



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REGULAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA
LEGALIDADE À LUZ DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 1052849-06.2019.8.26.0053

Ana Clara Rodrigues de Oliveira

Rio de Janeiro
2023

Ana Clara Rodrigues de Oliveira

REGULAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA
LEGALIDADE À LUZ DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 1052849-06.2019.8.26.0053

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

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2023

REGULAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À LUZ DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 1052849-06.2019.8.26.0053

Ana Clara Rodrigues de Oliveira

Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Resumo - O artigo propõe uma reflexão sobre a privatização de presídios no Brasil a partir da ação civil pública nº 1052849-06.2019.8.26.0053, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em parceria com outras entidades. A proposta do trabalho é compreender o julgamento da ação civil pública em questão para, ao final, analisar a relação entre regulação e concessão da gestão prisional a um ente privado e se essa concessão seria uma espécie de violação ao princípio da legalidade.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Regulação. Privatização. Presídios. Ação Civil Pública. São Paulo.

Sumário – Introdução. 1. O caso concreto e o ajuizamento da ação civil pública n. 1052849-06.2019.8.26.0053. 2. O julgamento da ação civil pública. 3. O princípio da legalidade frente à regulação e cogestão de presídios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A privatização de presídios é um tema que recorrentemente entra em evidência como uma possível alternativa ao caos prisional vivenciado no Brasil. Com uma das maiores populações carcerárias do mundo, o sistema prisional do Brasil foi reconhecido, pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF), como um verdadeiro estado de coisas inconstitucional nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 (ADPF 347).

Esse cenário também é reconhecido pela doutrina da Criminologia Brasileira, a exemplo de Vera Malaguti Batista, que esclarece que estamos em um sistema jurídico que possui um sistema penal sem fronteiras, formado a partir de ideais de tortura e execução.

Perante o exposto, a privatização de presídios tem se mostrado como uma alternativa capaz de solucionar o estado de coisas inconstitucional reconhecido pela Corte Suprema do Brasil, prometendo oferecer melhores condições às pessoas presas. A privatização de presídios tem sido vista como uma política regulatória criminal que poderia enfrentar o estado de caos penitenciário que assola o sistema brasileiro. Trata-se, portanto, de um exemplo de dinâmica regulatória onde a execução e a gestão da pena poderiam, em tese, passar para as mãos do ente privado.

Diante dessa perspectiva, foi distribuída, em outubro de 2019, uma ação civil pública elaborada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em parceria com o Instituto

Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e o Conectas Direitos Humanos.

Essas entidades ajuizaram uma ação civil pública contra o estado de São Paulo, com o objetivo de impossibilitar que o estado pudesse delegar funções típicas à iniciativa privada, mais especificamente delegar parte da administração prisional para entes privados, adotando, assim, um modelo de cogestão de presídios. A ação civil pública questionava o edital nº 02/2019 – Processo SAP/GS nº 849/2019 elaborado pelo governo paulista, que pretendia realizar a privatização de quatro penitenciárias do estado. A ação civil pública em questão foi distribuída para a 13ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo e encontra-se, atualmente, em fase de recurso, na 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A ação civil pública em questão aborda questões como as disposições previstas nas Regras de Mandela, soft law a qual o Brasil é signatário, além do histórico de proposta de privatização dos presídios em São Paulo, as justificativas para essa privatização em São Paulo, comparando-a com a experiência nacional vivenciada até o presente momento. Em 2 síntese, a ACP defende que a delegação da gestão prisional a um ente privado não é juridicamente possível com base nas Regras de Mandela e na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

Esse caso possui extrema relevância, haja vista que, a partir dele, é possível discutir se a concessão da gestão prisional a um ente privado seria uma forma de violação do princípio da legalidade. O artigo se propõe a analisar se a concessão da gestão prisional ao ente privado é compatível com a CRFB/88, se essa concessão fere o princípio da legalidade e quais são os argumentos favoráveis e contrários a gestão prisional na modalidade de cogestão.

O primeiro capítulo se inicia com uma exposição do caso concreto, mais especificamente, os argumentos utilizados pelos autores da ação civil pública contra a privatização de presídios, bem como o pedido principal e a tutela de urgência incluídos na petição inicial.

