



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2022.0000409590**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1052849-06.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, são apelados DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA - ITTC, CONECTAS DIREITOS HUMANOS e INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao reexame necessário e ao apelo fazendário. V.U. (Sustentou oralmente o Defensor Público Dr Adriano Elias Oliveira)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) E ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 30 de maio de 2022

**JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**Remessa Necessária e Apelação Cível n.º 1052849-06.2019.8.26.0053**

**Relator: José Eduardo Marcondes Machado**

**Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público**

**Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo**

**Apelados: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e Conectas Direitos Humanos**

**Amicus Curiae: Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**

**Comarca: São Paulo – Foro Central da Fazenda Pública**

**Juíza: Dra. Luiza Barros Rozas Verotti**

**Voto n.º3302**

**Ação civil pública. Sistema penitenciário. Pretensão de declaração de nulidade do Edital de Concorrência n.º 02/2019. Processo SAP/GS n.º 849/2019, cujo objeto é a execução de serviços de operacionalização de unidades prisionais sob a forma de gestão compartilhada com o Estado. Ilegalidades ou inconstitucionalidades flagrantes não evidenciadas. Vulneração aos artigos 83-A e 83-B, da Lei n.º 7.210/84 (LEP), não constatada. Poder de polícia estatal preservado. Edital impugnado, ademais, que ressalva expressamente a não redução ou exclusão das competências do Poder Público relativamente à custódia, às atividades jurisdicionais e administrativo-judiciárias da execução penal. Inviabilidade, neste contexto, de o Poder Judiciário imiscuir-se nas políticas públicas adotadas por aqueles legitimamente eleitos para formulá-las. Sentença reformada. Reexame necessário e apelo fazendário providos.**

Cuida-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo** contra a r. sentença lançada a fls. 967/981, cujo relatório adota-se integralmente, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em ação civil pública, "*para declarar nulo o Edital de Licitação (Concorrência n.º 02/19 - Processo SAP/GS n.º 849/2019)*", afastada a almejada condenação em danos morais coletivos.

Irresignada, sustenta a recorrente (fls. 990/1.033), em síntese, que  
 i) a multifacetada atuação estatal e a sequente fragmentação do poder de polícia fizeram



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

com que o Estado passasse de mero garantidor das liberdades públicas e civis a agente econômico; ii) o Edital de Licitação n.º 002/2019 não foi estruturado na forma de Parceria Público-Privada (PPP), de maneira que a ele não se aplicariam as disposições normativas relativas à estruturação jurídica e econômico-financeira dos contratos previstos na Lei n.º 11.079/04, não havendo que se cogitar, assim, da delegação do poder de polícia a particulares; iii) o modelo que vigerá, de gestão compartilhada, não delegará ao contratado o exercício do poder de polícia, a custódia ou a execução penal, mas, antes, funções meramente acessórias, instrumentais e complementares; iv) as atividades que competiriam ao contratado não se enquadram no conceito de poder de polícia do artigo 78, do Código Tributário Nacional, de modo que nem mesmo indiretamente o particular interferiria no *status libertatis* dos presos; v) todos os cargos de direção, chefia e aqueles relacionados às atividades de emprego de ameaça, coerção ou força estarão ocupados exclusivamente por agentes do Estado; vi) as funções públicas típicas permanecerão sob titularidade e domínio exclusivos do Estado e seus agentes; vii) os postos de trabalho dos profissionais ligados ao contratado serão previamente definidos e estruturados de maneira a evitar, na maior medida possível, a possibilidade de acesso físico à pessoa do preso; viii) a publicação da EC n.º 104/2019, que criou a denominada polícia penal, em nada altera as premissas do regime de gestão compartilhada, pois reserva as atividades de segurança penitenciária a agentes públicos em carreira específica, o que já ocorre no Estado de São Paulo e está expressamente previsto no Termo de Referência das Funções Operacionais; ix) o artigo 143 da Constituição Estadual não permite concluir pela automática incorporação de tratados internacionais, especialmente no que tange às Regras de Mandela, ao ordenamento jurídico estadual, pena de desvirtuar o complexo processo de internalização de normas jurídicas internacionais definido na Constituição Federal; x) os empregados do contratado que estarão envolvidos na prestação de serviços técnicos e assistenciais, nas áreas psicológica, médica, odontológica, psiquiátrica, pedagógica, esportiva, entre outras, deverão ter obrigatória formação superior e registro no conselho de classe competente, de forma que desempenharão suas funções com o mesmo zelo, independência, dedicação e dever de sigilo que se mantivessem vínculo direto com o Estado; xi) os funcionários encarregados da elaboração de exames criminológicos ou que tenham acesso a informações confidenciais não terão direta participação na atividade jurisdicional, privativa dos magistrados, que poderão, se entenderem pertinente, desconsiderar o parecer ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

