceiros privados se dá obrigatoriamente através de duas fontes: a) o pagamento tarifário do usuário final quando da utilização do serviço prestado; b) através do pagamento de forma pecuniária – ordem bancária ou cessão de créditos não tributários, (art. 6º, I e II da Lei nº 11.079/04) – realizado pelo poder concedente a título de contraprestação.

Este mecanismo de remuneração é essencial para a caracterização da concessão patrocinada, sob pena de se confundir com uma concessão comum, onde a remuneração ocorre apenas pelo pagamento da tarifa pelo usuário final ou com uma concessão administrativa em que a remuneração ocorre somente pelo poder concedente a título de contraprestação.

Deve ser ressaltado ainda que, por possuírem o mesmo objeto, é plenamente possível que uma concessão originalmente comum se torne patrocinada, desde que cumpra os requisitos e exigências da Lei de PPP, quando, no curso da execução do contrato, a

Administração assumir o pagamento de parte da tarifa em virtude de um desequilíbrio contratual decorrentes da criação de isenções para certas categorias de usuários finais ou quando por razões sociais, decidir diminuir as tarifas.

Entretanto, deve ser destacado o art. 10, §3º, que exige autorização legislativa específica às concessões patrocinadas nos contratos em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado seja de responsabilidade Administração Pública.

Por fim, cumpre estabelecer que de acordo com o art. 3, I da Lei das PPPs o regime contratual das concessões patrocinadas será regido pela própria Lei nº 11.079/04, sendo subsidiariamente aplicadas as normas da Lei nº 8.987/95 e as demais leis que lhe são correlatas.

Dentro da modalidade de concessão administrativa existem dois tipos de prestação de serviços, os serviços públicos (Administração como usuária indireta) e os serviços ao Estado (Administração como usuária direta).

Os serviços públicos tem por objeto a prestação de serviços previstos no artigo 175 da Constituição Federal de maneira direta aos administrados sem cobrança de tarifas, pois a concessionária é remunerada em pecúnia pela próprio poder concedente e pelo recebimento de outras receitas alternativas. A cobrança de qualquer valor do usuário, mesmo que economicamente irrelevante, descaracteriza a concessão administrativa.

Nessas hipóteses de prestação de serviços os administrados são usuários diretos enquanto a administração pública é usuária indireta, uma vez que arca com direitos e responsabilidades econômicas.

No tipo de concessão administrativa com prestação de serviço ao Estado, a Administração Pública é usuária direta dos serviços previstos no artigo 6º da Lei nº 8.666/93, visto que se trata do oferecimento de utilidades à própria Administração.

Nesses casos, apesar da semelhança com os contratos regidos pela lei geral de licitações, a diferença decorre do fato de que nos contratos regidos pela Lei 11.079, o poder concedente é integralmente responsável pela remuneração do parceiro privado enquanto a concessionária deve cumprir as exigências estabelecidas em lei no artigo 2º, §4º, como o investimento mínimo de R\$ 20.000,00 (vinte milhões de reais) para prestação de serviços que não tenham como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, com um prazo contratual mínimo de cinco anos, o que permite a amortização dos investimentos e custeio com a verba estatal.

Esclarece-se que estas exigências legais previstas artigo 2º, §4º são aplicadas também às concessões patrocinadas.

Mister ressaltar também que a Lei das PPPs não deixa expresso em texto legal a ramificação estabelecida pela doutrina, que divide a concessão administrativa nos dois referidos tipos acima, todavia, pelo fato de o legislador haver utilizado a expressão “Administração Pública seja a usuária direta ou indireta”, resta pertinente tratar sobre esse entendimento doutrinário.

Por fim, é importante destacar que as concessões administrativas se caracterizam por exigirem como objeto do contrato a prestação de serviços públicos de alta complexidade, sem a cobrança de tarifas aos usuários, como a construção e manutenção de rodovias em regiões abastadas, construção e gestão de estabelecimentos prisionais, hospitais e escolas.

3 O PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No regime jurídico-administrativo, a Administração Pública atua dentro de certos limites legais, ou seja, enquanto o particular pode realizar todos os atos que a lei não proíba, a Administração somente pode praticar atos expressamente previstos em lei.

