



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A APLICABILIDADE DA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NO SISTEMA
PENITENCIÁRIO

Vinicius Pires Vaz de Azevedo

Rio de Janeiro
2018

VINICIUS PIRES VAZ DE AZEVEDO

A APLICABILIDADE DA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NO SISTEMA
PENITENCIÁRIO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C.F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A APLICABILIDADE DA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Vinicius Pires Vaz de Azevedo

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida

Resumo – O atual cenário do sistema penitenciário brasileiro revela constantes violações aos direitos fundamentais dos apenados e a incapacidade do Administração Pública em gerir de maneira satisfatória a administração penitenciária. Neste sentido, a transferência de tal atividade para particulares surge como possibilidade de maior eficácia na gestão penitenciária, uma vez que, em tese, particulares possuem maiores recursos materiais e humanos. Porém, transferir tal atividade a particulares implica em delegar o exercício do poder de polícia, o qual é de titularidade exclusiva do Estado. A possibilidade de tal delegação encontra divergência doutrinária, encontrando-se quatro posicionamentos distintos sobre o tema. Academicamente, é possível que se delegue as fases do poder de polícia que não comportem poderes decisórios, desde que haja Lei que determine com precisão a área de atuação do particular.

Palavras-chave - Direito Administrativo. Sistema penitenciário. Delegação do poder de polícia.

Sumário – Introdução. 1. A execução penal como atividade administrativa caracterizada pelo emprego do poder de polícia do qual o estado é o titular exclusivo. 2. A estrutura do poder de polícia e sua interação com a atividade de custódia e ressocialização dos apenados. 3. A delegação negocial da execução e aplicabilidade quanto ao sistema penitenciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por escopo verificar na doutrina do direito administrativo brasileiro se é possível delegar o poder de polícia administrativa à particulares da iniciativa privada e assim permitir que a administração privada sirva como mecanismo alternativo para a administração penitenciária, tendo em vista as dificuldades encontradas pelo poder público em gerir satisfatoriamente tal serviço de custódia.

Atualmente, os Estados Federados Brasileiros atravessam grave crise financeira e, como consequência, o sistema penitenciário também sente o impacto da falta de investimento, notadamente na ausência melhoria nas instalações e contratação de servidores. Tal situação pode fazer com que a administração carcerária se torne cada vez mais ineficaz em relação a sua finalidade, qual seja, a custódia e ressocialização dos apenados.

O cenário de violação aos direitos humanos dos apenados somado às rebeliões e motins que assolam os sistemas carcerários estaduais corrobora com a assertiva de que a administração pública não tem sido capaz de gerenciar satisfatoriamente a administração penitenciária e mecanismos alternativos devem ser buscados.

Diante de tal circunstância, a sociedade passa a discutir a terceirização do sistema penitenciário, o que implica, ao menos em parte, na delegação negocial do Poder de Polícia para que particulares sejam responsáveis pelo desenvolvimento da atividade de custódia daqueles que são recolhidos à prisão.

A controvérsia trazida no presente trabalho se encontra na discussão sobre a possibilidade de delegação negocial do Poder de Polícia para que o setor privado seja o responsável pelos presídios estaduais como um mecanismo alternativo de administração, tendo em vista que o Poder de Polícia é entendido como um poder conferido exclusivamente à administração pública.

Neste se sentido, o trabalho enfoca analisar a estrutura do Poder de Polícia administrativa e verificar se há a possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro de que particulares realizem a atividade de custódia e ressocialização dos apenados, uma vez que sendo o Estado o titular do Poder de Polícia, este deveria exercer com exclusividade ou poderia delegar parte deste poder no caso de atividade essencialmente estatal.

Para tanto, no primeiro capítulo será indicada qual é a relação entre o exercício do Poder de Polícia e o desenvolvimento da atividade de custódia de presos, demonstrando como o Estado, ao realizar essa atividade administrativa de custódia, interfere diretamente em direitos fundamentais garantidos, o que só é possível sem violar a isonomia entre administrados em razão do exercício da polícia administrativa.

