



Programa de Mestrado em Direito

**O FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL COMO PROMESSA DE VIABILIDADE
DE MELHORIAS NAS PRISÕES: UMA ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DO ESTADO
DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SEU IMPACTO NO CICLO DA POLÍTICA
PÚBLICA PENITENCIÁRIA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito
do programa de pós-graduação *Stricto Sensu*
do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora Doutora Patrícia
Perrone Campos Mello

Coorientador: Professor Doutor Paulo Afonso
Cavichioli Carmona

Brasília
2019

© 2019 Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona. Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução, cópia ou distribuição sem prévia autorização da autora.

CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli.

O Fundo Penitenciário Nacional como promessa de viabilidade de melhorias nas prisões: uma análise da declaração do estado de coisas inconstitucional e seu impacto no ciclo da política pública penitenciária brasileira.
126 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Programa de Mestrado em Direito, 2019.

Orientadora: Prof.^a Dra. Patrícia Perrone Campos Mello

Co-orientador: Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona

1. Estado de coisas inconstitucional. 2. Litígio estratégico. 3. Funpen. 4. ADPF 347 MC/DF. 5. Política Pública Penitenciária.

O Fundo Penitenciário Nacional como promessa de viabilidade de melhorias nas prisões: uma análise da declaração do estado de coisas inconstitucional e seu impacto no ciclo da política pública penitenciária brasileira

Autora: Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona

Orientadora: Prof.^a Dra. Patrícia Perrone Campos Mello

Coorientador: Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Dissertação de Mestrado submetida ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – Uni CEUB, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

APROVADA POR:

Prof.^a Dra. Patrícia Perrone Campos Mello
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Orientadora

Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Co-orientador

Prof. Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Membro interno

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Membro externo

Defesa da dissertação realizada perante a banca examinadora acima designada em Brasília, 16 de abril de 2019.

Aos meus dois grandes amores: Antônio e Paulo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, irmã e sobrinhos, por serem o meu alicerce e encherem minha vida de alegria.

À minha orientadora Dr.^a Patrícia Perrone Campos Mello, pela atenção, ajuda e compreensão durante a elaboração deste trabalho;

Ao Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger, pelas inúmeras contribuições prestadas, notadamente por ocasião da banca de qualificação;

Ao Dr. Bruno Amaral Machado, pelos ensinamentos e pela oportunidade de fazer parte do grupo de pesquisa política criminal;

Ao meu amigo de pós-graduação Msc. Dermerval Farias Gomes Filho, pela ajuda e pelo apoio sempre nas disciplinas e nesta dissertação;

À minha grande amiga Erika Loyane da Silva Soares, pelo incansável companheirismo;

Há “uma visão equivocada de que as pessoas perdem a sua dignidade pelo que elas fazem; as pessoas têm dignidade pelo que elas são, pela sua condição humana. E, assim, esse desprezo de tratar essas pessoas como se fossem lixo humano é uma forma de negar a elas dignidade.”

Luís Roberto Barroso, ADPF 347 MC/DF.

RESUMO

Historicamente, a execução da pena no Brasil é terreno de afrontas sistemáticas aos direitos fundamentais dos presos. Em 1994, o Fundo Penitenciário Nacional foi criado a fim de aumentar os investimentos no setor, viabilizando melhorias. Mas diante da persistência do quadro caótico do sistema penitenciário, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em sede de liminar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF, estar caracterizado um Estado de Coisas Inconstitucional. A reversão desse estado impõe a adoção de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Nesse último ponto, a decisão determinou a utilização eficiente dos recursos orçamentários que compõem aquele Fundo Penitenciário, determinando, de maneira simplista, o descontingenciamento das respectivas verbas. Essa determinação impulsionou politicamente o Executivo a editar a Medida Provisória nº 755/2016, que foi substituída pela Medida Provisória nº 781/2017, sendo essa convertida na Lei nº 13.500/2017. Tais normas merecem um olhar reflexivo e crítico, uma vez que sugerem o agravamento e o desvirtuamento da determinação judicial. Nesse contexto, esta dissertação tem o propósito de analisar se as normas recentemente editadas, efetivamente, destoam da decisão de descontingenciamento das verbas do referido Fundo na citada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF. Adstrito a uma instância analítica, o estudo visa, ainda, verificar se houve impacto dessa decisão no ciclo das políticas públicas. Metodologicamente, o trabalho é classificado como pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, e os procedimentos utilizados foram: revisão bibliográfica, análise de julgados, análise das normas e análise de dados oficiais, disponibilizados por órgãos oficiais brasileiros, responsáveis por fazerem levantamentos de dados do sistema penitenciário. Os resultados demonstram que a decisão de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional impactou a política penitenciária, gerando a adoção de diversas medidas pelos demais Poderes, todas sob o pretexto de reversão desse estado. Entre elas, encontram-se as normas supramencionadas, que inseriram modificações na Lei do Fundo Penitenciário Nacional, desnaturando sua finalidade originária e afastando-se da decisão da Corte.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Fundo Penitenciário Nacional (Funpen). ADPF 347 MC/DF. Política pública penitenciária.

ABSTRACT

Execution of sentences in Brazil has historically been an area of systematic violations of the fundamental rights of prisoners. In 1994 the National Penitentiary Fund was created with the aim of increasing investments in the area, enabling improvements to be made. However, in face of the persistently chaotic situation of the penitentiary system, the Federal Supreme Court recognized, through an injunction in the Claim of Non-compliance with Fundamental Precept (ADPF) 347 MC/DF, that there existed an Unconstitutional State of Affairs. The reversal of this Unconstitutional State of Affairs imposes the adoption of comprehensive normative, administrative and budgetary measures. Regarding the latter point, the ruling determined an efficient use of the budgetary resources that make up the National Penitentiary Fund, determining, in a simplistic way, the removal of financial contingencies. The ruling politically prompted the Executive Branch to issue the Provisional Measure 755/2016, later replaced by Provisional Measure 781/2017, and which was then converted into Law No. 13,500/2017. These norms should be viewed critically and reflexively as they suggest an aggravation and a distortion of the court ruling. Within this context, the purpose of this dissertation is to analyze whether the recently issued norms effectively diverge from the requirement to remove the financial contingencies to the National Penitentiary Fund established in the ADPF 347 MC/DF. In addition to an analytic approach, the study also aims to ascertain whether there was an impact of this decision on the cycle of public policies. Methodologically, the study is classified as bibliographical and documental research, and the procedures included: a review of the literature, analysis of court decisions, analysis of norms, and documentary analysis of official data made available by Brazilian official bodies responsible for collecting data from the penitentiary system. The results demonstrate that the decision to recognize the Unconstitutional State of Affairs had an impact on the penitentiary policy, leading to the adoption of several measures by the other branches, all of them under the pretext of the reversal of the Unconstitutional State of Affairs. Among these are the aforementioned norms bringing modifications to the National Penitentiary Fund Law, denaturing its original purpose and departing from the Federal Supreme Court ruling.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs, National Penitentiary Fund (Funpen), ADPF 347 MC/DF, public penitentiary policy.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Orçamento de Créditos do Funpen.....	40
Quadro 2 – Repasse do Fundo a Fundo do Ano de 2016.....	97
Quadro 3 - Repasse do Fundo a Fundo do Ano 2017.....	99

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Evolução da População Prisional.....	51
--	----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Situação Prisional das Unidades Federativas.....	52
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANADEF – Associação Nacional de Defensores Públicos Federal

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CF – Constituição Federal de 1988

CNDH – Conselho Nacional de Direitos Humanos

CNDM – Conselho Nacional dos Direitos da Mulher

CNJ – Conselho Nacional Justiça

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público

CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

CONANDA – Conselho nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

DARF – Documento de Arrecadação de Receitas Federais

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

DF – Distrito Federal

DMF – Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas

DRU – Desvinculação da Receita da União

EC – Emenda Constitucional

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional

FAT- Fundo de Amparo ao Trabalhador

FGE – Fundo de Garantia à Exportação

FGP – Fundo Garantidor das Parceiras Público-Privadas

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

FINAME – Agência Especial de Financiamento Industrial

FNAS - Fundo Nacional de Assistência Social

FNC – Fundo Nacional de Cultura

FNCA – Fundo Nacional para a Criança e Adolescente

FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação

FNI – Fundo Nacional do Idoso

FNMA – Fundo Nacional do Meio Ambiente

FNS - Fundo Nacional da Saúde
FNSA – Fundo Nacional de Assistência Social
FNSP – Fundo Nacional de Segurança Pública
FPE – Fundos de Participação dos Estados
FPM – Fundos de Participação dos Municípios
FUNAD - Fundo Nacional Antidrogas
FUNCAB – Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate ao Abuso de Drogas
FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional
GRU – Guia de Recolhimento da União
IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
INPEC – Instituto Nacional Penitenciário e Prisional
LC – Lei Complementar
LEP – Lei de Execução Penal
MC – Medida Cautelar
MNPCT – Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura
MP – Ministério Público
MPV – Medida Provisória
ONU – Organização das Nações Unidas
OSCIP – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PIB – Produto Interno Bruto
PLP – Projeto de Lei
PSOL – Partido Socialismo e Liberdade
RE – Recurso Extraordinário
RPU – Revisão Periódica universal
SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo
STF – Supremo Tribunal Federal
STN – Secretaria do Tesouro Nacional
UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UNHRC – Conselho de Direitos Humanos
UNODOC – Nações Unidas para Drogas
UO - Unidades Orçamentárias

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
Capítulo 1 - ORIGEM DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL: A PROMESSA DE VIABILIZAR MELHORIAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO	24
1.1 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO ANTES DA CRIAÇÃO DO Funpen	24
1.2 A CRIAÇÃO DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL	31
1.2.1 A natureza jurídica do Fundo Penitenciário Nacional e sua importância	32
1.2.2 Conceitos básicos: descentralização de recursos, transferência voluntária, convênio, contrato de repasse	34
1.2.3 Receitas do Fundo Penitenciário Nacional	38
1.2.4 Execução orçamentária e financeira do Fundo Penitenciário Nacional: os entraves para a utilização de suas verbas decorrentes do conflito federativo	40
1.3 O FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ANTES DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	45
1.3.1 Lei Complementar nº 79/1994	45
1.3.2 Decreto nº 1.093/1994	47
Capítulo 2 - A REALIDADE DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL: FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO JUDICIALMENTE ATESTADA NO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	49
2.1 DADOS DA REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E SUAS ASSIMETRIAS REGIONAIS	49
2.2 O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO FRUTO DE LITÍGIO ESTRATÉGICO	55
2.3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	59
2.3.1 O paradigma: decisões colombianas (T-153/1998 e T-388/2013)	59
2.3.2 Peculiaridades da decisão brasileira: decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347 MC/DF)	60
2.4 AS PROMESSAS CONTIDAS NA DECISÃO LIMINAR DA ADPF 347 MC/DF DE IMPACTO NO CICLO DA POLÍTICA PENITENCIÁRIA	65
2.4.1 Recomendações trazidas na decisão liminar da ADPF 347 MC/DF	69

2.4.2 O descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional como meio de viabilização orçamentária de implementação de melhorias no sistema penitenciário	69
2.5 O RE 641.320/RS E SUA ABORDAGEM ACERCA DO DESCONTINGENCIAMENTO DAS VERBAS DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL	73
CAPÍTULO 3 - A (DES) ESPERANÇA NO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL: IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NA POLÍTICA PENITENCIÁRIA APÓS A ORDEM DE DESCONTINGENCIAMENTO DAS VERBAS	79
3.1 O IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	79
3.1.1 O malabarismo legislativo: MPV 755/2016 e MPV 781/2017	79
3.1.2 MPV 755/2016: o desvirtuamento da decisão da ADPF 347 MC/DF	81
3.1.3 A substituta MPV 781/2017: convergências e divergências em relação à MPV 755/2016	88
3.1.4 A conversão da MPV 781/2017 na Lei nº 13.500/2017	93
3.2 O IMPACTO NA POLÍTICA PENITENCIÁRIA	96
3.2.1 Dados dos repasses dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional: anos de 2016 e de 2017	97
3.2.2 A desesperança advinda do mal-uso ou não uso das verbas do Fundo Penitenciário Nacional	100
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	113
Anexo A – Quadro Comparativo MPV 755/2016 X MPV 781/2017	119
Anexo B – Quadro Comparativo MPV 781/2017 X MPV 13.500/2017	124

INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário brasileiro é, historicamente, cenário de afrontas sistemáticas a direitos fundamentais. Em que pese a mudança no discurso normativo desde as Ordenações Filipinas¹ até o Código Penal de 1940 – reformado em 1984, ano em que também surgiu a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984) – e sua releitura com base no olhar garantista da Constituição Federal de 1988, a realidade fática do sistema penitenciário apresenta-se completamente dissociada dessa evolução. Reiteradas crises foram evidenciadas desde então.