Porém, a legislação pátria concedeu à Administração Pública uma série de prerrogativas que são a ela inerentes com o escopo de garantir que as liberdades subjetivas dos cidadãos não ultrapassem ou violem o direito coletivo.

Neste diapasão, essas prerrogativas são mais uma forma de representação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

O poder de polícia é uma dessas prerrogativas da Administração Pública, que coloca em contraposição a liberdade dos cidadãos exercerem plenamente seus direitos e o papel do Estado em condicioná-los ao bem-estar coletivo⁴.

Entretanto, não se deve entender o poder de polícia como uma violação aos direitos individuais de liberdade ou propriedade, pelo contrário, esta prerrogativa da Administração Pública visa justamente garantir que a liberdade subjetiva de cada indivíduo não se sobreponha aos interesses da coletividade.

O poder de polícia possui previsão legal no art. 78 do Código Tributário Nacional, posto que o exercício deste poder é um dos fatos geradores da taxa, tributo previsto no art. 145, II da Constituição Federal de 1988.

Apesar do art. 78 ser extremamente objetivo e claro, é necessário destacar que o poder de polícia é exercido nos Poderes Legislativo e Executivo.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 2011. p. 115.

Enquanto no Poder Legislativo se exerce poder de polícia através da criação, mediante lei, de limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas, o Poder Executivo regulamenta as leis e controla sua aplicação preventiva ou repressivamente, exercendo o poder de polícia administrativa.

Apesar disso, por diversas vezes as leis elaboradas pelo Poder Legislativo acabam por estabelecer, de plano, os contornos jurídicos da liberdade e da propriedade dos administrados, exonerando assim, que a Administração Pública direta posteriormente delimite os limites jurídicos⁵.

3.1. POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA

O Estado pode utilizar do exercício do poder de polícia em duas distintas áreas de atuação, quais sejam na esfera administrativa ou judiciária.

Então, a diferença entre essas duas esferas de atuação está no momento de exercer a prerrogativa do poder de polícia, posto que, na seara administrativa, o Estado atua preventivamente, enquanto na judiciária haveria uma ação de cunho repressivo.

Entretanto, a doutrina moderna não mais acredita ser esta a base para diferenciar a polícia administrativa da polícia judiciária, haja vista que aquela também pode atuar reprimindo em certas situações, em que haja desrespeito às suas ordens e proibições, sem a prévia análise de um juízo através do atributo da autocoercibilidade inerente ao poder de polícia.

Ademais, é necessário considerar que a polícia judiciária não reprime, mas sim intervém para ajudar na repressão resultante de uma decisão prolatada por um juízo, sendo, portanto, extremamente restrita sua área de atuação em cumprir sua tarefa, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello⁶.

Assim, enquanto a polícia administrativa visa prevenir ou reprimir uma conduta ou ação antissocial, a polícia judiciária auxilia na repressão, preordenando a responsabilização dos violadores da ordem jurídica.

Logo, enquanto a primeira incide sobre bens, direitos ou atividades, sendo regulada pelas normas administrativas, a segunda incide sobre pessoas e é aplicável na esfera do direito processual penal.

⁵ VITTA, Heraldo Garcia. Poder de Polícia, 2010. p. 22.

⁶ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 2008. p. 827.

3.2 A INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA

Como visto acima, o poder de polícia é uma prerrogativa da Administração Pública com o escopo de garantir a supremacia do interesse público frente à liberdade e a propriedade dos cidadãos.

Em virtude disso, o poder de polícia não pode ser delegado aos particulares ou por eles praticado, seja mediante delegação propriamente dita ou sob o regime de contratação pública.

Essa indelegabilidade advém do fundamento doutrinário de que por se tratar o poder de polícia da prática de atos que envolvem interesses públicos diretamente relacionados à liberdade e a propriedade, delegá-lo a um particular violaria o equilíbrio da eficácia horizontal entre os particulares, haveria uma quebra da isonomia, pois ensejaria a possibilidade de uns poucos particulares exercerem supremacia sobre outros.

Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1717/DF, que tratou acerca da impossibilidade de delegar, a uma entidade privada, atividade típica do Estado, que pode abranger desde o poder de polícia até o poder de tributar e punir, no âmbito do exercício das atividades profissionais.