No segundo capítulo será exposto e discutidas as bases em que se estrutura o Poder de Polícia administrativa e será demonstrado em que ponto o desenvolvimento de custódia de pessoas se encaixa em tal estrutura, sendo revelada as fases ou ciclos de polícia.

Por fim, no terceiro capítulo, definido que a atividade de administração penitenciária é atividade essencialmente estatal e que o poder de polícia é proeminente no desenvolvimento de tal atividade, será estabelecido se, doutrinariamente, é possível que particulares sejam responsáveis pela custódia de pessoas.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador irá eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente e temática em foco – analisada e fichada na parte exploratória da pesquisa (legislação, artigos, jurisprudência) – para sustentar sua tese.

1. A EXECUÇÃO PENAL COMO ATIVIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADA PELO EMPREGO DO PODER DE POLÍCIA DO QUAL O ESTADO É O TITULAR EXCLUSIVO

O direito à Liberdade em sentido amplo é apontado pela doutrina jurídica como um direito fundamental de primeira dimensão e ocupa o topo da escala de direitos constitucionalmente protegidos, conforme se verifica no *caput* Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹.

A liberdade de locomoção, como um desdobramento natural do direito à liberdade, em regra, só poderá sofrer restrição quando a pessoa é presa em flagrante em decorrência da prática de infração penal ou no caso de contra ela existir uma ordem judicial fundamentada, seja de forma cautelar para a garantia do desenvolvimento da persecução criminal ou em razão de cumprimento definitivo da sentença condenatória.

Dessa forma, após a liberdade do indivíduo sofrer restrição em virtude de decisão judicial fundamentada, inicia-se a execução penal, a qual é caracterizada como uma atividade estatal complexa², uma vez que na fase de execução há atuação jurisdicional por meio do juízo da execução e atuação do Poder Executivo, o qual é responsável pela administração das casas de custódia e penitenciárias.

Nesta esteira, o direito fundamental em tela passa a estar sob o controle, fiscalização e limitação tanto do Poder Judiciário como do Poder Executivo, pois passa a sofrer interferência direta das atividades Jurisdicionais quando o Juízo da execução impõe comandos pertinentes a execução da pena, e Administrativas quando o apenado se sujeita as regras de custódia e vigilância exercida das penitenciárias administradas pelo Estado³.

O regular exercício da administração penitenciária, por sua vez, exige que invariavelmente se adentre a direitos individuais do apenados, pois é necessário que se

¹BRASIL. *Constituição da República do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.> Acesso em 10 out. 2018.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 157.

³ Ibid.

imponha regras de vigilância e disciplina, bem como se garanta a incolumidade física do coletivo de presos, tendo em vista que em uma unidade prisional encontram-se custodiados centenas de apenados e é preciso que este convívio seja regulado.

A imposição de que o estado regule e administre as unidades prisionais pode ser extraída de dispositivos legais tanto da atual Constituição Brasileira quando, por exemplo, no Artigo 5º XLIX⁴ que garante aos apenados a integridade física e moral. Infraconstitucionalmente, o Artigo 40 da Lei de Execuções Penais⁵ e o Artigo 38 do Código Penal⁶, impõem às autoridades, incluídas as administrativas, que garantam os direitos fundamentais dos apenados.

Deve ser estabelecido que o Estado, ao desenvolver o serviço de custódia e vigilância, tem por finalidade precípua a ressocialização dos apenados, e, assim, essa atividade administrativa é classificada como exógena⁷, uma vez que a reinserção do preso na sociedade se trata de anseio social, tendo por base a função preventiva geral da pena por intimidação que tem por objetivo evitar a reprodução do comportamento criminoso na sociedade⁸.

Portanto, verifica-se que o exercício da atividade penitenciária é essencialmente atividade administrativa pública pois é exercida pelo Estado e busca alcançar os fins colimados pela ordem jurídica por meio de seus agentes⁹ e há sujeição do apenado, administrado, à imposição de regras estabelecidas pela administração pública, ora regulando o exercício de direitos, ora impondo sanções administrativas em razão de cometimento de penalidades.