Em um desses contextos de crise², foi apresentado, em 1993, o Projeto de Lei Complementar nº 146 (PLP nº 146/1993) – fruto de longos estudos realizados pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) –, o qual previa a criação do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen). O intuito foi estipular as fontes de recursos para esse Fundo, por meio do qual seria possível impulsionar serviços, programas e projetos penitenciários. Isso, sem onerar o contribuinte com novas taxas e impostos³.

O voto do relator da Comissão de Finanças e Tributação no citado PLP nº 146/1993 foi expresso, ao destacar a falência do sistema penitenciário nacional à época, razão pela qual a criação do Funpen era vista como boa alternativa para assegurar a modernização e o aprimoramento do sistema de execução penal do país. No mesmo sentido, o voto do relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação explicou que as precariedades do sistema prisional demonstravam a urgência de se adotarem medidas saneadoras. Nesse sentido, a criação do Funpen poderia significar o início de uma política séria que pudesse atingir os princípios e o espírito da Lei de Execuções Penais (LEP)⁴.

O PLP nº 146/1993 foi aprovado, transformando-se na Lei Complementar (LC) nº 79/1994, e veio imbuído de uma forte promessa de viabilização de melhorias no sistema penitenciário.

¹ Durante o período colonial importou-se o direito português e, dentre as três Ordenações do Reino, pode-se dizer que “só as Filipinas tiveram efetiva aplicação no nosso país, principalmente depois da criação da Relação da Bahia, ao tempo de Filipe II, em 07.03.1609, quando se organizou, efetivamente, a administração da justiça”. Cabia ao temido Livro V das Ordenações Filipinas disciplinar a matéria penal, que era extremamente vinculada a questões religiosas. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 188.

² Importante destacar que em 2 de outubro de 1992 havia ocorrido o maior massacre da história dos presídios brasileiros: o massacre do Carandiru, penitenciária do Estado de São Paulo. Na oportunidade uma operação policial para conter uma rebelião no pavilhão 9 do estabelecimento causou a morte de 111 detentos. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/02/major-massacre-da-historia-dos-presidios-brasileiros-carandiru-completa-25-anos/>> Acesso em: 5 fev 2017.

³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê digitalizado do PLP 146/1993**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê digitalizado do PLP 146/1993**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/>. Acesso em: 5 jan. 2018.

Mas passados mais de 25 anos, esse sistema continua em colapso e é motivo de preocupação, também, da comunidade internacional. Inclusive, o Brasil já sofreu condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por conta do denominado caso de Pedrinhas, em São Luís (MA), onde a superlotação ocasionou rebelião e mortes⁵. Recentemente, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio de seu Conselho de Direitos Humanos (UNHRC), elaborou um relatório com duras críticas à gestão da política penitenciária brasileira. Destacou as péssimas condições das prisões, as torturas e os maus tratos por parte da polícia e dos agentes penitenciários, notadamente contra pessoas que pertencem a minorias raciais, sexuais, de gênero e outros grupos minoritários. O relatório apontou a necessidade de medidas que ponham fim ao abismo que se estabeleceu entre a legislação e a política ambiciosas e a realidade das pessoas presas⁶.

No âmbito interno, a questão também é sensível, e o Supremo Tribunal Federal (STF) é constantemente instado⁷ a se manifestar sobre problemas do sistema penitenciário. Dessas manifestações, pode-se dizer que a de maior projeção no cenário jurídico é a decisão, em sede

⁵ Entre janeiro de 2013 e janeiro de 2014, foram contabilizadas 62 pessoas mortas em Pedrinhas, sendo 22 delas – algumas decapitadas – registradas em uma série de rebeliões ocorrida a partir de outubro de 2013. Em outubro de 2013, dias após o início das rebeliões, a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e a OAB-MA levaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em novembro de 2014, após mais cinco mortes nas unidades prisionais e a prisão de um dos diretores por envolvimento em caso de corrupção, o caso é transferido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que publica medidas para que o Brasil garanta a vida e a proteção física e mental de detentos e agentes penitenciários. CORTE IDH DETERMINA REFORMA DE PRESÍDIO DE PEDRINHAS. Conectas direitos humanos. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/corte-interamericana-determina-que-governo-brasileiro-reforme-prisoese-de-pedrinhas-e-faca-levantamento-sobre-mortes-ocorridas-desde-2015>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁶ ONU. Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral. Conselho de Direitos Humanos. Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil. 2016. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos>. Acesso em: 30 jan. 2018.

⁷ Um dos exemplos de julgados recentes do STF sobre a situação precária do sistema prisional que repercutiu na comunidade jurídica é o RE 592581, que fixou a seguinte tese: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (RE 592581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julg. 13/08/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-018 Divulg 29-01-2016 Public 01-02-2016). Outro exemplo: o RE 641.320, também objeto de estudo nesta dissertação, que tem como tese: I - A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; II - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (a) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (b) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (c) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. Também o RE 580.252 e a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento” (RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julg 16/02/2017, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-204 Divulg 08-09-2017 Public 11-09-2017).

de liminar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 Medida Cautelar/Distrito Federal (MC/DF), de 2015. Nela, o sistema penitenciário nacional deve ser caracterizado como “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI), em virtude das condições desumanas de custódia e de superlotação carcerária que culminam na violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas nessa área⁸.

Na decisão da Corte, ficou delineado que a reversão do citado ECI impõe a adoção de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Nesse último ponto, a decisão adotou uma postura proativa, ao tentar viabilizar, em termos orçamentários e financeiros, por meio do descontingenciamento das verbas do Funpen, a implantação de uma política pública penitenciária condizente com o respeito aos direitos fundamentais dos presos.

Note-se que, novamente, as verbas do Funpen surgem como uma promessa para solucionar, do ponto de vista financeiro, os entraves da política penitenciária brasileira, notadamente porque o STF, no julgamento da ADPF 347, chegou a mencionar que o saldo do Funpen era de R\$ 2,2 bilhões, ante o contingenciamento orçamentário pela União.

Uma das críticas mais recorrentes ao Fundo foi a de que, desde sua criação, em todos os anos, houve consideráveis contingenciamentos de suas verbas, estabelecendo-se, com isso, uma grande diferença entre o crédito autorizado e sua execução. Isso ocorreu, sobretudo, porque o entendimento era de que os repasses do fundo eram classificados como transferências voluntárias e, portanto, não decorreriam de obrigação constitucional ou legal⁹. Desse modo, suas dotações orçamentárias faziam parte da chamada base contingenciável de que o governo federal disporia para obtenção do *superávit* primário¹⁰.

Imperioso é destacar que a denominada “política do *superávit* primário” funciona como uma espécie de poupança do governo, por meio da qual se busca diminuir a proporção da dívida pública em relação Produto Interno Bruto (PIB). Trata-se de medida voltada a

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em: 30 jan. 2018.

⁹ Importante ressaltar que o Ministro Marco Aurélio no voto da ADPF 347 MC/DF firmou entendimento contrário. Afirmou que os recursos do Funpen possuem destinação legal específica, sendo inafastável a circunstância de não poderem ser utilizados para satisfazer exigências de contingenciamento: atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.

¹⁰ *Superávit* primário é o resultado positivo de todas as receitas e despesas do governo, excetuando gastos com pagamento de juros. O *déficit* primário ocorre quando esse resultado é negativo. Ambos constituem o "resultado primário". O resultado primário é importante porque indica, segundo o Banco Central, a consistência entre as metas de política macroeconômicas e a sustentabilidade da dívida, ou seja, da capacidade do governo de honrar seus compromissos. A formação de *superávit* primário serve para garantir recursos para pagar os juros da dívida pública e reduzir o endividamento do governo em médio e longo prazos. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/superavit>. Acesso em: 28 maio 2018.

viabilizar o pagamento de juros e a sinalizar, ao mercado, que há recursos suficientes para honrar a dívida pública¹¹. A consequência é que isso compromete os investimentos na política penitenciária, afetando a modernização e o aprimoramento do sistema.

Observe-se que a decisão do STF parte de um raciocínio linear, qual seja: se toda a verba do Funpen fosse efetivamente executada em prol do sistema penitenciário, haveria uma melhora em relação às atuais condições carcerárias. Para tanto, a medida adotada foi o descontingenciamento.

Essa linearidade de raciocínio, por si só, suscita a necessidade de se lançar um olhar crítico sobre a decisão nesse ponto, uma vez que, como se sabe, os problemas da utilização das verbas do Funpen transcendem seu mero contingenciamento e perpassam o desenho e a própria dinâmica da política pública penitenciária. Um exemplo disso é que as dificuldades de utilização das verbas desse Fundo pelos Estados iam desde a elaboração/aprovação de seus projetos, para ter acesso a tais recursos, até o mau uso deles e as irregularidades na execução dos projetos aprovados.

Cumprе ressaltar, no entanto, que a decisão do STF foi clara e expressa, ao determinar à União que liberasse “o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a **finalidade** para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos”¹². Sob o pretexto de atender a essa determinação, o Executivo, no ano seguinte, editou a Medida Provisória (MP) nº 755, alterando a LC nº 79/1994, para dispor sobre a transferência direta de recursos financeiros do Funpen aos fundos dos Estados e do Distrito Federal.

Esclareça-se que, em matéria de Funpen, entre a decisão da ADPF 347 MC/DF e a MPV 755/2016, sobreveio o Recurso Extraordinário (RE) 641.320/RS, de 2016, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e com repercussão geral. O julgado ficou muito conhecido, sobretudo, por ter gerado a edição da Súmula Vinculante nº 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

O cerne desse julgado foi a discussão acerca da possibilidade de o sentenciado cumprir pena em regime mais gravoso, por ausência de vagas em estabelecimento adequado a seu regime. Porém, subjacente à questão central, o plenário do Supremo novamente debateu

¹¹ ROCHA, Alexandre Pereira da. **O Estado e o direito de punir: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro**. O caso do Distrito Federal. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 126, 127.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp>. Acesso em: 30 jan. 2018.

questões afetas ao Funpen. Assim, a decisão do RE 641.320/RS trouxe um apelo ao legislador, no sentido de avaliar a possibilidade de se reformularem a execução penal e a legislação correlata, para impedir o contingenciamento do Funpen. Também determinou que o Conselho Nacional de Justiça apresentasse relatório de avaliação sobre a facilitação da tarefa das unidades da Federação, quanto à obtenção e ao acompanhamento dos financiamentos com recursos do Funpen. Deu, ainda, interpretação, conforme a Constituição, para excluir qualquer interpretação que permitisse o contingenciamento dos recursos do Funpen e para estabelecer a utilização desses recursos no financiamento de centrais de monitoração eletrônica e de penas alternativas, por entender compatível com a interpretação do art. 3º da LC nº 79/94.¹³

Observe-se que a decisão do RE 641.320/RS é mais ampla e sofisticada do que a da ADPF 347 MC/DF, que se restringe a determinar o descontingenciamento das verbas do Funpen. Entretanto, foi essa ADPF que serviu de fundamento explícito à edição da MPV 755/2016, conforme consta de sua exposição de motivos.

A MPV 755/2016 estaria vigente até junho de 2017, quando, nitidamente, a conjuntura política da época interferiu em seu andamento. Foram divulgados áudios de conversa entre o presidente da República e empresário, sugerindo a compra do silêncio de ex-deputado. Tal fato gerou uma grande crise no governo, paralisando a discussão sobre reformas, além de gerar dúvidas sobre a capacidade de sobrevivência do Executivo¹⁴.

A dificuldade de se debaterem matérias legislativas em meio à crise política e à iminente perda da vigência da MPV 755/2016 levou à sua revogação, na íntegra, pela MPV 781/2017, que sobreveio com conteúdo muito similar ao de sua antecessora. No final de 2017, foi sancionada a Lei nº 13.500, cujo art. 6º, II, revogou definitivamente a MPV 755¹⁵.

