

Gerber: A constitucionalidade da ‘privatização’ de presídios

Quando se fala em "privatização" de presídios, o que em realidade se está a falar é da terceirização de alguns serviços admitidos em lei, e não da delegação do poder de polícia [\[1\]](#). Tecnicamente, o vocábulo "privatização" esteve previsto na revogada Lei Federal 8.031, de 1990, sendo, depois, substituído pelo termo "desestatização" no artigo 2º, §1º, da Lei Federal 9.491, de 1997. Com relação aos presídios, não de serem terceirizados?



De rigor, que se façam alguns esclarecimentos conceituais.

Nas relações com a Administração Pública, a terceirização realiza-se por meio de contratos para obra pública e prestação de serviços, conforme artigos 6, I, II, e 13 da Lei Geral 8.666, de 1993, mas não para fornecimento de mão de obra [\[2\]](#).

As terminologias adotadas no âmbito da Administração Pública federal, conforme o Decreto-Lei 200/67, são de delegação de competência e de execução indireta mediante contrato. Com o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, tem-se a possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de concessão e permissão precedidas de licitação (Leis Federais 8.987, de 1995, 9.074, de 1995, e 11.079, de 2004), o que parte da doutrina administrativista nomina de "*delegação contratual e remunerada da execução de serviço público*" [\[3\]](#).

A delegação de execução de serviço público pode ser por lei, contrato administrativo, ato administrativo complexo ou ato administrativo, desde que a atividade não deva ser executada necessariamente pelo Estado [\[4\]](#).

No âmbito da Administração Pública federal, o artigo 10, parágrafo 7º, do Decreto-Lei 200/67 estabelece que:

"A Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução".

Como repisa Luciano Ferraz, o permissivo legal é para a terceirização de determinadas atividades, que não sejam típicas do órgão, e não para a terceirização de mão de obra, sob pena de violar a regra do concurso público do artigo 37, II, Constituição Federal [\[5\]](#).

O artigo 3º, incisos III e IV, do Decreto 9.507, de 2018, que regulamenta a execução indireta por meio de contratos pela Administração Pública federal, veda a execução indireta de serviços que estejam relacionados com poder de polícia e aplicação de sanção, bem como de serviços que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade.

Em juízo de constitucionalidade, no que se refere à possibilidade de delegação de atos de fiscalização e de sanção, foi julgada a repercussão geral do RE 633.782, relator ministro Luiz Fux, julgado no último dia 23, no Supremo Tribunal Federal (STF), que versava sobre a possibilidade de sociedade de economia mista aplicar multa de trânsito. Foi fixada a tese seguinte:

"É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de Direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial".

A possibilidade de delegação de fiscalização de trânsito já havia sido reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 817.534/MG) [6].

Observe, contudo, que o STF se pronunciou, em outra oportunidade, sobre *"indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas"* na ADI 1.717/DF.

De se reportar que em parecer do à época conselheiro Maurício Kuehne, aprovado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, conforme sessão de 24/4/2000, quando da análise de projeto de lei federal, foi destacada sua inconstitucionalidade pela impossibilidade de transferência de custódia, ressaltando-se a terceirização de serviços [7].

Em juízo de legalidade, a respeito da execução de serviços no sistema penitenciário, a Lei de Execução Penal (Lei Federal 7.210 de 1984), é expressa no artigo 83-A a respeito do objeto da execução indireta de algumas atividades materiais, abaixo listadas:

"Artigo 83-A — Poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, e notadamente:

I. serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos;

II. serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso.

§ 1º. A execução indireta será realizada sob supervisão e fiscalização do poder público.

§ 2º. Os serviços relacionados neste artigo poderão compreender o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais".

De se assinalar, contudo, que o artigo 83-B da Lei de Execução Penal (Lei Federal 7.210 de 1984) é expresse sobre a indelegabilidade de *"atividades que exijam o exercício do poder de polícia"*:

"Artigo 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:

I. classificação de condenados;

II. aplicação de sanções disciplinares;

III. controle de rebeliões;

IV. transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais".

No mesmo sentido, sobre a indelegabilidade de função do poder de polícia do artigo 4, inciso III, da Lei Geral das PPPs (Lei Federal 11.079 de 2004):

"Artigo 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 (...)".

Nesse sentido, atividades de revista de presos, de apoio à manutenção da disciplina, de controle de rebeliões, de classificação de condenados e de aplicação de sanções consubstanciam atos coercitivos típicos do poder de polícia que destoam da tese fixada no RE 633.782 do STF, que versou sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia para sociedades de economia mista.

Muito diferentes são os casos de um serviço de hotelaria em presídio, de um serviço de instalação de equipamentos de radar de velocidade ou de serviço de reboque de veículos estacionados irregularmente que, quando muito, constituem, no máximo *"atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia"* na expressão de Alexandre Santos Aragão [\[8\]](#).

A Constituição Federal prevê a segurança dos estabelecimentos penais a cargo da polícia penal (artigo 144, §5º-A). Tratam-se, pois, de funções típicas de cargo público. De se manter o entendimento da indelegabilidade do poder de polícia a empresas privadas em presídios.

[\[1\]](#) Conforme artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172 de 1966): *"Artigo 78 — Considera-se poder de polícia atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".*

[\[2\]](#) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Atlas, São Paulo: 2005, pp. 306-308.

[3] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de serviços públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico n. 16, Bahia: 2009, p. 3, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=332>.

[4] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza Jurídica dos serviços sociais autônomos. Revista de Direito Administrativo nº 207, jan./mar., Fgv, Rio de Janeiro: 1997, pp. 89-90.

[5] FERRAZ, Luciano. A terceirização na Administração Pública depois das decisões do STF. 31 de janeiro de 2019, Consultor Jurídico, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/interesse-publico-terceirizacao-administracao-publica-depois-decisoes-stf>.

[6] GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, FONSECA, Gabriel Campos Soares da. É constitucional a delegação de poder de polícia a particulares? 31 de agosto de 2019, Consultor Jurídico, disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-31/constitucional-delegacao-poder-policia-particulares#_ftn23.

[7] CORDEIRO, Grecianny Carvalho. Modelo brasileiro de privatização do sistema prisional. In Voga, 3 de maio de 2004, p. 9.

[8] ARAGÃO, Op. Cit. 2009, pp. 13 e 14.

Date Created

11/11/2020