Em razão de sua própria natureza, a atividade administrativa possui prerrogativas denominadas pela doutrina de “poderes administrativos”, os quais são destinados a possibilitar que a Administração Pública adentre na esfera de interesse individual a fim de seja efetivamente alcançado o interesse público. Tais poderes se tratam em realidade de um poder-dever irrenunciável e se preordena ao atendimento da finalidade pública.¹⁰

Estas prerrogativas ou poderes administrativos possuem as seguintes espécies: Poder normativo ou Regulamentar; Poder de Polícia; Poder Hierárquico; e Poder Disciplinar. Este conjunto de prerrogativas conferido aos agentes administrativos é o que possibilita que o

⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵ BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 20 out.2018.

⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 20 out. 2018.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 98.

⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 473.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p.4.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.235.

Estado alcance sus fins¹¹, uma vez que justifica o dever de sujeição do particular às ordens emanadas dos órgãos públicos as quais são materializadas no mundo dos fatos por seus agentes públicos.

Dentre os poderes administrativos supramencionados, o que se destaca no desenvolvimento da atividade administrativa penitenciária é o Poder de Polícia, pois é justamente este poder que possibilita que o agente público responsável pela custódia ingresse e interfira diretamente no exercício de um direito individual do apenado, possibilitando, inclusive, a aplicação de sanções quando do cometimento de uma falta disciplinar no âmbito do cárcere.

O Poder de Polícia do Estado é o que faz com que o agente público estatal possa emanar uma ordem a qual, amparada e fundada no Princípio da Legalidade norteador da administração pública, obriga o apenado a cumprir com o dever sem que seja violada a isonomia entre particulares.

O fundamento deste poder encontra-se inserido no fim que é almejado pela administração pública: o Interesse Público. A intervenção do Estado no conteúdo dos direitos fundamentais somete-se será justificada caso esta seja a finalidade da atuação do Estado¹², sob pena de violação ao próprio Princípio Democrático.

A fim de corroborar com a assertiva de que a administração pública interfere na liberdade, cumpre-se destacar a leitura do Artigo 53, IV da Lei de Execuções Penais¹³ que permite que o Diretor do presídio, agente público, imponha a penalidade de isolamento ao apenado em cela individual, desde que fundamentada a medida em ato administrativo. É o desenvolvimento regular de uma atividade estatal regulada pela Lei que o impede de cometer o crime de cárcere privado ao restringir o mínimo de liberdade de que dispõe o preso.

Note-se que com isso que mesmo cumprindo pena, o condenado ainda possui o direito fundamental de Liberdade, ainda que em grau mínimo. Ao aplicar esta penalidade, o Diretor da unidade prisional amparado e devidamente fundamentado pelo Princípio da Legalidade, restringe ainda mais esse direito individual sem que seja necessário a presença do Poder Judiciário para a efetivação da medida.

Em sentido amplo, o Poder de Polícia está presente em toda e qualquer atuação do Estado que restrinja e condicione a liberdade e a propriedade com o objetivo de satisfazer as necessidades coletivas. Nesse aspecto, o Poder de Polícia está intrínseco à atividade

¹¹CARVALHO FILHO, op. cit., p.4.

¹² Ibid, p.85.

¹³ BRASIL. op. cit., nota 5.

legislativa que proporciona inovação na ordem jurídica bem como na atividade administrativa, a qual executa os termos da lei¹⁴.

Já em um sentido restrito¹⁵, o poder de polícia constitui o próprio exercício da função administrativa fundada na Lei, restringindo e condicionando o exercício de direitos privados nos casos concretos. Neste aspecto é que se pode atribuir também ao poder de polícia a nomenclatura de polícia administrativa.

Embora criticada por parte da doutrina jurídica em razão de denotar certo tom autoritário, a nomenclatura e o conceito de “poder de polícia” poder ser extraída do texto Constitucional expressamente no Artigo 145, II, e no Artigo 78 do Código Tributário Nacional¹⁶, trazendo inclusive este último o conceito legal do poder de polícia¹⁷.

