

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO DISCIPLINAR INTERNO: A SUPREMACIA ESPECIAL E OS SEUS LIMITES NORMATIVOS¹

FUNDAMENTAL RIGHTS AND DISCIPLINARY PROCESS INTERNAL: SUPREMACY SPECIAL AND ITS REGULATORY LIMITS

Raimundo Márcio Ribeiro Lima

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Graduação e Pós-graduação da Universidade (UnP)

Procurador Federal (AGU)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos Fundamentais; 2 Processo Disciplinar Interno; 3 Supremacia Especial e Supremacia Geral; 4 Limites Normativos em Matéria de Restrições aos Direitos Fundamentais; 5 Conclusões; Referências.

¹ Artigo apresentado no Seminário Teoria Constitucional do Processo Penal, ministrada pelo Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior, no semestre 2011.1, no Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

RESUMO: O artigo discute a possibilidade de uma relação especial de sujeição ser promovida por meio de regulamento; assim como, a compatibilidade do Decreto Federal nº 6.049/2007 com a ordem jurídica vigente, haja vista o objeto de sua regulamentação, a saber, a apuração de falta grave perpetradas por detentos nas penitenciárias federais. O trabalho discute, ainda, os limites do regulamento na ordem constitucional brasileira, especialmente pela densidade jurídica dos direitos fundamentais, em particular no agravamento do *status libertatis* do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Processo Disciplinar Interno. Supremacia Especial.

ABSTRACT: The article discusses the possibility of a special relationship of subjection be promoted through regulation, as well as the compatibility of the Federal Decree No. 6.049/2007 with the legal system in force, considering the object of regulation, namely the determination of misconduct committed by inmates in federal penitentiaries. The paper discusses also the limits of regulation in the Brazilian constitutional order, especially by the density law of fundamental rights, in particular the worsening *status libertatis* citizen.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Disciplinary Procedure. Special Supremacy.

INTRODUÇÃO

Atualmente, vem se destacando uma série de medidas legais, judiciais e administrativas², em que pese não expressar e nem alcançar uma atuação sistêmica por parte do Poder Público, com o objetivo de assegurar o devido cumprimento da execução da pena nas penitenciárias brasileiras; contudo, a despeito dos bons propósitos que encerram algumas medidas, impende destacar que a regulamentação delas, mormente as que compreendem atos executivos de natureza processual, faz exsurgir necessários questionamentos quanto à regularidade dos veículos normativos empreendidos nas regulamentações editadas e, claro, o conteúdo dessas diretrizes normativas.

Tendo em vista o enfoque eminentemente constitucional que deve nortear qualquer análise das ações ou medidas tomadas pelo Estado, em especial as que suprimem direitos ou interesses de envergadura considerável (*status libertatis*), como é o caso do exercício do direito de executar as penalidades aos condenados (*jus puniendi*), tudo nos termos da ordem jurídica vigente e conforme os parâmetros da decisão judicial exigível, assoma em importância a devida compreensão dos limites da *atividade normativa do Poder Executivo* em face dos direitos fundamentais dos detentos das penitenciárias estaduais ou federais, pois justamente através dela é possivelmente encampado o malferir de direitos de ordem processual administrativa dos condenados.

Como se impõe uma posição delimitadora na proposta de estudo, as considerações que seguem se pautam, basicamente, na discussão sobre a regularidade do Decreto nº 6.049/2007³, que aprova o Regulamento Previdenciário Federal, no que concerne à *adequação normativa* de

2 O que se pode colher em leis mais severas no regime do cumprimento das penas (*v. g.*, Regime Disciplinar Diferenciado - RDD; tipificação de conduta irregular de diretores de estabelecimentos prisionais, art. 319 - A, do CP; procedimentos mais céleres no trâmite das informações ou dados relativos à análise da conduta do apenado etc), uma atuação judicial, de modo geral e para atender geralmente clamores públicos, mais enérgica na condução dos incidentes relacionados ao cumprimento da pena, procedimentos administrativos mais céleres na promoção de atos relacionados à salvaguarda do interesse da sociedade e dos condenados.

3 Trata-se do Regulamento Penitenciário Federal (RPF) e disciplina, em certa medida e no que se refere ao cumprimento material da pena nas penitenciárias federais, a Lei nº 7.210/84, que institui a Lei de Execução Penal, e a Lei nº 10.693/2003, que cria a Carreira de Agente Penitenciário Federal no Quadro de Pessoal do Ministério da Justiça e dá outras providências. Importa destacar, desde já, o seguinte: o decreto em cotejo não encontra menção expressa nas leis acima mencionadas, nem sequer há uma referência vestigial quanto à sua elaboração, sem falar que ele trata de temática absolutamente distante dos imperativos do art. 72 da Lei de Execução Penal.

regulamentar o Procedimento Disciplinar Interno (PDI) no âmbito das penitenciárias federais, em estabelecer os parâmetros para aferição e aplicação de penalidade aos eventuais detentos que tenham cometido alguma falta durante a execução da pena.

Em termos mais claros, qual a pertinência ou *adequação normativa* de um Decreto, que promove uma regulamentação sobre determinada matéria, que implique restrição ou supressão de direitos fundamentais, calcado no fundamento de que executa uma disposição legal que carrega ou autoriza uma relação especial de sujeição dos detentos em face do Estado.

É dizer, em que sentido é admissível a regulamentação de uma relação especial mediante ato normativo expedido pelo Chefe do Poder Executivo, mormente em função do texto constitucional vigente, no qual apresenta um amplo catálogo de direitos que evidencia o prestígio da *lei parlamentar* e a proteção do *status libertatis* do cidadão.

Naturalmente, a análise não se dedicará precisamente à discussão analítica dos dispositivos do anexo do Decreto mencionado, até porque isso fugiria dos parâmetros doutrinários do Direito Administrativo, mas, em primeiro e necessário plano, sobre a regularidade do alcance normativo do regulamento em face da ordem jurídica vigente, haja vista o seu objeto e suas pretensões relativas à execução das penas nas penitenciárias federais.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS⁴

A fundamentalidade de determinado direito comporta muitas discussões, mormente as que encetam a via consagradora da historicidade⁵

4 Direitos fundamentais são aqueles devidamente positivados numa Constituição, ou em documento equivalente, e que, através deles, faz exsurgir uma necessária teia de relações entre a estatalidade e os seus cidadãos, tudo de modo a assegurar os valores, os princípios e as regras de cogência inarredável no referido sistema jurídico. Impende mencionar, agora, a tríade elemental dos direitos fundamentais, a saber, (a) o Estado; (b) o indivíduo; e (c) o texto normativo regulador das relações entre o Estado e os indivíduos. Nessa senda, é oportuno repisar o entendimento de que a noção de indivíduo é recente e, nessa qualidade, a partir do Estado moderno, alinha-se todo um complexo de direitos a ele associado/vinculado em face de possíveis relações do Estado e, claro, também de terceiros, donde exsurge o indivíduo como sujeito de direitos (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21-23).

