

## A GESTÃO PRIVADA DE UNIDADES PRISIONAIS SOB O PUNTO DE VISTA DO DIREITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Caio Cezar Maia de Oliveira

### PRIVATE MANAGEMENT OF PRISON UNITS FROM THE POINT OF VIEW OF PUBLIC SERVICES LAW AND PUNITIVE ADMINISTRATIVE LAW

#### RESUMO

Neste artigo, situa-se a atividade de gestão carcerária no Direito Administrativo contemporâneo, orientado pelos imperativos de implementação dos direitos fundamentais, de proporcionalidade, de gestão eficiente e racional, passível de controle hierárquico, judicial e social; e define-se, à luz da Lei de Execução Penal, o que se deva entender por gestão carcerária adequada. O serviço público de gestão carcerária compõe-se de atos materiais de prestação de serviços e de atos formais e materiais sancionadores. Inexiste vedação legal ou constitucional à terceirização da atividade material de gestão carcerária – que não inclui os atos formais de polícia nem o exercício de coação física sobre o preso. A terceirização pode ser formalizada via contrato administrativo tradicional de fornecimento de bens e serviços ou via concessão administrativa (parceria público-privada), desde que, em qualquer caso, se exija elevado padrão de qualidade da contratada, nunca inferior àquele definido pelo legislador na Lei de Execução Penal. O exercício do poder de polícia no âmbito carcerário não pode contar com a intervenção de instituições privadas, mesmo nas hipóteses admitidas pela doutrina em outros contextos – tal como o da fiscalização de trânsito.

» PALAVRAS-CHAVE: GESTÃO CARCERÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES JURÍDICOS.

#### ABSTRACT

This article places prison management under contemporary Administrative Law, guided by imperatives of implementation of fundamental rights, proportionality, efficient and rational management, subject to hierarchical, judicial and social control. It defines what should be understood by appropriate prison management from the point of view of the Criminal Execution Law. The public service of prison management consists of material acts of service provision and of formal and material punitive acts. There is no legal or constitutional prohibition on the outsourcing of the material acts of prison management – which does not include neither formal police acts nor the exercise of physical coercion on the prisoner. The outsourcing can be formalized by traditional goods and services provision contract or by administrative concession (public-private partnership) provided that, in any case, the contractor is required to keep a high standard of quality, which can never be lower than that defined by Criminal Execution Law. The exercise of police power in prison cannot count on the intervention of private companies even in the hypotheses admitted by legal doctrine in other contexts – such as that of traffic supervision.

» KEYWORDS: PRISON MANAGEMENT. OUTSOURCING. LEGAL LIMITS.

#### INTRODUÇÃO

O ano de 2017 teve início com lamentável episódio: logo em seu primeiro dia, internos do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), em Manaus, rebelaram-se por mais de 17 horas. Da rebelião resultou a morte de nada menos do que cinquenta e seis internos<sup>1</sup>. Trata-se do maior massacre ocorrido no sistema prisional brasileiro, em número de mortos, desde o conhecido massacre do Carandiru, ocorrido há mais de vinte e quatro anos. O triste episódio suscita debates em torno da gestão privada de unidades prisionais, pois o COMPAJ era gerido por ente privado e, nos

dias que se seguiram à rebelião, assistiu-se a uma troca de acusações entre o ente privado contratado para gerir a unidade prisional e o governo do Estado do Amazonas, cada qual atribuindo ao outro a responsabilidade pelo ocorrido<sup>2</sup>.

A questão central é: quem deve exercer o poder de polícia dentro de uma unidade prisional gerida pela iniciativa privada? É possível a delegação ao agente privado do poder em comento ou este deve permanecer, *in totum*, com o Poder Público? Pode-se cogitar do exercício conjunto desse poder?

A questão deve ser localizada no espaço-tempo. Assiste-se, no Brasil e nos países ocidentais em geral, ao processo de enxugamento do Estado e de redução das suas frentes de atuação direta – sob as mais variadas formas, que incluem a alienação de sociedades empresárias estatais, a concessão e a permissão de serviços públicos e o estabelecimento de relações contratuais cooperativas, como os contratos de gestão com organizações sociais. Responder-se-á à questão por meio de revisão da bibliografia administrativista contemporânea, com enfoque nas teorias sobre o poder de polícia administrativa e sobre os serviços públicos, em cotejo com a atual legislação sobre o sistema carcerário no Brasil.

## 1 O SERVIÇO PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina brasileira mostra-se uníssona em afirmar a impossibilidade de chegar a uma definição atemporal e universal de serviço público. A definição é contingente, como contingentes são as decisões políticas de cada povo em cada época. Clássica é a definição de Hely Lopes Meirelles (1989, p. 289), para quem o serviço público é aquele prestado para satisfazer as necessidades da coletividade ou as conveniências do Estado. A definição é falha pela vagueza presente no critério material: não há como aceitar, a essa altura do desenvolvimento das ciências jurídicas, a colocação de simples conveniências do Estado *pari passu* com as necessidades essenciais da coletividade. E mesmo a referência a necessidades essenciais ou secundárias da coletividade não parece adequada, dado o caráter genérico da expressão.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 689) avança nesse contexto, ao atribuir ao sistema normativo o papel de delimitar quais sejam essas necessidades e conveniências. A definição que propõe ainda não é, contudo, satisfatória. Em tempos de indefinição em torno da fronteira entre o direito público e o direito privado, ou, mais exatamente, entre os regimes jurídicos aplicáveis às relações jurídicas nas quais toma parte o Estado, cumpre ao operador do direito identificar os interesses cuja satisfação foi elevada a condição tão especial, que não poderiam ficar a cargo dos particulares no exercício da livre iniciativa econômica.

Marçal Justen Filho é o teórico responsável pela definição mais consentânea com esse imperativo metodológico. Para ele (2010, p. 692):

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos

da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

O grande mérito dessa definição está em vincular, de modo imediato, as necessidades individuais ou transindividuais, cuja satisfação é visada pelo serviço público, à concretização de um direito fundamental<sup>3</sup>. Com a inclusão desse elemento na definição de serviço público, estabelece-se, com mais clareza, o norte para a Administração atuar e, por consequência, reduz-se o poder do administrador – e do julgador que eventualmente venha a exercer controle sobre a atuação deste – de preencher o significado da expressão genérica “interesse público” e seus congêneres “necessidade pública”, “comodidade pública” etc.

A concretização dos direitos fundamentais é a concretização da dignidade da pessoa humana: dignidade não como direito constitucional autônomo nem como “‘guarda-chuva’ sob o qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais, e até mesmo infraconstitucionais, acabam amontoadas em busca de proteção.” (SILVA, 2009, p. 193). Busca-se a vinculação à dignidade da pessoa humana, isso sim, como fonte de direitos e deveres – inclusive os direitos não expressamente garantidos em certo ordenamento, embora reconhecidos como parte de uma sociedade democrática madura – e como norte interpretativo, como guia para o preenchimento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, notadamente nos casos de lacuna ou de ambiguidade da lei ou de colisão entre direitos e interesses coletivos (BARROSO, 2012, p. 356).