mesmo determinar seu refazimento; xii) conhecido por todos o paradigmático acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, que reputa caracterizado o *estado de coisas inconstitucional* no Sistema Penitenciário, de sorte que o Estado de São Paulo pretende, pelo sistema de cogestão, não reduzir custos, mas melhorar a qualidade de vida dos detentos; xiii) o Tribunal de Contas do Estado já reconheceu que a melhoria proporcionada pela cogestão seria compatível com o incremento de custos estimado no Estudo de Viabilidade Econômico-Financiera e de Vantajosidade; e xiv) ainda que no Estado do Amazonas a cogestão não tenha produzido resultados satisfatórios, no Paraná e nas Minas Gerais, entes federados mais aproximados à realidade de São Paulo, existem experiências exitosas e positivas.

Apelo regularmente processado e respondido (fls. 1.066/1.118).

Oposição ao julgamento virtual manifestada a fls. 1.147, 1.186 e 1.191.

Distribuídos os autos originariamente à Colenda 9ª de Direito Público desta Corte, o então relator sorteado, Ilustre Desembargador Carlos Eduardo Pachi, proferiu decisão monocrática (fls. 1.149/1.153) reconhecendo a prevenção desta 10ª Câmara para julgamento da causa, em razão do processo n.º 1053025-82.2019.8.26.0053, movido pelo Sindicato dos Servidores Públicos do Sistema Penitenciário Paulista (SINDCOP), e extinto sem resolução do mérito.

Por meio do pronunciamento judicial de fls. 1.202/1.204, promanado deste novo relator, decidiu-se o seguinte:

"Detidamente examinados os autos consta que a demanda foi proposta aos 2/10/2019 e, em duas ocasiões distintas (fls. 607/612, aos 11/10/2019, e fls. 874/875, aos 28/1/2020), foi concedida tutela de urgência para suspender a tramitação do procedimento licitatório objeto do edital impugnado pelas requerentes.

Não obstante, poucos dias depois de cada uma das decisões



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

mencionadas acima, a Egrégia Presidência desta Corte veio de cassá-las (fls. 623/632, aos 14/10/2019, e fls. 880/886, aos 30/1/2020), possibilitando, assim, a integral continuidade do certame, destinado que estava a propiciar a execução de serviços de operacionalização de quatro unidades prisionais sob a forma de gestão compartilhada com o Estado.

Pertinente anotar, ainda, que houve informação de que o Tribunal de Contas do Estado, no âmbito de procedimentos administrativos próprios, também determinara a suspensão do edital em questão (fls. 621/622 14/10/2019), mas, dois meses após, a ordem foi derrubada em sessão do Tribunal Pleno ocorrida em 11/12/2019 (fls. 784/791), sem prejuízo da determinação de inserção no instrumento convocatório de parâmetros mensuráveis para medir a eficiência e a qualidade dos serviços que seriam contratados (fls. 792).

As últimas informações concretas, então, contidas na presente ação civil pública acerca do citado edital é a de que ele foi republicado aos 4/2/2020, com agendamento da sessão pública para 20/3/2020 (fls. 899), posteriormente remarcada para 26/5/2020 (fls. 910).

Pois bem.