5 Nesse ponto, é precisa a seguinte passagem doutrinária (COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50): "Pois bem, a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande

das conquistas dos homens na ordenação social, centradas no princípio da dignidade humana⁶, donde desponta uma série de desdobramentos para o fundamento de certos direitos em face de determinadas lutas de cunho civil ou mesmo militar.

A evolução dos direitos do homem guarda inarredáveis páginas ao limite do exercício do direito de punir do Estado, até mesmo pelas cruelíssimas formas de penas infligidas pelo Poder Público no decorrer da história⁷. Assim sendo, a própria ideia de direitos tidos, havidos e reconhecidos como fundamentais comporta uma necessária relação com as garantias dos homens em face da repressão estatal, daí a importância de expedientes ou instrumentos claros sobre o modo operativo do aparelho repressivo estatal voltado à concreção das medidas administrativas ou

parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos". O mesmo se diga quanto às precisas colocações de BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 05: "Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas".

- 6 Muito embora não seja aconselhável promover relações identificadoras entre direitos fundamentais e dignidade humana, pois os substratos daqueles vão além dos parâmetros da dignidade e, claro, são cambiáveis no tempo. Exemplificando, como a CF/88 consagra direitos fundamentais às pessoas jurídicas, inclusive ao próprio Estado, como é o caso dos direitos e das garantias processuais, evidentemente, resulta inadequado firmar uma proximidade entre a noção de direitos fundamentais e o seu fundamento na dignidade humana (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Direitos Fundamentais – Tópicos de Teoria Geral*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e _____. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-327, p. 270).
- 7 Com inegável maestria, tem-se que a obra de Michel Foucault, na qual revela, como nenhuma outra, toda uma ordem de suplícios sofridos pelos condenados, mesmo após o surgimento do Estado moderno, no qual se pressupõe alguma noção de ordenação ou sistematização do Direito, tudo de forma a contemplar, ainda que minimamente, uma série de direitos e/ou garantias aos eventuais condenados pelas autoridades públicas (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Trad. Raquel Ramallete. 37 ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 09-67). Numa perspectiva mais antiga, e não menos atual, indicam-se as imorredouras lições de Cesare Beccaria, em especial os capítulos dedicados à interpretação das leis, à tortura, à pena de morte e à prisão (BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e Das Penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 45-48; 69-76; 94-105). Ora, ainda hoje, com inegável contrassenso, e em nome dos direitos humanos, admite-se a aplicação da pena capital, haja vista o Tribunal Penal Internacional conjurar a possibilidade de punição de pena de morte aos seus sentenciados; aliás, registra-se que "essa inútil prodigalidade de suplícios, que nunca tornou os homens melhores" (BACCARIA, op. cit., 2005. p. 94), não pode representar a melhor forma de consagrar a defesa dos direitos humanos.

judiciais dedicadas ao combate ao crime mediante uma efetiva execução penal.

Nessa ordem de ideias, assoma em importância a cogência dos princípios fundamentais no processo penal brasileiro e, no que se revela mais importante neste trabalho, na ambiência processual administrativa disciplinar, já que se assenta no conjunto de direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos brasileiros⁸, devidamente decantados na Constituição Federal de 1988.

Então, a consolidação histórica dos direitos humanos; quer dizer, a sua necessária historicidade, fez desaguar toda uma plêiade de direitos que devem ser assegurados pelo Estado; isto é, devem ser observados pelo Poder Público, uma vez que tais conquistas são devidamente absorvidas pela cogência das normas constitucionais reconhecidas pelo Estado em virtude de um demorado processo de *evolução aquisitiva de direitos*.

A clara observância de tais direitos, evidentemente, impõe, às vezes, a árdua tarefa de prestigiar os *direitos a algo*⁹ por parte dos cidadãos, de modo que há o direito a ações positivas e, também, o direito a ações negativas; no primeiro caso, entram em cena os deveres prestacionais positivos, que se dividem em prestações normativas¹⁰ ou fáticas¹¹; já, no segundo, tem-se o dever geral de abstenção¹². Em quaisquer dos casos, o Estado deve pautar-se na cogência dos direitos fundamentais e na necessária observância do núcleo essencial de tais direitos, conforme o domínio normativo identificado no caso concreto.

Em face de tais considerações, e se não se olvidando da fundamentalidade¹³ dos direitos insculpidos no art. 5º, incisos III, VI, XI,

8 O que não excluem, evidentemente, os estrangeiros, nos termos da lei.

9 Segue, nesse ponto, a conhecida classificação de ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 203.

10 V. g., a devida regulamentação dos procedimentos para o efetivo exercício do direito de punir (art. 5º, incisos LIII e LIV, da CF/88).

11 Quando se exige uma atuação material do Poder Público, tal como a construção de presídios, hospitais psiquiátricos etc.

12 Por exemplo, de não aplicar penalidades degradantes ou cruéis (art. 5º, inciso III, da CF/88).

13 Para uma precisa explanação sobre a fundamentalidade formal e material, transcreve-se (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77):

"Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância

XXXV a LXVI, da CF/88, não há como negar (a) a particular dinâmica que encerra a relação entre o Estado e os possíveis apenados do sistema repressivo estatal em virtude de cometimento de crimes, até mesmo pela enorme envergadura das restrições sofridas pelos detentos; (b) assim como a relevante questão dos limites quanto à elaboração/aplicação de instrumentos ou meios utilizados para balizar essa relação.

Em outras palavras, ainda que se justifique a concreção (a) de uma precisa estrutura organizacional¹⁴ e (b) de procedimentos céleres para a consecução da atuação estatal de caráter penal, não há como aceitar que dela possa resultar veículos normativos destituídos do necessário lastro legal; quer dizer, que não encontre na lei o seu necessário parâmetro normativo, especialmente quando eles possam ferir de morte os caros princípios fundamentais do processo penal brasileiro e, claro, da atividade processual administrativa disciplinar.

Numa palavra: os direitos fundamentais revelam-se como limites necessários à atividade regulamentadora do Estado, tudo de forma a evitar que a desmedida atividade legiferante ponha por baixo todo o arcabouço de exigências axiológico-normativas, de cunho formal ou material, que encerra uma relação jurídica constitucionalmente aceitável entre o Estado e os cidadãos, especialmente quando entre estes se afigurem tensões sobre os pontos nevrálgicos da ordenação social¹⁵ e, em contraponto, da liberdade em sentido amplo do cidadão.

(fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)".