O segundo capítulo trata da evolução do caso, do desenvolvimento da ação e etapas processuais até o seu julgamento em 1ª instância.

O terceiro capítulo analisa a apelação interposta após o referido julgamento, para, enfim, compreender a relação entre a cogestão de presídios e a regulação, além de analisar se houve ou não violação do princípio da legalidade no caso em questão.

A pesquisa utiliza metodologia de caráter expositivo e informativo, em especial o estudo de caso, uma vez que o pesquisador pretende analisar a temática da regulação e gestão

de presídios privados por meio da ação civil pública nº 1052849-06.2019.8.26.0053. Dessa forma, vale-se do método indutivo.

1. O CASO CONCRETO E O AJUIZAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 1052849-06.2019.8.26.0053

Em outubro de 2019, foi protocolada uma ação civil pública elaborada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em conjunto com outras entidades, tais como o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e o Conectas Direitos Humanos. A referida ação foi distribuída mediante sorteio para a 13ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo e recebeu o número 1052849-06.2019.8.26.0053 como identificador¹.

A ação civil pública foi proposta em face do Estado de São Paulo, e tinha o intuito de anular o edital n. 02/2019 – Processo SAP/GS n. 849/2019, que tinha como objeto a contratação de serviços especializados de operacionalização de quatro unidades prisionais sob a forma de cogestão com a iniciativa privada².

Além disso, a ACP possui um pedido de antecipação de tutela, qual seja, a suspensão da tramitação do edital em questão até o julgamento da ação, de forma que o Estado de São Paulo não realize o referido certame.

Um dos principais argumentos trazidos pelos autores da ACP diz respeito à inconstitucionalidade da privatização de presídios, haja visto que o edital n. 02/2019 prevê a delegação ao ente privado do controle, inspeção, movimentação e monitoramento interno, além do cumprimento de alvará de soltura e gestão de dados de pessoas presas, atividades essas típicas do Estado, próprias do poder de polícia³. Para fundamentar esse argumento, explica a DPE-SP que tais atividades também são pertencentes ao campo da execução penal, área jurídica que, segundo parte da doutrina, se constitui em atividade jurisdicional, sendo, portanto, indelegável⁴. Nesse sentido, os autores citam entendimento pacífico do Tribunal de Contas do

¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). *Justiça anula edital que poderia privatizar unidades prisionais em SP*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8264/justica-anula-edital-que-poderia-privatizar-unidades-prisionais-em-sp>>. Acesso em: 14 set. 2022.

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação Civil Pública n. 1052849-06.2019.8.26.0053*. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/docs/2019/privatizacao_presidios_sao_paulo.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2022.

³ *Ibid.*, p. 65-67.

⁴ Segundo Rodrigo Duque Estrada Roig, já houve o entendimento de que a execução penal tinha um caráter meramente administrativo. Contudo, essa concepção não é mais aceita. Atualmente, existem duas correntes principais que consideram a execução penal como de natureza mista (jurisdicional e administrativa) e de natureza apenas jurisdicional. Contudo, conforme bem esclarece o autor, a existência de atividades administrativas no curso

Estado de São Paulo de forma a inadmitir a contratação de mão de obra por empresa para atuar em atividade-fim própria da Administração Pública, eis que isso consistiria em violação ao art. 37, II e IX, da CRFB/88⁵.

Ademais, a DPE-SP esclarece que a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984)⁶ dispõe, em seu art. 83-A, os serviços passíveis de delegação⁷ a entes privados, enquanto o art. 83-B ressalta que as funções de chefia, direção e coordenação não são passíveis de delegação⁸.

Para a Defensoria, como a privatização de presídios não encontra-se no rol do artigo 83-A, somado as restrições expostas no art. 83-B, ambos da Lei de Execuções Penais, não seria possível a delegação da administração de presídios para a iniciativa privada.

