

PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E O DECRETO Nº 11.964/2024: A EVOLUÇÃO DAS FORMAS PARA SE PRIVATIZAR NO BRASIL

PRIVATIZATION OF PRISONS AND DECREE NO. 11,964/2024: THE EVOLUTION OF WAYS TO PRIVATIZE IN BRAZIL

Ramon Rodrigues Claro Moreira*

Resumo: Com a penetração da ideologia neoliberal no Brasil em meados dos anos de 1990, a razão comum da administração pública e dos governos brasileiros passou a ser regida pela lógica do progressivo desmonte da máquina pública, com fins de garantir maior participação dos entes privados nas atividades que antes eram exclusivas do poder público. Dessa forma, a privatização dos mais diversos setores estatais, incluindo os setores de segurança pública, como a administração de presídios, foram efetuadas em larga escala a partir dos governos eleitos após a redemocratização. No ano de 2024, a partir do Decreto nº 11.964/2024, o Poder Executivo abriu a possibilidade para que os contratos de parceria entre o poder público e o meio privado no âmbito da segurança pública e das penitenciárias pudessem ser realizadas nos moldes do Programa de Parceria e Investimentos (PPI), o que significou mais um avanço processual na legislação que regula a privatização dos setores públicos. Nesse sentido, esse artigo busca, tendo como pressuposto a criminologia crítica, a partir de uma perspectiva histórica, compreender os efeitos da prática da privatização de presídios na sociedade brasileira e o impacto do Decreto nº 11.964/2024 no processo neoliberal de implementação de um Estado Regulador, além de, apontar para uma possível superação constitucional dos processos de privatização, a partir da “Teoria da Constituição Dirigente”.

Palavras-chave: Privatização. Neoliberalismo. Presídios. Decreto nº 11.964.

Abstract: With the penetration of neoliberal ideology in Brazil in the mid-1990s, the common rationale of public administration and Brazilian governments began to be governed by the logic of progressive dismantling of the public machine, with the aim of ensuring greater participation of private entities in activities that were previously exclusive to the public authorities. Thus, the privatization of the most diverse state sectors, including public security sectors, such as prison administration, was carried out on a large scale by governments elected after redemocratization. In 2024, through Decree No. 11,964/2024, the Executive Branch opened the possibility for partnership contracts between the public authorities and the private sector in the area of public security and penitentiaries to be carried out under the terms of the Partnership and Investment Program (PPI), which represented yet another procedural advance in the legislation that regulates the privatization of public sectors. In this sense, this article seeks, based on critical criminology, from a historical perspective, to understand the effects of the practice of privatizing prisons on Brazilian society and the impact of Decree No. 11,964/2024 on the neoliberal process of implementing a Regulatory State, in addition to pointing to a possible constitutional overcoming of privatization processes, based on the “Theory of the Governing Constitution”.

Keywords: Privatization. Neoliberalism. Prisons. Decree no. 11,964.

1. INTRODUÇÃO

Desde a redemocratização, o Brasil vive sob a égide de políticas econômicas neoliberais. O fim da ditadura militar e a ascensão de governos democraticamente eleitos não significaram o fim da desigualdade e da pobreza no Brasil, pois, ao mesmo tempo em que a democracia retornava ao país, tomava força no mundo e, especialmente na América Latina, as políticas econômicas neoliberais, que dentre outras medidas propunha a austeridade fiscal e o desmonte da máquina pública por meio da privatização e a concessão de serviços públicos para a iniciativa privada.

Em dezembro de 1989, o então candidato à presidência Fernando Collor de Mello venceu as eleições presidenciais do Brasil. Um mês antes, se reuniam em Washington economistas, entidades financeiras e funcionários do governo norte-americano para avaliar as políticas econômicas

* Graduando do curso de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1871078171759253>. Email: ramon.rodrigues@ufms.br.





vigentes no continente americano, e as conclusões desta reunião, que ficaram conhecidas como *Consenso de Washington* (Williamson, 1990), se resumiam em dez propostas de políticas econômicas que deveriam ser adotadas pelos governos latino-americanos, sendo uma delas e talvez a mais impactante para a administração pública do Brasil, a privatização de empresas públicas, que foi adotada primeiramente como política econômica pelo governo de Fernando Collor de Mello e teve seu clímax no governo de Fernando Henrique Cardoso¹.

O primeiro passo para a efetivação da medida proposta pelos EUA foi o I Programa Nacional de Desestatização, criado em 1990 por meio da Lei nº 8.031/1990, que tinha como único objetivo alavancar o processo de privatização. E desde sua criação até 1992 foram privatizadas cerca de 18 empresas estatais federais (Teles e Dias, 2022). Se sucedeu a este o II Programa Nacional de Desestatização criado no governo FHC, pela Lei nº 9.491/1997, que garantiu um avanço processual na privatização.

A partir dos dois programas, a diminuição do Estado constituiu-se num eterno devir da administração pública brasileira resultando na elaboração de variadas leis que regulamentam e dão novos moldes a esse processo, e na consolidação de um discurso político que demoniza a atuação do Estado. É próprio desse discurso as afirmações sobre a ineficiência e os altos custos dos serviços oferecidos pelo Estado, e a necessidade de se transmitir à iniciativa privada o oferecimento dos mais variados serviços públicos. Em outras palavras, pode-se dizer que o Consenso de Washington se tornou a narrativa oficial dos governos brasileiros eleitos após a redemocratização, o que influenciou para o fortalecimento da privatização de presídios no Brasil.