- 14 No que se refere à *organização* do Estado, tem-se que a Constituição deve criar órgãos que deverão promover as mais diversas tarefas estatais; isto é, a delimitação de competências de tais órgãos fará com que a gestão do Estado efetive o atendimento dos diversos encargos determinados na Carta Política, bem como, e o que é importante, preserve os limites ou parâmetros constitucionais para uma regular atuação desses órgãos. Como se pode observar, a tarefa de organização constitui um pressuposto lógico da própria definição política do Estado, pois define as competências consentâneas com a divisão dos poderes estabelecida, bem como define o acesso ao poder. Sem maiores esforços, observa-se que as funções de organização e de integração são, em muitos casos, complementares, pois a ação dos órgãos estatais depende do sucesso da integração política do próprio Estado (HESSE, Konrad. *Constitución y Derecho Constitucional*. In: BENDA; HEYDE; HESSE; MAIHOFFER; VOGEL. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 01-15, p. 04).
- 15 E, aqui, não se pode negar nem mesmo a existência de um verdadeiro controle social através dos instrumentos persecução penal do Estado, e não somente através deles, ainda que isso não se afigure evidente em todos os casos. Nesse sentido, é importante salientar que o sistema penal constitui uma verdadeira estrutura de controle da sociedade, pois impõe uma diretriz que se julga necessária para a convivência em sociedade, contudo, dentro dos parâmetros desejáveis por grupos dominantes. Afinal,

Sendo que a normatividade constitucional se afigura indeclinável em face da normatividade meramente legal, não há como admitir que os imperativos constitucionais relativos ao *status libertatis* possam ser suplantados em função de normas secundárias ou terciárias, o que, mais que um esvaziamento do princípio da legalidade, representaria uma superposição das normas regulamentares sobre as normas supremas do sistema jurídico.

Portanto, a questão arvora o mero e elementar reconhecimento de que o fundamento constitucional das imposições legais sobre matéria penal (art. 5º, incisos XXXIX e XL) não comporta temperamentos e isso, mais adiante, tende a repercutir na perfectibilização das normas que veiculam uma *relação especial de sujeição*¹⁶ e, conseqüentemente, na prossecução da atividade processual administrativa disciplinar.

Em outras palavras, não há como admitir, tal como ventilava Otto Mayer sobre a relação especial de poder, que o exercício da atividade disciplinar seja fundado numa ordem especial, devidamente expressado num ato administrativo, decorrente de uma relação jurídica desprovida de qualquer substrato legal¹⁷.

A intransigência constitucional nessa seara, por resultar de conquistas advindas de sofridos momentos históricos de repressão desumana, permeia-se nos caros valores que ostentam a nossa comunidade política em matéria de restrição à liberdade individual e, conseqüentemente, no modo operativo do cumprimento da pena, em que pesem às mazelas existentes no trato da questão, ainda hoje, nos estabelecimentos prisionais do país.

“o controle social se vale, pois, desde meios mais ou menos ‘difusos’ e encobertos até meios específicos e explícitos, com é o sistema penal (policia, juizes, agentes penitenciários etc.)” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 61-62).

16 A terminologia, na essência, não diverge da expressão supremacia especial, salvo o fato de não destacar de forma proeminente uma perspectiva de poder cravada na palavra supremacia. Hodiernamente, há certo esforço doutrinário em criar terminologias que não expressem, de modo claro, qualquer expressão de poder do Estado, muito embora não o negue em função dos seus mais diversos fins ou propósitos numa sociedade hipermoderna, quando, na verdade, deve-se criar meios ou instrumentos precisos e operativos para contê-lo sem desvanecê-lo como potência realizadora das prestações estatais.

17 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Parte General. Trad. Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. 2 ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. p. 144-145.

2 PROCESSO DISCIPLINAR INTERNO¹⁸

Aqui, não há a pretensão, como já afirmado anteriormente, de discutir os termos de cada dispositivo do Processo Disciplinar Interno (PDI), mas, tão-somente, destacar que o conteúdo de algumas disposições processuais decantado no regulamento¹⁹, por certo, faz exsurgir fundadas dúvidas quanto a sua regularidade; seja por se mostrar lesivo ao princípio da legalidade (reserva de lei); seja por não expressar uma elementar noção de decreto de execução, já que se afigura indevida e possivelmente inovador em alguns pontos versados sobre a aferição da infração cometida pelo detento, pois “[...] *só por lei se regulam liberdade e a propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer* e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos”²⁰.

De par com isso, impõe-se uma ligeira exposição dos disformes propósitos do PDI com relação aos permeios que cercam à aferição das eventuais faltas²¹ cometidas pelos detentos nas penitenciárias federais. Assim sendo, algumas necessárias considerações sobre o PDI são aventadas nas linhas vindouras.

Pois bem, as disposições dos arts. 59 a 60 não representam qualquer afronta a dispositivos legais, haja vista a sua total compatibilidade, muito embora sem maior minudência normativa, com o art. 18 da Lei nº 9.784/99, que possui aplicação subsidiária nos termos do seu art. 69, e com o art. 5º, inciso LV, da CF/88.

Todavia, o problema inicia-se no *caput* do art. 61, pois empreende, se lido apressadamente, todos os extremos do anacrônico instituto da *verdade sabida*. Claro que, de ordinário, os agentes penitenciários

18 O regulamento, com inegável atecnia, insiste na expressão “procedimento de apuração de faltas disciplinares” (art. 59, *caput*, do Anexo Único). Ora, se a própria Constituição grava o termo processo administrativo (art. 5º, inciso LV, da CF/88), por certo, insistir no reducionismo da palavra procedimento não constitui qualquer avanço sobre a matéria, basta lembrar que tanto em processos judiciais quanto nos administrativos há procedimentos, contudo, não se fala em procedimentos judiciais, mas, sim, em processos judiciais, logo, do mesmo modo deve-se chamar na via administrativa pelo nome adequado, processo administrativo e isso não causa qualquer balbúrdia terminológica, pois é de elementar sabença que cada um dos processos possui a sua sede própria de atuação.

19 Leia-se o Decreto Federal nº 6.049/2007.

20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Perfil do Poder Regulamentar no Direito Brasileiro. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 255-269, p. 258, *itálico* no original.

21 As devidamente especificadas nos arts. 49 a 52 da Lei de Execução Penal.

possuem condições de presenciar (na verdade, devem presenciar) as possíveis irregularidades perpetradas pelos detentos; contudo, “a descrição minuciosa das circunstâncias do fato” deve ser pautada mediante elementos concretos de materialidade, o que não se observa em todos os casos, principalmente quando o agente “tomar conhecimento de falta de qualquer natureza”, já que ele não presencia o ocorrido, tendo em vista esse aspecto a disposição carrega uma insustentável superposição legal do denunciante, especialmente quando ele for também detento do sistema prisional, no que pode simplesmente veicular todos os ranços e rixas existentes nas difíceis relações entre os presos, o que afasta qualquer exercício do direito de defesa do denunciado no seu aspecto substantivo.