Segundo a Defensoria Pública⁹, o edital n. 02/2019 – Processo SAP/GS n. 849/2019 viola de plano os dispositivos 83-A e 83-B da Lei de Execuções Penais. Um dos exemplos destacados pela instituição que demonstram tal violação diz respeito ao item 3.3.11 do referido edital que atribui ao ente privado a manutenção dos registros de ocorrências que apontem indisciplina dos presos. Como bem exposto pela Defensoria Pública, as faltas cometidas pelos presos influenciam no cálculo de progressão de regime, indultos e outros direitos subjetivos. Ao se aplicar o disposto no edital n. 02/2019, teria-se a total transferência do poder punitivo para as mãos de um ente privado, o que vai de encontro ao disposto na Lei de Execuções Penais.

Outro argumento utilizado diz respeito às disposições das Regras de Mandela, mais especificamente na Regra 74.3 que afirma que os agentes penitenciários devem ser servidores públicos¹⁰. Segundo a DPE-SP, apesar das Regras de Mandela terem natureza jurídica de *soft law*, no Estado de São Paulo, especialmente, tais regras foram promovidas ao grau de *hard law* (norma cogente), posto que a Constituição do Estado de São Paulo, no art. 143, dispôs que a legislação penitenciária estadual irá assegurar o respeito as Regras de Mandela¹¹.

da execução da pena não retira a sua natureza jurisdicional. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 55.

⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

⁶ BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 14 set. 2022.

⁷ *Ibid.* Art. 83-A. A Lei de Execução Penal dispõe que alguns serviços, como os de conservação, limpeza, telecomunicações, manutenção e instalação de equipamentos internos e externos ao estabelecimento prisional são possíveis de serem delegados a entes privados, desde que haja fiscalização do Poder Público.

⁸ *Ibid.* Art. 83-B. A Lei de Execução Penal esclarece que algumas atividades, tais como a classificação dos presos condenados, a aplicação de sanções disciplinares em caso de faltas cometidas dentro do estabelecimento prisional, além de controle das rebeliões e o transporte dos presos para hospitais, órgãos do Poder Judiciário e outros locais externos devem ser próprias do ente público, não admitindo a delegação a órgãos de caráter privado.

⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹⁰ *Ibid.*, p. 71.

¹¹ *Ibid.*, p. 71-72.

Por fim, é importante ressaltar a existência da Recomendação n. 6/2018 do Conselho Nacional de Direitos Humanos, destacada pelos autores na ação civil pública em questão. Essa recomendação dispõe que a privatização é incompatível com os fins da pena privativa de liberdade¹². Há ainda outros argumentos explorados pelos autores da ACP, mas, para fins de estudo, foram destacados os mais relevantes.

2. O JULGAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 1052849-06.2019.8.26.0053

Após expor os argumentos mais relevantes utilizados pelos autores na ação civil pública, incumbe destacar como ocorreu o julgamento do caso em 1ª instância.

Conforme citado anteriormente, a ACP possuía, além do pedido principal, uma tutela de urgência, na forma dos artigos 4º e 12, da Lei n. 7.347/85¹³.

Em sede de tutela de urgência, os autores indicaram a existência do *fumus boni iuris*, por meio das normas constitucionais, legais e infra legais violadas, e do *periculum in mora*, haja vista que o edital n. 02/2019, além de violar dispositivos de lei, abria o certame, no dia 10 de outubro de 2019, para receber propostas de empresas, ou seja, poucos dias após a elaboração da ação civil pública¹⁴.

Dessa forma, os autores da ACP requereram, em sede de tutela de urgência, que a tramitação do edital n. 02/2019 (Processo SAP/GS n. 849/2019) fosse suspensa, inclusive a sessão marcada para o dia 10 de outubro daquele ano, até o julgamento da ACP¹⁵. O Ministério Público do Estado de São Paulo opinou favoravelmente à concessão da tutela de urgência.

O pedido liminar foi acolhido de forma parcial pela 13ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. Como fundamento da decisão, destaca-se que as funções estabelecidas no edital n. 02/2019 são próprias do Estado, sendo indelegáveis. Ademais, a decisão considerou que não é possível contratar profissionais da área privada para prestar atividades de forma direta ao poder punitivo estatal, eis que tais profissionais tem influência na execução da pena ao elaborar exames criminológicos, além de ter acesso a informações pessoais dos encarcerados.