À partida, determina-se que a Fazenda do Estado de São Paulo informe se a sessão do edital prevista para 26/5/2020 – antes, portanto, da prolação da sentença que o suspendeu em definitivo (20/11/2020) – foi concretizada, se eventualmente foi contratada pessoa jurídica para prestação dos serviços e, caso afirmativo, a data de início de sua execução, oportunidade em que deverá juntar aos autos o contrato administrativo firmado.

Na hipótese de a sessão do dia 26/5/2020 não ter ocorrido, deverá a apelante esclarecer o motivo, bem assim elucidar se e quando o edital foi suspenso pela Administração Pública, e, igualmente, se o foi de forma temporária ou definitiva.

Compete desde logo frisar que caso o ato impugnado pelas demandantes tenha sido revogado pelo Poder Público, por ter deixado, por exemplo, de ser conveniente ou oportuna a modalidade de contratação sobre a qual as partes controvertem,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

poder-se-ia cogitar da superveniente perda do objeto da ação, ocorrida ainda antes da prolação da sentença, vez que, como cediço, o Poder Judiciário não é órgão consultivo e, assim, não haveria razão para se debruçar sobre a legalidade de certame cancelado pelo Estado.

Em arremate, a despeito da existência de diversas manifestações do Ministério Público nos autos, todas ocorridas em primeiro grau de jurisdição, não houve parecer ofertado pela douta Procuradoria Geral de Justiça nesta sede recursal, daí por que se determina a abertura de vista àquele órgão para, em desejando, fazê-lo".

Em resposta aos questionamentos acima, a FESP elucidou (fls. 1.225/1.226) que remanesca o interesse no julgamento, vez que houve a temporária suspensão do certame até que o Poder Judiciário se manifestasse definitivamente sobre seu conteúdo. Informou, ainda, que em dezembro de 2021 o Termo de Referência foi adequado para dar atendimento à decisão da 3ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça que, no bojo de outra ACP, manteve condenação do Estado no fornecimento de banho quente a todas as pessoas privadas de liberdade no Sistema Prisional Paulista, o que culminou na redução do objeto do edital aqui escrutinado de quatro para duas unidades prisionais (fls. 1.232/1.356).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 1.217/1.222).

**É o relatório.**

**A remessa necessária e o recurso voluntário comportam provimento.**

Colhe-se dos autos que os requerentes, quais sejam, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE/SP), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e a Conectas Direitos Humanos, conjuntamente, aforaram a presente demanda aos 2/10/2019 objetivando, em suma, (a) declaração de nulidade do Edital de Licitação n.º 002/2019, por entenderem que nele previsto, de forma indevida, a delegação à iniciativa privada de funções típicas do



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Estado, em especial o controle, a segurança e a disciplina no interior de unidades prisionais, além da avaliação técnico-pericial dos presos para fins de progressão de regime, obtenção de livramento condicional, entre outros benefícios previstos na Lei de Execuções Penais; (b) imposição de obrigação de não fazer, a fim de impedir o Estado de São Paulo de adotar o regime de contratação previsto no citado edital; e (c) indenização por danos morais coletivos no patamar de R\$ 500.000,00, a ser revertida ao Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos.

Como historiado no relatório acima, por curtos lapsos temporais vigoraram ordens judiciais e administrativa de suspensão da tramitação do procedimento licitatório objeto do certame impugnado pelos demandantes, o que foi revertido pela Egrégia Presidência deste Tribunal de Justiça – com manutenção pelo Colendo Órgão Especial – e pelo Pleno do Tribunal de Contas do Estado.

Regularmente citada, a Fazenda do Estado de São Paulo, contestou o feito (fls. 668/702), ocasião em que defendeu a imprescindibilidade de ser dada continuidade ao Edital de Licitação n.º 002/2019, bem assim de ser instaurado o regime de cogestão nas quatro unidades penitenciárias paulistas – atualmente, como também já anotado no relatório, são apenas duas.

Após oferecimento de réplica (fls. 732/773) e o deferimento do ingresso da OAB como *amicus curiae* (fls. 956 – manifestação pela procedência juntada a fls. 930/945), sobreveio a prolação da sentença recorrida (fls. 967/981).

Pois bem.