Ora, o cometimento de infração durante a execução da pena acarreta sérias consequências para o detento, em especial o agravamento do regime de cumprimento, situação que, sem dúvida ofende diretamente o *status libertatis* do condenado, pelo menos no que concerne ao modo operativo da privação; assim sendo, a comunicação da ocorrência de falta deve ser cercada de precisos meios de prova e não decorrentes de meras presunções de outros detentos ou de agentes que não presenciaram o fato.

Há, naturalmente, faltas que deixam visíveis os resultados da previsão legal não observada ou afrontada, de maneira que, nesses casos, se afigura possível uma análise pautada em meras declarações, haja vista a possibilidade de constatação material do delito. Agora, tratando-se de delitos formais, donde não se desponta necessariamente um resultado naturalístico, a questão ganha outros contornos, pois a alegação ou delação sobre fatos²² pode fundar-se exclusivamente em expedientes de vindita.

A conjuntura preocupa mais ainda quando a delatada situação também constitui um ilícito penal, como apregoa o art. 62, pois, nessa hipótese, o detento pode ser acusado de uma conduta que um agente penitenciário “ouviu falar”. Sabe-se que o mero surgimento de possível inquérito policial já é motivo suficiente para regressão de regime *per*

²² Sem falar que as declarações podem se fundar em parâmetros diversos de sua real ou efetiva ocorrência, fazendo com que, grosso modo, a possível falta se assente em fato que não ocorreria ou, se ocorreria, não se deu do modo como mencionado. Nesse ponto, transcreve-se uma oportuna lição sobre a temática, nestes termos (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 95):

“[...] el carácter teóricamente infinito de las posibles descripciones y el problema conexo del nivel de descripción adecuado del hecho se resuelven sobre la base de elecciones dictadas por el contexto práctico en el que se sitúa la necesidad de describir ese hecho. De ello se deriva que la solución concreta puede ser distinta, aun cuando se trate de la misma situación, en función de contextos distintos que requieran la individualización de distintas ‘secciones de la realidad’ o distintos niveles de precisión”.

saltum, de modo que, ainda que se comprove a regularidade da conduta do detento, o que não é nada fácil, a situação já causa um enorme *transtorno*²³ para o preso, que, obviamente, detém todos os direitos e garantias não suprimidos pela privação da liberdade.

Mais adiante, no art. 65, tem-se a figura da *investigação preliminar*, que não passa de uma sindicância, portanto, de natureza inquisitorial, que persegue a necessidade de comprovação da materialidade e da possível autoria, o que reforça o entendimento de que o disposto no art. 61 não deve contemplar, sob uma perspectiva direta, uma atuação repressiva sem a necessária identificação da autoria e da existência da materialidade da falta devidamente presenciada, sem falar no reforço da expressão “a pertinência dos fatos”, que deita importância na robustez das declarações levantadas, tudo de modo a não fazer imperar uma mais absoluta insegurança no regime de aplicação de penalidade/medida administrativa durante a execução da pena.

Dessa forma, defende-se que a instauração de investigação preliminar deve ser realizada quando não existir uma identificação visual da conduta do detento e da comprovação incontestável da autoria²⁴ da falta cometida.

Continuando a senda de duvidosas disposições normativas, observa-se que o § 3º do art. 67 empreende um tratamento diferenciado que não se justifica, uma vez que a noção de isolamento preventivo seria mais um motivo para respaldar a importância da apresentação de defesa por escrito, inclusive com prazo mais dilargado, pois são maiores as restrições sofridas pelo detento e, por certo, o exercício do direito de defesa deve sobrepor-se a eventuais medidas administrativas de caráter cautelar, especialmente quando inexistente qualquer possibilidade de o detento atrapalhar as investigações.

Ademais, o *caput* do artigo em apreço faculta à apresentação de defesa oral ou escrita por parte do detento; logo, a complexidade da causa deve ser o único requisito a ser demonstrado com vista a obter um prazo maior para apresentação de defesa escrita.

23 Na verdade, isso pode revelar um indiscutível martírio ao detento, a depender do modo e do lugar em que se opere a nova fase da execução da pena.

24 Lembrando-se que os crimes formais também são de resultado, ainda que não possa ocorrer uma modificação no mundo naturalístico, mas, e não se pode negar isso, ocorre resultado sob a perspectiva da ordem jurídica, daí, mais uma vez, a necessidade de se obter uma comprovação visual da conduta praticada como parâmetro de segurança jurídica, senão tudo pode desaguar no império de construções artificiais ou abstratas com possíveis imposições de penalidades durante a execução da pena.

Sobremais, não se pode esquecer que a celeridade na conclusão do procedimento corre em benefício do próprio detento, de modo que ele, mais que ninguém, sabe da importância da necessidade ou não da dilação de prazo, mormente quando a situação de incerteza implicar uma efetiva modificação material antecipada do regime de cumprimento da pena.

Urge mencionar, ainda, que até o final do Capítulo I, que trata sobre o “Procedimento de Apuração de Faltas Disciplinares”, não se observa a existência de dispositivos que represente, em abstrato, uma clara ofensa à Lei nº 9.784/99, à Lei de Execução Penal ou à Constituição Federal. Logo, não se afigura necessária uma exposição sobre os seus termos, até porque eles empreendem, de forma clara, os substratos mínimos da processualidade administrativa já declinada na Lei Geral do Processo Administrativo Federal.

Todavia, como se pode observar, num aligeirado sobrevoo sobre os dispositivos referentes ao PDI, já que o presente trabalho não se destina a ventilar todos os pormenores da regulamentação apresentada pelo malfadado decreto, dessume-se que, ainda que bem dirigido ou devidamente aportado das informações necessárias ou assim consideradas, pode representar, tão-somente, uma *teatralização* dos expedientes imprescindíveis à aferição ou à atribuição de penalidades de natureza disciplinar aos detentos, como que um verdadeiro embuste processual administrativo, haja vista a dificuldade de contraprova²⁵ no regime de sujeição especial em que se encontram os condenados à pena privativa de liberdade.

3 SUPREMACIA ESPECIAL E SUPREMACIA GERAL²⁶

Sabe-se que o Estado, e aqui se entenda todos os entes políticos ou os seus possíveis ou necessários desdobramentos institucionais, não pode, ou não deve, tratar todos os cidadãos de forma igualitária, haja vista uma eventual existência de circunstância particular que os singularizam em face (a) dos demais cidadãos e, claro, (b) do próprio Estado.