Note-se que a superveniência da MPV 781/2017 dessa maneira gerou sua impugnação no STF, por meio de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI): a ADI 5712, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, e a ADI 5718, proposta pelo procurador geral da República, ambas pendentes de julgamento. Mas ainda que a matéria esteja pendente de julgamento, a questão a ser enfrentada transcende o debate acerca da constitucionalidade da matéria. Há algo mais importante a ser estudado, que é a forma como a matéria foi tratada no âmbito dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320/RS**. relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em: 5 jan. 2019.

¹⁴ Sócio do grupo J&F gravou presidente dando aval a mesada. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <https://www.pressreader.com/brazil/folha-de-spaulo>. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁵ BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=2& datDiario=02/11/2017&paginaDireta=00540>. Acesso em: 30 jan. 2018.

Nesse contexto, o tema a ser desenvolvido neste trabalho é o Funpen e os efeitos da decisão de descontingenciamento das respectivas verbas, e o **problema** a ser investigado é: houve impacto da decisão de descontingenciamento das verbas do Funpen no ordenamento jurídico e na política pública penitenciária? Há descompasso entre essa decisão e a atuação legislativa dos demais Poderes?

A **hipótese** delineada é a de que a legislação subsequente (MPV 755/2016, substituída pela MPV 781/2017 que gerou a Lei nº 13.500/2017) desvirtuou, nitidamente, o conteúdo da decisão de descontingenciamento da ADPF 347 MC/DF, pois ampliou a possibilidade de utilização das verbas para outras áreas, como segurança pública, por exemplo.

Hão de ser feitas ressalvas a essa decisão, tendo em vista a necessidade de enfrentamento de questões mais profundas que envolvem o tema. Mas por ter sido tomada em sede de litígio estratégico, ela jogou luz ao problema, desencadeando a mobilização dos outros Poderes acerca da matéria, impactando a política penitenciária.

A legislação subsequente, referida, parece se amoldar melhor à decisão do RE 641.320/RS, que delineia a utilização das verbas do Funpen de forma mais ampla, com novas possibilidades e detalhamentos. E uma preocupação que surge nesse sentido é a provável utilização de boa parte das verbas em outras áreas, que não a penitenciária propriamente dita. O capital político dos presos é baixo, e a sociedade em geral não aceita bem a ideia de destinar grandes quantias a melhorias para essa parcela da população, sobretudo após sofrer com a criminalidade e, por isso, clamar por mais investimentos em segurança pública.

Destaque-se, no entanto, que o STF, ao identificar o ECI, estabeleceu que as verbas deviam ser descontingenciadas e usadas para os fins para os quais o Funpen foi criado. Assim, exerceu seu papel contramajoritário de Corte Constitucional, reconhecendo direitos àqueles a quem a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam ou fazem questão de ignorar¹⁶.

O estudo aprofundado do tema **justifica-se** por haver poucos estudos sobre o Funpen¹⁷. Nessa perspectiva, o trabalho, além de trazer a tona matéria carente de debates

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>> Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁷ Em pesquisa ao catálogo de teses e dissertações da Capes, foram localizadas apenas duas dissertações com o argumento de pesquisa “Fundo Penitenciário Nacional” – “Funpen”: a primeira, intitulada “Entre o Discurso Legal e a Realidade: o Caso do Sistema Penitenciário Paranaense”, autora: MARTINS, Letícia Gonçalves, Universidade Estadual de Maringá. Analisa o direcionamento dos recursos do Funpen no Paraná; a segunda, “O Estado e o Direito de Punir: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal”, autor: ROCHA, Alexandre Pereira da. Universidade de Brasília. Aborda o Funpen em subitens de capítulo, criticando o uso das verbas essencialmente para construir prisões (Disponível em: <https://catalogo.de.teses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>). Acesso em: 17 ag. 2018.

acadêmicos, inova na abordagem da temática¹⁸ que ganhou destaque após a decisão do STF. Nesse sentido, em meio a tantas crises carcerárias recentes, a decisão de descontingenciamento das verbas do Funpen reacendeu a discussão de como esses recursos poderiam impactar favoravelmente o sistema penitenciário, se fossem empregados devidamente. Ocorre que, na contramão dessa lógica, surgiu uma releitura, por meio do discurso legislativo, apresentada nas Medidas Provisórias e na Lei supracitadas, abrindo a possibilidade de utilização das verbas para outros fins.

Nesse contexto, o estudo se mostra de extrema **relevância social**, pois, em virtude da política de encarceramento implementada no país, os últimos dados estatísticos oficiais noticiam que, em junho de 2016¹⁹, a população prisional já era de 726.712 e havia um déficit de 358.663 vagas. Trata-se de população que sofre com afrontas reiteradas a seus direitos fundamentais e que está ávida para que as verbas do Funpen sejam revertidas de uma forma eficiente a seu favor. Assim sendo, a possível falta de esforços para concretizar uma política penitenciária mais condizente com o respeito aos direitos fundamentais proclamados na Constituição levará, em algum momento, ao retorno de milhares de prisioneiros, traumatizados pela experiência do encarceramento e ainda mais marginalizados do ponto de vista econômico, aos bairros pobres em que vivem. Isso gerará mais encargos para essas comunidades que, normalmente, já convivem com altas taxas de criminalidade²⁰.

Metodologicamente, a pesquisa é classificada como bibliográfica e documental. Foram utilizados como procedimentos, respectivamente, uma revisão da literatura e uma análise de julgados do STF e da Corte Constitucional colombiana sobre o ECI, bem como das normas sobre o Funpen e de dados oficiais disponibilizados em publicações. Na revisão da literatura, a pesquisa sofreu limitações, tendo encontrado poucas publicações sobre o tema Funpen. Na pesquisa documental, os dados foram obtidos de órgãos oficiais brasileiros responsáveis por fazerem levantamentos de dados do sistema penitenciário: Departamento Penitenciário Nacional (Depen), que realiza, periodicamente, o levantamento de Informações Penitenciárias Nacional (Infopen) e que organizou, de 2005 a 2012, o “Funpen em números”. Essa última iniciativa constitui um conjunto de publicações que explicam aspectos conceituais

¹⁸ A abordagem da decisão de descontingenciamento das verbas do Funpen e seu impacto no ciclo da política pública penitenciária é inovadora na academia. O pouco que há escrito sobre a matéria é conteúdo oficial, apresentado por órgãos públicos e não tem o enfoque dado na presente dissertação.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen. Atualização de 2016. Org. Thandara Santos. Colab. Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 7,8.

²⁰ MATTHEWS, Roger. **Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latino América**. Polít. crim., Santiago, v. 6, n. 12, p. 296-338. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.cl>. Acesso em: 1 abr. 2017.

e esclarecem sobre as receitas do Fundo e sobre sua execução; apresenta os principais resultados obtidos desde sua criação.

O **objetivo geral** do estudo é verificar se a decisão de descontingenciamento de verbas do Funpen impactou o ordenamento jurídico e o ciclo da política pública penitenciária. Em complemento, visa-se examinar se há um descompasso entre essa decisão e a conduta do Executivo na edição da MPV 755/2016, substituída pela MPV 781/2017, transformada na Lei nº 13.500/2017.

Para consecução do objetivo geral, foram traçados os seguintes **objetivos específicos**:

- a) Caracterizar o Funpen, destacando, sobretudo, o contexto histórico e a finalidade de sua criação;
- b) Levantar dados da realidade do Funpen e do sistema penitenciário que fundamentaram a propositura da ADPF 347/DF;
- c) Examinar se a decisão de descontingenciamento impactou o ordenamento jurídico e o ciclo da política pública penitenciária.

Esses objetivos tornam evidente que o estudo está adstrito a uma instância analítica, sem pretensões de adentrar a esfera avaliativa do impacto da decisão do STF no ordenamento Jurídico e no ciclo da política pública penitenciária.

Esta dissertação não comporta a amplitude de uma avaliação de impactos ou resultados. Tem por natureza objetivos mais ambiciosos de obter respostas quanto ao programa – compreendido como um “conjunto de atividades organizadas para serem realizadas dentro de cronograma e orçamento específicos disponíveis para a implementação de políticas, ou para a criação de condições que permitam o alcance de metas políticas desejáveis” – funcionar ou não.²¹

O trabalho foi desenvolvido em três capítulos: no **primeiro**, faz-se uma breve descrição histórica de como o sistema penitenciário foi sedimentado no Brasil, a fim de entender as inúmeras crises e mazelas que desencadearam a criação de um Fundo Penitenciário Nacional, que, conforme já mencionado, surge como uma promessa orçamentária para garantir melhorias nas prisões da época. Criado o Funpen, é necessário entender sua dinâmica e os conceitos básicos que o envolvem, destacando-se sua finalidade, pois é essa que deveria ser atendida, segundo a decisão do STF que determinou o

²¹ CUNHA. Carla Giane Soares da. **Avaliação de políticas públicas e programas governamentais: tendências recentes e experiências no Brasil**. George Washington University. Programa Minerva, 2006. p.7-11.

descontingenciamento de suas verbas. Ademais, o aprofundamento do estudo sobre o Funpen demanda o conhecimento das normas que o disciplinam.

Embora presente todo um arcabouço jurídico, o fato é que a promessa não se concretizou. As verbas de Funpen foram sistematicamente contingenciadas e as melhorias no sistema penitenciário não ocorreram de forma eficiente. Ao contrário, as crises carcerárias continuaram a ser noticiadas na imprensa e a afronta reiterada de direitos fundamentais levou ao ajuizamento da ADPF 347/DF.

No **segundo capítulo**, são apresentados dados da realidade do sistema penitenciário brasileiro e do Funpen, os quais desencadearam o reconhecimento do ECI pelo STF, suscitando tanto o debate acadêmico acerca do próprio ECI – que é uma criação jurisprudencial da Corte colombiana²² –, quanto discussões sobre assuntos, como o litígio estratégico, que dão às Cortes constitucionais a possibilidade de atuar no ciclo de políticas públicas, induzindo mudanças.

Como se busca averiguar o impacto da decisão que reconheceu o ECI, fruto de um litígio estratégico, no Funpen e no ciclo da política penitenciária, este capítulo também aborda, brevemente, características do ECI e do que seja um litígio estratégico, pois auxiliará a compreensão do tema. Nesse viés, há de se analisarem as decisões da Corte colombiana e do STF que reconheceram o ECI dos respectivos sistemas penitenciários. É necessário entender em que medida elas dialogam, bem como em que medida é possível reproduzir acertos e evitar que equívocos ocorridos lá sejam replicados aqui.

É a hipótese de se buscar conhecer para aprender com a experiência efetiva, uma vez que a primeira decisão acerca do tema na Colômbia data de 1998 e que, passados vários anos, a Corte colombiana novamente se manifestou nesse sentido. Embora tenham ocorrido melhoras na política pública penitenciária colombiana a partir daquele ano, em 2013, a realidade fática caótica dos cárceres, de desrespeito à dignidade humana, levou essa Corte a reconhecer um novo estado de coisas, contrário à ordem constitucional vigente no país.²³

Sobre os dados brasileiros, após destacar peculiaridades da decisão do STF, como é o caso da determinação de descontingenciamento das verbas do Funpen, busca-se analisá-la

²² HUAROTO. Beatriz Mayling Ramirez. **El estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público: una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana**. Tesis (Magistra en Derecho Constitucional) – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p. 129.

²³ COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colômbia**. Sentencia T-388/2013. Magistrada María Vistoria Calle Correa. Julgado em 28/06/2013. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em: 1 abr. 2017.

criticamente e traçar um paralelo com o RE 641.320/RS. Esse Recurso aborda o não contingenciamento do Funpen sob outro prisma, mais próximo da forma como as medidas provisórias que sucederam a declaração do ECI trataram o tema.

No **terceiro capítulo**, descreve-se o advento da MPV 755/2016 e o contexto político que permeou a sua revogação pela substituta MPV 781/2017, que trouxe poucas alterações, traçando-se um quadro comparativo entre ambas. Essa MPV foi convertida na Lei nº 13.500/2017, que apresenta inúmeras alterações na LC nº 79/1994 e, portanto, por ser o novo regramento vigente no momento, requer estudo detalhado, sobretudo, naquilo que modificou a lei originária do Funpen.