Nesse sentido, sob a perspectiva da criminologia crítica, e tendo como premissa teórica que a privatização de presídios não é um fenômeno isolado, mas sim o resultado da aproximação, fundada no paradigma neoliberal, entre o meio público e o meio privado, na busca da expansão do capital, esta pesquisa objetiva examinar como a privatização de presídios se materializou no Brasil, a partir da década de 1990, e como, mais recentemente, o Decreto nº 11.964/2024 se inseriu como uma medida legal para tornar mais vantajoso para a iniciativa privada alocar seu capital na construção e administração de presídios, levando criação de um nicho de mercado altamente lucrativo, que extrai o seu lucro explorando o Direito Penal, o poder punitivo do Estado, e o cerceamento da liberdade de indivíduos encarcerados, que sob a lógica de um presídio privado são desumanizados a ponto de se tornarem uma nova fonte de renda para a iniciativa privada.

2. PRISÃO E CAPITALISMO

Numa leitura marxista do nascimento das penitenciárias e sua relação com a *acumulação primitiva do capital*², os alemães Otto Kirschheimer e Georg Rusche, apontam para o fato de que as prisões sempre existiram para a regulação de determinada estrutura econômica, sintetizada na máxima: “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção” (Rusche; Kirscheimer, 2004, p. 20). Para a criminologia marxista, a violência penal é parte fundamental do processo de acumulação primitiva, ela é necessária para disciplinar as classes expropriadas dos meios de subsistência, e introduzir a lógica do trabalho assalariado. Nesse sentido, o poder punitivo e a penitenciária historicamente são instrumentos ba-

1 O ex-presidente do BNDES que dirigiu o banco entre 1990 e 1992, Eduardo Modiano, encara o governo de Fernando Henrique Cardoso como sendo a terceira fase do processo de privatização no Brasil, e o momento em que a privatização realmente dá um salto de efetividade, sendo a primeira e segunda, os governos de Collor e Itamar Franco respectivamente (Modiano, 2000).

2 Marx, em *O Capital - Livro I*, denota que o processo de acumulação capitalista não tendo origem em si mesma, na verdade é fruto de um processo histórico anterior de acumulação que envolve o uso da violência para expropriar os produtores diretos de seus meios de produção, e assim transformá-los em trabalhadores assalariados. Esse processo de acumulação, que para Marx tem sua “forma clássica” na Inglaterra, onde levas de camponeses foram expulsos de suas terras e meios de produção, para mais tarde serem integrados como classe assalariada, é a definição que Marx dá “a assim chamada acumulação primitiva” (2017).

silares para a sustentação de qualquer sistema de produção, especialmente o sistema capitalista.

Seguindo na mesma esteira de compreender as razões do surgimento da prisão e sua relação com o modo de produção capitalista, os criminólogos italianos Dário Melossi e Massimo Pavarini escreveram a obra *Cárcere e Fronteira* (2006). Para os autores, no momento de transição do modo de produção feudal para o capitalista, dentro do processo de acumulação primitiva, a burguesia dependia fortemente do Estado, que tinha a função de controlar a nova classe operária, o que era feito em parte, por meio das instituições segregadoras, como as casas de correção. Para os autores, na Inglaterra, as casas de correção foram uma resposta ao fenômeno da vagabundagem instaurado após a expulsão dos camponeses das terras nos séculos XV e XVI. As casas de correção eram designadas para oferecer trabalho aos desempregados, ou trabalho forçado a que se recusasse (Melossi e Pavarini, 2006, p. 37). Além disso, devido às condições subumanas de trabalho dentro delas, as casas de correção tinham a função de aterrorizar os trabalhadores livres, para que estes se submetessem a quaisquer condições de trabalho: “O trabalho forçado nas *houses of correction* ou *workhouses* era direcionado, portanto, para dobrar a resistência da força de trabalho e fazê-la aceitar as condições que permitissem o máximo grau de extração de mais-valia” (Melossi e Pavarini, 2006, p. 38).

Assim, o Estado e seu poder de coerção para obrigar os expropriados ao trabalho, por meio das casas de correção, foram essenciais para a consolidação do modo de produção fundado no trabalho assalariado. No entanto, no século XX, a partir do processo de transformação da ideologia do capital, de liberalismo para neoliberalismo, de um capitalismo que encontrava seu sustento na força coercitiva e política do Estado, para um capitalismo que, já estabelecido e enraizado na sociedade, encontra alicerce no processo democrático³, tem-se a consolidação de novos paradigmas político-econômicos para a expansão do capital, que busca se distanciar do Estado. Sob o modelo neoliberal, a intervenção estatal é tida como inimiga da prosperidade, e quaisquer formas de políticas intervencionistas são tomadas como ataques à liberdades econômicas. A partir desse novo paradigma econômico, a nova roupagem do capitalismo é a da abertura das fronteiras econômicas e a da diminuição da estrutura estatal, mediante a privatização, medidas impostas principalmente para os países da América Latina, sob a fachada de serem condicionantes para a prosperidade dessas nações, como exposto no Consenso de Washington (Giambage e Almeida, p. 9, 2003).