25 Aqui, faz-se uma ligeira referência ao abuso da expressão *fé pública*, pois tal termo, ou seu sentido, é empregado para fazer ruir o dever de produzir provas comprobatórias das alegações do fato. Em outras palavras, o agente penitenciário, no mais das vezes, se limita a dizer que as suas considerações possuem *fé pública* que, por sua vez, são analisadas por outro agente penitenciário também possuidor de *fé pública* que atesta a *fé pública* anterior e, assim, segue a ciranda surreal e meramente formal de aferição das faltas com as consequentes penalidades possíveis do sistema.

26 Não há como negar que a expressão *supremacia especial* não é das mais simpáticas, já que revela, em casos bem particulares, a existência de uma relação especial de sujeição do cidadão, porém isso não quer dizer que o seu exercício não é cercado de limites na ordem jurídica.

Assim sendo, um munícipe, que caminha displicentemente na calçada de uma praça, se sujeita a uma relação de supremacia geral com Município local, na qual impõe uma regra geral de conservação e de respeito ao patrimônio público. Por outro lado, tratando-se de empresa contratada pela municipalidade para promover uma necessária limpeza urbana, o que inclui naturalmente a área da referida praça, a relação se altera consideravelmente, uma vez que o vínculo existente entre a empresa e o Município não assume um caráter geral, mas decorre de permeios contratuais específicos, inclusive com as inferências decorrentes do regime jurídico administrativo, que são derogatórias das prescrições privatísticas, com bem exemplifica a prerrogativa das cláusulas exorbitantes, de modo que se pode cogitar de uma particular relação especial de sujeição decorrente de uma supremacia especial do Poder Público.

Noutra exemplificação, mas seguindo o mesmo norte, uma coisa é a situação de um cidadão dentro de uma repartição pública, na hipótese, até prova em contrário em face de possíveis circunstâncias não devidamente desveladas *aprioristicamente*, ocorre uma mera supremacia geral do Poder Público, hajam vista os estritos limites de imposição normativa a ser observada por qualquer cidadão. O mesmo não se pode dizer em face de um servidor público, pois a relação institucional existente impõe uma série de restrições e/ou deveres aos titulares de cargos, empregos ou funções públicas, de maneira que ocorre uma relação especial de sujeição decorrente de uma supremacia especial do ente político respectivo. A mesma linha de raciocínio se observa entre a posição jurídica de um cidadão civil em relação ao militar²⁷.

À evidência, a situação afigura-se ainda mais clara quando há uma necessária relação de custódia associada à privação de liberdade de um cidadão-condenado. Não há como negar uma intensa situação especial de sujeição advinda de uma supremacia especial do Poder Público²⁸.

27 Os militares, inclusive, sofrem tantas restrições em direitos que, sem exagero e numa evidente atecnia jurídica, pode ser considerado um meio cidadão.

28 Deve-se deixar claro que o termo *supremacia especial* é utilizado na Itália, assim como, e não tão frequente, na Espanha; por outro lado, a expressão *relação especial de sujeição* é empregada na Alemanha e, também, na Espanha, conforme apregoa BANDEIRA DE MELLO, op. cit., 2007. p. 800. Todavia, aqui, prefere-se encetar o entendimento, de certo modo diverso, que une as terminologias empregadas em função de uma necessária conexão lógica, de forma que uma *sujeição especial* só pode decorrer de uma *supremacia especial* que permita o seu aporte, assim a *supremacia especial*, como expressão de uma prerrogativa pública, possibilita o exercício de um *regime de sujeição especial dos cidadãos*. Logo, a relação entre os termos é de antecedência e de fundamento e não de similitude ou de complemento. Sobremais, a *relação especial* decorre do axioma da *supremacia do interesse público sobre o privado*, contanto que sejam

Portanto, não é preciso muito esforço para notar que tais relações não possuem o mesmo grau de sujeição dos particulares em função das necessárias prerrogativas do Estado.

Contudo, tratando-se mais especificamente da situação do preso, essa relação de supremacia especial implica observância de claros limites na nossa ordem jurídica, até porque o exercício de qualquer prerrogativa, e demais expedientes de natureza instrumental em benefício do Poder Público, deve guardar uma precisa relação de pertinência com os fins a serem alcançados pelo sistema jurídico²⁹ e, evidentemente, tudo conforme os seus próprios ditames.

Em face de tais considerações, enumeram-se algumas características da supremacia especial, em que se revelam as relações especiais de sujeição dos particulares sob a égide do regime jurídico administrativo, nestes termos:

- (a) uma acentuada relação de dependência entre o Estado e o administrado, de modo que se revelam várias obrigações a cargo deste³⁰, mormente no que concerne à intensidade de tais obrigações em função dos ordinários direitos do cidadão;

observados os cânones constitucionais aplicáveis em cada caso, que faz imperar toda uma rede de justificáveis superposições jurídicas do Estado em face do particular; evidentemente, a supremacia não deve ocorrer em abstrato, mas apenas e justificadamente em função dos interesses envolvidos no caso concreto, porém não se pode olvidar a existência de “[...] regras condicionais concretas de prevalência” (ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173-217, p. 216), tal como se pode observar na desapropriação. Por fim, cumpre mencionar que, apesar da preferência pelo termo *relação especial de sujeição*, empregam-se, indistintamente, as expressões *supremacia especial*, *relação especial* ou *relação de sujeição especial* para indicar o instituto em referência.

29 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. Antonio Manuel da Rocha e Meneses Cordeiro. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 66-102, trabalha o conceito de sistema a partir de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito, inclusive salientando a importância de afastar entendimentos que resultem em meras composições formais e abstratas do Direito sob o ponto de vista sistemático, já que isso afasta a diretriz do conceito de sistema a partir da ideia de adequação valorativa e da unidade interna da ordem jurídica. A perspectiva apresentada tem como grande marco a operacionalidade do conceito de sistema de modo a permitir uma devida interferência entre os diversos planos normativos e suas mais diversas áreas de atuação, tudo de forma a confluir uma necessária pertinência axiológica ou teleológica na aplicação do direito sem perder de vista também uma necessária unidade interna da ordem jurídica; quer dizer, a noção de harmonia e congruência.

30 ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración. *Revista de Administración Pública (RAP)*, Madrid, n. 34, p. 11-51, enero-abril 1961. p. 25.