Merece destaque trecho do voto do Ministro Relator Sydney Sanches nos autos da ADI nº. 1717/DF:

Cumpra assinalar que os serviços de fiscalização de profissões desempenham relevante e prioritária função social na orientação, fiscalização e normatização do exercício profissional respectivo, objetivando a defesa da profissão e do usuário de serviços.

A fiscalização do exercício de profissões regulamentadas emerge assim, como finalidade pública, eis que diz respeito a própria essência do interesse público.

De outra sorte, ao contrário do interesse da corporação, os Conselhos de Fiscalização, investidos de poder de polícia, defendem os interesses públicos da sociedade e do cidadão usuário dos serviços profissionais (...).

Além do mais, os Conselhos possuem “poder-dever” processante e punitivo sobre os inscritos em seus quadros, cumprindo-lhes apurar as denúncias que chegam ao seu conhecimento, aplicando, após o devido e regular processamento disciplinar, as penalidades previstas, inclusive de cassação do exercício profissional (...).

O texto constitucional vinculou o exercício da fiscalização das profissões ao órgão federal da administração pública, não sendo constitucionalmente possível a delegação desta atribuição para órgãos privados.

Fica demonstrado, portanto, o entendimento da Suprema Corte brasileira quanto à impossibilidade de delegação de atividades típicas do Estado, como o poder de polícia, para entes privados.

Todavia, cabe observar que existem atos materiais e objetivos⁷ que precedem e sucedem atos jurídicos de polícia, e, estes sim, podem ser delegados aos particulares.

À título de exemplo, os radares implantados em ruas e rodovias por todo o país são um clássico modelo de ato material que precede o ato jurídico de polícia, uma vez que o ato de aplicar a multa de trânsito deve ser praticado somente pela Administração Pública.

Todavia, antes é preciso saber se o indivíduo cometeu ou não uma infração de trânsito, ou seja, é preciso um ato precedente. Assim, a fiscalização da velocidade em que os veículos trafegam pode ser delegada a um particular detentor de uma empresa de radares.

No caso acima, o particular não terá a oportunidade de aplicar critérios subjetivos para definir se o veículo ultrapassou ou não a velocidade permitida na via, pois, uma vez cometida a infração de trânsito, o radar, através de critérios objetivos, identificará o veículo infrator e repassará a informação para a Administração Pública, que deverá aplicar a sanção cabível.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸:

“Para a execução desta atividade material, objetiva, precisa por excelência, e desde que retentora de dados para controle governamental e dos interessados, nada importa que os equipamentos pertençam ou sejam geridos pelo Poder Público ou que pertençam e sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada. É que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela *impessoalidade* e asseguram além de exatidão, uma igualdade completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter no concurso da intervenção humana.”

A partir dessa interpretação, portanto, são indelegáveis aos particulares os atos jurídicos de polícia, salvo, como explicado, nos casos de atos materiais objetivos que os precedam ou sucedam, visto que em se tratando de atividade típica do Estado, somente por este pode ser exercida.

Contudo, no âmbito das terceirizações e delegações foi adotada a dicotomia atividades-meio e atividades-fim para determinar quais seriam os serviços que poderiam ser trespassados aos particulares e quais seriam aqueles que não poderiam sob pena de violar atribuições típicas do Estado.

⁷ Cumpre esclarecer que atos materiais são aqueles praticados pela Administração Pública de forma meramente executória, de caráter instrumental e acessório, enquanto os atos objetivos são aqueles que independem da manifestação de vontade, ou seja, obedecem a critérios objetivos e não subjetivos para sua aplicação.

⁸ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 2008. p. 832/833.

Desse modo, as atividades-meio, relacionadas aos serviços instrumentais e acessórios ao desempenho da máquina pública, poderiam ser delegadas, ao passo que as atividades-fim, por estarem arroladas às atividades típicas do Estado, estariam vedadas de delegação.

Entretanto, parte da doutrina diverge desse entendimento, acreditando que a referida dicotomia não pode ser utilizada nos contratos administrativos de concessão, sob o argumento de que a Constituição Federal não veda incondicionalmente, ao longo de seu texto, a possibilidade de ser concedida aos particulares a execução de atividades-fim.