3. A ORIGEM DO FENÔMENO DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

Britney Majure (2016), citando Charles Campbell, localiza as origens da relação entre entidades privadas e o sistema prisional nos Estados Unidos, no momento do fim da Revolução Americana, momento em que havia grande necessidade de aprisionar os inimigos derrotados. Nesse sentido, a prisão era uma expressão da vontade das elites vencedoras de separar os indivíduos indesejáveis da sociedade, mantendo-os presos e distantes. Nesse sentido, Majure:

Prison studies expert Charles Campbell dates privatized imprisonment to the convict leasing system, which originally involved private parties responsible for the detainment and care of prisoners at the end of the American Revo-

³ Para o economista Bresser Pereira (2002), a democracia não era viável nos modos de produção anteriores ao capitalismo, especialmente em sociedades onde a classe dominante extraía o excedente econômico por meio de controle direto sobre o Estado. A mudança começa com a revolução capitalista, que inclui a formação do Estado-nação e a Revolução Industrial, eventos fundamentais que alteram a maneira como o excedente é gerado e distribuído. A burguesia passou a extrair o excedente econômico a partir do mercado, por meio da troca de valores, sem a necessidade de controle direto do Estado. Com isso, a burguesia, que antes temia a possibilidade de uma estrutura política mais democrática, começou a aceitar a democracia, embora com ressalvas. Ainda havi medo no sufrágio universal, pois este poderia resultar na ascensão de um partido socialista que alteraria as relações de poder. Para mitigar esse risco e preservar seus interesses, a burguesia adotou dispositivos constitucionais que restringiam o poder do legislativo e do executivo. Esses mecanismos foram desenhados para garantir que a democracia não ameaçasse a estrutura de poder dominante. Ao implementar essas restrições, a burguesia conseguiu, por fim, eliminar seu medo do sufrágio universal, permitindo, assim, a transição para um modelo democrático que, embora formalmente representativo, era condicionado pela manutenção dos interesses da classe dominante.





lution. Under this system, after a battle ended, elites loaded society ills onto hulks, which then became prison ships (2016, p. 8).

Apesar desse histórico, a privatização de presídios aconteceu de forma mais contundente, tanto nos Estados Unidos, quanto em outros países de língua inglesa, como Austrália e Reino Unido, a partir da declaração de guerra às drogas, do Presidente Ronald Reagan, na década de 1980 (Majure, p. 22). Nesse momento, a ascensão do modelo econômico neoliberal, norteadado pelo princípio da diminuição da estrutura do Estado, propagado no mundo, principalmente pelos discursos e políticas de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, foram vitais para a consolidação do que veio se chamar “indústria penal”. Como resultado da ideologia neoliberal de privatização, teve-se na década de 1980, a fundação de uma das maiores companhias destinadas a construir e administrar presídios, nos Estados Unidos, a *Corrections Corporations of America (CCA)*, ou *CoreCivic, Inc.* A expansão dessa companhia foi tão expressiva que em 2015 a empresa já mantinha uma receita de 1.9 bilhões de dólares, e em 2016 já administrava cerca de 65 instalações penitenciárias ao longo de todos o território dos Estados Unidos, o que incluía prisões federais, estaduais, municipais e centros de detenção de imigrantes⁴.

Há de se ressaltar aqui que a forma de privatizar entregando-se de forma total a administração do presídio para a entidade privada é concebida, na literatura sobre privatização de presídios, como um dos dois modelos possíveis de privatização vigente, sendo este o modelo americano, também denominado modelo de controle total, que difere do segundo, o modelo francês, no qual somente parte das atividades penitenciárias ficam a cargo das entidades privadas (Vallaroy, 2020). A partir da consolidação deste primeiro bloco de privatizações no centro do capitalismo, a lógica de privatização de presídios penetra nos países do sul global, dentro de um pacote de medidas neoliberais mais extenso que, como já explicitado aqui, adentra o Brasil de forma contundente nos governos de Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso.

4. O CASO BRASILEIRO DE PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

A origem do processo de privatização de penitenciárias no Brasil é parte do projeto neoliberal que penetra no país na década de 1990. Em 1992, Edmundo Oliveira, presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), apresentou em reunião ao Conselho, o primeiro projeto de privatização do sistema penal brasileiro como uma solução aos problemas de superlotação e péssimas condições das penitenciárias. Ainda em 1992, o Estado de São Paulo por meio da Lei nº 7.835/1992, a qual “dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos [...]”, foi o primeiro Estado brasileiro a determinar legalmente a possibilidade da privatização de presídios. No entanto, a lei, no que diz respeito à concessão de serviços públicos, não inovava no ordenamento jurídico, pois a Constituição Federal de 1988, já previa em seu artigo 175 a concessão de serviços públicos (Brasil, 1988). Apesar disso, foi em 12 de novembro de 1999, no Paraná, com a inauguração da Penitenciária Industrial de Guapuva, administrada de forma mista pela empresa Humanitas, e o Governo do Estado, que houve “a primeira experiência brasileira significativa de privatização carcerária” (Vallaroy, 2020). A partir desta primeira tentativa, outros Estados adotaram o modelo e, em 2005, já havia no Brasil cerca de treze estabelecimentos prisionais sendo administrados por empresas privadas (Vallaroy, 2020).