- (b) um estado geral de liberdade limitado³¹, no que pode ser facilmente observado em função de condutas limitadas ou proibidas aos cidadãos na ambiência pública, e isso é especialmente indiscutível nas relações de custódia, como é o caso dos presos, estudantes etc;
- (c) o fato de a situação especial decorrer de um necessário fim administrativo³², que deve ser devidamente demonstrado em cada caso, ainda que eventualmente posterior à concreção dos atos ou das medidas administrativas tomadas pela Administração Pública, impede o exercício da supremacia especial para atender aos desígnios administrativos em função de meras comodidades do Poder Público, pois toda sujeição especial deve ser arrimada numa justificável superposição fático-jurídica para o cumprimento de uma finalidade pública;
- (d) a existência de uma relação pessoal³³, quer dizer, não se refere a exigências relacionadas aos bens ou aos seus institutos correlatos, mas, sim, a uma ordem de situações ou circunstâncias que impõe relação de pessoalidade com o ente público;
- (e) o exercício de uma prerrogativa pública ou a imposição de deveres por parte do Poder Público se notabiliza pela imprescindibilidade da sua ocorrência, no que retoma a ideia de fim administrativo, porém, em qualquer caso, tudo deve guardar consonância com os preceitos constitucionais, mormente os que assentam os direitos fundamentais dos cidadãos;
- (f) a cogência das imposições deve encontrar substrato na lei, ainda que de forma indireta; quer dizer, ainda que emanados de veículos normativos infralegais, as obrigações devem sempre possuir um arrimo legal, senão pode ocorrer um verdadeiro esvaziamento do princípio da legalidade; e
- (g) não há como estabelecer antecipadamente toda a extensão e o conteúdo das prestações decorrentes da relação especial,

31 ANABITARTE, op. cit., p. 25.

32 Ibid., p. 25.

33 Ibid., p. 25.

assim como a intensidade das intervenções de caráter coativo suportadas pelo particular³⁴.

Pela breve exposição acima, pode-se salientar que a relação especial de sujeição se afigura incontestável dentro do regime jurídico-administrativo; assim sendo, se não há como olvidá-la, muitos menos os seus efeitos, é de todo aconselhável entender a sua disciplina e, com isso, evitar eventuais malefícios decorrentes do desvio dos seus fins na ordem jurídica administrativa.

Portanto, e isso se afigura incontestável em função dos permeios constitucionais da segunda metade do século passado, nos quais arvoraram o devido relevo à normatividade constitucional, mormente no que se refere aos direitos fundamentais, não há como admitir a concepção originária da relação especial de sujeição desenvolvida na Alemanha³⁵, na qual “afastava-se o princípio da reservar legal para a imposição de restrições aos direitos fundamentais, podendo o Executivo mover-se de forma livre e autônoma para determinar os termos e condições da relação especial em causa”³⁶.

É dizer, uma coisa, no atual contexto das intensas relações do cidadão com o Estado, é negar a existência da relação especial e mesmo a sua necessidade; outra é simplesmente não impor limites a sua operatividade no círculo das atividades administrativas. Assim, no primeiro caso, há como que uma má compreensão dos fenômenos jurídicos que pairam na seara administrativa ou, no que se revela mais insano, uma miopia quanto aos verdadeiros propósitos que animam a existência do instituto, no que nega a particular situação do Poder Público em determinadas relações jurídicas administrativas. No segundo, exsurge a providencial medida de contemplar as particularidades do instituto e, desse modo, firmar um parâmetro cognitivo preciso para limitá-lo em função dos direitos fundamentais dos cidadãos.

34 ANABITARTE, op. cit., 1961. p. 25.

35 Que, aliás, “[...] manteve-se não só na época de Weimar, mas, também, ainda muito tempo após a promulgação da Lei Fundamental [...]”, muito embora com as devidas e crescentes críticas da doutrina alemã (MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Trad. Luís Afonso Heck. 14 ed. Barueri: Manole, 2006. p. 133).

36 WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. *Revista IOB de Direito Administrativo (RIDA)*, São Paulo, v. 20, p. 31-53, ago. 2007. p. 37.

4 LIMITES NORMATIVOS EM MATÉRIA DE RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Decorrido alguns pormenores sobre a relação especial de sujeição e o Processo Disciplinar Interno (PDI), é oportuna uma conexão discursiva de tais temáticas com vista a estabelecer uma diretriz sobre a regularidade ou não do Decreto nº 6.049/2007 com a ordem constitucional vigente, em especial a sua compatibilidade com a teia de direitos fundamentais insculpidos na nossa Carta Política.

Primeiramente, impende indagar: qual seria o limite normativo de um regulamento e em que termos ele pode ser validamente operativo no nosso sistema jurídico. Ademais, o exercício de uma supremacia especial legitimaria ou mesmo é legitimada por uma veiculação normativa infralegal restritiva de direitos. Se afirmativa a resposta anterior, de que modo e sobre que objetos regulamentados essa veiculação poderia incidir.

Desde já, sem maior esforço de compreensão, pode-se observar o seguinte: o vício do PDI pode ocorrer não necessariamente do seu desenvolvimento, mas do seu nascedouro; isto é, dos fundamentos fático-jurídicos que levaram a sua realização, (a) já que, sob uma perspectiva fática, não se pode perder de vista que toda a reunião de dados não fulcrada em parâmetros precisos de certeza visual podem ser facilmente inquinados de falaciosos ou, no mínimo, suspeitos em face da situação peculiar que encerra os momentos de convivência entre detentos e agentes penitenciários; (b) por outro lado, dentro de uma contextura jurídica, é totalmente discutível a regularidade do uso do regulamento para tratar matéria processual³⁷ que implique alteração no *status libertatis* dos cidadãos.

Assim sendo, e se detendo à análise da situação ou posição jurídica dos presos em face do sistema prisional do Estado, podem-se arvorar os seguintes condicionantes positivos ao exercício de uma relação especial de sujeição³⁸:

37 Não há como aceitar a ideia de mera procedimentalização no PDI, mormente porque carrega decisão administrativa capaz de afetar direitos dos cidadãos e, dessa forma, impõe-se toda uma inferência de ordem processual, haja vista o disposto no art. 5º, incisos, LIV e LV, da CF/88. É dizer, a processualidade decorre da necessária observância dos parâmetros constitucionais relacionados a uma regular atividade decisória do Estado, pouco importando se ela ocorre em um ou outro Poder da República.

38 As considerações apresentadas nas alíneas a a d encontram arrimo nas palavras de BANDEIRA DE MELLO, op. cit., 2007. p. 803-804.