Esse é o entendimento de Fernando Vernalha⁹:

“É verdade que admitir a possibilidade da forma do contrato administrativo não implica a aceitação de qualquer conteúdo que possa caracterizá-lo (nos casos concretos). Mas não houve vedação pela norma constitucional específica quanto a que a Administração possa transferir determinadas atividades que possam definir-se como atividades-fim. Não foi adotada pela norma uma disciplina restritiva quanto a isso. O critério não tem, assim, base constitucional.”

O referido autor crê em uma redução do núcleo de atividades exclusivas estatais, cabendo ao Estado atuar apenas naquelas de manifestação imperativa ou coercitiva (que pressupõem escolhas políticas do Estado), caso contrário atentaria contra o princípio republicano, que será estudado mais à frente. Sob o argumento de que, deste modo, o conceito de interesse público estaria mais perto de alcançar o interesse da população propriamente dita, e não os interesses exclusivamente estatais como hoje ocorre, pois a atuação dos particulares no exercício das atividades estatais vem se mostrando mais eficaz que a atuação da própria Administração Pública.

Assim sendo, apesar de algumas atividades serem taxadas com a dicotomia atividades-fim, se porventura faltar-lhes a manifestação de império e de coerção, estas seriam, *a priori*, passíveis de transferência à iniciativa privada por meio de concessões administrativas.

Diz-se *a priori*, pois nos casos das concessões sob o regime de parcerias público-privadas da Lei 11.079, o legislador vedou a transferência à iniciativa privada do exercício de certas funções públicas, como a de regulação, manifestação do poder de polícia, da função jurisdicional e outras atividades exclusivas do Estado, em razão de serem atividades que pressupõem o desempenho estatal na garantia e realização de direitos fundamentais.

⁹GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais, em SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). Parcerias Público-Privadas, 2011. p.379.

Diante disso, as atividades administrativas de competência decisória que estejam voltadas à disciplina e manutenção da liberdade e propriedade dos administrados são indelegáveis. Isso ocorre, pois já que decorrem da função de polícia, implica na impossibilidade de transferência de poderes administrativos decisórios para o alcance do interesse público.

A partir desta premissa, as opiniões de Fernando Vernalha e Celso Antônio Bandeira de Mello convergem no sentido de que, se as competências que expressam a coação administrativa são intransferíveis em decorrência de o Estado ser o único legitimado a desempenhar atividades coercitivas visando o interesse público, aos particulares caberia apenas à prestação de atividades instrumentais e acessórias, preparatórias ou sucessivas, ao exercício desta competência, inclusive quanto à prestação de alguns serviços ao funcionamento de estabelecimentos prisionais.

Assim, com o objetivo de delimitar qual seria a abrangência do exercício decisório e do exercício qualitativo, estabelece-se um critério qualitativo, onde o primeiro estaria relacionado ao mérito, ao conteúdo jurídico e político da manifestação da polícia administrativa enquanto o segundo envolve a prestação restritivamente executiva da decisão estatal.

Vernalha¹⁰ cria ainda uma distinção classificatória mais específica, dividida em três categorias: gestão estratégica, que compreende a direção e orientação de um serviço; gestão operacional, que compreende a gestão de funcionamento dos serviços, bem como aspectos de regulação e otimização; e gestão executiva, compreendendo a execução propriamente dita de serviços materiais e objetivos.

Para o autor, aos particulares podem ser concedidas somente as atividades de gestão executiva, pois como visto, engloba a mera execução dos serviços, mas jamais as de gestão estratégica e operacional, por serem exclusivas da Administração Pública no exercício do poder de polícia.

Diante disto, fica demonstrada a dificuldade de, no plano abstrato, apresentar uma distinção entre os serviços que podem ser transferidos à iniciativa privada e os que são de exercício exclusivo do Estado.

Logo, já que há uma linha tênue entre uma ação de decidir e uma de executar, torna-se mais viável estabelecer uma diferença através da análise de um caso concreto, que servirá de

¹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais, em SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). Parcerias Público-Privadas, 2011. p.392.

paradigma para futuras contratações entre o ente público e o privado, especialmente na administração de estabelecimentos prisionais pela iniciativa privada.