Por fim, busca-se identificar se houve impactos da decisão liminar de descontingenciamento das verbas do Funpen no ordenamento jurídico e no ciclo da política pública penitenciária. Investiga-se, ainda, eventual descompasso entre o Judiciário, na decisão liminar da ADPF 347 MC/DF, e o Executivo e o Legislativo na edição e aprovação da MPV 781/2017, convertida na Lei nº 13.500/2017.

Capítulo 1

ORIGEM DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL: A PROMESSA DE VIABILIZAR MELHORIAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

1.1 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO ANTES DA CRIAÇÃO DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL

A compreensão do contexto atual do sistema penitenciário brasileiro é matéria indissociável da própria história do pensamento punitivo no Brasil. Portanto, é necessário resgatar essa origem para entender como foi desenhada a questão penitenciária ao longo do tempo no país, qual o perfil dos presos, como a sociedade e a política brasileira têm lidado com esse problema. O resgate histórico tem a função de viabilizar a compreensão das crises carcerárias que motivaram tanto a criação do Funpen, quanto o reconhecimento do ECI na ADPF 347 MC/DF, objeto de estudo na presente dissertação.

Desde o descobrimento do Brasil, sabe-se que uma de suas funções, assim como das demais terras recém-descobertas na África e na Ásia por Portugal, era ser “repositório de condenados”²⁴. No período colonial, o Brasil importou o direito português e, entre as três Ordenações do Reino, pode-se dizer que “só as Filipinas tiveram efetiva aplicação no nosso país, principalmente depois da criação da Relação da Bahia, ao tempo de Filipe II, em 07.03.1609, quando se organizou, efetivamente, a administração da justiça”²⁵.

Cabia ao “temido” Livro V das Ordenações Filipinas disciplinar a matéria penal²⁶, que era extremamente vinculada a questões religiosas. Eram previstas penas cruéis, vexatórias, castigos físicos e pena de morte para os mais variados crimes, desde os mais leves – por exemplo, feitiçaria –, aos mais graves – como homicídio. Desse modo, o rei da Prússia Frederico II, no século XVII, ao tomar conhecimento do mencionado Livro V, perguntou: “Mas ainda há alguém vivo por lá?”²⁷

²⁴ RUSSEL-WOOD, A.J.R. **Fidalgos e filantropos**. A Santa Casa da misericórdia da Bahia, 1550-1755. Tradução Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 186.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 188.

²⁶ Importante destacar que cabia ao Livro I das Ordenações Filipinas tratar de questões referentes às prisões da época. É o caso do Título LXXVII denominado dos carcereiros das cidades e villas, e das carceragens.

²⁷ RIBEIRO, Flávia. **Pena de morte**: a lei que mata. (Aventuras na história: para viajar no tempo). Disponível em: <http://origin.guiadoestudante.abril.com.br>. Acesso em: 25 set. 2017.

Com efeito, a leitura do Livro V demonstra o perfil da sociedade da época. Sua essência era infundir o temor por meio do castigo, característica típica do direito repressivo da Idade Média. A pena de morte, por exemplo, podia assumir as mais diversas formas: morte natural, morte natural cruelmente, morte pelo fogo.

Ademais, o crime era confundido com pecado, de modo que hereges, feiticeiros e benzedeiros eram apenados severamente²⁸. Havia, além da pena de morte, penas de açoites (com ou sem barço), de degredo, de mutilação ou corte das mãos, da língua, queimadura com tenazes ardentes, confisco, multas, capela de chifres na cabeça (para maridos que condescendiam), polaina ou exaravia vermelha na cabeça (usada por alcoviteiras que partiam para o desterro). Assim, é possível constatar que havia, de um lado, a presença do castigo corporal na penalidade do período e, de outro, a presença da pena de degredo, tratando-se de uma sociedade que, ao mesmo tempo, castiga o corpo e exila²⁹.

Outro fator de destaque é a discriminação social, racial e de gênero. Evidenciava-se a discriminação social, na medida em que, por exemplo, a decapitação era um privilégio de certas categorias sociais que não eram enforcadas. A discriminação racial era obviamente latente, uma vez que se tratava de uma sociedade escravocrata. Um exemplo disso era que o chicote se destinava, apenas, a escravos ou a negros livres³⁰. Russel-Wood destaca: “o escravo era o bode expiatório dos criminosos. Era frequentemente o instrumento dos crimes de seu senhor. Quando capturado, não tinha defesa e não podia apresentar seu caso. O senhor renunciava a ele e a lei o condenava”³¹.

Seguem explicações acerca de um exemplo de crime que demonstra um pouco do quadro de discriminação quanto ao gênero e à posição social, pois além de ser permitido matar a mulher adúltera, a pena imposta decorria do fato de se matar, igualmente, o adúltero, a depender da classe social.

Do que matou sua mulher por achá-la em adultério

As Ordenações Filipinas consentem no assassinato ou morte da mulher e do adúltero, porém com restrições que dizem respeito à casta, isto é, à condição de nobre ou peão. As Ordenações dizem explicitamente “achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela como o adúltero”. A restrição de casta ou classe existe porque, diz a lei, “o peão não pode matar o fidalgo

²⁸ MAIA NETO, Candido Furtado. **Penitenciariismo en el MERCOSUL**: política criminal y penitenciaria del Brasil. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p.70.

²⁹ MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva**: nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 14.

³⁰ RUSSEL-WOOD, A.J.R. **Fidalgos e filantropos**. A Santa Casa da misericórdia da Bahia, 1550-1755. Tradução Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 194.

³¹ RUSSEL-WOOD, A.J.R. **Fidalgos e filantropos**. A Santa Casa da misericórdia da Bahia, 1550-1755. Tradução Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 200.

ou o desembargador do paço ou pessoa de maior qualidade, salvo se o marido for peão ou o adúltero”. No caso dos peões que matam um fidalgo achando-o “com sua mulher em adultério”, as Ordenações excluem a pena de morte e o castigo é o degredo para África, sendo o tempo estabelecido pelos julgadores: “segundo a pessoa que matar, não passando de três anos³².

Cumprе esclarecer que, no período colonial, a prisão não era a pena em si, não era o fim; pode-se dizer que configurava somente um meio. Ela era o local de detenção onde, por vezes, se aguardava o julgamento ou a efetiva execução da pena. Há registros de que, desde aquela época, as prisões ostentavam instalações precárias, conforme relata Carlos Aguirre:

Durante o período colonial, as prisões e cárceres não constituíam espaços, instituições que seus visitantes e hóspedes pudessem elogiar pela organização, segurança, higiene ou efeitos positivos sobre os presos. De fato, as cadeias não eram instituições demasiadamente importantes dentro dos esquemas punitivos implementados pelas autoridades coloniais. Na maioria dos casos tratava-se de meros lugares de detenção para suspeitos que estavam sendo julgados ou para delinquentes já condenados que aguardavam a execução da sentença. Os mecanismos coloniais de castigo e controle social não incluíam as prisões como um de seus principais elementos. O castigo de fato, se aplicava muito mais frequentemente por meio de vários outros mecanismos típicos das sociedades do Antigo Regime, tais como execuções públicas, marcas, açoites, trabalhos públicos ou desterro. Localizadas em edifícios fétidos e inseguros, a maioria das cadeias coloniais não mantinha sequer um registro dos detentos, das datas de entrada e saída, da categoria dos delitos e sentenças. Vários tipos de centro de detenção formavam um conjunto algo disperso de instituições punitivas e de confinamento: cadeias municipais e de inquisição, postos policiais e militares, casas religiosas para mulheres abandonadas, centros privados de detenção como padarias e fábricas – onde escravos e delinquentes eram recolhidos e sujeitados a trabalhos forçados – ou cárceres privados em fazendas e plantações nos quais eram castigados os trabalhadores indóceis [...]. Logo, o encarceramento de delinquentes **durante o período colonial foi uma prática social regulada simplesmente para armazenar detentos, sem que se tenha implementado um regime punitivo institucional que buscasse a reforma dos delinquentes**³³. (sem grifo no original).

As autoridades não se preocupavam com o bem-estar físico dos presos. Muitos morriam de doenças e de desnutrição. Em meio ao caos, “a única organização que cuidava das necessidades materiais dos prisioneiros era a Misericórdia”³⁴, como era conhecida a Irmandade de Nossa Senhora, Mãe de Deus, Virgem Maria da Misericórdia. A Irmandade foi fundada em Lisboa, em 1498, mas, no fim do século XVI, havia filiais praticamente em cada povoação colonial portuguesa. No Brasil, a filial da Bahia era considerada a mais importante³⁵.

O **auxílio material** prestado pela Misericórdia aos criminosos centralizava-se na prisão da Bahia. As condições da prisão eram lamentáveis. Uma sentença de encarceramento na cadeia da Bahia equivalia a uma sentença de morte. A atitude

³² MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 62.

³³ AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). **História das prisões no Brasil**. v. I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 48-49.

³⁴ RUSSEL-WOOD, A.J.R. **Fidalgos e filantropos**. A Santa Casa da misericórdia da Bahia, 1550-1755. Tradução Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 186.

³⁵ RUSSEL-WOOD, A.J.R. **Fidalgos e filantropos**. A Santa Casa da misericórdia da Bahia, 1550-1755. Tradução Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. XIV-XV.

oficial em relação aos criminosos era a de que, uma vez trancados, deixavam de existir. A prisão da Bahia estava sob **jurisdição municipal**. Como o conselho municipal estava invariavelmente em dificuldades financeiras, imaginárias ou não, **não se atribuíam fundos para a manutenção da prisão ou para o sustento dos presos**. Em 1660, as condições de confinamento e a falta de higiene resultaram em tantas doenças entre os presos que o conselho municipal foi obrigado a expandir a prisão. Em 1681 a prisão já estava em ruínas, e uma petição foi remetida ao rei solicitando autorização para impor taxa sobre o óleo de peixe a fim de financiar a reconstrução. Durante o governo ativo e popular de D. João de Lencastre a prisão foi reconstruída, mas dez anos depois foram necessários novos reparos e já em 1736 o prédio estava completamente arruinado³⁶. (sem grifo no original).

Diante o exposto, evidencia-se como, desde o início, as demandas vindas das prisões eram relegadas a segundo plano, pois não havia fundos específicos destinados à manutenção dos estabelecimentos e ao sustento dos presos. Em caso de necessidades emergenciais, recorria-se à imposição de taxas para sanar o problema e, assim, o ônus do sistema penitenciário era assumido basicamente pela caridade prestada, no caso, a Misericórdia.

“A Misericórdia não recebia qualquer auxílio financeiro ou material, de fontes oficiais para o bem-estar dos presos. A irmandade dependia inteiramente da caridade”³⁷. Logo, como os recursos financeiros eram limitados, os presos deviam preencher certos requisitos³⁸ para receber auxílio (ração semanal, assistência médica e jurídica). Os demais presos “mereciam mais pena do que quaisquer outros”; eram sustentados por alguma doação e pela ração geral³⁹.

Frise-se a importância das Ordenações Filipinas, que são um marco importante na história punitiva do país, notadamente se se considerar que elas vigoraram por um longo período, mais de 200 anos, até 1830, quando o novo Império teve incorporado a sua nova ordem jurídica o Código Penal do Império. Com ele, ocorreu uma mudança estrutural. Ainda que se tenha mantido a pena de morte e a pena de galés, outras sanções foram abandonadas, e a “prisão desponta como a peça central do novo sistema penal”⁴⁰. Isso, em sentido diametralmente oposto ao das Ordenações Filipinas, nas quais a prisão, como mencionado, era somente um local onde as pessoas aguardavam o julgamento ou a efetiva aplicação da pena.

³⁶ RUSSEL-WOOD, A.J.R. **Fidalgos e filantropos**. A Santa Casa da misericórdia da Bahia, 1550-1755. Tradução Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 194.

³⁷ RUSSEL-WOOD, A.J.R. **Fidalgos e filantropos**. A Santa Casa da misericórdia da Bahia, 1550-1755. Tradução Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 195.

³⁸ Seguem algumas condições estipuladas para fazer parte da lista dos prisioneiros assistidos pela Misericórdia: o preso tinha que ser indigente e estar na prisão há mais de 30 dias, bem como não poderia ser preso por dívida, quebra de promessa ou que estivesse aguardando deportação. RUSSEL-WOOD, A.J.R. **Fidalgos e filantropos**. A Santa Casa da misericórdia da Bahia, 1550-1755. Tradução Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p.194.

³⁹ RUSSEL-WOOD, A.J.R. **Fidalgos e filantropos**. A Santa Casa da misericórdia da Bahia, 1550-1755. Tradução Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 196.