- (a) o fundamento último da relação especial de sujeição, como já afirmado, encontra-se na lei³⁹, donde a legalidade representa um substrato normativo inarredável⁴⁰ a qualquer concreção de uma relação de sujeição, mormente em função dos direitos fundamentais⁴¹. A rigor, o dever de juridicidade administrativa, por contemplar um complexo mais extenso de normatividade do que a ordinária legalidade, também legitimaria, evidentemente, a existência de uma supremacia especial, contanto que os seus parâmetros não descurassem dos direitos e das garantias das normas supremas do nosso sistema jurídico;
- (b) o fundamento imediato pode encontrar-se até mesmo na própria relação jurídica de sujeição, como é o caso dos contratos e demais institutos afins ou correlacionados, pois, nesses casos, o substrato da normatividade legitimadora decorre das ordinárias relações jurídicas que antecedem à concreção da relação de sujeição e, claro, encontra espeque no alcance de um fim administrativo a ser alcançado pela autoridade pública;
- (c) as restrições devem ser estritamente necessárias ao cumprimento das finalidades que estipulam as relações especiais de sujeição. Com efeito, não há qualquer novidade em salientar que a instrumentalidade da relação de sujeição guarda limite nos estreitos contornos da finalidade administrativa a ser alcançada pelo Poder Público; logo, a atuação administrativa deve contemplar a concreção de atos ou procedimentos não invasivos na esfera jurídica dos cidadãos ou, caso seja necessária uma invasão, lastreie a menor lesividade possível aos direitos dos cidadãos;

39 Na verdade, a contextura das relações jurídicas administrativas, quando decorrente de particulares pontos de contato entre a Administração e o cidadão, sempre revelou uma área de difícil ambiência para a operatividade da lei, como bem retrata o trecho abaixo (MONCADA, Luís S. Cabral de. *As Relações Especiais de Poder no Direito Português*. In: _____. *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 223-249, p. 223):

“Um dos domínios em que a lei teve maiores dificuldades em penetrar e continua a ter é precisamente o das relações especiais de poder ou sujeição. Esta situação resistiu a várias mudanças constitucionais. A justificação para tanto residia na circunstância de a Administração necessitar de meios humanos para a cabal prossecução das suas actividades em ligação particular consigo, o que não poderia deixar de se traduzir numa particular situação de enfraquecimento da respectiva posição”.

40 Aqui, evidentemente, segue-se uma elementar conclusão: além da lei, mas através da lei.

41 MAURER, op. cit., p. 197.

- (d) em reforço à alínea anterior, impõe-se uma rigorosa harmonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tal como impõe o art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, donde desponta ou requer um providencial sopesar das medidas administrativas a serem encampadas pela Administração Pública; e
- (e) como que uma síntese das alíneas anteriores, a intervenção na situação ou posição jurídica do administrado deve servir a uma finalidade objetiva da relação especial de sujeição, assim como tal intervenção deve ser exigida ou permitida em face de um levante fático justificador⁴².

Noutro giro, arvora-se, agora, uma senda dos condicionantes negativos sobre a relação especial de sujeição, tudo de modo a elencar parâmetros precisos para uma regular atuação administrativa, nestes termos⁴³:

- (a) não pode afastar qualquer direito ou dever decorrente de normas constitucionais ou legais, muito menos promover qualquer posição de superposição em face de tais normas, ainda que posteriormente editadas. Portanto, o parâmetro da legalidade não pode ser rompido em função de uma pretendida superposição jurídica inerente a um determinado fim administrativo, senão acarretaria uma discutível utilidade dos preceitos constitucionais e legais vigentes;
- (b) não pode extrapolar os limites objetivos da necessária interferência ou restrição decorrente da relação especial de sujeição, o que exige sempre uma precisa identificação do pretendido e justificado fim administrativo da Administração Pública;
- (c) não pode exceder o estritamente necessário à promoção dos fins da relação especial de sujeição, no que impõe uma criteriosa escolha dos meios utilizados para a concreção dos atos da relação especial de sujeição;

42 ANABITARTE, op. cit. p. 50.

43 As ponderações apresentadas nas alíneas a a d foram abeberadas das preciosas ponderações de BANDEIRA DE MELLO, op. cit., 2007. p. 804.

- (d) não pode fazer com que da relação especial de sujeição existente importe em restrições a direitos ou deveres de terceiros, já que ela deve limitar-se ao círculo de interferência que envolve apenas o vínculo existente entre determinado administrado/entidade⁴⁴ e o Poder Público, pois, ainda que se discuta a multipolaridade das decisões administrativas, o complexo das restrições da supremacia especial deve comportar um círculo preciso dos seus destinatários, senão ele pode perder o substrato legal ou regulamentar em função da indevida extensão dos seus efeitos; e
- (e) o estabelecimento da organização administrativa, assim como a regulamentação dos procedimentos a ela pertinentes, não pode fazer com que a relação especial de sujeição implique negação a eventuais direitos fundamentais dos administrados sob a pretensa alegativa de fiel cumprimento da lei ou do alcance da eficiência na Administração Pública.

Naturalmente, a temática pode encampar outros pormenores, mas, e isso se afigura relevante, tendo em vista o até agora gizado, tudo deixa claro que as restrições veiculadas no Decreto nº 6.049/2007 não encontram arrimo na nossa ordem jurídica, especialmente aquelas em que dificultam o exercício do direito de defesa; pois, acredita-se, sem qualquer favor, que a regulamentação sobre matéria processual, ainda que de natureza administrativa, mormente quando possua direta consequência no *status libertatis* do cidadão, deve respeitar a reserva de lei.

Todavia, não se quer dizer com isso que a relação especial de sujeição não possa derivar de decretos⁴⁵ com fundamento em lei, mas apenas salientar que certos bens jurídicos, como o direito à liberdade, não pode sofrer restrições sem consequente proposição legitimadora da lei.

44 Aliás, não é por outra razão que a relação especial de sujeição entre eventuais entidades regulatórias e as empresas concessionárias não pode atingir os usuários de serviços públicos [MELLO, Raphael Munhoz de. O Poder Normativo das Agências Reguladoras e as Relações de Especial Sujeição (Comentários a Acórdão do TRF – 3ª Região). *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 01, nº 01, p. 283-289, jan./mar. 2003. p. 285], dessa forma, quaisquer repercussões jurídicas ou econômicas decorrentes do exercício dessa relação especial por parte da agência reguladora não tem o condão, por si só, de criar ou de transferir qualquer ônus financeiro aos consumidores.

45 Como bem pontua a passagem abaixo (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., 2007. p. 802-803, itálico no original):
“É igualmente reconhecível que nas situações referidas, ou em muitas delas, seria impróprio e inadequado que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa”.

Por isso, defende-se que a relação especial de sujeição não é um *poder administrativo autônomo*⁴⁶ capaz de justificar, por si só, restrição a um direito fundamental, até porque isso é reservado ao regime constitucional das restrições aos direitos fundamentais⁴⁷, porém não há como desprezar a sua ocorrência e mesmo pertinência para identificar um conjunto de relações jurídicas administrativas cercadas de particulares inferências fático-jurídicas, no qual é carreada uma atuação administrativa que exige uma criteriosa ponderação dos meios ou instrumentos necessários a alcançar determinado fim administrativo em função dos limites normativos do instituto declinados acima, senão pode resultar numa insustentável afronta aos direitos dos cidadãos, mormente os fundamentais. Desse modo, “a legitimidade da compressão dos direitos fundamentais há de ser apurada mediante um esforço de concordância prática e de ponderação dos valores contrapostos em cada caso”⁴⁸.