Ao iniciar a análise da aplicação do Poder de Polícia no sistema penitenciário, torna-se importante diferenciar o poder de polícia como prerrogativa inerente a todo e qualquer desenvolvimento legítimo da atividade administrativa do exercício de polícia judiciária.

Em síntese, a diferenciação entre os dois institutos ocorre fundamentalmente em três aspectos: a polícia administrativa diz respeito à proteção do interesse público em geral, enquanto a polícia judiciária se atém à apuração e repressão de crimes; a polícia administrativa incide, em regra, sobre bens, já a polícia judiciária incide sobre pessoas dos infratores; por fim, a polícia administrativa está presente por toda a administração pública, enquanto a polícia judiciária é atribuída constitucionalmente a determinados órgãos específicos¹⁸.

A tarefa de regular a convivência do efetivo carcerário por meio de atos administrativos, seja ao realizar a função fiscalizatória ou ao aplicar sanções administrativas simples como advertência verbal ou a considerada a mais grave delas, a alocação do preso em isolamento, deve ser fundada em um instrumento que torne legítimo o ato administrativo, e é neste ponto que se vê a materialização do poder de polícia administrativa.

Se somente o Estado por meio de seus agentes pode aplicar restringir e condicionar direitos, chega-se à conclusão de que a atividade de administração penitenciária é uma atividade tipicamente de Estado e a sua delegação importa necessariamente na delegação do poder que possibilita invadir a esfera de direitos pessoais, como ocorre, por exemplo, quando uma agente

¹⁴ OLIVEIRA, op. cit., p.245

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm >. Acesso em 23 out. 2018.

¹⁷ OLIVEIRA, op. cit., p.245.

¹⁸ ARAGÃO, op. cit., p. 195.

prisional emana um ato administrativo nomeado de “parte disciplinar”, o qual pode resultar na suspensão do direito à visitação.

Nesta senda, para verificar se este existe a possibilidade de delegação deste poder à particulares no âmbito do sistema penitenciário, é importante verificar a estrutura de fases que compõe a polícia administrativa e saber em quais delas há somente o Estado poderá exercer de forma exclusiva.

2. A ESTRUTURA DO PODER DE POLÍCIA E SUA INTERAÇÃO COM A ATIVIDADE DE CUSTÓDIA E RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS

Conforme exposto e debatido do capítulo antecedente, verifica-se que o Estado realiza atividade administrativa dotada de suas inerentes prerrogativas, notadamente o Poder de Polícia, quando desenvolve a custódia cautelar ou definitiva dos apenados, uma vez que impõe regras de comportamento aos apenados, fiscaliza seu cumprimento, consente ou não com requerimentos os quais lhe são propostos e aplica sanções quando da ocorrência de falta administrativa.

A doutrina jurídica administrativista brasileira, estratifica o poder de polícia em quatro fases distintas, também nomeadas doutrinariamente como ciclo de polícia. São elas¹⁹: Ordem de Polícia, Consentimento de Polícia, Fiscalização de Polícia, e Sanção de Polícia.

A Ordem de Polícia é caracterizada essencialmente pela possibilidade edição por parte do Poder Público de normas de caráter geral e abstrato, podendo ser Constitucionais, Legislativas, ou Administrativas regulamentadoras da Lei. Como se percebe, é por meio da ordem de polícia que há inovação na ordem jurídica.

Segundo a definição dada pela doutrina, a Ordem de Polícia pode assumir as seguintes vertentes: Proibição absoluta de um comportamento; Proibição de realizar determinada atividade, salvo de consentida pela administração Pública por meio de autorização ou licença; Condição para que determinada atividade seja desenvolvida, ou, por fim, uma Ordem positiva²⁰.

Nesse sentido, a fase da Ordem de Polícia se encontra com a atividade administrativa de custódia de presos quando a própria execução penal é regulamentada por lei específica, a qual determina que, dentre outras obrigações e deveres²¹, o apenado colabore e obedeça às

¹⁹ ARAGÃO, op. cit., p. 200.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. op. cit., nota 5.

ordens emanada pelas autoridades e agentes responsáveis pela a garantia da disciplina no ambiente penitenciário²².