Respeitados, a um lado, os legítimos e combativos argumentos e preocupações dos autores, e, a outro, o posicionamento adotado pela preclara magistrada singular, o caso merece solução diversa, como se explanará.

À largada, convém anotar que o Edital de Concorrência n.º 02/2019 pauta-se no regime de cogestão, no que parecem convergir as partes em suas manifestações. Assim sendo, não há incidência da Lei n.º 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP) no âmbito da Administração Pública.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Na cogestão, surgida na França, diferentemente do que ocorre nas PPPs, há gerenciamento conjunto ou gestão compartilhada entre o Estado e a iniciativa privada, em unidades construídas exclusivamente pelo Poder Público, ao passo que nas PPPs os contratos administrativos soem ser mais extensos (temporalmente) e amplos (no objeto), com previsão de construção de presídios pelo parceiro privado.

Independentemente do modelo que se adote, há um aspecto inarredável: a necessidade de observância das atividades e funções passíveis ou não de delegação (respectivamente, artigos 83-A e 83-B, da Lei de Execuções Penais), sem possibilidade de afastar do Estado o poder decisório final.

Tendo isto em mente, ao examinar o edital impugnado avulta que há previsão garantindo, ao menos formalmente – e é sobre tal perspectiva que o caso está a ser aqui analisado, sendo viável, segundo se entende, o manejo de eventuais ações futuras que visem a questionar condutas específicas que, concretamente postas em prática, porventura se afastem das disposições editalícias –, que não serão objeto de execução indireta as funções tipicamente públicas e privativas de agentes públicos, conforme expressamente prevê o Anexo I:

"1.2. A contratação dos serviços previstos neste Termo de Referência **não reduz e nem exclui qualquer das competências do Poder Público relativamente à custódia, às atividades jurisdicionais e administrativas-judiciárias da execução penal** previstos na Constituição Federal, na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e suas alterações, de modo que a CONTRATADA deve subordinar-se às determinações e fiscalizações dos agentes públicos competentes responsáveis pela administração da Unidade Prisional." (destacou-se).

Em acréscimo, o questionado edital reafirma a atuação meramente acessória, instrumental e complementar da parte contratada nas unidades prisionais abrangidas pela cogestão. Some-se a isso o fato de terem sido atribuídas aos agentes estatais não só as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, mas também de todas as atividades que exijam o exercício do efetivo poder de polícia, em especial quando exsurgir a necessidade do emprego de coerção física, força ou ameaça. Confira-se, com realces propositais:





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

"[...] 1.4. Todas as atividades de responsabilidade da CONTRATADA, descritas neste Termo de Referência, incluindo-se as atividades de controle interno e de revista, deverão ser executadas sem o emprego de qualquer meio de coerção física, força ou ameaça, **restringindo-se exclusivamente, às situações nas quais o destinatário da atividade submeta-se voluntariamente à atuação da CONTRATADA.**

**1.5. Caso, para o exercício das atividades a cargo da CONTRATADA, mostre-se necessário o emprego da coerção física, força ou ameaça, deverão ser acionados os agentes do Estado.**

**1.6. A atividade típica de Estado relativa à promoção das medidas de segurança, controle de disciplina e medidas judiciais cabíveis, incluindo o poder de polícia, visando o cumprimento da pena, as medidas socioeducativas de reintegração do preso à sociedade, permanecem sob exclusiva competência do Estado.**

1.7. Competirá ao Estado o relacionamento com o Juízo da Execução Penal.  
[...]

**3.2.1. Os veículos que transportarão os presos serão da responsabilidade do CONTRATANTE e conduzidos por servidores do Estado** e seguirão as rotinas existentes no Sistema Penitenciário do Estado.  
[...]

**3.2.3. As escoltas dos presos para hospitais, Fóruns, dentro ou fora dos limites no município sede da Unidade Prisional serão realizadas por Agentes do Estado, empregando pessoal e veículos próprios.**  
[...]

**3.3.15. Serão proibidos aos funcionários da CONTRATADA a utilização e o porte de armas de fogo, objetos cortantes e/ou pontiagudos e outros instrumentos correlatos**, em todas as dependências internas da Unidade Prisional. Somente os agentes do Estado poderão fazer uso de tais materiais/equipamentos em situações de conflito, desde que devidamente autorizados pelo Diretor Geral da Unidade Prisional.  
[...]