Não obstante as conhecidas críticas ao recurso à dignidade da pessoa humana reconhecidas por Luis Roberto Barroso (2012, p. 351–352), em geral fundadas na vagueza do princípio e na amplitude que se lhe possa emprestar, é forçoso reconhecer que a eventual plasticidade de seu conteúdo não se compara à plasticidade do conteúdo do “interesse público”, o qual pode, com muita facilidade, ser confundido (e assim ocorreu diversas vezes na história do Brasil bem como na história mundial) com o interesse do grupo político dominante em certo contexto, com alguma moral não secular, com a conservação de privilégios incompatíveis com o primado da igualdade; pode ser confundido, enfim, com a resistência à construção árdua e nunca totalmente acabada do Estado de Direito, imposta pelos beneficiários de algum regime descomprometido com o império da lei.

## 2 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – COMUM, PATROCINADA E ADMINISTRATIVA

A Lei 8.987/1995 define a concessão de serviço público, em seu art. 2º, inciso II, como: “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. É espécie de contrato administrativo (FIGUEIREDO, 2008, p. 100).

Marçal Justen Filho (2010, p. 722) reconhece o caráter plurilateral desse contrato, por estarem envolvidos os interesses de, pelo menos, três partes, quais sejam, Poder Público, concessionário e

usuários diretos do serviço – os cidadãos –, e a sua natureza organizacional e associativa. Anota, ainda, a submissão do concessionário ao controle não apenas estatal como também da sociedade civil.

O serviço público possui caráter de *res extra commercium*, inegociável, motivo pelo qual a concessão não tem o condão de transferir sua titularidade ao particular (MELLO, 2014, p. 728). Transfere, a rigor, apenas o exercício da atividade, desde que este não tenha sido reservado exclusivamente ao próprio Poder Público. O silêncio legislativo a respeito da exclusividade estatal não é, todavia, suficiente, em razão de dever existir, também, autorização legal expressa para a delegação da prestação de serviço público, de modo que não há de se cogitar de o administrador decidir, *sponte propria*, proceder à concessão do serviço público (MELLO, 2014, p. 731). Tal conclusão independe de qualquer proibição legal expressa, levando-se em conta o princípio da legalidade administrativa; mas o fato é que a proibição consta do artigo 2º, *caput*, da Lei 9.074/1995, norma de caráter nacional.

Traço não menos importante das concessões de serviço público em geral é que a remuneração do concessionário provenha da exploração do próprio serviço (e de eventuais receitas alternativas, como definidas na lei), ou seja, da tarifa paga pelos usuários; não, por conseguinte, do Poder Público, como ocorreria num mero contrato administrativo de prestação de serviços (MELLO, 2014, p. 725).

Apesar de omissa a Lei 8.987/1995, Marçal Justen Filho (2010, p. 732) destaca os limites materiais da concessão de serviço público: não é possível a concessão de funções estatais de natureza política, jurisdicional ou legislativa e, de um modo geral, de atividades estatais não enquadráveis na categoria de serviço público – notadamente, daquelas para cujo desempenho se faça necessário o exercício de poderes inerentes à soberania.

Na concessão de serviço público, o concessionário age por sua conta e risco (assume o risco do empreendimento), nos termos da literalidade dos dispositivos legais definidores do instituto. A doutrina apresenta, contudo, relevante distinção entre os riscos inerentes ao empreendimento e os riscos extraordinários, que seguem a cargo do Poder Público (MELLO, 2014, p. 799).

Esse, em linhas gerais, o modelo de concessão existente no Brasil de 1995 a 2004. Em 2004, por meio da Lei 11.079, foram criadas duas outras espécies de concessão de serviços públicos: a patrocinada e a administrativa – denominadas, em conjunto, como “parceria público-privada”. A própria lei se arroga o papel de definir cada qual, em seu art. 2º, §§ 1º e 2º:

§ 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.

Dessas definições resulta a primeira e relevantíssima característica que distingue da concessão comum as duas novas modalidades acima mencionadas: a possibilidade de a remuneração do concessionário ser composta não apenas pela tarifa cobrada dos usuários mas também por aportes do Poder Público concedente. Na concessão administrativa, apesar de o dispositivo legal supra não

consignar isto expressamente, é possível que a remuneração do concessionário (parceiro privado) seja suportada, *in totum*, pelo Poder Público concedente (CARVALHO FILHO, 2017, p. 454), que pode se desincumbir, de formas diversas, da obrigação do pagamento em pecúnia, tais como a cessão de créditos não tributários e a outorga de direitos pela Administração (CARVALHO FILHO, 2017, p. 457).

Outra característica marcante desses novos institutos, que os distingue do regime comum de concessões, é o compartilhamento de riscos entre o concessionário e o Poder Público por força do disposto no artigo 5º, inciso III, da Lei 8.987/1995. Isso vale tanto para os riscos compreendidos tradicionalmente na álea ordinária dos contratos administrativos quanto para os compreendidos em sua álea extraordinária.

E, por fim, o financiamento privado. Em razão do disposto no art. 7º, *caput* e § 1º, da Lei 11.079/2004, fica o parceiro privado obrigado a fazer vultosos investimentos na atividade objeto da concessão por meio de autofinanciamento ou da captação de recursos no mercado de crédito, sem que o Poder Público se obrigue (e nem possa se obrigar) a adimplir suas contraprestações antes de disponibilizada, pelo menos, parcela do serviço público concedido (JUSTEN FILHO, 2010, p. 788-789; CARVALHO FILHO, 2017, p. 457).

Muito em razão das duas primeiras dessas três características, pode-se afirmar o caráter superiormente benéfico das parcerias público-privadas para o concessionário, em comparação com o modelo comum de concessão, cuja contrapartida seria a terceira dentre elas – o financiamento privado. Outras vantagens para o parceiro privado poderiam ser ainda exploradas, mas o debate fugiria ao objeto do presente trabalho. Anota-se, por ser o bastante, que pairam dúvidas sobre a constitucionalidade dessas vantagens. Em especial, a modalidade de garantia a ser prestada pela Administração Pública, consistente na vinculação de receitas públicas, que Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 803) e Lúcia Valle Figueiredo (2008, p. 118) consideram indubitavelmente inconstitucional.

Há restrições previstas em lei quanto ao objeto das parcerias público-privadas, que não pode abranger, dentre outras, a atividade jurisdicional, a regulatória, a de polícia administrativa, as quais figuram entre as atividades exclusivas do Estado e, se adotado o conceito mais restrito de serviço público, não se enquadram nessa categoria (MELLO, 2014, p. 792)<sup>4</sup>.