⁴⁰ MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 77.

Embora permeado de ideias liberais, era um contexto no qual, contraditoriamente, conviviam-se com a escravidão, o que ficou evidenciado, de forma nítida, na codificação que previa distinções entre as penas para homens livres e para escravos⁴¹. As ideias liberais desse contexto contraditório da época eram decorrentes de influências iluministas e da Constituição de 1824, e seu impacto no sistema punitivo está bem delineado nos seguintes termos:

O Brasil por seu lado havia alcançado a independência em 1822, mas manteve tanto a monarquia como a escravidão. Ainda que os reformadores de viés liberal tenham podido implementar uma série de medidas tendentes a criar um sistema judicial moderno, estes tiveram um impacto limitado em uma sociedade organizada em função de drásticas divisões sociolegais (livres x escravos) e raciais (brancos x negros). Os métodos policiais e punitivos, como vários estudiosos enfatizaram, objetivavam, sobretudo, garantir a manutenção de ordem social, laboral e racial da qual a escravidão constituía elemento central. Os métodos e estatísticas de perseguição policial e detenção em áreas de produção de café e açúcar, por exemplo, refletiam a necessidade de garantir a força de trabalho e o controle social sobre as populações negras escravas e livres. As prisões e o castigo foram usados, neste contexto fundamentalmente para promover a continuação do trabalho escravo orientado à economia de exportação.⁴²

Um fator curioso na Constituição de 1824 é que ela previu, em seu art. 179, XXI, que as cadeias seriam seguras, limpas e bem arejadas, devendo haver separação entre os réus conforme as circunstâncias e a natureza de seus crimes. Essas demandas, definitivamente, ainda hoje não são atendidas de forma minimamente satisfatórias.

Apesar de a pena de prisão ter sido prevista no Código Penal de 1830, o modelo de instituição proposto só foi posto em prática em 1850. A precariedade das prisões da época foi relatada por uma comissão inspetora que visitou a prisão ‘Aljube’, no Rio de Janeiro. Foram detectados problemas de higiene, de instalação (úmida, insalubre, inabitável), de segurança e de desrespeito ao princípio da separação de detentos. Esses motivos levaram o relator da comissão a dizer: “foi com grande dificuldade que a comissão pôde vencer a repugnância que deve sentir todo coração humano ao penetrar nessa sentina de todos os vícios”⁴³.

Desse modo, começa um distanciamento entre as normas – que primeiro buscavam implementar os ideais iluministas em alguma medida – e a realidade de uma sociedade ainda escravocrata, que não conseguiu implementar os “avanços” previstos no novo ordenamento.

⁴¹Para os escravos, havia ainda a pena de açoite, se não fossem condenados à morte nem à pena de galés. Depois do açoite, eles deveriam ainda trazer um ferro, segundo a determinação do juiz. MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 78.

⁴²AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). **História das prisões no Brasil**. v. I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 37-38.

⁴³MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 81, 91.

Com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, o governo apressou a elaboração de um novo Código Criminal e, em 1890, foi criado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, taxado por João Monteiro “como o pior de todos os códigos conhecidos”. Zaffaroni reconhece que, não obstante as críticas, o primeiro Código Penal republicano tinha um texto liberal, clássico, que simplificou o sistema de penas do Código anterior. Esse ponto, para seu tempo, significou um sensível avanço sobre o Código do Império⁴⁴. Fato é que “os indesejáveis de outrora vieram a se juntar aos opositores da hora. Agora, capoeiras e imigrantes, prostitutas e vadios, ébrios e negros alforriados cerravam fileiras ao lado dos adversários políticos do poder constituído”⁴⁵.

Destaque-se o Código Criminal de 1890 trazia o encarceramento no centro do sistema punitivo, fosse pela prisão disciplinar, pelo trabalho obrigatório, pelo estabelecimento agrícola, pela reclusão em fortalezas ou pela prisão celular. Além disso, foram excluídos os castigos corporais para escravos, a pena capital e a pena de galés⁴⁶.

O advento da Constituição Republicana, em 1891, trouxe em seu texto, além do *Habeas Corpus*, a função ressocializadora da pena de prisão, o que foi reproduzido nas Constituições subsequentes de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

Se, no plano teórico, tais constituições eram tributárias do ideário transformador da punição, na prática, desde o início, coexistiram com um sistema prisional precário. Afinal, no caso brasileiro, o abismo existente entre a legislação formal e as práticas punitivas empregadas pelas agências repressoras tem sido uma característica que perdura desde o período colonial, atravessa o império e se prolonga pelo regime republicano.⁴⁷

Note-se que o regime penitenciário adotado pela Constituição de 1891 era de caráter correccional; a pena de prisão era utilizada como meio de regeneração dos delinquentes. Na forma de pensar da época, o encarceramento supostamente resolveria o problema da criminalidade o que, de certo modo, ainda guarda consonância com os diplomas legais atuais que disciplinam a execução das penas.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 197.

⁴⁵ SILVA. Anderson Moraes de Castro e. *Do Império à República: considerações sobre a aplicação da pena de prisão na sociedade brasileira*. **Epos**. Rio de Janeiro, v. 3, n.1, 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁴⁶ MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 295-296.

⁴⁷ SILVA. Anderson Moraes de Castro e. *Do Império à República: considerações sobre a aplicação da pena de prisão na sociedade brasileira*. **Epos**. Rio de Janeiro, v. 3, n.1, 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo>. Acesso em: 25 set. 2017.

O Código Penal de 1940, por seu turno, foi sancionado na vigência da Carta política de 1937, claramente autoritária. Logo, é um “código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de ‘medidas de segurança’ pós-delituosas que operavam através do ‘duplo binário’ ou da ‘dupla via’”. Em 1938, Vargas confiou a Alcântara Machado a elaboração de um novo Código Penal. O projeto foi submetido a uma comissão revisora composta por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga, sendo apresentado em 1940 e promulgado em 1942⁴⁸. Esses são os nomes dos juristas que estão por trás da elaboração do Código Penal de 1940. Embora promulgado em um regime autoritário, esse Código é vigente ainda hoje. Sofreu, porém, diversas alterações ao longo do tempo.

O golpe militar de 1964 induziu a mudança da legislação, que foi alterada em 1969 por um novo Código Penal. Esse tinha as modificações tecnocráticas do Código de 1940, mas mantinha as penas extraordinariamente graves e as medidas de segurança com moldura autoritária idealista. Nesse período, difundiu-se o Regime Disciplinar Diferenciado, consistente em manter uma cela de segurança para presos “perigosos”. Sem ter estado vigente, o Código Penal de 1969 foi derogado pela Lei nº 6.578, de 11 de novembro de 1978⁴⁹.

A partir de 1979, iniciou-se um processo de abertura política que viabilizou a reforma penal, processual penal e a criação de uma lei de execução penal. Em 1984, foram aprovadas a Lei nº 7.209 – reforma da parte geral do Código Penal – e a Lei nº 7.210, a LEP. Ambas, vigentes nos dias atuais, embora suscetíveis a críticas, têm uma linha de política criminal em maior conformidade com os direitos fundamentais⁵⁰, notadamente, após a releitura sob o olhar garantista da CF de 1988, que traz um rol de garantias para as pessoas presas (por exemplo: art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVIII da CF).

Foi com a referida reforma da parte geral do Código Penal que, pela primeira vez, um texto legal trouxe a previsão de um fundo penitenciário. A alteração do art. 49 trouxe a seguinte redação: “Art. 49 - A pena de multa consiste no **pagamento ao fundo penitenciário** da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 199/200.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 200.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 201.

Para dar maior praticidade a esse dispositivo e atender a disciplina do art. 165, § 9º, II, da CF⁵¹, foi proposto o PLP nº 146/1993, tratando da criação do Funpen e dando outras providências, conforme será analisado no item seguinte.

1.2 A CRIAÇÃO DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL

No cenário normativo delineado com a reforma do Código Penal de 1984, a LEP e as ideias garantistas da CF já demonstravam que as autoridades deveriam dispensar maior cuidado para com o sistema penitenciário. Mas seu contexto fático sempre caótico teve, em 2 de outubro de 1992, um dos eventos mais emblemáticos da história dos presídios brasileiros, qual seja, o massacre do Carandiru. Nesse evento, para se conter uma rebelião, uma operação policial acarretou a morte de 111 detentos⁵².

Em 1993, foi apresentado o PLP nº 146/93 prevendo a criação do Funpen. Na oportunidade, o Ministro da Justiça Maurício Corrêa, no Parecer nº 80/MJ, de 8/02/93, chegou a referir que o Funpen seria “luz no fim do túnel para a concretização de providências essenciais e solução das profundas dificuldades, que mergulham, dia a dia, em processo de falência o sistema penitenciário nacional”. Considerou-o, como já dito, uma grande promessa para viabilizar melhorias nas prisões, impulsionando serviços, programas e projetos sem onerar o contribuinte com novas taxas e impostos, pois a criação do Funpen já previa a fonte de seus recursos.

No Parecer em questão, a criação desse Fundo foi justificada sob o argumento de que seria uma fórmula concreta, com eficácia para atenuar, rapidamente, a realidade cruel da execução penal no Brasil, a fim de:

- a) dar ao preso e ao internado um tratamento justo e eficaz, em condições de promover a sua reinserção moral e social;
- b) promover a formação e aperfeiçoamento do servidor penitenciário;
- c) implementar dinâmica política de proteção ao egresso e às vítimas de crimes;
- d) conquistar a confiança do povo em relação aos procedimentos e determinações indicadas na sentença criminal.

A criação do Funpen foi fruto de longos estudos realizados pelo CNPCP e inspirado na experiência de países, como Inglaterra e Canadá. Nesses, o fundo penitenciário já exercia

⁵¹ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] § 9º Cabe à Lei Complementar: [...] II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

⁵² JUSTIFICANDO. Mentis Inquietas Pensam Direito. **Maior massacre da história dos presídios brasileiros, Carandiru completa 25 anos.** Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br>. Acesso em 12 jan. 2018.

“preponderante papel na conquista de apoio financeiro para o tratamento nas prisões e nas instituições de medidas de segurança”⁵³.

O PLP 146/93 tramitou sem passar por grandes alterações, foi aprovado e deu origem à LC nº 79/1994, que foi publicada em 10 de janeiro de 1994 e regulamentada pelo Decreto nº 1.093/1994. Assim se deu a origem do Funpen, cuja finalidade é, sobretudo, proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar atividades de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro.

1.2.1 A natureza jurídica do Fundo Penitenciário Nacional e sua importância

O Funpen, criado há 25 anos, encontra-se no âmbito do Ministério da Justiça (atual Ministério da Justiça e Segurança Pública), com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e de aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro, conforme já mencionado. Trata-se de um fundo de natureza contábil que integra o Orçamento Fiscal da União, significando que seus recursos devem ser dedicados, exclusivamente, às finalidades para as quais foi criado.

Como existem autarquias equivocadamente denominadas de “fundos”, é oportuno que se faça um paralelo entre autarquia e fundo público, de modo a delinear a distinção entre esses dois institutos. O art. 5º do DL nº 200/1967, que dispõe sobre a organização da administração pública federal, conceitua autarquia como um “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”⁵⁴. A autarquia, por integrar a administração indireta, tem personalidade jurídica, equivalendo a dizer que, é titular de direitos e de obrigações em nome próprio. E por ser pessoa jurídica de direito público, submete-se ao regime jurídico administrativo quanto à criação, à extinção, aos poderes, às prerrogativas, aos privilégios e às sujeições. Sujeita-se ao controle administrativo ou à tutela por parte da pessoa política que a instituiu (supervisão ministerial).

⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê digitalizado do PLP 146/1993**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 5 jan. 2018. p. 5.

⁵⁴ A doutrina costuma apontar impropriedades no conceito legal de autarquia preferindo conceituá-la como pessoa jurídica de direito público com capacidade exclusivamente administrativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, assenta que “como definição, o enunciado normativo não vale nada. Sequer permite ao intérprete identificar quando a figura legalmente instaurada tem ou não natureza autárquica, pois deixou de fazer menção ao único traço que interessaria referir: a personalidade de Direito Público” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 160).

