

Poder de polícia em penitenciárias de parcerias público-privadas

A possibilidade de exploração do sistema penitenciário pela iniciativa privada vem sendo teoricamente discutida no cenário jurídico nacional há algum tempo, à luz do conflito travado entre os pressupostos de um sistema político-econômico neoliberal e as finalidades preventivas e retributivas da pena.

Em Minas Gerais, todavia, é necessário que a abordagem desse assunto ultrapasse os embates teóricos, uma vez que o modelo de parceria público-privada já está em funcionamento há quatro anos na comarca de Ribeirão das Neves, promovendo a execução da pena privativa de liberdade de milhares de pessoas.

Trata-se, pois, de uma realidade que precisa ser empiricamente conhecida, mediante um efetivo diagnóstico da situação presente, para além dos pressupostos teóricos que a fundamentam. É necessário, portanto, avaliar cada prática executória do modelo privado de encarceramento que se encontra em pleno funcionamento, sempre sob o enfoque da contenção do poder de punir do Estado em favor da salvaguarda de direitos fundamentais, enquanto premissas de um Estado de Direito.

Afinal, conforme pondera Rodrigo Roig, “não podemos continuar construindo discursos dogmáticos meramente descritivos, assépticos ou descompromissados com a contenção racional do poder punitivo e executório do Estado (...). Enquanto parte da dogmática penal se inebria com a discussão sobre as finalidades da pena, milhões de seres humanos em todo o mundo são diuturnamente submetidos a torturas, aprisionamentos desnecessários ou excessivos, péssimas condições carcerárias e abusos de autoridade, entre outras vicissitudes”[\[1\]](#).

A presente análise surgiu da necessidade de avaliar, a partir de nossa experiência cotidiana na Defensoria Pública de Execução Penal de Ribeirão das Neves, as vicissitudes inerentes ao sistema disciplinar no complexo penitenciário da parceria público-privada e os entraves jurídicos que esse modelo apresenta, notadamente no que tange ao exercício do poder de polícia por empregados do parceiro privado.

Durante a execução da pena, o condenado deve observar os deveres que lhe são impostos pela Lei de Execução Penal, e seu descumprimento pode ensejar o reconhecimento de faltas administrativas de natureza leve, média ou grave. No último caso, a falta é novamente analisada em juízo e, caso reconhecida como grave, geralmente acarreta regressão de regime, interrupção da contagem de prazo para progressão de regime e perda de dias remidos.

No Complexo Penitenciário da PPP de Ribeirão das Neves, a imputação e a classificação de determinado fato como falta disciplinar é realizada pelo diretor público da unidade (artigo 677, II, a do Regulamento Prisional do Estado – ReNP). No entanto, essa imputação se origina de Comunicado Interno (artigo 675 do ReNP) lavrado pelo funcionário do parceiro privado que presenciou o fato, isto é, pelo empregado celetista contratado pela concessionária e cuja função é a vigilância ostensiva dos internos.

Isso porque o contrato de concessão prevê na cláusula 17.3, n1, que é obrigação da concessionária “prover o monitoramento interno de cada *unidade penal*, efetuando o controle e a inspeção nos postos de vigilância e mantendo o monitoramento dos sentenciados nos termos das respectivas sentenças

condenatórias”[\[2\]](#).

Ou seja, essa estipulação contratual confere ao parceiro privado o exercício do poder de polícia sobre os internos, o que é feito mediante a contratação de empregados (monitores) cuja função correspondente àquela realizada pelos agentes de segurança penitenciária (servidores públicos) nas unidades públicas, isto é, a vigilância ostensiva.

Segundo Bandeira de Melo, a expressão "poder de polícia", em sentido estrito, relaciona-se "unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais" [\[3\]](#).

Pelo que se nota, o poder de polícia se materializa pela intervenção estatal na esfera privada com o fim de resguardar interesses da coletividade.

Na execução da pena, o poder de polícia é exercido cotidianamente na condução do cumprimento da pena do sentenciado, tendo direta relação com o sistema disciplinar da unidade prisional.

Assim, verificada a prática de ato em tese proibido pela legislação (norma de polícia proibitiva), caberá ao agente penitenciário comunicá-lo à direção da unidade (poder de fiscalização) para que, se for o caso, tenha início o processo administrativo, que poderá resultar no reconhecimento de falta pelo conselho disciplinar (poder de sanção).