A concessão administrativa deve ter por objeto atividade necessariamente complexa. Não se admite que seja a mera execução de obra pública nem a mera prestação de serviços. Abrange, no mais das vezes, a execução de obra pública seguida da prestação de serviços / fornecimento de bens (JUSTEN FILHO, 2010, p. 785; em sentido contrário, por admitir que o objeto contemple apenas serviços: CARVALHO FILHO, 2017, p. 455).

Ainda assim, defende Celso Antônio Bandeira de Mello que a *mens legis* foi criar uma nova hipótese, escamoteada, de contrato de prestação de serviços regido por normas muito mais favoráveis ao particular, se comparado com o contrato administrativo comum<sup>5</sup>. É que, de acordo com

esse autor, não se pode conceber serviço no qual a Administração figure, de fato, como usuária em quantidade e frequência suficientes para tornar o negócio economicamente viável para o parceiro privado (MELLO, 2014, p. 795).

Não consiste a concessão administrativa, a rigor, na delegação de serviço público. Isso, porque, nessa espécie de concessão, o concessionário não atua em nome próprio, por sua conta e risco; atua em prol e em nome da Administração Pública, a quem seus atos devem ser imputados (JUSTEN FILHO, 2010, p. 786).

É cláusula obrigatória do contrato de parceria público-privada – e relevantíssima sob o ponto de vista do exercício da discricionariedade legítima, com vistas a resguardar o direito à boa administração – a que disponha sobre os critérios de avaliação de desempenho do concessionário<sup>6</sup>. E a remuneração do parceiro privado poderá ficar vinculada ao seu desempenho, avaliado segundo os critérios contratuais<sup>7</sup>. José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 461) enxerga no dispositivo legal criador dessa possibilidade a consagração do princípio da variabilidade remuneratória, que lhe parece razoável, desde que fixados parâmetros objetivos de avaliação.

Como será visto mais adiante, a concessão administrativa é a única forma de concessão cogitável no âmbito penitenciário tanto em razão do aspecto formal – por não constituir delegação da execução de serviço público, como ocorre na concessão comum – quanto em razão da absoluta inexistência de amparo legal para ser cobrada uma tarifa das pessoas encarceradas, característica essencial para a caracterização, como visto, da concessão comum e da patrocinada.

### 3 O PODER DE POLÍCIA E O PROBLEMA DA DELEGAÇÃO A ENTES PRIVADOS

Definir o poder de polícia é definir os predicados do uso legítimo da força pelo Estado. Afinal, “a detenção do *monopólio da violência* pelo Estado não significa a legitimação do poder por meio da violência” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 5). E legitimidade é, por definição, o resultado de um processo de convencimento dos destinatários do poder de que este é justo, fundado na justiça. Sob a égide do Estado de Direito, mais exato seria, talvez, falar em autoridade de polícia, e não simplesmente em poder, visto que autoridade é o resultado da soma entre poder e legitimidade<sup>8</sup>.

Se a forma de legitimação, por excelência, dos Estados ocidentais é a adoção de regime democrático, nada mais natural que inserir a realização da democracia – e de seu aspecto mais concreto, o respeito aos direitos fundamentais – na própria definição do poder de polícia, como faz Marçal Justen Filho (2010, p. 561): “O poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”.

É tradicional, na doutrina, a distinção entre poder de polícia e serviços públicos, a qual reside na orientação de cada atividade: enquanto o poder de polícia visa a reprimir excessos e desvios no

exercício da autonomia privada, os serviços públicos têm por escopo a satisfação das necessidades individuais e coletivas por meio do fornecimento de bens materiais e imateriais (JUSTEN FILHO, 2010, p. 569; MELLO, 2014, p. 702-703; CUNHA FILHO, 2014, p. 49).

A distinção tem finalidade didática e não pode ser completamente desprezada. A verdade, porém, é que as atividades não são tão claramente discerníveis no plano prático, dada a complexidade, cada vez maior, das atividades estatais, a qual leva a que a prestação de serviços públicos exija a edição de medidas de restrição à autonomia individual, e vice-versa: a atividade de limitação de autonomia privada seja, também, acompanhada da satisfação de necessidades coletivas (JUSTEN FILHO, 2010, p. 569-570)<sup>9</sup>.

A separação entre essas duas atividades estatais pode servir como ponto de partida do debate; jamais como ponto de chegada, como um dogma a ser preservado, pois, em assim sendo, haveria a redução da eficiência da atuação estatal e o retrato de “uma ideologia autoritária, que pressupõe que ameaçar e punir é a melhor solução para alcançar a paz social – o que é, evidentemente, equivocado” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 571).

Aspecto sensível e muito relevante da teoria sobre o poder de polícia no Brasil é o da possibilidade de sua delegação a entes privados. A doutrina pátria inclina-se claramente para inadmitir em abstrato essa delegação. A razão essencial para vedar a delegação aos particulares do exercício do poder de polícia, ainda que em caráter temporário, reside na razão de ser do próprio Estado: o monopólio da violência, o monopólio da coerção jurídica e da coerção física, salvo umas poucas exceções, tais quais a legítima defesa no âmbito penal, o “desforço imediato” para a proteção da posse no Direito Civil.

Por sua própria natureza, o poder de polícia é invasivo da esfera individual do cidadão, potencialmente lesivo a direitos fundamentais, em razão do que se mostra “imprescindível que seu desenvolvimento se dê através de uma estrutura que propicie ampla efetividade dos princípios administrativos, em especial no que concerne à legalidade, à imparcialidade e à proporcionalidade” (CUNHA FILHO, 2014, p. 41).

A predominância, na doutrina brasileira, da ideia de recusa à possibilidade jurídica da delegação do exercício do poder de polícia tem sido confrontada com a realidade fática da multiplicação de contratos administrativos de instalação e operação de equipamentos de fiscalização do trânsito, de monitoramento do desmatamento, de demolição de construções, de fiscalização em aeroportos etc. Desse confronto têm resultado novos desenvolvimentos e diferenciações no âmbito da teoria do poder de polícia, a fim de compatibilizá-la com a possivelmente inevitável multiplicação desses contratos nas três esferas de governo.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 857) diferencia atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia dos atos jurídicos em si, para concluir que os primeiros podem ser contratados ou delegados a particulares, notadamente se tais atos materiais consistirem na constatação de fatos

por meio de equipamentos, sem a expedição de sanção nem de decisão sobre se houve violação à norma, o que já constituiria o ato jurídico de polícia.

Admite ainda o autor a terceirização a particulares de atos materiais posteriores ao ato jurídico de polícia, que consistam na execução material da decisão administrativa, se e somente se afetarem a propriedade, mas não a liberdade dos administrados (MELLO, 2014, p. 858). Compreensão similar é apresentada por José dos Santos Carvalho Filho, cujas preocupações estão centradas no conflito de interesses inerente ao exercício de parcela das atribuições estatais por ente privado (2017, p. 84).