Diferentemente da autarquia, o fundo especial deve ser analisado à luz do Direito Financeiro. É, portanto, definido na Lei nº 4.320/64, que estatui normas gerais para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal⁵⁵. Como o fundo é produto de receitas específicas, vinculadas à realização de determinados objetivos ou serviços, constitui-se, tão-somente, em uma unidade contábil ou orçamentária sem personalidade jurídica própria⁵⁶. Dessa forma, o fundo, meramente contábil, não possui patrimônio próprio. Os bens móveis e imóveis adquiridos por meio de recursos financeiros sob gerência de fundo público pertencem ao órgão público ao qual se vincula. É exatamente o caso do Funpen, que é gerido pelo Depen, órgão público do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

De acordo com a CF de 1988, fundos de qualquer natureza só podem ser criados por meio de lei específica, aprovada pelo Poder Legislativo, e independente da esfera de governo (art. 167, IX, CF). No Brasil, há vários tipos de fundo, instituídos em diversas áreas e com várias roupagens. Como já dito, há entidades com personalidade jurídica sob a denominação de “fundos”, assim designados equivocadamente, como: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) –autarquia pública federal vinculada ao Ministério da Educação– ou ainda, a Agência Especial de Financiamento Industrial (FINAME) – uma empresa pública brasileira, subsidiária do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Há fundos que não integram o setor público, por possuírem natureza parafiscal. É o caso do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), criado para proteger os trabalhadores demitidos sem justa causa, ou seja, administra recursos de terceiros para atendimento de objetivos sociais. Uma terceira modalidade são os fundos garantidores, que oferecem garantias e avais com base em ativos reais de seu patrimônio, como o Fundo de Garantia à Exportação (FGE) ou o Fundo Garantidor das Parceiras Público-Privadas (FGP).

⁵⁵ A Lei nº 4.320/64, no Título VII, dispõe sobre os fundos especiais, nos seguintes termos: Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação. Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a turnos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais. Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo. Art. 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem, de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

⁵⁶ Nesse mesmo sentido, posiciona-se a doutrina. Hely Lopes Meyrelles, conceitua fundo público como “... toda reserva de receita para a aplicação determinada em lei” (MEYRELLES, Hely Lopes. **Finanças Municipais**. São Paulo: RT, 1979, p. 133). Já Flávio Cruz afirma que “Fundo não é uma entidade jurídica, [...], é um tipo de gestão administrativa e financeira de recursos ou conjunto de recursos vinculados ou alocados a uma área de responsabilidade, para cumprimento de objetivos específicos, mediante a execução de programas com ele relacionados. O fundo não possui personalidade jurídica própria, vinculando-se ao órgão a que pertença...” (CRUZ, Flávio. *Comentários à Lei nº 4.320/1964. Normas gerais de Direito Financeiro*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 32).

Na quarta e última modalidade, destacam-se os fundos orçamentários, de natureza contábil, que são Unidades Orçamentárias (UO) da administração direta, criados para execução de ações programáticas, com os seguintes atributos: i) receitas especificadas; ii) vinculação a objetivos pré-determinados; iii) inclusão na Lei Orçamentária Anual (LOA); iv) preservação dos saldos. São exemplos de fundos orçamentários: Funpen, Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD), Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), Fundo Nacional para a Criança e Adolescente (FNCA), Fundo Nacional do Idoso (FNI), Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), Fundo Nacional de Cultura (FNC), Fundo Nacional da Saúde (FNS), Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e outros.

A grande variedade de fundos orçamentários demonstra que a criação de fundos públicos especiais é importante para assegurar o alcance de patamares mínimos de investimento a serem realizados na área social. É uma tentativa para se garantir legalmente a provisão dos recursos necessários à efetivação de direitos fundamentais, como tutela da saúde, do idoso, da criança e do adolescente, do meio ambiente, da cultura, da assistência social, da proteção ao emprego, entre outros.

Com a instituição, o fundo torna-se um instrumento permanente, articulado e estratégico para a gestão da política pública, pois se configura como instrumento de acompanhamento e de controle de alocação dos recursos da sociedade. No que concerne às políticas públicas sociais, é importante enfatizar que os fundos compõem um modelo articulado que pressupõe um plano definidor de ações, uma estrutura de financiamento para garantir a execução dessas ações e um órgão que analisa e aprova ou não tais programas, sendo responsável por acompanhar sua execução.⁵⁷ No caso do Funpen, o órgão responsável pela análise, pela aprovação e pela fiscalização da execução é o Depen.

1.2.2 Conceitos básicos: descentralização de recursos, transferência voluntária, convênio, contrato de repasse

Criado o Funpen e estipulados os recursos que o constituiriam (art. 2º, LC nº 79/94) – objeto do item 1.2.3, – o art. 3º cuida de sua forma de aplicação, evidenciando que o acesso aos recursos do fundo ocorreria por meio de repasse mediante convênio, acordos ou ajustes,

⁵⁷MAGALHÃES JÚNIOR, José César; TEIXEIRA, Ana Claudia C. (Org.) Fundos Públicos. 2004. Seminário Fundos Públicos e Políticas Sociais. 2002. *Anais*. São Paulo, Instituto Pólis, 2002, p. 56.

desde que enquadrados nos objetivos estipulados na LC nº 79/94. Objetivos que serão abordados no item 1.3.1 abaixo.

Originariamente, a transferência de recursos do Funpen para entidades públicas e privadas é tida como uma ação descentralizada, classificada como transferência voluntária, viabilizada por intermédio de convênios, de contratos de repasse ou de outros instrumentos similares⁵⁸. A plena compreensão da sentença anterior demanda o prévio conhecimento, por exemplo, do que seja descentralização de recursos, transferência voluntária, convênio e contrato de repasse – conceitos necessários para se entender como foi desenhada a política pública de acesso às verbas do Funpen.

A descentralização encontra previsão no Decreto-Lei nº 200/1967, art. 10, o qual estabelece que a execução das atividades da administração federal deverá ser amplamente descentralizada. Destaque-se, ainda, que um dos planos principais em que a descentralização será posta em prática é da administração federal para as unidades federadas, quando estiverem devidamente aparelhadas e mediante convênio.

A descentralização ocorre quando o Governo Federal, por meio de seus órgão ou entidades, visando a melhor gestão de seus programas de governo, transfere recursos alocados em programas de trabalho aprovados na Lei Orçamentária para entidades públicas ou privadas situadas proximamente às populações assistidas ou atendidas pelo programa, como, por exemplo, secretarias estaduais, prefeituras, conselhos municipais, entidades civis com o propósito de realizar ações públicas de interesse comum⁵⁹.

Note-se que “o repasse de recursos de uma entidade federativa para outra, como auxílio financeiro, tem a denominação de transferência voluntária”⁶⁰. Segundo o art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, de auxílio ou de assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal, ou destinados ao Sistema Único de Saúde.

Algumas exigências, além das estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, devem ser cumpridas para que se efetive a transferência voluntária. São elas: i) existência de dotação específica; ii) atendimento ao disposto no art. 167, X, CF, que proíbe a transferência pelos governos federal e estaduais e suas instituições financeiras para pagamento de despesas

⁵⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. **Fundo Penitenciário Nacional** – Funpen em números. 6 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2012. p. 8.

⁵⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Fundo Penitenciário Nacional** – Funpen em números. 6 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2012.

⁶⁰ BITTENCOURT. Sidney. **Manual de convênios administrativos**: comentando toda a legislação que trata da matéria, com destaque para a IN STN nº 1/97. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2005. p. 27.

com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; iii) comprovação do beneficiário de regularidade de pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como da prestação de contas de recursos anteriores recebidos; iv) comprovação de que o beneficiário cumpriu os limites constitucionais relativos à educação e à saúde; v) comprovação, por parte do beneficiário, de previsão orçamentária de contrapartida; vii) demonstração de regularidade com a seguridade social (art.195, § 3º, CF). Ademais, note-se que é vedada a utilização dos recursos transferidos para finalidade diversa daquela que foi acordada.

As referidas transferências normalmente se dão por meio de convênios, os quais, por envolverem repasse de recursos, são denominados de convênios financeiros, mas também podem ocorrer por meio de contratos de repasse ou por termos de parceria⁶¹.

Convênios “são avenças nas quais figuram como partes entes de direito público ou privado que ajustam a união de esforços para a obtenção de um objetivo comum”⁶². A Instrução da Secretaria do Tesouro Nacional STN nº 01/1997 traz o conceito de convênio como: instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União. Isso, visando à execução de programas de trabalho, de projeto/atividade ou evento de interesse recíproco em regime de mútua cooperação.

Depreende-se, desse conceito, que a citada instrução se refere aos convênios financeiros e não aos convênios puros, que são aqueles onde não existe ocorrência de transferência de recursos financeiros, mas tão somente a cooperação mútua dos partícipes⁶³. É

⁶¹ BITTENCOURT. Sidney. **Manual de convênios administrativos**: comentando toda a legislação que trata da matéria, com destaque para a IN STN nº 1/97. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2005. p. 28.

⁶² CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Temas de direito administrativo**: obrigações do Estado derivada de contratos inválidos. São Paulo: Malheiros, 1999. v 3. p. 28.

⁶³ BITTENCOURT. Sidney. **Manual de convênios administrativos**: comentando toda a legislação que trata da matéria, com destaque para a IN STN nº 1/97. Rio de Janeiro: Temas & Ideias,, 2005. p. 34.

importante salientar, ainda, que os convênios financeiros, no âmbito da União, devem atender ao regramento contido no art. 116 da Lei nº 8.666/93⁶⁴.

Já o contrato de repasse é conceituado como um instrumento utilizado para transferência de recursos da União para os entes da Federação, por intermédio de instituições ou agências financeiras oficiais federais, recursos esses destinados à execução de programas de governo (Decreto nº 1.819/1996). Veja-se que é um instrumento “semelhante ao convênio em relação aos seus fins, porém se diferencia pela intermediação de uma instituição ou agente financeiro público federal, que representa a União na execução e fiscalização da transferência”. Com efeito, “a diferença entre convênio e contrato de repasse está na necessidade de intermediação de uma instituição financeira para descentralizar recursos”⁶⁵.

Por sua vez, o termo de parceria é o documento firmado entre a administração pública e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) para trabalho conjunto, visando à execução de atividades de interesse público,

⁶⁴ Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. § 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: I - identificação do objeto a ser executado; II - metas a serem atingidas; III - etapas ou fases de execução; IV - plano de aplicação dos recursos financeiros; V - cronograma de desembolso; VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador. § 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva. § 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes: I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública; II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas; III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno. § 4º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês. § 5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste. § 6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Manual de Convênios e outros instrumentos de repasse**. Brasília: 2016. p. 8-9.

estabelecidas no art. 3º da Lei nº 9.790/1999. São elas: promoção da assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação; promoção gratuita da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas no referido art. 3º, estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

1.2.3 Receitas do Fundo Penitenciário Nacional

Segundo o art. 2º da LC nº 79/94, as receitas⁶⁶ que compõem o Funpen são: i) dotações orçamentárias da União; ii) doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis que venha a receber de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras; iii) recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras; iv) recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se aqueles já destinados ao Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate ao Abuso de Drogas (Funcab)⁶⁷; v) multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado; vi) fianças quebradas ou perdidas, em conformidade

⁶⁶ Receitas orçamentárias são as disponibilidades de recursos financeiros que ingressam nos cofres públicos. Instrumento pelo qual se viabiliza a execução das políticas públicas, a receita orçamentária é a fonte de recursos utilizada pelo Estado em programas e ações, com a finalidade principal de atender às necessidades públicas e demandadas da sociedade. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/conceitos-sobre-orcamento/o-que-sao-receitas-orcamentarias>. Acesso em: 17 dez. 2017.

⁶⁷ Funcab é o atual Funad. Conforme a Lei 9649/98, art. 6º, § 3º: Fica alterada para Fundo Nacional Antidrogas – Funad a denominação do Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate ao Abuso de Drogas - Funcab, instituído pela Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, alterada pela Lei nº 8.764, de 20 de dezembro de 1993, e ratificado pela Lei nº 9.240, de 22 de dezembro de 1995, bem como transferida a sua gestão do âmbito do Ministério da Justiça para a Secretaria Nacional Antidrogas do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001).

com o disposto na lei processual penal; vii) cinquenta por cento do montante total das custas judiciais recolhidas em favor da União Federal, relativas aos seus serviços forenses (dispositivo posteriormente revogado pela MPV nº 781/2017, convertida na Lei nº 13.500/2017); viii) três por cento do montante arrecadado dos concursos de prognósticos, sorteios e loterias, no âmbito do governo federal; ix) rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do Funpen; x) outros recursos que forem destinados a ele por lei.