A segunda fase do poder de polícia, Consentimento de Polícia, é marcada pelo controle preventivo realizado pelo Poder Público em relação ao exercício de uma atividade particular²³. Em regra, o consentimento da Administração Pública se materializa por meio de licença, ato administrativo vinculado, ou por meio de autorização, ato administrativo discricionário.

Neta fase, pode-se citar como um exemplo do exercício de consentimento de polícia, a possibilidade do Diretor de uma unidade prisional no Estado do Rio de Janeiro autorizar a visitação extraordinária a um apenado, desde que, além de preenchidos os requisitos, seja conveniente e oportuno para a Administração.

A terceira fase do poder de polícia é a Fiscalização de Polícia. A fiscalização de polícia poder ser preventiva ou repressiva. A fiscalização preventiva é a realizada de ofício, de forma aleatória e em periodicidade determinada pela disciplina normativa, prescindindo de previa notícia de infração à disciplina normativa aplicável ao agente fiscalizado²⁴.

A fiscalização será repressiva quando é deflagrada a partir da constatação de uma infração administrativa já consumada, ou em vias de consumação. Neste momento, caberá a autoridade administrativa emanar ordem a fim de evitar que a infração se perpetre.²⁵

A fase de fiscalização de polícia toca constantemente a administração penitenciária. A todo momento, os agentes prisionais realizam vistorias preventivas nas celas em que se encontram os apenados com o fito de verificar se há algum material ilícito ou administrativamente proibido, como aparelhos celulares ou entorpecentes.

Ocorre ainda o exercício da fiscalização preventiva quando os familiares dos apenados passam por revistas pessoais, ou quando os alimentos e objetos permitidos que levam para os apenados são vistoriados na portaria de entrada dos presídios por agentes prisionais.

A última fase do poder de polícia, as Sanções de Polícia, são as medidas coercitivas aplicadas a quem descumpre a ordem de polícia ou os limites impostos pelo consentimento de polícia²⁶. As sanções de polícia podem assumir as facetas punitivas ou premiaias²⁷, ou seja, de um lado aplica punição àqueles que incidem no comportamento não desejado e de outro lado concede incentivos a condutas desejáveis.

²² Ibid.

²³ ARAGÃO, op. cit., p.200.

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo horizonte: Fórum, 2017, p. 98.

²⁵ Ibid.

²⁶ OLIVEIRA, op. cit., p.245.

²⁷ BINENBOJM, op. cit., p. 98.

As sanções premiaias encontram-se expressamente no texto legal que regula a execução penal e são denominadas de recompensas, que se podem ser o elogio ou a concessão de regalias.

Já em relação à faceta punitiva, aos presos podem ser aplicadas as sanções administrativas punitivas classificadas como leves, medias ou graves, e a cada uma delas há uma pena disciplinar correspondente.

A sanção mais grave que está sujeito o apenado é a inclusão no regime disciplinar diferenciado (RDD), no qual o preso tem restringido em grau máximo o seu direito fundamental à liberdade, terá restringido também a sua comunicabilidade, posto que não receberá visitas, bem como irá interagir com o efetivo carcerário, uma vez que estará em isolamento.

Com e exceção da inclusão em regime disciplinar diferenciado, o qual necessita decisão do juízo da Execução, as autoridades administrativas podem aplicar aos presos que atentem contra a disciplina no ambiente prisional as sanções de advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento em própria cela.

Conforme expresso na Lei de Execuções Penais, a Administração Pública poderá suspender direitos sem que haja autorização ou controle judicial prévio. Isto só é possível e legítimo, como já analisado, devido ao poder de polícia, o qual é fundado na supremacia do interesse público que norteia o desenvolvimento da atividade administrativa.

Nessa toada, não se poderia transferir a um particular o poder irrestrito de interferir dos direitos de outros particulares a ponto de suspende-los ou condicioná-los, pois haveria flagrante afronta ao princípio da isonomia, haja vista que a vontade de um particular não pode ser imposta a outro particular sem que haja a atuação do Poder Judiciário, o qual é detentor da jurisdição que, por meio da substitutividade, soluciona a lide.