**3.3.20. Havendo situações em que se faça necessário o emprego de força física, esta atuação ficará sob responsabilidade dos agentes do Estado**, que deverão ser acionados."

De se concluir, sob esta ótica, que, ao desempenhar suas atribuições, o contratado não estará a limitar ou a disciplinar direito, interesse ou liberdade,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

tampouco a regular a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público, o que caracterizaria exercício do poder de polícia, conforme dicção do artigo 78, do Código Tributário Nacional; antes, estará apenas a cumprir, acessoriamente, as determinações oriundas do Poder Público, preservadas as funções típicas do exercício do poder de polícia, sem vulnerar os artigos 83-A e 83-B, da Lei n.º 7.210/84 (LEP), que assim dispõem:

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

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

II - serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso.

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

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

Art. 83-B. São indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, e notadamente:

I- classificação de condenados;

II- aplicação de sanções disciplinares;

III- controle de rebeliões;

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

Passo seguinte, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 104, de 4/12/2019, que alterou e complementou a redação do artigo 21, inciso XIV, da Constituição Federal, com inclusão do que se nomeou de 'polícia penal', sobressai que não há elementos suficientes a fundamentar ou a ensejar a anulação do certame n.º 02/2019. Transcreve-se abaixo, com grifos intencionais, o artigo 3º, § 5º-A, e o artigo 4º, da EC 104/19:

"Art. 3º, §5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais."

"Art. 4º. O preenchimento do quadro de servidores das polícias penais será feito, exclusivamente, por meio de concurso público e por meio da transformação dos cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e dos cargos públicos equivalentes."

Em face do que articulado anteriormente, não há que se cogitar, no caso em apreço, de que haveria delegação do poder de polícia nas unidades prisionais, em prejuízo às funções atualmente reservadas à polícia penal. Tem-se, em essência, que a atividade da Administração Pública destinada a limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade, em razão do interesse público, no que se insere a segurança dos estabelecimentos penais, permanecerá sob o controle estatal, a cargo de agentes públicos admitidos por meio de concurso.

O edital, pois, traduz lisura ao distribuir as atribuições necessárias ao funcionamento das unidades prisionais alvo da cogestão, ora aos funcionários da contratada, ora aos servidores públicos, de maneira que a promulgação da EC 104/19 não faz com que tal sistemática torne-se eivada de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Veja-se a que a criação das polícias penais se deu, como ensina Pedro Lenza<sup>1</sup>, para garantir, precipuamente, "*que os policiais militares e civis e demais órgãos de segurança não serão desviados de suas funções essenciais para fazer a segurança dos estabelecimentos penais, bem como as atividades de guarda e escolta de presos*" – desvirtuamento este que não vai ocorrer no modelo de cogestão –, enquanto o edital resguarda de forma satisfatória as funções típicas de poder de polícia, arroladas nos incisos do indigitado artigo 83-B, da LEP, de 'classificação de condenados', 'aplicação de sanções disciplinares', 'controle de rebeliões' e 'transporte de presos'.

Cumprе mencionar, ainda, que os postos de trabalho dos profissionais ligados ao futuro contratado foram de fato previamente definidos e estruturados de maneira a evitar, na maior medida possível, o acesso físico à pessoa privada de liberdade, tal como se depreende, por exemplo, das fotos e projetos arquitetônicos e estruturais integrantes da minuta recursal (fls. 1.005/1.010).

Logo, prospera a assertiva de que expressiva parcela das funções

<sup>1</sup> Direito Constitucional Esquemático. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 559.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

materiais e acessórias relacionadas à rotina interna da unidade, a exemplo da movimentação dos reclusos, será controlada pelos empregados do contratado mediante mero acionamento de recursos de automação, como a abertura e fechamento das celas, das gaiolas e dos corredores, reduzindo drasticamente o contato físico entre eles e os reclusos, e, conseqüentemente, as possibilidades de serem desrespeitados os direitos básicos ligados, principalmente, à integridade física daqueles que transitoriamente estão sob a tutela estatal.