#### 4 O PANORAMA DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E O PROBLEMA DA SUA NATUREZA JURÍDICA

Nos termos do art. 1º da Lei 7.210/84, a execução penal destina-se a efetivar as determinações da decisão criminal (provisória ou definitiva) com vistas à repressão e à prevenção dos delitos e a “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Os objetivos são paradoxais e devem ser lidos à luz do disposto no art. 3º, inciso IV, da Constituição da República, *in verbis*:

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

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

Como se vê, quis o legislador constituinte que a República Federativa do Brasil fosse voltada à promoção do bem de todos, sem exceção. A repressão e a prevenção de delitos devem ser buscadas, portanto, pela via da harmônica integração social do condenado e do internado; jamais pelo ostracismo ou pela neutralização, motivo pelo qual são vedadas as penas de banimento e de caráter perpétuo (art. 5º, inciso XLVII), que representam a preponderância absoluta do interesse da sociedade sobre o do indivíduo, e não o “bem de todos”<sup>10</sup>.

Sob a égide do Estado Constitucional de Direito, ao revés do Estado de Polícia, a harmonia social deve ser buscada numa sociedade que se presume não harmônica. No âmbito da execução penal, a busca pela harmonia social implica evitar o aprofundamento da dessocialização inerente à reclusão e oferecer – sem impor – meios para que as pessoas presas reduzam sua vulnerabilidade ao poder punitivo, guiados pelo princípio da humanidade e pela regra da legalidade.

Pelo princípio da humanidade, contido no art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Regra 43 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, no art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 5º, incisos III e XLVII da CF, são proibidas as penas cruéis, assim entendidas as que incluam isolamento solitário prolongado, castigos físicos, cela escura, privação de água e alimentos, instrumentos de imobilização utilizados como sanção disciplinar, entre outras. Resulta desse princípio, ainda, o da secularização, que, “afirmando a separação entre direito e moral, veda na execução penal a imposição ou consolidação de determinado padrão moral às pessoas presas” (ROIG, 2017, p. 34).

A regra da legalidade (pela maior parte da doutrina considerada erroneamente um princípio) na execução penal vem consagrada no art. 45, *caput*, da Lei 7.210/84, o qual dispõe: “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”. Do dispositivo, extraem-se duas sub-regras: a da anterioridade e a do caráter expresso da proibição e da cominação da sanção. Desta última decorrem, por sua vez, a vedação à analogia em prejuízo do acusado e a proibição de disposições de caráter genérico, que reservem à autoridade penitenciária ampla margem de enquadramento da conduta penitenciária. Manifesta-se a regra da legalidade na execução penal, por fim, na norma do art. 3º, *caput*, da Lei de Execução Penal, em cujos termos: “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Sobre a natureza jurídica da execução penal, cabe fazer o registro histórico das teorias da supremacia especial do Estado, desenvolvidas na passagem do século XIX para o XX, segundo as quais a execução penal teria natureza estritamente administrativa, e o encarcerado se colocaria como objeto da execução, e não como sujeito de direitos (ROIG, 2017, p. 50-52). De tal ponto de vista decorria um regime de exceção à incidência dos direitos fundamentais. Na atualidade, é obviamente impossível conceber um âmbito de não incidência dos direitos fundamentais; assim, com o intento de afastar tal inadmissível ideia, a doutrina de Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, p. 116) afirma a natureza puramente jurisdicional da execução penal.

O ponto de vista não parece adequado, nem se apresenta como a única maneira de afastar a vetusta tese negadora dos direitos fundamentais do condenado. Mais adequado é reconhecer na execução penal uma natureza mista: por um lado, uma relação especial de sujeição, de natureza administrativa, com os predicados extraídos do magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2014, p. 845-846) e do magistério de Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017, p. 188), uma situação de maior e mais duradoura restrição de direitos individuais em relação às demais manifestações da potestade estatal perante os cidadãos; restrição limitada, contudo, pela exata medida do necessário e adequado aos fins definidos em lei para essa relação especial de sujeição. Por outro lado, uma relação de natureza jurisdicional estabelecida entre o condenado e o Juízo das execuções penais, ao qual cabe fiscalizar a execução da pena, para que não destoe do determinado na sentença penal condenatória definitiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 841-844) trata das posturas adotadas pelo Poder Público para a disciplina interna de estabelecimentos de internação coletiva – hospitais públicos, asilos, estabelecimentos penais – como fundadas em relações de sujeição específica dos destinatários delas. Essas relações especiais de sujeição, hoje agrupadas numa só categoria, estão, no seu entender, carentes de maior desenvolvimento doutrinário, que lhes aponte as especificidades e determine com maior clareza os limites ao exercício do poder que nelas se verifica.

Apesar de reconhecer a falta de desenvolvimento doutrinário acerca do tema, o autor busca afirmar, em linhas gerais, as condicionantes do poder exercido no âmbito dessas instituições asi-

lares (MELLO, 2014, p. 845-846), as quais podem ser sintetizadas em duas ideias principais: competência definida em lei para expedir seus regulamentos internos e impor o seu cumprimento nos estritos limites do que for instrumentalmente necessário para a execução das finalidades da relação de sujeição, de modo a preservar a razoabilidade e a proporcionalidade no estabelecimento das restrições de conduta dos internos; e vedação de produção de consequências que restrinjam ou elidam interesses de terceiros estranhos à relação de sujeição estabelecida entre Estado e internado.

A competência da autoridade administrativa para a imposição das sanções, salvo a de inclusão em regime disciplinar diferenciado, decorre de redação expressa da Lei de Execução Penal, em seu art. 54, *caput*<sup>11</sup>, que contém opção clara do legislador pela natureza mista da execução penal, com distribuição de competências decisórias entre o juiz da execução e o diretor do presídio. As sanções a que se sujeita o condenado estão previstas no art. 53 da Lei de Execução Penal<sup>12</sup> e na legislação estadual – à qual compete definir também as infrações leves e as médias, dado que as graves estão previstas taxativamente no art. 50 da Lei 7.210/84. São administrativas, porque administrativa é a autoridade competente para aplicá-las. São também consideradas sanções principais, visto que existem, ao lado delas, sanções secundárias, tais quais a perda de regalias, a transferência de estabelecimento, o rebaixamento da classificação da conduta carcerária e a apreensão de valores ou objetos (ROIG, 2017, p. 270).

Não se olvide da competência da autoridade administrativa penitenciária para fazer a classificação da conduta do condenado, a qual pode ser negativa, neutra ou positiva (ROIG, 2017, p. 271). A competência tem impacto relevante na execução penal, uma vez que o bom comportamento carcerário é requisito para a concessão de diversos benefícios e para a própria progressão de regime, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal.