Como dito, a realidade da privatização do sistema penitenciário brasileiro se dava pela forma da concessão dos serviços públicos, previsto no artigo 175 da Constituição, e regida pela Lei nº 8987/1995. Porém, o modelo de privatização entendido a partir destes dispositivos fora preterido pela forma da Parceria Público-Privada (PPP), instituída pela Lei nº 11.079/2004. A PPP no sistema penitenciário é fundada no tipo de contrato em que a iniciativa privada deve construir e

⁴ Dados extraídos do site: <https://www.motherjones.com/politics/2016/06/cca-corrections-corporation-america-private-prisons-company-profile>.

administrar o estabelecimento penitenciário para em determinado momento transferi-lo para o Estado, para que este apenas fiscalize o processo e o desempenho dos serviços prestados (Vallaroy, 2020). Algumas são as diferenças com o modelo de concessão prevista na Lei nº 8.987/1995, e o modelo de PPP é mais vantajoso para o ente privado, como explicitado por (Vallaroy, 2020, p. 151):

Este modelo desperta o interesse nos grupos privados exatamente pelas características que o distingue das concessões comuns, como o longo período de vigência mínima do contrato, a repartição dos riscos com o Estado, o valor mínimo de contrato de dois milhões e a remuneração estatal. É um modelo muito comum nos Estados Unidos, independente do tipo de privatização prisional utilizado, cogestão ou controle total.

Apesar de ambas serem processos que levam a delegação ao ente privado de alguma atividade do setor público, a doutrina jurídica entende que concessão e PPP possuem significados diferentes. Sobre a concessão, Maria Sylvania Zanela Di Pietro (2020, p. 624–33) ensina que em sentido amplo ela pode ser entendida como:

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

A Parceria Público-Privada é definida pelo art. 2º, § 1º e § 2º, da Lei nº 11.079/2004:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Di Pietro (2020, p. 650–51) analisa que a partir do dispositivo supracitado a parceria público-privado:

pode ter por objeto a prestação de serviço público (tal como na concessão de serviço público tradicional) ou a prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta (o que também pode corresponder a serviço público), envolvendo ou não, neste segundo caso, a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens [...].

Conforme a revogada Lei nº 8.031/1990, a privatização era entendida como “a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade”. Percebe-se que a lei dava ao termo sentido específico que somente abrangia empresas estatais e sociedades de economia mista. A Lei nº 9491/1997, lei vigente que revogou a Lei nº 8.031/1990, não fala em privatização, mas sim em “desestatização”, conceito que o dispositivo legal tornou mais abrangente:

Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:

§ 1º Considera-se desestatização:

- a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;
- b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.
- c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

As alíneas “b” e “c” garantiram ao termo “desestatização” abarcar outras entidades além das empresas estatais e sociedades de economia mista. E a diferenciação entre os termos, privatização, concessão e PPP, que fazem as leis e a doutrina jurídica, não muda o fato de que na essência



dessas atividades está a transferência de parte do Estado (seja o serviço, a obra, os bens, as entidades, o controle acionário das empresas) para a iniciativa privada, de forma definitiva, ou temporária. Além disso, ao se considerar a “desestatização” prevista na Lei nº 9491/1997 como uma evolução jurídica do conceito de “privatização”, presente na Lei nº 8.031/1990, pode-se inferir que toda a prática que tenha como efeitos a transferência da execução de serviços públicos para a iniciativa privada é uma prática privatizadora, e a concessão e a PPP são meios para este fim.

O Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, inaugurado em 2013 e situado em Minas Gerais, foi a primeira experiência de construção e administração de presídio por meio de PPP. Nesse caso, como já dito, o Estado somente fiscaliza o processo de construção e administração, delegando para a iniciativa privada não somente atividades acessórias como a limpeza e a alimentação, mas também atividades típicas do Estado, inclusive aquelas realizadas com fulcro no poder coercitivo da administração pública. Deve se considerar que o Estado ao delegar a administração do presídio para a iniciativa privada, também está delegando o uso do poder de polícia, pois ao encarcerar e manter a segurança de um presídio, o Estado está utilizando-se do poder de polícia, legalmente previsto no Código Tributário Nacional que aduz em seu art. 78:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Sobre o poder de polícia, Di Pietro (2020) ensina que “Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” (p. 323) e que seu fundamento é “o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados” (p. 319).

É por meio do uso do poder de polícia que o Estado é capaz de privar um indivíduo de sua liberdade, encarcerá-lo em uma penitenciária. A própria manutenção do funcionamento de uma prisão requer o uso do poder de polícia, para conter os encarcerados “disciplinados” e evitar rebeliões. Ocorre que ao se delegar a atividade de administração de um presídio para a iniciativa privada, inevitavelmente, estará também se delegando o poder de polícia ao gestor privado que deverá manter o presídio funcionando e reforçar a sua segurança, o que constitui numa ilegalidade de acordo a Lei de Execução Penal, que estabelece em seu art. 47 que o poder disciplinar, na execução penal, deverá ser realizado pelas autoridades administrativas (Brasil, 1984).

No horizonte constitucional, Silva (2016) identifica uma contrariedade entre a privatização de presídio e a Constituição, quando esta declara em seu art. 144 que a segurança pública é um dever do Estado. Para o autor:

Delegar ao particular a manutenção da ordem, da disciplina e da segurança no interior da Unidade Penal, dos registros com a identificação datiloscópica e fotográfica dos sentenciados, bem como a atualização dos prontuários dos sentenciados, de maneira a permitir o acompanhamento da pena e dos direitos concedidos, é ato de autoridade, que pode exigir o uso da força, e que somente o Estado tem poderes constitucionalmente outorgados para realizá-los (p. 107).