Impende salientar, outrossim, que ao contratado competirá operar *scanners* destinados a verificar o conteúdo e a composição dos objetos e bens que entrarem na unidade prisional, seja dos próprios presos ou mesmo de visitas. Havendo recusa de qualquer pessoa a se submeter ao procedimento previsto, o protocolo consiste no acionamento dos agentes de segurança penitenciária (policia penal), que, por seu turno, tomarão as medidas cabíveis. De forma parelha, as revistas pessoais, programadas para se darem, de forma primeira, por meio de *scanner* corporal próprio.

De outro vértice, no que concerne à atuação de profissionais voltados a serviços técnicos, como os de assistência social, psicológica, médica, psiquiátrica, entre outras, nada se entrevê de irregular ou que viole, frontalmente, quaisquer dos princípios da Administração Pública; ao revés, tais trabalhadores devem exercer suas funções com o mesmo zelo, independência, dedicação e dever de sigilo que teriam aqueles diretamente vinculados ao Estado. Sobre o tema, previu o edital em exame que:

**"4.1.5. Os profissionais realizarão atendimentos, em consonância com a Direção da Unidade, seguindo rigorosamente os procedimentos de cada segmento profissional e de controle.**

4.1.10. **Todos os profissionais** disponibilizados pela CONTRATADA para execução de serviços técnicos e assistenciais **deverão ter formação superior nas respectivas áreas, bem como registro e situação regular perante o Conselho Regional da profissão,** salvo os Técnicos de Enfermagem e estagiários, que devem apresentar as qualificações necessárias nas suas especialidades.

4.1.11. **Os serviços relacionados à assistência jurídica serão prestados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo,** conforme competência constitucional." (destacou-se)

A respeito dos relatórios, estudos psicossociais e exames



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

criminológicos que se destinem a subsidiar a análise da ressocialização e o preenchimento de requisitos subjetivos para progressões de regime e/ou concessões de outros benefícios legalmente previstos aos encarcerados, os quais seriam elaborados por profissionais vinculados ao contratado, tem-se que estarão, a todo tempo, sujeitos a final avaliação e sopesamento dos magistrados, que, como cediço, à vista da prévia manifestação do Ministério Público e da defesa, poderão, de forma justificada, acolhê-los, refutá-los, ou, até mesmo, determinar seu refazimento. Esta, aliás, a lógica da nossa sistemática processual – civil ou penal – que garante ao magistrado, como destinatário final de toda atividade probatória ou de avaliação dos elementos que serão valorados no julgamento, o exercício independente da jurisdição.

Frise-se, diferentemente do que preconizado na sentença, que nem todos os profissionais que desempenhem serviços de assistência médica, psicológica, social, psiquiátrica, odontológica, pedagógica, religiosa e nutricional serão responsáveis pela elaboração de exames criminológicos. Em verdade, tão somente parcela desses profissionais ficará incumbida de tal mister, cujas conclusões, como já mencionado, serão objeto da indelegável análise jurisdicional por parte dos magistrados, singular ou colegiadamente.

De mais a mais, como percucientemente anotou o Colendo Órgão Especial, "*os serviços prestados por instituições privadas estarão sujeitos, ainda, a análises, avaliações e todo o processo de accountability (“prestação de contas”) que o Estado Democrático de Direito permite e, em verdade, demanda*" (Agravo Interno na Suspensão de Liminar n.º 2230040-83.2019.8.26.0000).

No que pertine às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela), obstinadamente invocadas pelos autores, não se reputa estejam a impedir a cogestão de unidades prisionais; antes, depreende-se das observações preliminares que as antecedem o contrário, ou seja, que não devem ser invocadas com a finalidade de proibir que novas práticas e estratégias sejam implementadas no sistema prisional, desde que visando, no caso concreto, ao respeito sistemático dos princípios e valores por elas traduzidos. É o que se deduz das Observações Preliminares de número 2.1 e 2.2. *Litteris*:

"Observação preliminar 2.1. Tendo em conta a grande variedade de condicionalismos legais, sociais, económicos e geográficos em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

todo o mundo, é evidente que nem todas as regras podem ser aplicadas em todos os locais e em todos os momentos. Devem, contudo, servir para estimular esforços constantes com vista a ultrapassar dificuldades práticas na sua aplicação, na certeza de que representam, no seu conjunto, as condições mínimas aceites como adequadas pela Organização das Nações Unidas."