No silêncio, presume-se que as competências disciplinares definidas na Lei de Execução Penal são da autoridade penitenciária. A presunção é determinada pela própria Lei em seu art. 47<sup>13</sup>. As competências judiciais foram definidas de modo expresse e excepcional, como se vê nos artigos 60, *caput, in fine*; 66, 127, 131, 132 da Lei 7.210/84.

## 5 A GESTÃO CARCERÁRIA COMO CATEGORIA DE SERVIÇO PÚBLICO INTERNO AO SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Ninguém ousaria discordar de que a segurança pública é serviço público. É atividade desenvolvida pelo Estado com exclusividade, por imposição da Constituição da República, que lhe dedica um capítulo inteiro e a define como “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos” e vincula o seu exercício à “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (CF, art. 144, *caput*).

Ordem pública é expressão e instituto jurídico de definição trabalhosa e escassa. No sistema jurídico e na literatura jurídica brasileiros, aparece mais comumente pelo seu aspecto negativo, como limite material ao exercício da autonomia privada ou como limite à homologação de decisões proferidas por autoridade judiciária estrangeira ou ao reconhecimento de efeitos de negócios jurí-

dicos celebrados no exterior. É, outrossim, fundamento legal para a decretação de uma das espécies de prisão provisória existentes no Brasil – a prisão preventiva. Sobre a garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva, destaca Eugênio Pacelli (2015, p. 556) o problema de a garantia da ordem pública poder prestar-se a um perigoso controle da vida social. A advertência é de todo pertinente ao debate ora desenvolvido, visto ter a promoção da ordem pública como um fim em si ser extremamente perigosa para as liberdades públicas.

Propõe-se, novamente, o preenchimento da expressão vaga com a referência aos direitos fundamentais. Estes devem ser apreendidos não apenas como limite à atuação estatal de promoção da ordem pública mas também como o próprio guia dessa atuação. Se o serviço de segurança pública deve visar à promoção da ordem pública, esta deve ser perseguida na exata medida da proteção dos direitos fundamentais; nem mais (com o que ter-se-ia arbítrio estatal), nem menos (caso da proteção deficiente). É dizer: a promoção da ordem pública envolve a restrição de alguns direitos fundamentais em prol da promoção de outros direitos fundamentais – a medida a ser adotada com base nessa decisão de prevalência de uns sobre outros, no caso concreto, deve obedecer ao juízo de proporcionalidade. Ordem pública e segurança pública devem ser tomadas como meio para a promoção de direitos fundamentais; jamais, repise-se, como fim em si.

Serviço público que é, a atividade de segurança pública sujeita-se ao regime de Direito Público. Nesse regime, têm lugar de destaque os princípios administrativos, de todos conhecidos: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF). Esse último princípio, inserido na Constituição pela EC 19/1998, vincula o exercício da discricionariedade administrativa a resultados (um dos aspectos da discricionariedade legítima). Cumpre investigar então, para bem compreender o tema, quais são esses resultados a serem perseguidos pelo serviço de segurança pública. Só assim será possível avaliá-lo.

A fórmula da política de segurança pública não pode corresponder a algo como “a função da segurança pública é combater crimes; uma segurança pública eficiente combate, portanto, mais crimes”. Tal definição pressupõe um conhecimento ou um acordo prévio sobre o que seja “combater crimes” – e esse acordo parece estar longe de ser alcançado. E vincula bons resultados do serviço de segurança pública a um fato absolutamente indesejável: a ocorrência de crimes. Quanto mais crimes houver, mais crimes serão combatidos. Isso não parece satisfatório.

Supondo-se, então, que a ocorrência de crimes seja um fato indesejável na vida social (apesar de natural e, em alguma medida, inevitável), por representar ofensa a valores muito caros a determinada sociedade<sup>14</sup>, um serviço de segurança pública bem sucedido diminui a ocorrência de crimes. Exerce, para esse fim, uma forma de controle social. Nesse ponto, vale destacar a não exclusividade do Estado no exercício do controle social, pois, embora a atividade de segurança pública seja por ele prestada com exclusividade (ver-se-á, mais à frente, por quais razões), o exercício do controle social não o é (REALE JÚNIOR, 2013, p. 3).

A redução na ocorrência de crimes não pode ser feita, é claro, a qualquer custo. Como já afirmado e repisado, todos os serviços públicos – e com a segurança pública não poderia ser diferente – devem ter por finalidade a promoção dos direitos fundamentais. Seria um absoluto contrassenso promover os direitos fundamentais por meio da violação desses mesmos direitos. A eficiência desse serviço não pode ser buscada, portanto, à custa dos direitos fundamentais envolvidos.

O serviço público de gestão do sistema carcerário é uma das engrenagens do serviço de segurança pública – quiçá a principal, em virtude da opção legislativa pela adoção da pena privativa de liberdade como sanção penal por excelência no Brasil. É serviço público, porque envolve um complexo de atividades centradas no condenado à pena privativa de liberdade. Deve voltar-se, por esse motivo, igualmente, à redução da ocorrência de crimes, com respeito aos direitos fundamentais de todos os envolvidos, notadamente dos presos, destinatários centrais do serviço público de gestão carcerária.

A Lei de Execução Penal cuidou de disciplinar os serviços de que se compõe esse serviço público, agrupados sob a designação de assistência ao preso e ao egresso do sistema penitenciário: “Art. 11. A assistência será: I – material; II – à saúde; III – jurídica; IV – educacional; V – social; VI – religiosa”.

Especifica, quanto à assistência material, que ela “consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas” (art. 12 da Lei 7.210/84). Quanto à assistência à saúde, deve abranger atendimento médico, farmacêutico e odontológico – inclusive acompanhamento pré e pós-natal à presa gestante, à parturiente e ao recém-nascido (art. 14 da Lei 7.210/84). A assistência jurídica destina-se aos presos e aos egressos destituídos de recursos para constituir advogado e deve ser prestada pela Defensoria Pública (art. 15 da LEP; esse serviço não é gerido pela autoridade penitenciária). A assistência educacional abrange ensino fundamental, médio e profissional e, ainda, a disponibilização de biblioteca para uso dos internos (artigos 17 a 21 da LEP) e pode ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares (art. 20 da LEP).

A assistência religiosa restringe-se à garantia da liberdade de culto, que inclui a autorização para ingresso de líderes religiosos no estabelecimento penal, a reserva de espaço para os cultos, a permissão ao preso para portar objetos religiosos (artigo 24 da LEP). E a assistência social abrange, por fim, a mais vasta gama de serviços a serem postos à disposição do condenado pela autoridade penitenciária, tais como recreação, permissões de saída, obtenção de documentos, orientação e amparo ao condenado e à respectiva família, nos termos do artigo 23 da LEP.