Considerou-se, ainda, que não havia nos autos comprovação de que a privatização de presídios em São Paulo reduziria os custos da Administração Pública ou promoveria melhores

¹² BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹³ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, p. 102-105.

condições aos presos. Portanto, a tutela de urgência foi deferida parcialmente para suspender a tramitação do edital n. 02/2019 até o julgamento da ação civil pública¹⁶.

Contudo, a decisão que concedeu parcialmente a tutela de urgência foi suspensa pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob a fundamentação de que não cabe ao Poder Judiciário rediscutir a adequação ou inadequação de uma política pública, além de considerar que os serviços previstos no edital suspenso não violam o art. 83-B, da Lei n. 7.210/1984¹⁷.

Após a decisão da Presidência do TJSP, a DPE-SP e demais autores impetraram dois agravos internos, o primeiro sob o fundamento de que a decisão do Tribunal teria violado os artigos 83-A e 83-B, ambos da LEP, enquanto o segundo argumentava que, por força da Emenda Constitucional n. 104/2019, que criou a polícia penal, o edital n. 02/2019 se tornaria incompatível com a CRFB/88. Contudo, nenhum dos fundamentos expostos foi acolhido pelo TJSP, que manteve a suspensão da tutela de urgência¹⁸.

Para finalizar a análise do caso concreto em sede de 1º grau, destaca-se que, após as decisões proferidas pelo TJSP, o julgamento da ação civil pública por Magistrado da 13ª Vara de Fazenda Pública foi retomado. A ACP foi julgada parcialmente procedente, declarando-se nulo o Edital de Concorrência n. 02/2019, sob a fundamentação de que o edital atribui a entes privados funções do Estado que são indelegáveis, além de considerar a possível privatização de presídios como violadora dos Direitos Humanos e da CRFB/88¹⁹.

O Estado de São Paulo interpôs apelação da referida sentença, remetendo os autos para o Tribunal de Justiça de São Paulo. Entretanto, a apelação foi distribuída para a 9ª Câmara de Direito Público do TJSP e, em decisão monocrática, o Relator não conheceu o recurso, uma vez que a referida apelação possui relação com outra ação proposta pelo Sindicato dos Servidores Públicos do Sistema Penitenciário Paulista, sendo, portanto, um caso de prevenção cabível o julgamento a 10ª Câmara de Direito Público, sendo os autos remetidos para a Câmara competente, onde a apelação ainda se encontra passível de decisão²⁰.

Diante desse breve aparato sobre o julgamento da ação civil pública em questão, é importante passar agora as características da cogestão de presídios (modelo proposto no Edital de Concorrência nº 02/2019) além de destacar a sua relação com a regulação. Sendo assim, passa-se a essa análise no próximo capítulo.

¹⁶ BRASIL. *op. cit.*, nota 2.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

3. A PROBLEMÁTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE FRENTE À REGULAÇÃO E A COGESTÃO DE PRESÍDIOS

Diante desse breve aparato sobre o julgamento da ação civil pública em questão, é prudente ressaltar as características da cogestão de presídios (modelo proposto no Edital de Concorrência nº 02/2019) além de destacar a sua relação com a regulação.

O modelo de cogestão está previsto no art. 175, da CRFB/88²¹, ao dispor que o Poder Público, por meio de licitação, pode realizar a concessão de serviços públicos. Com inspiração no modelo francês de gestão carcerária, a cogestão tem como característica principal a atuação conjunta entre o Estado e o particular na administração de penitenciárias. A cogestão nada mais é do que um compartilhamento de responsabilidades, mediante contrato firmado entre o poder público e o parceiro privado, num sistema de dupla gestão²² e se propõe a ser uma alternativa a superlotação de presídios, além de uma forma de reduzir gastos públicos com penitenciárias²³.

A partir da definição do modelo de cogestão de presídios, é prudente destacar se essa modalidade de gestão pode ser considerada como uma forma de regulação. Julia Black destaca que a definição de regulação a ser utilizada muitas vezes depende do problema que o autor está interessado em pontuar²⁴. Sendo assim, é possível entender regulação a partir de vários conceitos diferentes.