"Observação Preliminar 2.2. Por outro lado, as regras abrangem uma área relativamente à qual o pensamento evolui constantemente. Não visam impedir experiências e práticas, desde que as mesmas sejam compatíveis com os princípios e tentem incrementar a realização dos objetivos das regras no seu conjunto. Dentro deste espírito, a administração prisional central poderá sempre justificar uma autorização de afastamento das regras."

Por fim, adentra-se ao exame de ponto fulcral debatido nos autos: o aumento dos custos relativos à implementação da cogestão nos moldes impugnados quando comparados ao modelo atualmente vigente.

Ao fazê-lo, não se pode deixar de ponderar que a pretendida melhora que se busca imprimir à qualidade de vida (estrutura física, segurança, higiene, oferta educacional e assistência material) proporcionada aos presos foi considerada pelo Tribunal de Contas Estadual compatível com o incremento financeiro editalmente previsto a tanto. E, é de se convir, em qualquer área é difícil a ocorrência de melhoras sem respectiva contrapartida financeira, com maiores investimentos.

Conquanto não haja garantias irrefutáveis de que a adoção da cogestão implicará rápidas e eficazes melhorias das condições carcerárias, o modelo foi pensado e concebido justamente para que elas sobrevenham, de tal sorte que, *de per si*, o argumento de que o erário gastará mais, sem certeza de progresso, não serve de justificativa idônea a obstaculizar a tentativa do Poder Público de cumprir mandamentos constitucionais, tudo com vistas a propiciar a efetiva recuperação e ressocialização dos presos.

Como, ainda, pertinentemente assentado pelo então Presidente deste Tribunal de Justiça, Ilustre Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, quando da suspensão da primeira liminar deferida pelo juízo *a quo*, "*a decisão com relação à conveniência e oportunidade de valer-se ou não de agentes privados em sistema de cogestão para a prestação do serviço público em tela, desde que observados os limites legais (estabelecidos mormente nos artigos 83-A e 83-B da LEP, acima transcritos)*,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*compete, em linha de princípio, à autoridade política democraticamente eleita para tanto", de modo que não pode o Poder Judiciário "subtrair da autoridade eleita a estratégica decisão – que carrega em si grande carga ideológica, aliás – de buscar apoio ou não na iniciativa privada para a gestão compartilhada de estabelecimentos prisionais, desde que tal decisão não viole a legislação aplicável à hipótese, o que, como visto, não ficou evidenciado", daí por que seriam absolutamente irrelevantes e inadequadas "quaisquer ponderações nesta seara acerca da eficiência do modelo, do sucesso ou insucesso de tal política em outros Estados ou países, da conveniência ou não de sua adoção no Estado de São Paulo, etc. Tais considerações competem ao agente eleito para tanto, que inclusive irá arcar, politicamente, com o ônus de seu eventual insucesso" (Suspensão de Liminar n.º 2230040-83.2019.8.26.0000).*

Logo, delineados como estão os fatos, caso de reformar a sentença combatida, para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Não evidenciada hipótese de litigância de má-fé, indevida condenação em honorários advocatícios (artigo 18, da Lei n.º 7.347/85).

Finalmente, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considera-se prequestionada toda a matéria, pois *"para que se tenha por configurado o pressuposto do prequestionamento, é bastante que o tribunal de origem haja debatido e decidido a questão federal controvertida, não se exigindo expressa menção ao dispositivo legal pretensamente violado no especial"* (RSTJ 157/31, 148/247, RT 659/192, entre dezenas de outras).

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao reexame necessário e ao recurso voluntário, nos termos da fundamentação.

**José Eduardo Marcondes Machado**  
**Relator**