4 A CONCESSÃO DO PODER DE POLÍCIA À INICIATIVA PRIVADA NA ADMINISTRAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

Com o surgimento das parcerias público-privadas, a temática referente a delegação de serviços administrativos aos setor privado ganhou destaque e passou a ser alternativa nas contratações, em especial na esfera estadual. Contudo, foram nas experiências envolvendo a prestação de serviços em estabelecimentos prisionais onde surgiram as principais controvérsias.

Um das controvérsias é a existência de várias formatações aplicáveis a este tipo de contrato. Nos Estados Unidos, por exemplo, onde há a maior concentração de estabelecimentos prisionais administrados pela iniciativa privada – e por isso recebem a nomenclatura de “prisão privada” – é o parceiro privado que opera o estabelecimento prisional através de contratos federais, estaduais e locais.

No sistema norte americano os contratos adquiriram formatações variadas que vão desde o simples financiamento, projeto e construção, com o posterior arrendamento da infraestrutura ao Estado, passando por serviços com caráter eminentemente acessório, com o fornecimento de hotelaria e alimentação, e alcançam contratos mais complexos, que englobam o projeto, construção, financiamento, administração do estabelecimento (DCFM Contracts) e a gestão de “presídios industriais”.

Quanto à forma de remuneração, os contratos americanos também possuem uma vasta variação e a contraprestação pode ocorrer através do número de dias estabelecidos nos contratos, pelo número de presos ou número de vagas ofertadas pelo estabelecimento.

Ademais, destacam-se ainda os contratos que preveem como forma alternativa de remuneração a exploração direta do trabalho dos detentos, exploração de venda da produção do trabalho dos presos e gerenciamento de estabelecimentos prisionais que englobam a supervisão diária dos apenados.

No Brasil, o debate acerca da implementação do sistema de parceria público-privada em estabelecimentos prisionais ganhou força, sobretudo em decorrência das precárias condições ofertadas aos detentos nos presídios nacionais, principalmente os estaduais, que convivem

com problemas de superlotação, péssimas edificações, falta de higienização adequada e assistência médica, inclusive com a utilização de tortura em presos por agentes prisionais.

Apesar dessa realidade ser de notório conhecimento de toda a população, dados concretos produzidos pela ONU foram divulgadas no documento E/CN4/2001/66/Add-2¹¹, após visitas a certas prisões brasileiras, como nos estados de Minas Gerais e Pará, forçando a atuação do poder público no setor.

A partir de então, o estudo passa a analisar quais as reais possibilidades e formatações para a construção e administração de estabelecimentos prisionais regidos sob a ótica da filosofia das parcerias público-privada.

Nesse contexto, surgiram indagações quanto à viabilidade ou não da execução de serviços administrativos prisionais pela iniciativa privada, principalmente quanto: à impossibilidade de delegação de atividade coercitivas sob o risco de quebra da isonomia horizontal entre os administrados; à imoralidade de se produzir juridicamente a submissão de um particular a outro; e à impossibilidade de transferência de atividades exclusivas da função jurisdicional do Estado.

Para que as referidas indagações possam ser dirimidas, é necessária a classificação das atividades estatais em três espécies: a) função jurisdicional; b) função administrativa-jurisdicional; e c) função administrativa (não jurisdicional).

As atividades de função jurisdicional são aquelas controladas pelo juízo no exercício de sua função jurisdicional, a exemplo da execução da pena criminal que importar na privação da liberdade de um sujeito.

Guardando certa simetria com a função jurisdicional, as atividades relacionadas à função administrativa-jurisdicional são aquelas previstas nos artigos 47¹² e 48¹³ da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal e possuem um caráter disciplinar e são de atribuição da autoridade administrativa dirigente do estabelecimento prisional.

Já as atividades de função administrativa (não jurisdicional) são referentes às atividades materiais que consistem no fornecimento de hotelaria, alimentação, vigilância e promoção de atividades de cunho social, educacional, cultural, desportivo, dentre outros.

¹¹ em, United Nations Commission On Human Rights Civil And Political Rights, Including The Questions Of Torture And Detention - Report of the Special Rapporteur, Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/43 - Addendum, Visit to Brazil.

¹² Art. 47. O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.