## 6 A DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE GESTÃO CARCERÁRIA E O PROBLEMA DA INDELEGABILIDADE DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

Não é de hoje que se discute, no Brasil, a privatização da gestão carcerária. Em artigo publicado no início da década de 1990, o Prof. José Eduardo Faria (1992, p. 117-118) já noticiava, com visão crítica, as propostas de sociedades empresárias de vigilância e segurança para assumirem a execução desse serviço e identificava, nessas propostas, uma intenção de feudalizar, e não de otimizar, essa atividade

do Estado. Nelas, via o desprezo pelos pressupostos fundamentais presentes na própria concepção do Estado liberal, que reconheceu como suas funções precípua a segurança e a justiça e colocou o ser humano em posição central na orientação das funções estatais. Privatizar a gestão carcerária seria, nesse contexto, tratar pessoas como coisas, abrir mão do monopólio do uso legítimo da violência física pelo Estado (moderno) e retroceder ao sistema político feudal, com suas múltiplas e caóticas instâncias de subjugação do indivíduo, ao sabor dos interesses particulares de cada senhor feudal.

Na primeira década deste novo século, os entusiastas da concessão de presídios ganharam fôlego novo no Brasil, com a promulgação da Lei de Parcerias Público-Privadas, já brevemente analisada neste trabalho. A fórmula da concessão administrativa seria muito adequada, no entender desses estudiosos, à formalização da concessão da gestão carcerária, a qual não é passível de enquadramento em sistema tarifário, típico das concessões comuns e das patrocinadas. O entusiasmo com a nova fórmula de contratação deve-se, em grande parte, à possibilidade de partilha diferenciada de riscos entre o Poder Público e o parceiro privado e à vinculação da remuneração deste à sua *performance* no desempenho das atividades contratadas, passível de ser avaliada, no âmbito da gestão carcerária, segundo metas de melhoria das condições de habitabilidade do estabelecimento penal, do padrão dos serviços médicos, da alimentação e da higiene (GUIMARÃES, 2011, p. 425).

Em estudo dedicado ao tema, Fernando Vernalha Guimarães (2011, p. 413-415) remete a uma diferenciação entre gestão estratégica, gestão operacional e gestão executiva, para concluir que esta última pode ser, no âmbito da prestação de serviços relacionados a funções inerentes à atividade estatal, delegada a entes privados, por não implicar a delegação de competências decisórias, presentes, em alguma medida, na gestão operacional e, em larga medida, na gestão estratégica – estas sim, indelegáveis. Reconhece em seguida, todavia, a dificuldade em visualizar, com nitidez, as linhas demarcatórias da distinção entre a ação de decidir e a de executar o que fora decidido em certos casos. Somente nos casos concretos, tendo em vista o arranjo negocial entre a Administração e o ente privado, é que seria possível encaminhar o problema de impedir que a influência do particular na decisão da Administração atingisse nível indesejável.

Especificamente com relação à execução penal, que abrange atividades disciplinares e de oferecimento de utilidades, Fernando Vernalha Guimarães (2011, p. 418) – embora assuma que as utilidades oferecidas ao condenado guardem inegável relação com o exercício de aplicação da pena pelo Estado – entende que o liame entre algumas delas e a manifestação do poder coercitivo do Estado não é tão próximo, a ponto de impossibilitar a delegação do serviço a entes privados. Aponta, desse modo, duas categorias de atividades delegáveis a particulares no âmbito da execução penal: a dos serviços acessórios, apenas indiretamente ligados ao exercício das competências inerentemente estatais (alimentação, assistência médica, entre outros), e a dos serviços instrumentais à garantia da disciplina interna, os serviços de vigilância (GUIMARÃES, 2011, p. 419).

Os serviços acessórios, apenas indiretamente ligados ao exercício das competências inerentemente estatais – na terminologia de Fernando Vernalha Guimarães, que será adiante criticada –, são designados por José Roberto Pimenta Oliveira, em trabalho devotado ao tema, como atividade material de gestão penitenciária. Esta, e somente esta, pode ser terceirizada a particulares, porque envolve apenas atos materiais, que não se corporificam em atos jurídicos nem em atos materiais coercitivos sobre a pessoa dos presos (OLIVEIRA, 2011, p. 457). Esses dois tipos de atos (jurídicos e atos materiais de coerção) são, para o autor, indelegáveis em respeito ao princípio (na verdade, à regra) da legalidade, ao da isonomia e ao da moralidade administrativa. Fora da “atividade material de gestão carcerária”, a terceirização é, para o autor, inadmissível, independentemente de se ser contratualmente definida como gestão mista ou gestão plenamente privada da unidade prisional.

Se comparado com o anteriormente exposto, de Fernando Vernalha Guimarães, esse posicionamento se mostra mais adequado. Este último se baseia, é verdade, no já mencionado ponto de vista disseminado entre os estudiosos do Direito Administrativo, que admite a participação de particulares no exercício do poder de polícia, desde que limitada à prática de atos materiais consistentes na constatação de fatos, como circular com veículo automotor em velocidade superior à máxima permitida.

Ora, os fatos tipificados na Lei de Execução Penal não têm a mesma singeleza dos tipificados no Código de Trânsito Brasileiro: são fatos de tipificação aberta, que reservam ao intérprete ampla margem de preenchimento, a exemplo da conduta de “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina” (art. 50, inciso I), “possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem” (art. 50, inciso III) e, ainda, das condutas de inobservância dos deveres de “obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se” e de “execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas” (art. 39, incisos II e V, c/c art. 50, inciso VI).

A constatação desses fatos prolonga-se no tempo, é resultado da soma de várias condutas e exige juízo valorativo, privativo da Administração. Não há espaço para interferência de particulares na apuração dessas condutas nem mesmo a título de mera vigilância, monitoramento remoto ou operação de detectores de metais, aparelhos de radiografia e congêneres. Nenhum desses mecanismos é capaz de evidenciar, de forma clara e indubitável, o cometimento de qualquer daquelas condutas. E não teria o Poder Público, caso delegasse essas atividades, possibilidade de controlar plenamente o seu exercício. Quem, afinal, diante de uma máquina de radiografia, decidiria apurar melhor o conteúdo suspeito de um bolso ou de uma bolsa? A decisão é determinante para o resultado da investigação e não pode, por esse motivo, caber a um particular.

No âmbito das atividades materiais necessárias ao exercício do poder de polícia na execução penal, tem-se como inadmissível qualquer espécie de delegação a particulares. A única contribuição destes poderia ser no fornecimento de equipamentos. Nada mais.

Tendo em vista a atividade material de gestão penitenciária – a terminologia de “serviços acessórios” deve ser rejeitada, pois esses serviços são, na verdade, essenciais à promoção da dig-

nidade humana e não podem ficar em segundo plano –, a melhor resposta parece ser a que aponta para a possibilidade jurídica da contratação de entes privados, seja na forma do tradicional contrato administrativo de fornecimento de bens e serviços, seja na forma de concessão administrativa; seja, ainda, na forma de termo de cooperação celebrado nos termos da Lei 13.019/2014.