Nesse sentido, a privatização da administração de um presídio está em desacordo com diversas normas legais, inclusive com a Constituição Federal.

5. AS NOVAS CONFIGURAÇÕES LEGAIS PARA A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIO NO BRASIL: O DECRETO Nº 11.964/2024

Na data do dia 26 de março de 2024 foi editado o Decreto n. 11.964, que se dispõe a “regular os critérios e as condições para o enquadramento e acompanhamento dos projetos de investimento considerados como prioritários nas áreas de infraestrutura [...]” (Brasil, 1984). Aqui o decreto faz referência ao Programa de Parceria e Investimento (PPI). No art. 4º, IX, o decreto incluiu a área de segurança pública e sistema prisional como uma das áreas sujeitas ao regime de parceria e investimento privado. Até então, a privatização de presídios era legalmente amparada pelas leis que instituíram o modelo de concessão e o Parceria Público Privada, com o novo decreto, há inovação no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à privatização, ao se criar mais uma possibilidade de aproximação entre iniciativa privada e o sistema penitenciário.

Criado pela Lei nº 13.334/2016, o Programa de Parceria e Investimento (PPI) visa o fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada, por meio da celebração de contratos de parceria, para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização (art. 1º, *caput*). Como esclarece Garcia (2018), a lei não cria nenhum tipo contratual novo, mas sim qualifica determinados contratos e empreendimentos para que estes tenham maior atratividade comercial. Conforme a referida lei, os contratos qualificados no PPI “serão tratados como empreendimentos de interesse estratégico e terão prioridade nacional perante todos os agentes públicos nas esferas administrativa e controladora da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 5º, *caput*). O fortalecimento do papel regulador do Estado (art. 2º, V), e a eliminação das barreiras burocráticas à livre organização da atividade empresarial (art. 6, II) são alguns dos objetivos expressos na Lei nº 13.334/2016, não havendo dúvida, portanto, de que o PPI é parte do projeto de redução da atividade estatal, fundado na ideia do Estado regulador.

O Estado regulador tem como fundamento abdicar da participação direta no oferecimento dos serviços públicos e na atividade econômica, resguardando para si o papel de regulador das atividades econômicas promovidas pelo setor privado. O Estado regulador fica responsável por promover a fiscalização, a fim de garantir a universalidade dos serviços públicos (Bercovici *et al*, 2006).

O Decreto nº 11.964/2024 ao incluir a área de segurança pública e sistema prisional como passíveis de contratação na modalidade PPI tornou os investimentos nessas áreas mais lucrativos e seguros, o que certamente irá aumentar a participação do meio privado por meio dos contratos de parceria. Soma-se a isso o fato de ter sido promulgado em 2023 a Lei Complementar nº 200/2023 que instituiu o chamado novo arcabouço fiscal em substituição ao teto de gastos implementado no governo de Michel Temer. O arcabouço fiscal tem como finalidade o controle do endividamento do Estado, impedindo gastos acima de um limite legalmente imposto, o que na prática se traduz em uma redução do crescimento da máquina pública. A privatização dos diversos setores do Estado somado a um sistema de normas legal que limita os gastos públicos, e consequentemente limita um maior oferecimento de serviços públicos, são efeitos da mesma ideologia propagada pelos ideais do Consenso de Washington, é a continuidade do processo, iniciado na década de 1990 com implementação do neoliberalismo nos governos do sul global, que leva à substituição do Estado intervencionista, pelo Estado regulador.

Mais ainda, o Decreto nº 11.964/2024, na seara do sistema penal, aponta para a construção de um futuro muito semelhante àquele denunciado por Angela Davis em sua obra *Estarão as Prisões Obsoletas*, e que se consolidou nos Estados Unidos, o da criação de um “complexo industrial-penal”. Na obra, a autora traçou um diagnóstico acerca da realidade do sistema carcerário norte-americano, de-





notando que os presídios, na conjuntura de um sistema econômico baseado na propriedade privada, estão inseridos em uma dinâmica em prol da exploração da mão de obra do apenado que relaciona “grandes corporações, governo, comunidades correccionais e mídia” (2020, p. 91–92). Para a autora essa proximidade entre corporações privadas e presídios gera o que os estudiosos do tema chamam de “complexo industrial-penal”, um espaço em que o apenado é forçado a trabalhar e produzir valor em benefício dessas corporações que detêm a propriedade da penitenciária.

Uma nova forma de lucrar e explorar a mão de obra se consolida a partir do desmantelamento do Estado brasileiro. As privatizações no âmbito penal além de servirem para a concretude do projeto neoliberal de diminuição do Estado brasileiro, também aprofundam todo tipo de desigualdade e violência existente na esfera do direito penal. Ao se tratar de um país que sempre encarou a questão do encarceramento em massa, e do encarceramento desigual entre pessoas brancas e negras, substituir a lógica de encarceramento do Estado, pela lógica do lucro da iniciativa privada só tende a aprofundar essas problemáticas.

6. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E OS CAMINHOS PARA A SUPERAÇÃO DO DIREITO PENAL

A partir do paradigma do *labelling approach*⁵, a criminologia crítica se consolida como uma grande ferramenta para a análise e discussão do fenômeno da criminalização das classes menos abastadas. Expandindo o horizonte da discussão criminológica, o *labelling approach* possibilita uma discussão criminológica sob uma perspectiva macrossociológica, buscando explicar o papel dos determinantes jurídicos, econômicos, políticos, históricos e culturais na “produção” da criminalidade. Para Baratta (2002, p. 159), a adoção do *labelling approach* pela sociologia criminal significou a transição de uma criminologia sob raízes liberais para uma criminologia crítica, com vistas a construir uma teoria materialista da criminalização.