Porém, como visto e debatido, o Poder de Polícia pode ser estratificado, ou seja, desmembrado em fases.

Sendo assim, após estratificado todas as fases do poder de polícia exercido pelo Estado, será analisado no capítulo seguinte se a doutrina brasileira de Direito Administrativo admite que pelo menos algumas destas fases possa ser delegada de forma negocial a particulares.

3. A DELEGAÇÃO NEGOCIAL DO PODER DE POLÍCIA E SUA APLICABILIDADE NO AMBITO DO SISTEMA PRISIONAL

Conforme debatido nos capítulos anteriores, a atividade administrativa de custódia e ressocialização de apenados depende do emprego do poder de polícia administrativa, o qual,

conforme analisadas individualmente no capítulo anterior, é dividido nas fases de ordem de polícia, consentimento de polícia e sanção de polícia.

O Poder de Polícia é uma potestade pública e, como tal, é de monopólio do Estado²⁸, o que, inicialmente, traz a ideia de que apenas servidores da administração direta e das estatais que possuem personalidade jurídica de direito público sob o regime jurídico de direito público poderiam exercer tal autoridade frente aos particulares.

Todavia, excepcionando a essa regra de vedação à delegação do poder de polícia a particulares, a própria legislação admite hipóteses em que é conferido a pessoas jurídicas de direito privado ou pessoas físicas o exercício do poder de polícia, como nos casos de tal autoridade pelos presidentes de mesas receptoras de voto durante a eleição.

Excetuados tais casos de delegação do poder de polícia, onde a própria Lei traz as hipóteses permissivas, a doutrina administrativista brasileira diverge quanto a possibilidade de delegação negocial para entidades privadas, como nos casos de permissão e concessão de serviço público.

Pode ser observado que a doutrina jurídica tem se dividido basicamente em quatro posições acerca do tema:

A primeira posição, considerada como predominante²⁹, entende pela impossibilidade de delegação do poder de polícia a particulares por violar o Princípio da Igualdade entre os administrados. No entanto, tal posição admite que atividades materiais acessórias, prévias ou posteriores ao poder de polícia poderiam ser delegadas, uma vez que não haveria margem de liberdade decisória transmitida ao particular³⁰.

A segunda posição está no sentido de que é possível a delegação do poder de polícia para particulares em geral, independente do fato de este particular integrar ou não a Administração direta ou não. Deve ser frisado que, para esta parcela da doutrina, a delegação somente poderá ocorrer nas fases da fiscalização e consentimento de polícia, não sendo possível a delegação das fases de ordem e sanção de polícia.

A terceira posição encontrada na doutrina administrativista brasileira aponta para a possibilidade de delegação do poder de polícia para pessoas jurídicas de direito privado, porém estas deverão ser integrantes da administração Pública.

Já a quarta posição entende ser possível a delegação desde que esta seja realizada por meio de Lei, não se admitindo a delegação por meio de contrato, que seja delegado apenas a

²⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 258

²⁹ Ibid.

³⁰ ARAGÃO, op. cit., p.197.

fase de fiscalização de polícia e que a entidade delegada seja integrante da administração pública indireta, não sendo possível a delegação para as entidades privadas em geral.

Quanto a delegação do serviço público, forma de descentralização da prestação da atividade administrativa, deve-se lembrar que esta pode ocorrer de duas formas: legal, quando há uma lei que cria ou autoriza o desenvolvimento da atividade pela entidade; ou negocial, quando essa delegação ocorre, fundamentalmente, por meio de permissão ou concessão.

Neste ponto, pode ser visualizado que delegar negocialmente a particulares o serviço de custódia de presos, implica, em delegar, ainda que apenas em algumas de suas fases, o poder de polícia, visto que o exercício da atividade de custódia exige que se ingresse em direitos fundamentais os quais são garantidos aos apenados.

O particular, ao restringir um direito fundamental, seja pela edição de normas relativas à serviço de custódia, seja fiscalizando o regular cumprimento dos deveres do apenado ou emitindo consentindo quanto a requerimentos solicitados e aplicando sanções aos apenados, estará, inequivocamente, exercendo o poder de polícia, daí a principal divergência sobre o tema.