Essa a orientação adotada pelo legislador ordinário, que, em 2015, inseriu dois dispositivos na Lei de Execução Penal, para dispor que:

Art. 83-A. Poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, e notadamente: (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

I – serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

II – serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

§ 1º A execução indireta será realizada sob supervisão e fiscalização do poder público. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

§ 2º Os serviços relacionados neste artigo poderão compreender o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

Art. 83-B. São indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, e notadamente: (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

I – classificação de condenados; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

II – aplicação de sanções disciplinares; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

III – controle de rebeliões; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

IV – transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

Há, porém, duas importantes ressalvas às conclusões acima: a primeira deve-se ao fato de o Brasil ser signatário da Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho, que visa à erradicação do trabalho forçado, internalizada por meio do Decreto 41.721/1957. Nos termos do artigo 2º da Convenção, trabalho forçado deve ser entendido como “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”. Destaca-se a previsão, no mesmo artigo, de que o trabalho exigido do condenado deve ser feito exclusivamente sob a fiscalização e o controle de autoridades públicas, sem que o condenado esteja à disposição de particulares.

Vê-se, a toda evidência, que a referida Convenção internacional proíbe a imposição de trabalho ao preso, se essa imposição implicar colocá-lo à disposição de particulares. Assim é que, dentre as atividades materiais inerentes à gestão penitenciária, deve-se ter especial cuidado com o trabalho (tido pela Lei de Execução Penal como direito e dever do preso, simultaneamente), para evitar que a participação de particulares na sua promoção configure infração ao disposto nessa Convenção.

A segunda ressalva refere-se à assistência jurídica ao preso (art. 11, inciso III, da Lei de Execução Penal). Esta é função institucional da Defensoria Pública nos termos do art. 134, *caput*, da CF e dos artigos 18, inciso X, 64, inciso X, e 108, parágrafo único, inciso IV, da Lei Complementar 80/1994, que pode deixar de prestá-la no caso concreto apenas por escolha do preso, o qual pode preferir contratar advogado particular.

As demais atividades acessórias (saúde, alimentação, higiene, educação, assistência social, assistência religiosa) podem – e devem, no caso da assistência religiosa – ser prestadas por particulares. Importa destacar, todavia, que a opção política pela terceirização das atividades materiais de gestão carcerária impõe ao administrador um considerável ônus de motivação, de explicitação das razões que o levam a buscar essa via, contrária à recomendação do Comitê Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), contida em sua Resolução 8/2002<sup>15</sup>, e do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, que, por meio de sua Recomendação 2/2015<sup>16</sup>, conclama:

Aos Governos Estaduais e Federal a não privatização dos Serviços relacionados à custódia de pessoas presas, especialmente no que tange às atividades de administração prisional, disciplina, segurança, transporte, assistência jurídica, médica, psicológica e social.

## CONCLUSÃO

A primeira conclusão é de ordem metodológica: a execução penal pode e deve ser vista sob a perspectiva do Direito Administrativo. Pode e deve receber os influxos dos avanços verificados na teoria dos dois institutos do Direito Administrativo que se fazem presentes na execução penal: serviço público e poder de polícia. A teoria do serviço público irradia efeitos sobre a gestão carcerária como um todo, a qual deve ser considerada serviço público integrante do serviço de segurança pública, e, de modo mais específico, sobre as atividades materiais necessárias à preservação da dignidade do preso, elencadas pela Lei de Execução Penal.

Dessa constatação, extraem-se consequências diversas: a primeira e mais importante delas é a vinculação direta entre a atividade administrativa de gestão carcerária e a concretização de direitos fundamentais – do preso, do carcereiro, da família do preso e da população em geral. Não é satisfatória a vinculação da gestão carcerária à promoção do interesse público ou à ordem pública como fins em si mesmos, por serem valores por demais vagos e passíveis de manipulação, ao sabor do poder de fato existente.

Como serviço público, a gestão penitenciária deve ser exercida de modo eficiente, a fim de atingir melhores resultados com menores custos. Seus custos devem ser concebidos de maneira ampla, que abranja os custos financeiros e sociais. A supressão de direitos deve ser colocada nessa equação, ao lado dos custos sociais, que lhe são inerentes. O próprio legislador ordinário, ciente do custo social da supressão de direitos, impediu a autoridade administrativa de promover a supressão além do quanto determinado pela sentença judicial ou pela lei.

Quanto aos resultados, estes devem ser tido por positivos quando a gestão carcerária contribui para a redução da reincidência criminal. Esse – e nenhum outro, como punição “exemplar”, restauração de valores morais etc. – deve ser o objetivo da gestão carcerária como parte do serviço de segurança pública (deve este buscar igualmente a prevenção da ocorrência de crimes, que constituem violação de direitos de suas vítimas, e não o exercício de uma punição de caráter vingativo, também ela violadora de direitos).

Malgrado o esforço doutrinário para distinguir serviço público e poder de polícia, a gestão carcerária é serviço público que inclui, como parte importante, o exercício do poder de polícia. Deixa-se de lado, no ponto, a controvérsia sobre se o poder exercido pela autoridade penitenciária é poder de polícia ou poder disciplinar próprio de uma relação especial de sujeição, dado serem ambos regidos por idênticos parâmetros constitucionais (legalidade estrita, anterioridade, vedação ao *bis in idem*, garantia do devido processo legal, entre outros) e que não se extrai da Constituição da República a submissão dos presos a um regime de exceção a esses direitos, os quais ela própria decidiu assegurar a todos os brasileiros e aos estrangeiros “sem distinção de qualquer natureza”.

Por ser o exercício do poder de polícia a atividade administrativa que toca mais intimamente o cerne da razão de existir do Estado e por gerar um natural desequilíbrio entre aquele que o exerce e aquele sobre quem é exercido – o qual tem seus direitos afetados, condicionados, limitados –, não se nota controvérsia doutrinária sobre a impossibilidade de delegação desse poder a entes privados, apesar da admissão mais recente da participação destes na atividade acessória, técnica, de constatação de fatos, reservado o poder de decisão inteiramente à autoridade pública. Dada a natureza dos fatos que são objeto do poder de polícia carcerário, são indiscerníveis, quanto a este, os momentos de constatação e de decisão, razão pela qual se tem por inconcebível a interferência privada no seu exercício.

Da indelegabilidade do exercício do poder de polícia carcerário extrai-se o principal limite à terceirização a entes privados da atividade de gestão carcerária; essa terceirização não pode envolver a fiscalização dos presos, a imposição de coerção física sobre a pessoa destes, a coibição sobre seus eventuais pertences nem a participação em órgãos de disciplina carcerária.

Abre-se ao particular a possibilidade de atuação restrita às atividades materiais de gestão carcerária (higiene, alimentação, fornecimento de vestuário, serviços médicos, assistência religiosa, social, ao egresso, à família do preso, estudo e trabalho penitenciário), com exceção da assistência jurídica.