Para Tony Prosser, existem duas razões para regular: proteger os direitos humanos e promover a solidariedade social²⁵. Na visão de Prosser, regulação não se restringe a aspectos unicamente econômicos. Pelo contrário, também passa por um viés social. Segundo o autor:

²¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

²² OLIVEIRA, Edmundo. *A privatização das prisões*. Belém. CEJUP, 1992 *apud* BASTOS, Douglas de Assis. *Limites constitucionais e impactos político-criminais da privatização prisional: uma análise da cogestão no Presídio do Agreste-AL*. 2018. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018, p. 32. Disponível em: <https://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/3274/1/Limites%20constitucionais%20e%20impactos%20pol%20c3%a0adtico-criminais%20da%20privatiza%20c3%a7%20c3%a3o%20prisional%20uma%20an%20c3%a1lise%20da%20cogest%20c3%a3o%20no%20Pres%20c3%a0dio%20do%20Agreste-AL.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2023.

²³ MONTEIRO, Ingrid Maria Sideaux Baratta. *Sistema Penitenciário: co-gestão, uma realidade*. Fortaleza, 2007, p. 16. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/sistema.penitenciario.co-gestao.uma.realidade%5B2007%5D.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2023.

²⁴ BLACK, Julia. Critical reflections on regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2002 *apud* KOOP, Christel; LODGE, Martin. *What is regulation?: an interdisciplinary concept analysis*. Regulation & Governance, 2017, p. 03. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/280915642_What_is_regulation_An_interdisciplinary_concept_analysis. Acesso em: 01 jan. 2023.

²⁵ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. Theory, Strategy, and Practice. 2. ed. Oxford [u.a]: Oxford University Press, 2012, Part I.

Deve ser possível construir tipos ideais de regulamentação com base em diferentes valores sociais: estes podem ser aqueles de maximizar a competição, escolha e eficiência (já bem atendidas na economia). No entanto, eles também podem ser a proteção dos direitos humanos ou a manutenção da solidariedade social. Cada tipo ideal terá implicações diferentes para o desenho e para a técnica regulatória²⁶.

A partir da visão de Prosser, se estamos diante de um sistema prisional reconhecido pelo STF como inconstitucional, somado a alternativa de administração dos presídios do Estado junto a um ente privado, é possível compreender a cogestão das prisões como uma forma de regulação com um viés social e com foco na preservação de Direitos Humanos.

Para Rafael Oliveira a privatização é um fenômeno no Direito Administrativo consistente em uma “fuga para o Direito Privado” por meio da instituição de pessoas jurídicas de direito privado, da celebração de parcerias com entidades privadas e da formalização de instrumentos jurídicos privados (exs: contratos)²⁷.

Segundo Di Pietro, há uma tendência em transformar serviços públicos prestados pelo Estado em atividades de entes privados, fenômeno esse denominado de crise na noção do serviço público. Para a administrativista:

O que vem ocorrendo é uma privatização parcial, feita pela legislação ordinária, ao arrepio da Constituição, como na legislação de telecomunicações, energia elétrica, correios, portos, em que uma parte da atividade atribuída à União para ser exercida diretamente ou por autorização, permissão ou concessão, está sendo deixada à iniciativa privada²⁸.

Da narrativa exposta pela doutrina, se evidencia, cada vez mais, a mudança do perfil do Estado Brasileiro, uma vez que alguns serviços públicos passaram a ser executados por entes particulares. Conforme esclarece Luís Roberto Barroso:

O perfil constitucional do Estado brasileiro, nos domínios administrativo e econômico, foi alterado por um conjunto amplo de reformas econômicas (...). Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas²⁹.

²⁶ PROSSER, Tony. Regulation and Social Solidarity. *Journal of Law and Society*, v. 33, n 3, p. 387, set. 2006.

²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 73.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 115.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 18.