Sob este enfoque teórico, Baratta (2002, p. 162) propõe uma crítica ao Direito Penal, desmascarando “o mito do direito penal como direito igual por excelência”, que protege a todos igualmente, e cria leis penais que valem igualmente para todos. A esse mito o jurista responde com três críticas:

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais está igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas dos bens essenciais o faz com intensidade desigual e modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

O materialismo de Baratta permitiu ao autor entrever as relações de poder e de classe que estruturam o Sistema Penal. Este é situado pelo autor na forma de uma instituição reprodutora de desigualdades. Mas não somente, pois Baratta está em acordo com Rusche, quanto ao papel de reprodutor da realidade social do Sistema Penal. De acordo com Rusche (1993, p. 70 *apud* Baratta, 2002, p. 171–172):

A instituição do direito penal pode ser considerada, ao lado das instituições de socialização, como a instância de asseguramento da realidade social. O direito penal realiza, no extremo inferior do continuum, o que a escola realiza na zona média e superior dele: a separação do joio do trigo, cujo efeito ao mesmo tempo constitui e legitima a escala social existente e, desse modo assegura uma parte essencial da realidade social.

Na esteira da crítica ao Sistema Penal, sob o alicerce da criminologia crítica, Baratta, assim como Zaffaroni, propõe a teoria de um Direito Penal Mínimo, ou seja, um direito penal com o míni-

⁵ O *labelling approach* também chamado de teoria do etiquetamento social, se funda como uma matriz teórica, que desloca as investigações das causas dos crimes da pessoa delinquente, e o seu meio social para o sistema penal, entendido como um conjunto de processos que tem como fim o etiquetamento na identidade do desviante (Andrade, 1994).

mo de uso do poder coercitivo do Estado e com o máximo de respeito aos direitos humanos e as garantias constitucionais. Outros juristas como Luigi Ferrajoli, não adeptos da criminologia crítica, também se inserem nesta corrente denominada de “Minimalismo Penal”, no entanto, a especificidade do Direito Penal Mínimo proposto por Baratta (1997) e Zaffaroni (1991) é que a estrutura penal mínima não é o fim último do direito, mas apenas uma etapa de transição, para a concretização dos objetivos de abolição do próprio direito. Ambos os autores, dessa forma, estão alinhados com as perspectivas teleológicas de superação da forma direito propostas inicialmente por Marx, e mais tarde elaboradas propriamente no campo da ciência jurídica por Evgeni Pachukanis em seu célebre tratado *Teoria Geral do Direito e Marxismo*.

No entanto, postula-se neste trabalho que ao se conjugar a realidade do sistema penal brasileiro com a teoria do Direito Penal Mínimo, deve-se ter em mente que as especificidades da realidade em que se situa esse sistema penal, a realidade de uma nação de economia subdesenvolvida, produto da periferia do capitalismo global, podem se mostrar impeditivas para um processo de transformação social que tenha como pressuposto a crítica às amarras políticas e econômicas que historicamente moldaram o Direito Penal. É nesse sentido que se buscou nesta pesquisa atrelar a essa teoria de superação da forma penal, com a Teoria da Constituição Dirigente, que sob a perspectiva do fim do subdesenvolvimento busca na Constituição Federal, os pressupostos para a construção de um projeto nacional de desenvolvimento.

7. A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E O PROJETO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO

A Constituição de 1988 é alvo de múltiplos debates acerca da interpretação de seu conteúdo. Para Bercovici (2022, p.53), a Constituição de 1988 se insere no fenômeno chamado “constitucionalismo social” em que as Constituições, em seu conteúdo econômico, pretendem fazer alterações na realidade econômica e não somente receber a estrutura econômica já existente. Nesse sentido ela se categoriza como Constituição Dirigente, conceito consagrado pelo jurista José Gomes Canotilho para indicar uma Constituição que possui em seu texto um plano de transformação social e do Estado (Bercovici, 2013, p. 291). No entanto, Bercovici ao falar de dirigismo constitucional não tem em mente a mudança da realidade pela via do direito constitucional, o direito não é capaz de mudar a realidade, mas assegura meios para que as lutas sociais sejam travadas no campo jurídico e político. Dessa forma, o dirigismo aponta para a possibilidade da mudança pela via social. A Constituição “referenda judicialmente as mudanças, mas não é responsável por mudá-las” (Bercovici, 2022, p .57).

Um dos principais dispositivos constitucionais no sentido da transformação da realidade é o art. 3º e seus incisos. Aduz o referido dispositivo:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não há de se pensar na concretização desses ideais numa sociedade em que vigora um modelo de execução penal administrado pela iniciativa privada. A iniciativa privada age de forma a alcançar os resultados que garanta o maior lucro e num setor, como o sistema penal, este lucro é extraído a partir do maior encarceramento dos indivíduos. Ainda assim, a Constituição de 1988 vigora como um chamamento à luta social, por meio de um projeto de desenvolvimento, pela implementação de um sistema penal que não seja norteador pela lógica do lucro. No entanto, apesar de lançar as bases para um projeto de desenvolvimento nacional, a Constituição de 1988 foi re-





formada inúmeras vezes, o que para Bercovici (2022) significa que ainda não houve um consenso mínimo para estabelecer, a partir das bases constitucionais, um projeto de desenvolvimento.