Até então não havia qualquer discussão relativa à atribuição do poder de polícia, uma vez que, no modelo brasileiro, todos os atos pertinentes ao ciclo de polícia nas unidades prisionais públicas eram praticados por servidores estatutários, que representam o Estado.

Porém, com o novo modelo que ora se apresenta, questiona-se a validade do exercício de atos de polícia por empregado da empresa privada, concessionária da parceria.

É unânime na doutrina administrativista que uma das características essenciais do poder de polícia é sua indelegabilidade. Nesse sentido, destaca Bandeira de Mello:

A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros [\[4\]](#).

Mesmo autores como Carvalho Filho, que entendem que alguns atos do ciclo de polícia — notadamente os atos fiscalizatórios — possam ser delegados a pessoa jurídica de direito privado, sustentam que tal atividade somente pode ser transferida para entidades privadas que integram a administração pública indireta, e através de edição de lei formal [\[5\]](#).

Lado outro, autores como Bandeira de Mello preveem a possibilidade de delegação apenas de atividades

meramente materiais decorrentes de atos de polícia da administração pública. No entanto, o autor conceitua tais atos materiais como sendo aqueles sem qualquer nível de decisão ou subjetividade, que simplesmente executam de forma objetiva o comando emanado pela administração. O exemplo dado pelo autor são os equipamentos fotossensores utilizados na fiscalização do cumprimento das normas de trânsito, que apenas “acusam a velocidade do veículo ao ultrapassar determinado ponto captam eletronicamente a imagem, registrando data e momento da ocorrência”[6].

A atuação fiscalizatória do empregado da concessionária que administra a penitenciária da PPP, porém, não pode ser classificada como mero ato material. Isso porque consiste em atividade que necessariamente envolve interpretação e a compreensão de uma situação de fato, bem como a avaliação preliminar sobre a ilicitude da conduta, o que impregna a sua atuação de elevado teor de subjetividade e poder de decisão. Com efeito, como consigna o próprio Bandeira de Mello, a impessoalidade do ato meramente material não é obtida com o concurso da intervenção humana.

Para além dessa discussão, no que se refere às parcerias público-privadas, há um óbice intransponível à delegação do poder de polícia ao agente privado. A Lei 11.079/04, que rege a matéria, a veda expressamente:

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

(...)

III-indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Sobre este ponto, Di Pietro, em trabalho sobre parcerias na administração pública, destaca:

Sempre houve, mesmo no período do liberalismo, em que se pregava um mínimo de atuação estatal e de intervenção no setor privado, uma esfera de atribuições reservada com exclusividade ao Estado, na qual se inclui, evidentemente, o poder de polícia, especialmente no que diz respeito à segurança pública. No Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em que se dividem as atividades estatais em quatro setores, a atividade de polícia é incluída entre as atividades exclusivas, ou seja, aquelas que só o Estado pode prestar. A ideia se confirma agora com a norma inserida no art. 4º, III, da Lei nº 11.079/2004[7].

A questão não passou despercebida pela doutrina no que diz respeito às PPPs no âmbito do sistema penitenciário. José Adaumir Arruda, abordando especificamente o tema, conclui que o modelo delega atividades típicas de Estado ao particular, em franca violação às normas que regem a matéria:

Sem maior esforço, percebe-se que as atividades delegadas ao particular são típicas do Estado, impregnadas do que poderíamos chamar de poder de império, pois atinge a liberdade individual e impõe vigilância, caracterizando visível poder de polícia, de constrição sobre a pessoa (...).

Ora, se a execução penal é preponderantemente jurisdicional, imbricada com a atividade administrativa desenvolvida no cotidiano do condenado, exercida pelo poder executivo que se vale

do uso da força para manter a ordem e a disciplina no cárcere, ou ainda, utiliza seu poder de polícia e de império para fiscalizar, monitorar, impor constrições e disciplina, não se poderia cogitar em delegar tais funções ao particular^[8].

Pelo até então exposto, percebe-se que os óbices à delegação do poder de polícia ao empregado da empresa parceira são intransponíveis. Há mais, porém.

O contrato da parceria público-privada de Minas Gerais traz, no anexo X, o “Sistema De Mensuração De Desempenho e Disponibilidade”. Segue a redação introdutória do referido anexo:

1. Introdução e aspectos gerais

O *Sistema de Mensuração de Desempenho e Disponibilidade* tem a finalidade de medir o grau de atendimento da *concessionária*, em sua operação do *complexo penal*, aos patamares de serviço considerados adequados pelo *contratante*.