Considerando os termos utilizados por Rafael Oliveira, Di Pietro e Barroso para explicar a grande mudança do Estado na prestação de serviços públicos, somada a ideia de Prosser, é possível pensar a privatização de presídios como um exemplo tanto de regulação quanto de mudança da visão clássica administrativa que considerava competências da Administração Pública como não delegáveis. Contudo, a delegação da administração prisional recebe amparo da CRFB/88 e do princípio da legalidade? Em outras palavras, a gestão prisional nas mãos de um ente privado viola o princípio da legalidade?

Esses questionamentos não possuem uma única resposta. O tema, inclusive, é divergente para entidades jurídicas e para a doutrina. Para a DPE-SP e IBCCRIM, por exemplo, o poder de polícia do Estado não é delegável, uma vez que as atividades assumidas pelo particular na gestão prisional são manifestações desse poder do Estado, na forma do art. 5º, XV, da CRFB/88, além de tal delegação ser expressamente proibida, de acordo com o art. 83-B, da Lei 7.210/84³⁰.

Entretanto, para a Presidência do TJSP e para parte da doutrina, não há qualquer empecilho a delegação do poder de polícia. Em decisão da Presidência do TJSP na ACP ora analisada, argumentou-se, inclusive, que não cabe ao Poder Judiciário julgar a adequação de uma política pública³¹. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, defende que é possível delegar o poder de polícia do Estado no que tange a atos materiais, haja vista que, nesse caso, o que existe é um contrato de prestação de serviços entre o Estado e o particular³². No mesmo sentido, destaca Floriano Azevedo:

A Lei e posteriormente a própria Constituição passam a prever expressamente a possibilidade de contratação pelo Estado de terceiros para executar obras e serviços, bem como para fornecimentos, que sejam demandados pela atividade administrativa. A partir daí, o gestor da coisa pública exerce sua margem de discricionariedade para, a partir de critérios políticos e administrativos, optar por realizar uma dada atividade direta ou indiretamente voltada ao atendimento do interesse público³³.

Dessa forma, apesar da divergência existente, é possível afirmar que o poder de polícia é delegável ao particular. Assim, se o poder de polícia pode ser alvo de delegação, porque apenas parte da gestão de um presídio não seria aceitável? Em uma visão meramente

³⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

³¹ *Ibid.*

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 2010 *apud* MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 269, p. 15, 2015. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57602/56106>>. Acesso em: 02 jan. 2023.

³³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a “indelegabilidade do poder de polícia”. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 32, p. 65-82, 2000.

regulatória, o modelo de cogestão prisional nada mais é do que atuação conjunta do Estado com o ente privado, e não uma atuação isolada do particular, sendo assim, plenamente aceitável.

Nesse sentido, a questão por trás desse tema se perfaz na constitucionalidade e na legalidade dessa atuação em conjunto. Não se trata de um problema unicamente regulatório e sim de uma questão envolvendo a legalidade e a constitucionalidade da adoção da cogestão em presídios.

Conforme esclarece Odete Medauar³⁴, o princípio da legalidade, em sua concepção originária, exprimia a supremacia da lei sobre os atos e medidas administrativas. Em síntese, a Administração Pública deveria se submeter às disposições em lei. Para Charles Eisenmann³⁵, existem quatro perspectivas sobre o que seria o princípio da legalidade.

Entretanto, conforme dispõe Odete Medauar, citada por Alexandre Aragão, não é possível compreender o princípio da legalidade apenas sob uma visão rígida, onde a Administração Pública apenas executaria aquilo que foi disposto em norma legal³⁶. Na concepção de Odete, ao qual esse artigo se coaduna, houve uma evolução do princípio da legalidade:

Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (caput do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, caput, da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional³⁷.

Dessa forma, não parece razoável entender a legalidade apenas como uma mera subordinação à lei. A Administração Pública, assim como os Poderes da República, deve se subordinar ao que está disposto na CRFB/88 e, ainda que a lei contrarie normas constitucionais, é a Carta Magna que deve ser, antes de tudo, seguida, e não um mero dispositivo previsto em lei infraconstitucional. Trata-se, portanto, de uma mutação do significado do princípio da legalidade ao qual a Administração passa a se submeter não apenas à lei infraconstitucional, mas principalmente à CRFB/88.

³⁴ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Revista Fórum Conhecimento Jurídico, 2018, p. 116-117.