Um ponto que merece destaque é que não há vedação legal no ordenamento jurídico brasileiro quanto à delegação do poder de polícia à terceirizados, sendo possível que o legislador edite Lei que disponha acerca da terceirização do sistema penitenciário, e, posteriormente, que a Administração Pública, no desenvolvimento de sua atividade típica, regule a terceirização³¹.

Promulgada a Lei que verse sobre a terceirização do sistema penitenciário e devidamente regulada pela Administração pública, sendo observada a vedação de delegação das atividades previstas no artigo 83 B da Lei de execução penal³², é possível que o contrato administrativo que seja pactuado como entidade privada seja confeccionado de forma que se delimitem os campos de atuação do exercício do poder de polícia a fim de torná-lo legítimo³³.

O Artigo supramencionado é extremamente relevante para o tratamento do tema, pois determina quais as funções realizadas no ambiente prisional pelos agentes públicos que não podem ser objeto de delegação. Verifica-se que invariavelmente as funções a que a Lei veda a delegação são marcadas pelo poder decisório, como por exemplo a função de Diretor do estabelecimento penal.

³¹ BINENBOJM, op. cit., p. 273.

³² BRASIL. op. cit., nota 5

³³ BINENBOJM, op. cit., p. 272.

Definidos os campos de limites de atuação do poder de polícia pelo particular, o contrato não poderia ter como o único objetivo a percepção de lucro pelo particular, devendo a sua remuneração ser definida estritamente no instrumento contratual.

Ainda que, conforme demonstrado neste capítulo, a doutrina predominante na doutrina brasileira esteja no sentido de que o poder de polícia não possa ser delegado a particulares por se tratar de poder de autoridade exclusivo do Estado, parte da doutrina entende ser possível a delegação das fases do consentimento e fiscalização.

Importante também destacar que o serviço público terceirizado não transfere a titularidade de atividade administrativa específica, que continua sendo monopolizada pelo Estado, mas apenas, segundo a doutrina majoritária, se transfere apenas a sua execução, a qual pode ser retomada pelos mecanismos de encampação ou caducidade.

Neste sentido, a fiscalização do cumprimento da pena e o consentimento em relação aos requerimentos administrativos que não possuam qualquer cunho decisório não afetaria o Princípio da Iguarde ou Isonomia, uma vez que estes estariam normativamente vinculados a Lei que rege a descentralização da atividade e à sua regulação realizada pelo Poder Executivo.

Desta forma, as fases de ordem e sanção de polícia permaneceriam sob a competência administrativa do agente concursado que, conforme determina a Teoria do Órgão³⁴, manifesta a vontade do órgão público e conseqüentemente do Estado.

Nesse passo, as comissões técnicas de classificação, conselhos penitenciários e as próprias direções dos estabelecimentos penais continuariam a cargo de agentes públicos, ante a necessidade de utilização do poder de decisão acerca da política penitenciária. Ressalte-se que para o exercício das funções inerentes a estes cargos encontra-se o poder de polícia administrativa, especialmente a etapa sancionatória.

Noutro giro, a terceirização de atividades-fim, porém com caráter meramente administrativo poderia representar a ideia mais moderna de consensualidade administrativa³⁵, prestigiando a melhor prestação do serviço, uma vez que particulares, normalmente, possuem maiores recursos financeiros e humanos.

Não se vislumbra óbice legal que vede, por exemplo, que o controle de acesso de funcionários e servidores aos presídios, o serviço de vigilância realizado em muros ou no interior do cárcere, bem como a administração da unidade seja realizado por um agente

³⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p.13.

³⁵ Ibid.

terceirizado, posto que as possíveis penalidades, sanções, estão ainda a cargo de servidores do Estado, e a vinculação legal editada pelo Poder legislativo, ordem de polícia.