Nesse contexto, Bercovici (2003) declara a crise da Constituição e da Teoria da Constituição, e, para superá-la, o autor propõe a necessidade da formulação de uma Teoria do Estado, capaz de compreender as relações entre a política, a democracia, a soberania, a Constituição e o Estado. Uma teoria que busca entender o Estado em seu movimento histórico, superando as teorias dos Estados modernos que pressupunham um Estado imutável, da mesma forma como propôs o filósofo Hermann Heller. Segundo Renato Treves (1957), Heller propunha uma teoria do estado que destoava daquelas de seu tempo, que em geral propunham regras gerais para o Estado. Para Heller, essas teorias erravam ao acreditar num estudo do Estado que desconsiderava as condições peculiares do tempo e do espaço nos quais está inserido o Estado. Conforme Treves (1957, p. 342):

Estas doctrinas generales, según Helier caen en el error de creer que el estado puede ser estudiado independientemente de las singulares consideraciones de tiempo y lugar, y parten de un presupuesto inadmisibile, al decir que el estado, o por lo menos su estructura formal es algo fijo, invariable e independiente de aquellas condiciones.

Na definição de sua teoria do Estado, o filósofo alemão toma o caminho intermediário entre as concepções científico-naturalistas, e as concepções espiritualistas e idealistas e determina que o Estado não pertencendo nem ao mundo da natureza, nem ao do espírito, pertence ao mundo da cultura, definido como:

aquel mundo en el que los fenómenos de la naturaleza son transformados por la actividad humana y son, por esta misma actividad, encauzados hacia determinados ideales, dirigidos a la realización de ciertos valores espirituales (Treves, 1957).

Dessa forma, o Estado para Heller é essencialmente atividade humana social, “unidad organizada de decisión y de acción” (Treves, 1957). A teoria do Estado para Heller pertence às ciências da realidade, que se referem a ação e estudam a realidade atual, e deve ser em todos os seus aspectos uma ciência sociológica da realidade, que compreende o Estado como uma formação histórica real, e busca explicá-lo com base no princípio de causalidade e na interpretação da conexão que há entre as atividades históricas e sociais. Assim, Heller propõe que o método para o estudo do Estado deve ser um que esteja entre o método das ciências naturais, que buscam compreender as leis naturais e criar conceitos gerais, e o método das ciências históricas que se atentam aos aspectos particulares dos fenômenos distintos e criam conceitos individuais.

Nesse ínterim, a Teoria do Constitucionalismo Dirigente aliada a uma Teoria do Estado que seja capaz de conceber todos os elementos históricos, econômicos, políticos e sociais próprios da realidade brasileira, é tida por Bercovici como uma saída pela qual a sociedade, apoiada na Constituição Federal, possa questionar e buscar a reversão do projeto neoliberal implementado no Brasil. Mais ainda, postula-se nesta pesquisa que a correlação entre ambas as teorias é fundamental para a instituição de políticas penais mais humanitárias que se aproximem da teoria do Direito Penal Mínimo.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a introdução do projeto neoliberal no Brasil ocorreu um aprofundamento das relações entre a iniciativa privada e o poder público. Desde os governos da década de 90, momento de pioneirismo do neoliberalismo no Brasil, até o governo atual do Partido dos Trabalhadores, a iniciativa privada tem somente aumentado a sua zona de controle sobre as mais diversas áreas do Estado brasileiro, reduzindo cada vez mais as estruturas da administração pública até o ponto de se consolidá-lo como um Estado regulador. Em realidade, o projeto neoliberal que é amparado pelos diversos setores da sociedade, entre eles a mídia, grande parte do legislativo, do executivo, do

judiciário e até mesmo por parte do ordenamento jurídico brasileiro, com o seu objetivo de reduzir a estrutura do Estado só tende tolher os meios para se assegurar os direitos sociais e constitucionais dos brasileiros. A privatização de presídios é apenas uma gota no enorme oceano de práticas que atacam direitos sociais, sendo uma consequência do grande processo de desmantelamento da máquina pública brasileira e da interrupção do projeto de desenvolvimento nacional que vinha se consolidando desde antes da Constituição de 1988 estabelecê-lo como um norte político. Além disso, não se pode subestimar a força política e econômica dos grupos que detém o controle dos presídios privados no Brasil, as companhias Corrections Corporation of America (CCA) e a Wackenhunt Corrections Corporations, maiores companhias de gerenciamento de presídios, já provaram a lucratividade do setor penitenciário com suas receitas bilionárias. Pensar a reversão dessas privatizações é algo assaz ilusório no contexto político econômico de sucateamento dos setores públicos e de austeridade fiscal instaurados no Brasil.

Claro que há de se considerar que a máquina pública brasileira historicamente, no âmbito penal, nunca lidou bem com o encarceramento, e isso gera a inconformidade da sociedade brasileira. A violência, as revoltas e a precariedade das penitenciárias brasileiras levam a sociedade a repensar a função dos presídios. Acontece que todos esses fatores ao invés de fomentarem na opinião pública um pensamento crítico sobre as finalidades de um presídio e da pena privativa de liberdade, em realidade foram cooptados pelo discurso político para se efetivar o modelo de penitenciária privada como uma alternativa eficiente. No entanto, esse discurso encobre toda a lógica de lucro e degradação de direitos humanos que a privatização no setor de segurança pública torna realidade.