¹³ Art. 48. Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

A partir dessa classificação, parece ser mais simples identificar quais são as atividades passíveis de delegação ao concessionário e quais são as típicas e exclusivas do Estado, ou seja, que pressupõem a atuação de autoridade pública.

Portanto, as atividades de função jurisdicional e administrativa-jurisdicional, por serem exclusivamente praticadas por uma autoridade – magistrado e diretor – estão incluídas no rol de atividades típicas do Estado e, conseqüentemente, não são passíveis de delegação ao setor privado.

Por outro lado, pelo fato de se caracterizarem como atividades materiais, que auxiliam na instrumentalização da execução da pena criminal e no apoio à custódia do preso, as atividades de função administrativa (não jurisdicional) podem ser delegadas ao concessionário.

Entretanto, apesar de poderem ser transferidas às entidades privadas, merecer ressalva que dentre as atividades de função administrativa (não jurisdicional), como serviços de higienização e hotelaria, está também incluída a gestão da segurança interna do estabelecimento prisional e, por conta disso, podem haver situações que necessitem do exercício da coação do agente privado sobre o preso.

Em decorrência justamente deste tipo de hipótese é que a doutrina estabeleceu em que parâmetros podem, de fato, haver transferências das atividades de função administrativa (não jurisdicional) ao setor privado com relação as atividades prisionais.

Nesse sentido, partindo do pressuposto de que a coação seria o fator determinante para a possibilidade ou não de transferência das atividades de função administrativa (não jurisdicional), Fernando Vernalha Guimarães¹⁴ estabeleceu a seguinte classificação:

“Partindo dessa evidência, seria possível traçar uma classificação entre duas categorias de atividades que podem conter-se no escopo da gestão privada de atividades prisionais: (1) a transferência à gestão privada de *serviços acessórios* apenas *mediatamente* relacionados à manipulação de competências estatais típicas; e (2) a transferência de *serviços instrumentais imediatamente* comprometidos com esta.”

O referido autor pretende situar quais são os serviços passíveis de delegação ao setor privado no âmbito dos contratos de parceria público-privada na prestação de serviços em estabelecimentos prisionais.

¹⁴GUIMARÃES, Fernando Vernalha, As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais, em SUNDFELD, Carlos Ari (Coord), Parcerias Público-Privadas, 2011. p.396.

Assim, para Fernando Vernalha os serviços tidos como “*acessórios mediatemente relacionados à manipulação de competências estatais típicas*” são atividades que não se confundem com as funções típicas do Estado, e por este motivo não são instrumentadas. É o caso do fornecimento de hotelaria e alimentação – inclusive administração de restaurante –, assistência médica, cultural, educacional e promoção de higiene, ou seja, atividades exclusivamente acessórias, que servem de apoio à custódia do preso, mas que não se confundem com a execução da pena propriamente dita.

Para a execução das atividades acima listadas não é necessária a utilização da coação, e assim, esses serviços acessórios e demais atos materiais semelhantes são inquestionavelmente passíveis de delegação para o setor privado.

Por outro lado, os “*serviços instrumentais imediatamente comprometidos à manipulação de competências estatais típicas*” merecem maior cuidado ao serem analisados, pois traçam uma linha tênue entre a possibilidade ou não de transferência ao setor privado em virtude da possível necessidade da utilização da coação sobre os presos e consequente intervenção na esfera das competências estatais indelegáveis.

Tais serviços englobam atividades dentro do estabelecimento prisional como as de suporte à segurança e vigilância interna e monitoramento eletrônico de pontos cegos, sendo, portanto, atividades dotadas de natureza disciplinadora.

Neste sentido, a doutrina acredita ser constitucional a transferência de “*serviços instrumentais imediatamente comprometidos*” desde que sejam estabelecidos limites.

Ademais, a própria Administração Pública já permite a delegação de atividades com atribuições para a realização de atos materiais e acessórios coercitivos desde que não haja atribuição de competência decisória do setor privado. Ressalta-se, nesse sentido, que a titularidade do poder de polícia permanece com a Administração Pública.