Essas receitas, na sexta edição do Funpen em números – conteúdo referente ao exercício de 2011–, são classificadas em cinco grupos:

1) Custas judiciais: previstas no art. 2º, VII, da LC nº 79/94, eram uma fonte vinculada, cuja arrecadação se dava por meio de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) e de Guia de Recolhimento da União (GRU). Ocorre que a Emenda Constitucional nº 45/2004 destinou as custas judiciais ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça, de modo que essa fonte deixou de ser considerada vinculada ao Funpen. Com isso, a arrecadação sofreu impacto negativo nos anos subsequentes, retomando a arrecadação a patamares superiores a 2004 apenas em 2008 e seguintes⁶⁸. Cumpre destacar, ainda, que o referido inciso foi definitivamente revogado por meio da MPV 781/2017, convertida na Lei nº 13.500/2017, conforme supracitado;

2) Contribuições sobre concursos de prognósticos: previstas no art. 2º, VIII, da LC nº 79/94, é importante fonte vinculada de recursos do Funpen, proveniente das loterias federais. Destaque-se, no entanto, que sucessivas Emendas Constitucionais (EC) têm esvaziado o montante que era destinado ao Funpen, uma vez que parte desses valores sofreu retenção para fins específicos. Por exemplo: EC nº 10/96 (recurso retido para composição do Fundo Social de Emergência); EC nº 17/97 (recurso retido para composição do Fundo de Estabilização Fiscal); EC nº 27/00 (Desvinculação das Receitas da União DRU até 2003); EC nº 42/03 (prorrogação da DRU até 2007); EC nº 56/07 (prorrogação da DRU até 2011); EC nº 68/11 (prorrogação da DRU até 2015); EC nº 93/16 (prorrogação da DRU até 2023 e ampliação do percentual de 20% para 30%);

3) Recursos próprios não financeiros: previstos no art. 2º, IV, V e VI, da LC nº 79/94, são depositados diretamente na conta única do Tesouro Nacional em favor do Fundo ou recolhidos via DARF e GRU, no caso de multas penais e de fianças quebradas ou perdidas;

⁶⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. **Fundo Penitenciário Nacional – Funpen em números**. 6ª ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2012. p 14.

4) Recursos próprios financeiros: previstos no art. 2º, IX, da LC nº 79/94, provêm da remuneração dos depósitos bancários do Fundo na conta única do Tesouro Nacional;

5) Recursos Ordinários: receitas previstas no art. 2º, I, da LC nº 79/94 – Dotações orçamentárias da União – que compõem o Funpen, mas não são a ele vinculadas, isto é, não há percentual predeterminado para ele. São recursos disponíveis para livre programação.

1.2.4 Execução orçamentária e financeira do Fundo Penitenciário Nacional: os entraves para a utilização de suas verbas decorrentes do conflito federativo

Execução orçamentária é a utilização dos créditos consignados na Lei Orçamentária Anual, ao passo que execução financeira é a utilização de recursos financeiros para atender as ações atribuídas a um determinado órgão ou fundo pelo orçamento. O orçamento representa o direito de gastar, e o financeiro, o meio de exercer tal direito. Ambas as execuções ocorrem concomitantemente e estão atreladas, pois, de modo geral, não se pode gastar recursos financeiros sem que haja disponibilidade orçamentária correspondente⁶⁹.

A última publicação do Funpen em números traz um quadro que demonstra a utilização dos créditos desse Fundo entre 1995 e 2011. Os valores e as explicações demonstram uma grande diferença entre os valores autorizados e os efetivamente utilizados:

Quadro 1 - Orçamento de Créditos do Fundo Penitenciário Nacional

Ano	Orçamento Autorizado (Lei + Créditos)	Orçamento Utilizado
1995	78.365.041,00	38.162.047,00
1996	129.128.010,00	43.957.196,00
1997	172.035.697,00	83.587.461,00
1998	295.107.209,00	122.200.797,00
1999	109.982.582,00	27.094.214,00
2000	204.728.125,00	144.994.119,00
2001	288.295.914,00	265.351.352,00
2002	308.757.559,00	132.825.351,00
2003	216.032.429,00	121.410.416,00
2004	166.157.349,00	146.114.180,00
2005	224.098.871,00	158.543.385,00
2006	364.252.144,00	303.490.675,00
2007	430.939.081,00	201.107.529,00
2008	574.766.381,00	226.682.662,00

⁶⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Fundo Penitenciário Nacional** – Funpen em números. 6 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2012. p. 19.

2009	218.991.484,00	101.278.954,00
2010	252.848.591,00	90.439.164,00
2011	269.922.925,00	98.368.452,00

Fonte: Funpen em números, 2012⁷⁰

Nesse quadro, observe-se que a coluna “orçamento autorizado” representa ano a ano, desde que o Funpen foi criado até 2011, “o “direito” que o Funpen possuía em realizar os gastos, ou seja, o valor consignado nas sucessivas Leis Orçamentárias somados aos valores provenientes da abertura de créditos adicionais”.⁷¹ Também estão contidos na referida coluna os valores referentes à reserva de contingência.

Cumprir destacar, no entanto, que nem sempre esse direito pode ser exercido em razão do chamado “contingenciamento orçamentário”. Anualmente, é feito um controle no intuito de estabelecer um compasso entre a realização dos gastos e a arrecadação das receitas, de forma a garantir o cumprimento das metas de resultado primário. Esse controle é feito por meio do Decreto de Contingenciamento, que dispõe sobre a programação orçamentária e financeira e estabelece o cronograma de desembolso do Poder Executivo⁷².

Na sequência, o Depen, responsável pela edição do Funpen em números, informa que “a diferença entre o Orçamento Autorizado e o Orçamento Utilizado representa o crédito orçamentário que não pôde ser utilizado em razão do contingenciamento e/ou da incapacidade de execução do Órgão”⁷³.

Com efeito, esse cenário alerta para o problema mais explorado, quando se discutem as crises do sistema penitenciário após a criação do Funpen, qual seja, o contingenciamento reiterado de suas verbas. De maneira simplista, o fracasso das políticas públicas no campo penitenciário é atribuído, em grande medida, ao referido contingenciamento.

Diante de reportagens que mostram as mazelas, sobretudo, das condições físicas das prisões brasileiras é comum uma imediata associação à existência de um Fundo específico com recursos não utilizados em sua totalidade, devido ao contingenciamento. Um exemplo desse olhar simplista é o relatório final da última Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, no qual a questão se restringe a um cálculo matemático, *in verbis*:

⁷⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Fundo Penitenciário Nacional** – Funpen em números. 6 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2012. p. 19.

⁷¹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Fundo Penitenciário Nacional** – **Funpen em números**. 6 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2012. p. 20

⁷² BRASIL. Ministério da Justiça. **Fundo Penitenciário Nacional** – **Funpen em números**. 6 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2012. p. 20.

⁷³ BRASIL. Ministério da Justiça. **Fundo Penitenciário Nacional** – **Funpen em números**. 6 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2012. p. 20.

Estima-se que, atualmente, o Funpen conta com cerca de 4,5 bilhões de reais, entretanto esses recursos são passíveis de contingenciamento pelo Governo Federal, dificultando a sua distribuição. Conforme cálculos realizados pelo Governo Federal, para se construir uma vaga em presídio o custo é em torno de 30 mil reais. Dessa forma, se fossem utilizados esses 4,5 bilhões de reais, cerca de 150 mil vagas seriam supridas.⁷⁴

Ocorre que o problema é mais complexo, uma vez que outros fatores também devem ser apontados como entraves à plena utilização desses recursos. Conforme já abordado no item 1.2.2, os recursos do Funpen são repassados a entidades públicas e privadas por meio de transferência voluntária, viabilizada por meio de convênios, de contratos de repasse ou de outros instrumentos similares.

Entretanto, já foram constatados diversos problemas que envolvem as transferências voluntárias de modo geral. São exemplos deles: mau planejamento, ineficiência na alocação de recursos, falta de prestação de contas, ausência de condições técnicas para execução pelos entes recebedores dos recursos, fiscalização ineficaz da aplicação dos recursos e do atingimento dos objetivos dos programas do Governo Federal⁷⁵. Obviamente, esses problemas também atingem as transferências voluntárias que envolvem o Funpen.

Como já explicado, para ocorrer a transferência voluntária, inúmeras exigências devem ser cumpridas. Uma delas é que haja comprovação, por parte do beneficiário, de regularidade do pagamento de tributos, de empréstimos e de financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como da prestação de contas dos recursos anteriores recebidos. Logo, a falta de prestação de contas de verba anterior recebida já inviabiliza o recebimento de novos recursos por parte do Funpen.

Uma das perguntas mais frequentes apontadas no Funpen em números é sobre o porquê de uma unidade específica da Federação não ter recebido verbas do Fundo em determinado ano. A resposta é a de que o Funpen executa grande parte de seu orçamento por meio de transferências voluntárias para as unidades, e essas transferências são viabilizadas, notadamente, por meio de convênios ou de contratos de repasses. Mas para celebrar o convênio, é preciso que a unidade federativa cumpra as exigências previstas na Instrução Normativa STN nº 01/97. Entre elas, há a impossibilidade de celebração de convênio com entes federativos inadimplentes com o governo federal.

⁷⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. **CPI – sistema carcerário brasileiro**: relatório final. Brasília: Câmara, 2017. p. 159.

⁷⁵ D'ABADIA, Bruno Magalhães. **A problemática das transferências voluntárias**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/transfe-rencias_%20voluntarias%20_%20abadia.pdf. Acesso em: 10 abr. 2018.

Outro possível fator apontado para o não recebimento de verbas do Funpen é a falta de apresentação de projetos por parte da unidade federativa, tanto para construção de estabelecimentos penais, como voltados para reintegração social e outros.

Por fim, um outro motivo é a ausência de disponibilidade orçamentária para atendimento de pedidos apresentados pelas unidades federativas.

Diante da evidente problemática das transferências voluntárias, surgem respostas como o PLP nº 147/2015⁷⁶, apensado ao PLP nº 133/2015, os quais preveem a obrigatoriedade de transferência dos recursos do Funpen para os Estados e o Distrito Federal, alterando a LC nº 79/94. A própria Lei nº 13.500, objeto de estudo do capítulo 3, já incluiu um artigo nessa LC, dispondo que a União deve repassar, aos fundos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a título de transferência obrigatória e independentemente de convênio ou instrumento congênere, os seguintes percentuais da dotação orçamentária do Funpen: até 31 de dezembro de 2017, até 75% (setenta e cinco por cento); II - no exercício de 2018, até 45% (quarenta e cinco por cento); III - no exercício de 2019, até 25% (vinte e cinco por cento); e IV - nos exercícios subsequentes, 40% (quarenta por cento).

Novamente, a solução parece simples, mas nada garante que o acesso aos recursos do Funpen, por parte daqueles entes federativos, assegurará que aqueles valores sejam revertidos de forma eficiente em favor das prisões locais. Com efeito, o problema parece ser apenas postergado, uma vez que, antes, a falta de certas condições impedia o acesso às verbas, por inviabilizar a transferência voluntária; agora, estaria garantido o acesso aos recursos, mas isso, necessariamente, não atestaria que os entes públicos conseguiriam efetivar o que realmente se espera deles em termos de política pública. E são esperados, exatamente, bons projetos, planejamentos, alocação dos recursos de forma eficiente, prestação de contas do dinheiro empregado, condições técnicas de execução e eficaz fiscalização da aplicação dos recursos, entre outros. Contudo, não se nega que o acesso à verba é um passo importante para viabilizar a política pública penitenciária. Mas isso, por si só, não é suficiente a garantir o sucesso de sua execução.

⁷⁶ Altera o § 2º do art. 3º da LC 79/94, que disciplina que serão obrigatoriamente transferidos aos fundos penitenciários dos Estados e do Distrito Federal, mensalmente, 60% (sessenta por cento) dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional; bem como acresce os seguintes parágrafos: § 5º No caso dos recursos de que trata o § 2º, o repasse será realizado em quotas proporcionais à população carcerária de cada Estado membro, incluído o Distrito Federal, e sua aplicação será restrita às hipóteses autorizadas por este artigo. § 6º A população carcerária a que se refere o § 5º será aferida através de dados atualizados e incluídos, mensalmente, em sistema informatizado gerido pelo Ministério da Justiça. § 7º A transferência dos recursos de que trata o § 2º será interrompida enquanto os dados a que se refere o § 6º não forem fornecidos ou atualizados. § 8º A transferência dos recursos de que trata o § 2º fica condicionada à existência de fundo penitenciário no Estado ou no Distrito Federal.