É dizer, (a) inexistente uma relação especial de sujeição alheia aos parâmetros normativos; (b) a relação especial pode ser, no entanto, encartada via Decreto, porém sem descuidar dos sustentáculos legais, isto é, não ocorra qualquer inovação normativa, portanto, seja um veículo normativo de mera execução da lei, de forma que os desdobramentos dos textos jurídicos não criem restrições novas, mas apenas circunstanciem operativamente, sem novidade, as já existentes; (c) como os direitos fundamentais não são absolutos, e o texto constitucional prescreve fins administrativos numa perspectiva bem ampla, no que revela um oceano de possibilidades fáticas, a normatização infralegal, inevitavelmente, pode comportar situações ou posições jurídicas plenamente válidas para o devido cumprimento das atividades administrativas, contanto que as prescrições não descurem, dentro de uma perspectiva sistêmica, dos valores, princípios e regras que norteiam a aplicação do direito no nosso sistema jurídico; e (d) inexistente, aprioristicamente, uma atuação administrativa indene de qualquer controle ou discussão jurídica, e isso se aplica evidentemente à relação especial de sujeição, porém com o

46 WIMMER, op. cit., p. 49.

47 Onde desponta uma reserva de intensificação ou densificação normativa, tal como prescreve o texto abaixo (MONCADA, op. cit., 2001. p. 240):

“Do regime constitucional das restrições aos direitos fundamentais faz parte a reserva de lei, como é bem sabido, mas é necessário ter ideias claras sobre o âmbito material daquela reserva, sob pena de permitir à Administração, porque se desconhecem as dimensões do espaço legislativo, intervir sem base legal em domínios que (abusivamente) reputa indiferentes à lei e conseqüentemente avessos aos direitos fundamentais”.

48 BRANCO, op. cit., p. 326.

providencial reconhecimento de que o Poder Público faz uso de meios ou instrumentos peculiares com o escopo de atender a um objetivo que, pelas vias ordinárias, não seriam alcançadas ou, se efetivamente alcançadas, não teriam a mesma eficácia; daí, por um lado, a importância de ponderar os meios da atuação administrativa com vista a conseguir o fim administrativo pretendido e, por outro, evitar restrições que não sejam sustentáveis em face da ordem constitucional vigente.

5 CONCLUSÕES

Considerando a breve exposição acima, na qual foi promovida uma conexão discursiva entre a relação especial de sujeição e o PDI, concluímos que:

- (a) o parâmetro da historicidade dos direitos fundamentais, o que reveste de inegável importância às lutas travadas com vista a instituí-los ou consolidá-los nos ordenamentos jurídicos modernos, impõe uma inarredável relação de respeito do Poder Público com o cidadão, e mais que isso, uma verdadeira vinculação, aos direitos fundamentais, de maneira que restrições a tais direitos devem decorrer de ressalvas devidamente identificadas em normas constitucionais ou, em alguns casos, mas sempre atento aos parâmetros constitucionais, em normas infraconstitucionais;
- (b) a supremacia especial, que decorre da singular posição dos entes políticos na estrutura organizacional do Estado, e devidamente supedaneada pelo axioma da sempre questionável supremacia do interesse público sobre o particular⁴⁹, deve assentar-se em fundamento constitucional ou legal, ainda que por via indireta ou reflexa, senão a relação especial de sujeição não encontra substrato normativo válido para sua ocorrência gerando, assim, uma situação maculada pela pecha da ilegalidade ou inconstitucionalidade⁵⁰;

49 Por mais que se questione, e isso tem sido feito, não há como negar uma relação de paridade entre o Estado e o cidadão não passa de uma quimera, pois a posição particular do Poder Público se justifica, dentre outros fins, justamente a contemplar especificidades e estabelecer limites à atuação dos particulares, inclusive para atender os anseios da coletividade.

50 Aqui, ocorre quando a relação especial se assentar diretamente numa lei inconstitucional ou, o que é de difícil ocorrência, de qualquer norma primária inconstitucional que não constitua lei em sentido estrito.

- (c) o Decreto nº 6.049/2007, infelizmente, extrapolou o círculo normativo da sua área de atuação, porquanto o objeto de sua regulamentação demanda reserva de lei, pois trata de matéria que restringe, ou pode restringir, direitos fundamentais dos detentos que se encontram nas penitenciárias federais; quer dizer, não se admite que agravamentos no *status libertatis* dos detentos, ainda que decorrente de matéria processual administrativa, já que no âmbito material seria impensável, encontre seu substrato normativo em um decreto; e
- (d) os procedimentos para a aferição de eventual falta grave perpetrada por detentos de penitenciárias federais devem encontrar arrimo em lei; assim sendo, na ausência de normas específicas sobre a matéria, deve aplicar-se a Lei Geral do Processo Administrativo Federal (LGPAF), tudo nos termos do art. 69, da Lei nº 9.749/1999; contudo, isso não implica dizer que toda regulamentação sobre relação especial de sujeição tenha de decorrer de lei em sentido estrito (art. 59 da CF/88), o que seria operacionalmente impossível, mas, tão-somente, salientar que certas matérias, como a liberdade ou a intimidade, devem ser pautadas diretamente em lei e, nos demais casos, devem encontrar fundamento último na lei, senão o instituto pode representar uma verdadeira zona de atuação administrativa alheia ao Direito e, portanto, incompatível com o sistema constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

- ALEX Y, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración. *Revista de Administración Pública (RAP)*, Madrid, n. 34, p. 11-51, enero-abril 1961.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Perfil do Poder Regulamentar no Direito Brasileiro. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 255-269.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais – Tópicos de Teoria Geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires et. al. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-327.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antonio Manuel da Rocha e Meneses Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramallete. 37 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional. In: BENDA; HEYDE; HESSE; MAIHOFER; VOGEL. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 01-15.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14. ed. Barueri: Manole, 2006.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Parte General. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MELLO, Raphael Munhoz de. O Poder Normativo das Agências Reguladoras e as Relações de Especial Sujeição (Comentários a Acórdão do TRF – 3ª

Região). *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 283-289, jan./mar. 2003.

MONCADA, Luís S. Cabral de. As Relações Especiais de Poder no Direito Português. In: _____. *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 223-249.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. *Revista IOB de Direito Administrativo (RIDA)*, São Paulo, v. 20, p. 31-53, ago. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