Na visão de José Roberto Pimenta Oliveira¹⁵, que adota, para tratar da distinção entre as atividades de poder de polícias passíveis ou não de delegação à iniciativa privada, a nomenclatura “*atos de administração*” e “*atos de jurisdição*”, respectivamente, o critério diferenciador é o seguinte: em quais proporções o desempenho da atividade administrativa limita o direito de liberdade do preso mediante a coerção?

A partir desta indagação, o autor acredita ser inevitável a presença da coerção sobre a liberdade do preso no exercício de atividades administrativas dentro do âmbito prisional.

¹⁵OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária, em SUNDFELD, Carlos Ari (Coord), Parcerias Público-Privadas, 2011. p.428.

Não obstante, faz a ressalva de que a atividade administrativa prisional engloba atos jurídicos e atos materiais, e é a partir dessa divisão que passa a ser admissível a possibilidade de transferência à iniciativa privada.

Os atos materiais, como fornecimento de vestuário, alimentação adequada e hotelaria, que incidem sobre a gestão da atividade prisional, são legitimados para serem prestados pelo particular, enquanto os atos jurídicos, como aplicação de sanções dentro do estabelecimento prisional, que atuam sobre a pessoa do preso, limitando seus direitos, são indelegáveis.

Assim, as atividades administrativas de gestão prisional, previstas na Lei de Execução Penal, Lei 7.210/84 consistem no fornecimento de instalações higiênicas, vestuário, alimentação, hotelaria, assistência médica e jurídica, hotelaria, oferta de trabalho, dentre outras.

Discussão maior gira em torno da atividade relacionada à segurança interna do estabelecimento prisional, visto que sua atuação pode se confundir com o exercício da coerção no momento de manutenção da disciplina interna e consequente invasão do setor privado em função típica do Estado, o que implicaria em clara violação a delegação.

Isto pode ocorrer, sobretudo pelo fato de que as atividades de segurança interna serem desempenhadas para garantir a melhor individualização da pena, manutenção da ordem e disciplina, proporcionarem comportamentos éticos e harmônicos entre os apenados e para assegurar a finalidade precípua da pena, qual seja, a ressocialização dos presos.

Todavia, o avanço tecnológico não deve ser desconsiderado, uma vez que este setor está ocupando cada vez mais espaço no âmbito das atividades desempenhadas pela Administração Pública, que por não ser detentora destas tecnologias ou não ter experiência na área acaba por contratar a gestão privada para o efetivo exercício dessas funções de caráter objetivo e material.

A elevada qualidade desses instrumentos tecnológicos, de apoio à atividade estatal, faz com que a intervenção humana diminua no exercício destas e com isso parâmetros subjetivos são substituídos por parâmetros objetivos derivados da automatização do serviço.

No que tange à segurança interna dos estabelecimentos prisionais, o sistema de vigilância eletrônica através de câmeras é plenamente cabível e torna-se a principal aliada da gestão privada no exercício desta atividade, já que não transfere ao parceiro privado atividades típicas do Estado e consequentemente não viola a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e do exercício do poder de polícia.

Desse modo, é possível concluir que, nos contratos de concessão sob o regime de parcerias público-privadas, na atividade administrativa de suporte e gestão de

estabelecimentos prisionais não podem conter a transferência de toda e qualquer atividade ao ente privado.

Em decorrência disso, há de ser necessária a denominada, por José Roberto Pimenta Oliveira, como “*gestão mista*” entre o ente público e o privado, sob pena de transgredir os direitos fundamentais dos presos, que não podem ser submetidos à coerção privada.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, foi possível observar que apesar de o poder de polícia constituir uma prerrogativa da Administração Pública, caracterizada como função típica do Estado, é passível de delegação aos entes privados, desde que respeitados certos parâmetros.

Ao longo do deste estudo, restou demonstrado que à Administração Pública foi concedida a prerrogativa do poder de polícia com o objetivo de garantir que as liberdades subjetivas dos cidadãos não ultrapassem ou violassem o direito coletivo, colocando em contraposição as liberdades dos cidadãos exercerem plenamente seus direitos e o papel do Estado em condicioná-los ao bem-estar coletivo. Isso demonstra o tradicional enaltecimento ao princípio da supremacia do interesse público, este entendido como o interesse da maioria, do povo, sobre o interesse do particular.