Tal sistema fará com que a receita auferida pela *concessionária* corresponda com o citado nível de atendimento, garantindo assim que a atuação da esfera de responsabilidade privada do *complexo penal* e de sua operação permaneça viável e em equilíbrio com o interesse público^[9].

Verifica-se, portanto, que a receita da concessionária está diretamente atrelada à sua avaliação de desempenho.

Além disso, o sistema é composto de diversos indicadores de desempenho, dentre eles “o indicador de eventos graves, referente a nove sub-indicadores, cada um dos quais associados à ocorrência de diferentes tipos de eventos como: indisciplina, pessoa ferida, pessoa gravemente ferida, fuga, tomada de reféns, subida no telhado, morte causada, presença de objetos/materiais não autorizados e total de Agentes de Monitoramento inferior a 40% do mínimo constante no plano anual de segurança e monitoramento interno apresentado pela *concessionária* e aprovado pelo *poder concedente*”^[10].

Há ainda o termo aditivo 8 que, em seu anexo I, prevê outros sub-indicadores, como a apreensão de drogas na unidade ^[11].

Tais indicadores se relacionam com a fiscalização interna na unidade prisional, que, como dito, é realizada por empregados da concessionária. Assim, ao se delegar ao parceiro privado o exercício do poder de polícia, abre-se a possibilidade de que o sistema disciplinar seja influenciado pela necessidade de cumprimento de indicadores que repercutem na remuneração do concessionário.

Isso porque a disciplina interna é controlada por seus empregados e, hipoteticamente, pode ser utilizada como forma de intimidação a fim de evitar indicadores negativos. A fórmula é simples: quanto maior a rigidez e, conseqüentemente, o número de comunicados internos, possivelmente menor a quantidade de indicadores negativos a incidir na remuneração, embora haja possibilidade de arquivamento do comunicado pelo diretor público da unidade (artigo 677, I, do ReNP).

Pelo que se nota, além de violar a indelegabilidade, essa situação de exercício de poder de polícia por empregados da empresa parceira hipoteticamente permite que intenções relativas ao lucro da

concessionária possam influenciar direta ou indiretamente o regime disciplinar da PPP.

Isso significa que, ao menos em tese, as disposições contratuais acima descritas podem ter como efeito exatamente aquilo que o ordenamento jurídico sempre pretendeu evitar ao exigir o monopólio do poder de polícia pelo Estado: a imersão de interesses privados na atividade administrativa, que sempre deve ter como pedra de toque o interesse público e a tutela de direitos fundamentais.

Ademais, em se tratando do sistema penitenciário, a mera possibilidade de interferência de interesses particulares no exercício do poder de vigilância é ainda mais perniciosa, na medida em que pode ter direta influência no *status libertatis* de seres humanos custodiados pelo Estado.

Com efeito, as consequências da anotação de falta disciplinar são graves para o sentenciado: até que ocorra deliberação sobre a falta, é prática comum a suspensão cautelar de direitos, acarretando o não gozo destes ou a postergação da análise de direito futuro (apesar da discussão acerca da presunção de inocência, essa prática goza de amparo jurisprudencial)[12].

Em uma ótica de redução dos danos, a simples possibilidade de que questões econômico-financeiras do parceiro privado venham a influenciar o sistema disciplinar de uma unidade prisional demonstra que, neste ponto, há grave falha do sistema de PPP, o que exige redobrada atenção das agências jurídicas na salvaguarda dos Direitos Fundamentais da pessoa presa que não foram atingidos pela privação temporária da liberdade, a fim de “*não acentuar ainda mais as características deteriorantes e dessocializantes da prisonização*”[13].

[1] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal. Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 18 e 23.

[2] <<http://ppp.mg.gov.br/contrato-penal/page/99?view=page>>, acesso em 29/3/2017.

[3] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.838.

[4] Idem, p. 855.

[5] Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos de. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: atlas, 2012, p. 79.

[6] Idem, 3p. 855.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42.

[8] SILVA, José Adaumir Arruda da. *A privatização dos presídios: uma ressocialização perversa*. (In)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 111/112.

[9] <<http://ppp.mg.gov.br/edital-e-anexos-penal/page/101?view=page>>, acesso em 29/3/2017.

[10] Idem 9.

[11] Idem 2.

[12] STJ: HC 181.275/RS; HC 360.113/SC.

[13] Idem 1.

Date Created

11/04/2017