³⁵ EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administrati*. Tomo I, Paris: Ed. L.O.DJ., 1982, p. 462-472.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista Direito Administrativo*, p. 52-53, 2004. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44672/44977>>. Acesso em: 23 dez. 2022.

³⁷ MEDAUAR, *op. cit.*, nota 32.

CONCLUSÃO

Diante do breve resumo da ação civil pública em questão, é possível chegar ao seguinte questionamento: a concessão da gestão de unidades prisionais para entes privados fere o princípio da legalidade? De acordo com os argumentos expostos pelos autores na Ação Civil Pública em questão, sim. Segundo a fundamentação utilizada na sentença da 13ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, não é possível realizar a privatização de presídios, posto que a gestão prisional integra o poder de polícia, sendo esse inerente ao Estado, além de ser indelegável.

Entretanto, se estamos diante dessa impossibilidade, porque existem presídios em cogestão e em parceria público privada no Brasil, tais como citar o Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais e o Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), em Manaus? Se delegar a gestão de penitenciárias a empresas privadas fere o princípio da legalidade, porque há presídios em regime de PPP e de cogestão, por exemplo? Será que estamos diante de uma visão limitada acerca do que seria a legalidade? O princípio da legalidade deve se restringir ao que está disposto em lei ou deve se submeter as normas constitucionais? Tem-se, então, uma mutação do princípio da legalidade?

Se a CRFB/88 não proíbe a delegação da gestão prisional a entes privados, não caberia a lei disciplinar em sentido contrário. Contudo, se a própria CRFB/88 não admite a privatização de presídios, a gestão prisional privada seria uma afronta a essa nova perspectiva do princípio da legalidade? Se sim, qual seria a justificativa jurídica para a manutenção do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves e do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), presídios que se mantêm por meio da administração privada a tantos anos?

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista Direito Administrativo*, 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44672/44977>>. Acesso em: 23 dez. 2022.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. Theory, Strategy, and Practice. 2. ed. Oxford [u.a]: Oxford University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BASTOS, Douglas de Assis. *Limites constitucionais e impactos político-criminais da privatização prisional: uma análise da cogestão no Presídio do Agreste-AL*. 2018. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018. Disponível em: <<https://www.repositorio.ufal.br/>. Acesso em: 07 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação Civil Pública n. 1052849-06.2019.8.26.0053*. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/docs/2019/privatizacao_presidios_sao_paulo.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. *Lei n. 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo*. 2020. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Mandela – Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos*. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administrati*. Tomo I, Paris: Ed. L.O.DJ., 1982.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). *Justiça anula edital que poderia privatizar unidades prisionais em SP*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8264/justica-anula-edital-que-poderia-privatizar-unidades-prisionais-em-sp>>. Acesso em: 14 set. 2022.

KOOP, Christel; LODGE, Martin. *What is regulation?: an interdisciplinary concept analysis*. Regulation & Governance, 2017. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/280915642_What_is_regulation_An_interdisciplinary_concept_analysis. Acesso em: 01 jan. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a “indelegabilidade do poder de polícia”. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 32, p. 65-82, 2000.

MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 269, 2015. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57602/56106>>. Acesso em: 02 jan. 2023.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Revista Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MONTEIRO, Ingrid Maria Sideaux Baratta. *Sistema Penitenciário: co-gestão, uma realidade*. Fortaleza, 2007. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/sistema.penitenciario.co-gestao.uma.realidade%5B2007%5D.pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

POMPEU, Gina Marcilio Vidal; FERREIRA, Carlos Lélío Lauria. A privatização de presídios e a ideia neoliberal de criação de um Estado Mínimo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. abr. 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4839>>. Acesso em: 08 mar. 2023.

PROSSER, Tony. Regulation and Social Solidarity. *Journal of Law and Society*, v. 33, n 3, set. 2006.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SUNDFIELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

VIAPIANA, Tábata. *TJ-SP nega recursos da Defensoria contra privatização de unidades prisionais*. ago. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-13/tj-sp-nega-recursos-defensoria-privatizacao-presidios#>>. Acesso em: 14 fev. 2023.