Irrefutável que esta situação não configura violação aos direitos individuais de liberdade ou propriedade, haja vista que o poder de polícia visa justamente garantir que a liberdade subjetiva de cada indivíduo não se sobreponha aos interesses da coletividade.

Indiscutível, portanto, que o poder de polícia não pode ser delegado integralmente aos particulares ou por eles praticado, sob pena de violação do equilíbrio da eficácia horizontal entre os particulares, pois, como visto, possibilitaria que alguns poucos particulares exercessem supremacia sobre a maioria dos demais.

Imperioso, entretanto, atentar para o fato de que existem atos materiais, praticados pela Administração Pública de forma meramente executória, de caráter instrumental e acessório e atos objetivos, que independem da manifestação de vontade, ou seja, obedecem a critérios objetivos e não subjetivos para sua aplicação, que precedem e sucedem os atos de execução do poder polícia, e, estes de acordo com todo o referencial teórico esposado, podem ser delegados aos particulares.

Desse modo, as atividades-meio, relacionadas aos serviços instrumentais e acessórios ao desempenho da máquina pública, podem ser delegadas, ao passo que as atividades-fim, por serem atividades típicas do Estado, estão vedadas a qualquer tipo de delegação.

A partir do exposto e com base nas precárias condições ofertadas aos detentos nos presídios nacionais, surgiu no Brasil o debate acerca da possibilidade de implementação do sistema de parcerias público-privadas em estabelecimentos prisionais.

Neste contexto, foram delimitados quais serviços administrativos prisionais poderiam ser delegados e executados pela iniciativa privada, no âmbito dos estabelecimentos prisionais, sem que houvesse violação das atividades típicas do Estado, sob o risco de quebra da isonomia horizontal entre os administrados.

Desse modo, houve a opção, doutrinária, pela divisão em três tipos de atividades: as de função jurisdicional, que importam na privação da liberdade de um sujeito, as relacionadas à função administrativa-jurisdicional, que possuem um caráter disciplinar e são de atribuição da autoridade administrativa dirigente do estabelecimento prisional e as de função administrativa (não jurisdicional), referentes às atividades materiais que consistem no fornecimento de hotelaria, alimentação, vigilância e promoção de atividades de cunho social, educacional, cultural, desportivo, dentre outros.

Assim, a partir desta classificação, restou claro que as atividades de função administrativa (não jurisdicional), que auxiliam na instrumentalização da execução da pena criminal e no apoio à custódia do preso, podem ser delegadas ao concessionário, enquanto as atividades de função jurisdicional e administrativa-jurisdicional, por serem exclusivamente praticadas por uma autoridade – magistrado e diretor – estão incluídas no rol de atividades típicas do Estado e, conseqüentemente, não são passíveis de delegação ao setor privado.

Finalmente, merece destaque que o Supremo Tribunal Federal avançou no assunto quando do julgamento da ADI 1625, em 2015, em que declarou constitucional a Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que autoriza parcerias da Administração Pública com as Organizações Sociais e possibilita o fomento e execução de serviços públicos pelo setor privado; permitindo ainda, que tais Organizações Sociais celebrem contratos com terceiros, com recursos públicos, para a execução dos serviços.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre, **As Parcerias Público-Privadas no direito positivo brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3%83O.pdf>> Acesso em: 20 de abril de 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: MAZZA, Alexandre (Org.). **Vade Mecum Administrativo**. 4ª. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. **Lei 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. In: MAZZA, Alexandre (Org.). **Vade Mecum Administrativo**. 4ª. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann, **A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova lei de parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

PRADO, Lucas Navarro. **Condições prévias para a licitação de uma PPP**. In: NETO, Floriano de Azevedo Marques; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Estudo sobre a lei das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SILVA, Danilo Tavares da. **Licitação na Lei nº 11.079/04**. In: NETO, Floriano de Azevedo Marques; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Estudo sobre a lei das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

STF, **ADI 1717 MC**, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/1999, DJ 25-02-2000 PP-00050 EMENT VOL-01980-01 PP-00063. P.27/28. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+1717.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+1717.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c628zn2>>. Acesso em: 10/09/2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VITTA, Heraldo Garcia. **Poder de Polícia**. São Paulo: Malheiros, 2010