Essa atuação pode ter como base contrato administrativo tradicional de fornecimento de bens ou serviços ou contrato de concessão administrativa, a qual se mostra preferível em razão de permitir a vinculação da remuneração do contratado a resultados positivos (definidos em termos de metas de qualidade nas instalações penitenciárias ou mesmo, e preferivelmente, em termos de resultados extramuros, consistentes na diminuição da reincidência criminal); e em razão de permitir a contratação de objeto complexo, que abranja, a um só tempo, tanto a construção, ampliação ou reforma de estabelecimento prisional quanto a prestação de serviços aos internos.

Não se vê problema em fixar a remuneração do contratado à razão da quantidade de presos atendidos, haja vista importar que o atendimento recebido pelos presos seja individual e de alta qualidade, rigidamente controlada pela autoridade pública. Além de ser essa a opção feita pelo legislador constitucional e ordinário pátrios, inexistente qualquer evidência de que o tratamento cruel dispensado aos presos brasileiros desde sempre tenha contribuído, de alguma forma, com a pacificação social em nosso País. Muito pelo contrário: nossas prisões têm funcionado como verdadeiros

espaços de conversão de condenados por crimes episódicos em soldados do crime organizado. Assim, é impossível conceber, e dotar dos devidos efeitos jurídicos, que um contrato administrativo se contente em manter padrões desumanos de tratamento dos presos. Não existe razão lógica para convidar um ente privado a desempenhar, mediante vultosa contraprestação, tão sórdida tarefa.

Dentre os diversos serviços prestados pelo Estado contemporâneo, o de gestão carcerária é, certamente, um dos mais complexos e geradores de conflitos seriíssimos, a exemplo do ocorrido em janeiro de 2017, em Manaus. Cumpre ao jurista dedicado ao estudo dessa gestão buscar maneiras de minorar seus inerentes malefícios, ciente de que essa tarefa estará sempre por acabar, assim como por acabar estará sempre a construção de um Estado de Direito no Brasil.

Aprovado em: 10/1/2019. Recebido em: 6/9/2018.

## NOTAS

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1848802-gestora-de-presidio-de-massacre-no-am-diz-que-nao-tem-poder-de-policia.shtml>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

<sup>3</sup> Lúcia Valle Figueiredo (2008, p. 81) tem o mérito de se referir à implementação de deveres constitucionalmente consagrados, elemento certamente mais claro e favorável ao usuário do serviço público do que “necessidade pública”, mas que limita desnecessariamente a abrangência da definição (visto ser o leque de direitos consagrados na Constituição muito mais extenso em comparação ao de deveres especificamente impostos à Administração) e não contribui para a afirmação da legitimidade do usuário de demandar a adequada prestação do serviço.

<sup>4</sup> Hely Lopes Meirelles (1989, p. 290), inobstante a filiação ao conceito amplo de serviço público, chega a resultado idêntico, por considerar que em certos serviços públicos manifesta-se a soberania estatal, indelegável a particulares: “Serviços públicos, propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social ou do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública”.

<sup>5</sup> Em sentido contrário, José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 456), para quem: “Conquanto semelhantes em face do mesmo objeto, e ainda que em ambos a Administração seja usuária do serviço, o contrato de concessão administrativa de serviços não tem perfil idêntico ao do contrato de serviços regulado pela Lei nº 8.666/1993. Neste, o particular contratado limita-se à prestação do serviço, cabendo à Administração pagar o respectivo preço em dinheiro; naquele, o concessionário presta o serviço, mas se lhe exige que faça investimento na atividade, obrigando-se a Administração a uma contraprestação pecuniária que pode variar de espécie, como reza o art. 6º da Lei nº 11.079”.

<sup>6</sup> Lei nº 11.079, art. 5º: “As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(...)

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;”.

<sup>7</sup> É como dispõe o art. 6º, parágrafo 1º da Lei de Parcerias Público-Privadas, *in verbis*: “§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. (Incluído pela Lei 12.766, de 2012)”.

<sup>8</sup> Como definida por Hannah Arendt no capítulo III de *Entre o Passado e o Futuro* (Trad.: Mauro W. Barbosa de Almeida). 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1992.

<sup>9</sup> Coerentemente, Marçal Justen Filho (2010, p. 711) reconhece no serviço público o exercício de competências anômalas, de uma forma de coerção que em geral é identificada apenas com o poder de polícia: “O regime de serviço público comporta competências anômalas, que se externam no relacionamento com os particulares, usuários ou não do serviço público. Essas competências anômalas se traduzem em deveres-poderes de diversa natureza, cujo surgimento e exercício não dependem de concordância concreta do usuário.”

<sup>10</sup> Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, p. 23) destaca que “a imposição de um mal como mero instrumento de retribuição contraria o objetivo fundamental de promover o bem de todos, alicerces de nossa República”.

<sup>11</sup> *In verbis*: “Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente”.

<sup>12</sup> *In verbis*: “Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado”.

<sup>13</sup>In *verbis*: “Art. 47. O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares”.

<sup>14</sup>Seria muito bom poder referir, neste ponto, violações de direitos fundamentais, mas sabe-se que o sistema penal e, por consequência, a segurança pública nunca se restringiram à tutela dos direitos fundamentais. Vide a tipificação, no Brasil, de condutas tais como a da duplicata simulada (art. 172 do Código Penal), a da emissão irregular de conhecimento de depósito (art. 178 do Código Penal) e a da introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164 do Código Penal).

<sup>15</sup>Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNP/CP/n8de9dez2002.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

<sup>16</sup>Disponível em: <[http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2015/12/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-do-CNPCT-sobre-privatiza%C3%A7%C3%A3o-do-sistema-carcer%C3%A1rio\\_Aprovada-2.pdf](http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2015/12/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-do-CNPCT-sobre-privatiza%C3%A7%C3%A3o-do-sistema-carcer%C3%A1rio_Aprovada-2.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. São Paulo: Editora Fórum, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos / Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbbc41b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1957. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d41721.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d41721.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 1º ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. **Poder de polícia**: compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação de seu exercício a entes privados. Ribeirão Preto: IELD, 2014.

FARIA, Luiz Eduardo Campos de Oliveira. Políticas públicas e privatização: o caso do sistema prisional. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 116, p. 115-120, out./dez. 1992.

\_\_\_\_\_. Manaus e a privatização de prisões. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 11 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,manaus-e-a-privatizacao-de-prisoas,10000099363>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- 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 (Org.). Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 390-432.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 433-467.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova Iorque, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 1º ago. 2017.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

### **Caio Cezar Maia de Oliveira**

Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura – EPM.

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

Graduando em Filosofia pela Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP.

[caio\\_maia@hotmail.com](mailto:caio_maia@hotmail.com)