Não obstante o cenário pessimista, é importante ressaltar o papel da Constituição Dirigente no processo de luta pelos direitos sociais e de reconstrução do Estado brasileiro, pois como Bercovici (2022) aponta, “para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro”. A Constituição de 1988 tem em si a forma e as diretrizes para a construção de um processo de eliminação da ideologia neoliberal da administração pública, em prol do desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária, como determinado pelo seu art. 3º, I, II. O desenvolvimento nacional, ou superação do subdesenvolvimento, necessariamente passa pelo fortalecimento do Estado e pela reestatização dos mais diversos setores que ao longo do período de 1990 a 2024 foram sendo transferidos para a iniciativa privada. A aposta num direito penal minimalista, que esteja de acordo com a justiça social e com o respeito às liberdades individuais, com o mínimo de uso do poder coercitivo do Estado, paradoxalmente, está condicionada pela constituição de uma Teoria do Estado, que seja capaz de pavimentar o caminho pelo qual o Estado sempre respaldado pelo interesse social tenha força política e econômica suficiente para superar a forma político-econômica do Direito Penal que sempre esteve atrelado ao desenvolvimento do capital, e a reprodução da realidade desigual.

Historicamente, no Brasil o desenvolvimentismo foi uma política econômica de desenvolvimento das forças produtivas que tinha como princípios, a industrialização, o nacionalismo e a intervenção estatal (Fonseca e Salomão, 2017). A iniciativa privada tinha papel fundamental no desenvolvimento da indústria, mas sempre de forma encabeçada e planejada pelo Estado que aos moldes da política corporativista garantia direitos sociais aos trabalhadores ao mesmo tempo que cedia espaço para a burguesia nacional realizar seu capital. No momento atual, as classes dominantes do país se interessam por dividir o Estado em vários pedaços e cruzando os limites do público e do privado, absorver os setores públicos, extraindo o máximo de lucro possível, chegando até mesmo a privatizar presídios, e, de certa maneira, o próprio Direito Penal, que agora, mais do que reproduzir a realidade social, aumenta o lucro dos administradores privados das penitenciárias ao ser aplicado de forma desigual na sociedade brasileira.





REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal, em busca da segurança jurídica prometida*. Florianópolis: CPGD/UFSC, 1994a. Tese de Doutorado.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.
- BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de; MASSONETTO, Luís Fernando. Reforma do Estado, prestação de serviços públicos, contribuições especiais e federalismo. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v. 40, p. 171–193, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto; SOUZA NETO, C. P. ; MORAES FILHO, J. F. ; LIMA, M. M. B. . *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/htm.
- BRASIL. Decreto nº 11.964, de 26 de março de 2024, Regulamenta os critérios e as condições para enquadramento e acompanhamento dos projetos de investimento considerados como prioritários na área de infraestrutura ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação [...]. Brasília: Diário Oficial da União, 2024.
- BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1990.
- BRASIL. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1997.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Transição, consolidação democrática e revolução capitalista. Dados, [S.L.], v. 54, n. 2, p. 223-258, 2011. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0011-52582011000200001>.
- DAVIS. Angela. *Estarão as Prisões Obsoletas?*. 6. ed. Rio de Janeiro. Difel, 2020.
- FONSECA, Pedro Cezar Dutra; SALOMÃO, Ivan Colangelo. O Sentido Histórico do Desenvolvimentismo e sua Atualidade. *Revista de Economia Contemporânea*, v. 21, 2017.
- FURTADO, Celso. *A construção interrompida*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- GARCIA, Flávio Amaral. Programa de parcerias e investimentos - PPI e o direito da infraestrutura. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 1, p. 1–17, 2018.
- GIAMBIAGI, F.; ALMEIDA, P. R. Morte do Consenso de Washington? Os rumores a esse respeito parecem muito exagerados. BNDES, *Textos para Discussão*, n. 103, Rio de Janeiro, out. 2003.
- MAJURE, Britney. *Corrections Corporation of America Irresponsibility and Investor Behavior*. Master Degree, Department of Political Science. University of New Hampshire, 2016.
- MARX, Karl. *O Capital: Crítica da economia política - Livro 1: O processo de produção do capital*. 2. ed. São Paulo, Boitempo, 2017.
- MODIANO, Eduardo Marco. Um balanço da privatização nos anos 90. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro (ed.). *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000. p. 321–327.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SILVA, José Adaumir Arruda da. *A privatização de presídios e sua (in)compatibilidade com o estado democrático de direito: a ressocialização irrefletida*. 2015. Dissertação (Mestrado)

– Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015.

TELES, André Correa; DIAS, Murillo de Oliveira. A evolução da privatização no Brasil. *International Journal of Development Research*, [S.L.], p. 57426-57435, 28 jul. 2022. *International Journal of Development Research*. <http://dx.doi.org/10.37118/ijdr.24868.07.2022>.

TREVES, Renato. La doctrina del estado de Hermann Heller. *Revista Unam*, 1957. p. 341–364.

VALLORY, Lucas Torres. *A privatização dos presídios: a experiência americana e a sua introdução no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

WILLIAMSON, John. *The Progress of Policy Reform in Latin America*. In: *Latin American Adjustment?*. Washington, DC: Institute of International Economics, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas, a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.