CONCLUSÃO

O serviço de custódia de presos constitui-se como uma atividade tipicamente administrativa na medida em que sua realização tem como fundamento o interesse público de fazer cumprir as finalidades da pena aplicada, prevenção e retribuição, e o seu desenvolvimento implica necessariamente em ingressar na esfera de direitos fundamentais dos apenados e de seus visitantes, o que só é possível em razão do poder de polícia administrativa.

O poder de polícia é dividido nas seguintes fases ou ciclos: Ordem de Polícia, que consiste na possibilidade de edição por parte do Poder Público de normas de caráter geral e abstrato; Consentimento de Polícia, configurando-se como o controle preventivo realizado pelo Poder Público em relação ao exercício de uma atividade particular; Fiscalização de Polícia, fase pela qual a administração verifica o cumprimento das medidas impostas; e, por fim, a Sanção de Polícia, a qual é a fase que revela o desequilíbrio entre a vontade do Estado face a vontade do particular.

O desenvolvimento de parte da atividade administrativa realizada em presídios e penitenciárias exigem equivocadamente o exercício do poder de polícia e suas fases como, por exemplo, ocorre na aplicação de punições administrativas aos apenados, na análise de requerimentos quanto autorização para visita extraordinária, ou mesmo em realização de procedimento de revistas tanto nos apenados quanto em seus visitantes.

Por vezes, são praticados atos administrativos que comportam essencialmente poderes decisórios, como nas sanções em que resultam num maior grau de restrição da liberdade intramuros do apenado ou limitam o seu direito de ser visitado.

Noutras vezes, são praticados atos meramente fiscalizatórios, como ocorre no procedimento de vigilância que objetiva evitar fugas ou o cometimento de crimes no interior do cárcere. Tal fiscalização é realizada pessoalmente ou por meio de circuito de câmeras.

Conforme observado e exposto no presente trabalho, a doutrina de Direito Administrativo brasileiro se divide quanto à possibilidade de delegação do poder de polícia à terceiros, sejam eles pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração indireta ou pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração descentralizada negocial, como ocorre em concessões e permissões.

A pesquisa que resultou no presente trabalho indica que de forma majoritária a doutrina não admite a possibilidade de delegação do poder de autoridade do Estado. No entanto, há parcela na doutrina que entende que tal delegação é possível desde que ocorra nas fases de consentimento e fiscalização, uma vez que em tais fases não há desenvolvimento de atividade de poder decisório.

Nesse passo, verificando que no desenvolvimento da atividade administrativa carcerária são praticados atos que não materializam quaisquer poderes decisórios, para parte da doutrina seria possível que se delegasse apenas a parte fiscalizatória e de consentimento, como a vigilância intramuros, carceragem, bem como a vigilância externa nas guaritas.

Nesse ponto, a Lei de Execuções Penais ao vedar a delegação de determinadas funções realizadas pela Administração penitenciária, traz marcos norteadores das atividades que possuem alta carga decisória, como, por exemplo, as atividades desenvolvidas pelo diretor da unidade prisional ou pelos membros das Comissões Técnicas de Classificação – CTC, a qual, dentro de demais atribuições, é responsável por julgar as infrações administrativas cometidas pelos apenados e aplicar sanções.

Portanto, este trabalho conclui que, levando em consideração a posição doutrinária que admite a delegação das fases de fiscalização e consentimento de polícia para particulares, bem como a edição de Lei que delimite cirurgicamente a atuação do agente privado e respeitadas as vedações legais, é possível que se delegue determinadas atividades exercidas no ambiente prisional, sem que fosse violado o Princípio da Igualdade entre administrados.

No entanto, o presente trabalho também verificou que o tema possui considerável divergência doutrinária, marcada pela determinação da análise da delegação do poder de polícia a particulares e violação a igualdade entre administrados, ainda mais levando em consideração a dificuldade de se fazer distinção no caso concreto dos atos que possuem algum poder decisório.

Neste sentido, conclui-se que, quanto ao viés estritamente acadêmico, existe a possibilidade de delegação de parte do serviço de custódia, no limite de atuação meramente acessória, nas fases de fiscalização e consentimento.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out.2018.

_____. *Lei nº 7210*, de 11 de junho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em: 20 out.2018.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.