No contexto da questão, ainda é preciso se debater a fragilidade do federalismo cooperativo instituído no Brasil. Na realidade, quando se trata de execução orçamentária do Funpen, há problemas advindos de um nítido conflito federativo. O federalismo cooperativo, diferentemente do federalismo dual, não se funda em uma separação precisa e rígida das atribuições e competências de cada ente que compõe o pacto federativo. Ao contrário, as atribuições são exercidas de modo comum ou concorrente, aproximando os entes federativos para atuarem de forma conjunta⁷⁷.

Destaque-se, nesse sentido, que a Constituição Federal inseriu o Direito Penitenciário no rol da competência legislativa concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal (inciso I do art. 24, CF). Portanto, cabe à União a edição de norma geral⁷⁸ – no caso a LEP – e aos Estados, a competência suplementar, possibilitando a particularização da matéria à luz das questões locais. Embora a lógica de um federalismo cooperativo seja interessante, sua operacionalização no Brasil tem apresentado sérias dificuldades. Efetivamente, há um conflito federativo que gera reflexos no sistema penitenciário.

A verba a ser utilizada na execução penal encontra-se na esfera federal, o Funpen, esperando para ser transferida para os Estados que têm a incumbência de construir presídios. Cabe à União apresentar os padrões para elaboração desse trabalho, o que é feito por meio do Depen. Ocorre que, como já mencionado, um dos fatores que inviabilizam a liberação da verba é a falta de apresentação de projeto para construção de estabelecimentos penais, de projetos voltados para reintegração social e outros. Também os Estados reclamam do excesso de exigências e do rigor excessivo para aprovação dos projetos e consequente liberação dos valores. Com isso, estabeleceu-se o “jogo de empurra”, que é um entrave na consecução de políticas públicas.

Dentro de uma lógica de cooperação, questiona-se se não seria papel da União, por meio do Depen, incentivar, capacitar⁷⁹ e prestar auxílio aos Estados para que eles consigam elaborar projetos nos moldes exigidos. Ainda se espera, por parte dos Estados, uma postura proativa e comprometida com suas questões prisionais, em um modelo ideal de cooperação e de comprometimento mútuo. No entanto, não é o que se observa. Tanto é que, mesmo

⁷⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 448.

⁷⁸ É emblemática a afirmação do Ministro Carlos Velloso de que a norma geral traz uma moldura do quadro a ser pintado pelos Estados, DF e Municípios (ADI-MC nº 927/RS).

⁷⁹ No site do Ministério da Justiça e Segurança, há informação de um curso de capacitação de gestores públicos estaduais na elaboração, gestão e prestação de contas de projetos, candidatos a receberem recursos do Funpen, realizado em 2015 pelo Depen, por meio da Escola Nacional de Serviços Penais (Espen). Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/depen-capacita-estados-candidatos-a-receber-recursos-do-funpen>. Acesso em: 13 set. 2017.

havendo verba no Funpen, os Estados não conseguiram ter acesso a ela, ocasionando os contingenciamentos reiterados.

1.3 O FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ANTES DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A legislação brasileira sofreu alterações após a liminar na ADPF 347 MC/DF, que reconheceu o ECI do sistema penitenciário pátrio e mandou descontingenciar as verbas do Funpen. Foram adotadas sucessivas medidas legislativas, tais como as edições da MPV 755/16 e da MPV 781/17, essa convertida na Lei nº 13.500/17, provocando alterações no ordenamento jurídico até então vigente. As normas de pré-decisão do ECI que disciplinavam o Funpen eram basicamente a LC nº 79/1994 e o Decreto nº 1.093/94. Ambas continuam vigentes, mas, sobretudo, a primeira sofreu alterações pela nova legislação.

Quando o assunto é Funpen, é inevitável socorrer-se de outras normas, tais como o Decreto nº 1.819/96 – que disciplina as transferências de recursos da União por meio de instituições e de agências financeiras oficiais federais e dá outras providências –, a IN STN nº 1/1997 – que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências – e o Decreto nº 6.170/07 – que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse e dá outras providências.

Essas normas auxiliam a compreensão da sistemática do Funpen, mas não tratam especificamente dele, razão pela qual não serão objeto de estudo aprofundado nesta dissertação. A referência é imprescindível, no entanto, porque elas abordam os meios pelos quais é possibilitado o acesso aos recursos do Funpen.

Em contrapartida, a LC nº 79/1994 e o Decreto nº 1.093/94, tal como foram concebidos, demandam um estudo aprofundado a fim de que se evidencie como foi pensado o Funpen originariamente pelo legislador.

1.3.1 Lei Complementar nº 79/1994

Em que pesem trechos da LC nº 79/94 já terem sido abordados ao longo desta dissertação, cumpre destacar como ela está sistematizada e é pensada como um todo. É uma Lei de apenas cinco artigos, por meio da qual se institui o Funpen no âmbito do Ministério da

Justiça, determinando que sua gestão ficaria a cargo do Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça, atual Depen. Esse, segundo a MPV 870/19, encontra-se na estrutura do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Evidencia-se que a finalidade do Fundo é proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar atividades e programas de modernização e de aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro. Os recursos que constituirão o Fundo (art. 2º) já foram abordados no item 1.2.2, destinado ao estudo das receitas do Funpen.

A forma como esses recursos devem ser aplicados é matéria abordada no art. 3º⁸⁰, sendo possível categorizá-los, originariamente, em quatro eixos: infraestrutura, aparelhamento e gestão (incisos I, II, V, XIII); capacitação de servidores e pesquisas (incisos III, XI e XII); assistência a pessoas presas e egressas (incisos VI, VII e VIII); assistência a vítimas de crime e familiares de pessoas presas (incisos IX e X)⁸¹.

É possível ver, ao longo dos incisos, que tais recursos estão voltados para a garantia de melhorias para o sistema penitenciário propriamente dito, para a qualidade das prisões e dos serviços penitenciários, para ressocialização dos presos, para suas famílias e suas vítimas. Tudo a demonstrar uma coerência que reafirma a finalidade da Lei de financiar e de apoiar atividades e programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro.

Um quinto eixo – gênero e política para mulheres presas – foi acrescido pela LC nº 119/2005, que introduziu, no art. 3º, os incisos XIV e XV, dispendo sobre ações voltadas para

⁸⁰ Redação original da LC 79/1994. Art 3. Os recursos do Funpen serão aplicados em: I - construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais; II - manutenção dos serviços penitenciários; III - formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário; IV - aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento dos estabelecimentos penais; V - implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do internado; VI - formação educacional e cultural do preso e do internado; VII - elaboração e execução de projetos voltados à reinserção social de presos, internados e egressos; VIII - programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes; IX - programa de assistência às vítimas de crime; X - programa de assistência aos dependentes de presos e internados; XI - participação de representantes oficiais em eventos científicos sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica, realizados no Brasil ou no exterior; XII - Publicações e programas de pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica; XIII - custos de sua própria gestão, excetuando-se despesas de pessoal relativas a servidores públicos já remunerados pelos cofres públicos. A LC 79/94 na sua origem terminava neste último inciso, mas a LC 119/2005 incluiu o inc. XIV - manutenção de casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica e a LC 153/2015 incluiu o inc. XV – implantação e manutenção de berçário, creche e seção destinada à gestante e à parturiente nos estabelecimentos penais, nos termos do § 2º do art. 83 e do art. 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a LEP.

⁸¹ BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático**: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 19/20.

as mulheres, tanto no campo de infraestrutura e de assistência, como em relação a vítimas de violência doméstica⁸².

Originariamente também foi disposto, sem qualquer ressalva, que os recursos do Funpen poderiam ser repassados mediante convênio, acordos ou ajustes, que se enquadrassem nos objetivos do art. 3º. O dispositivo que previa que os recursos decorrentes das custas judiciais fossem obrigatoriamente repassados aos Estados de origem, na proporção de 50%, foi revogado pela Lei nº 13.500/2017. Mas permanece inalterada a disposição segundo a qual os saldos verificados no final de cada exercício devem ser obrigatoriamente transferidos para crédito do Funpen no exercício seguinte.

Como será estudado no capítulo 3, o art. 3º da Lei original foi o que sofreu as alterações mais substanciais com as medidas legislativas pós decisão do ECI. Ademais, de modo geral, foram acrescentados outros parágrafos, incisos e artigos, que serão melhor abordados adiante.

Por fim, a Lei determinou que o Poder Executivo baixaria os atos necessários à regulamentação da LC nº 79/94, o que gerou a edição do Decreto nº 1.093/1994.

1.3.2 Decreto nº 1.093/1994

Conforme acima explanado, o Decreto nº 1.093/94 veio regulamentar a LC nº 79/94, que criou o Funpen, tratando desde o início de como seus recursos seriam aplicados⁸³. Nesse sentido, é inevitável perceber a reafirmação dos objetivos expostos no art. 3º dessa LC. Com efeito, a atenção deve ser voltada para o cuidado com as instalações e com os serviços penitenciários, aperfeiçoamento dos servidores penitenciários, cuidado educacional e cultural dos presos, projetos de reinserção social, assistência jurídica aos presos carentes, assistência

⁸² BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático:** Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017.p. 20.

⁸³ Art. 2º Os recursos do Funpen serão aplicados: I - na construção, reforma, ampliação e reequipamento de instalações e serviços de penitenciárias e outros estabelecimentos prisionais; II na manutenção dos serviços penitenciários, mediante a celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos com entidades públicas ou privadas; III - na formação, aperfeiçoamento e especialização de servidores das áreas de administração, de segurança e de vigilância dos estabelecimentos penitenciários; IV - na formação educacional e cultural do preso e do internado, mediante cursos curriculares de 1º e 2º graus, ou profissionalizantes de nível médio ou superior; V - na elaboração e execução de projetos destinados à reinserção social de presos, internados e egressos; VI - na execução de programas voltados à assistência jurídica aos presos e internados carentes; VII - na execução de programas destinados a dar assistência às vítimas de crime e aos dependentes do preso ou do internado; VIII - na participação de representantes oficiais em eventos científicos, realizados no Brasil e no exterior, sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica; IX - nas publicações e na pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica; X - nos custos decorrentes de sua própria gestão, excetuadas as despesas de pessoal referentes a servidores públicos que já percebem remuneração dos cofres públicos.

às vítimas e aos dependentes do preso, fomento ao estudo das ciências criminais – penal, penitenciária ou criminológica – e cuidado com os custos da própria gestão do Fundo.

Na aplicação dos recursos do Funpen, o Departamento de Assuntos Penitenciários observará os critérios e as prioridades estabelecidos pela Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça e as resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (parágrafo único, art. 2º).

O Decreto também especifica que a gestão do Funpen ficará a cargo do diretor do atual Depen (art. 3º). Além disso, prevê que os recursos a serem aplicados nas publicações e na pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica, compreendendo os rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração de aplicações financeiras, serão revertidos automaticamente à receita do Funpen (parágrafo único, art. 4º).

Determina ainda, o Decreto, que a Caixa Econômica Federal, até o quinto dia de cada mês, proceda ao depósito das quantias devidas ao Funpen, relativas ao percentual arrecadado dos concursos de prognósticos, sorteios e loterias no âmbito do governo federal. Em contrapartida, afirma que os demais recursos do Funpen, estabelecidos no art. 2º da LC nº 79/1994, serão depositados pelos respectivos gestores públicos, responsáveis ou titulares legais (art. 5º).

Seu art. 6º disciplina o repasse dos recursos do Funpen aos Estados, que poderão ser mediante acordos, convênios, ajustes ou qualquer outra modalidade estabelecida em lei. Ainda determina que, para a programação do repasse dos recursos, o Depen manterá permanente articulação com as áreas específicas das unidades federativas beneficiadas (§ 2º). O dispositivo também trata do repasse dos valores referentes às custas judiciais (§1º), o que não é mais aplicável.

O referido Decreto finaliza suas disposições determinando que as receitas do Funpen serão permanentemente aplicadas em fundos de investimentos, geridos pelo Banco do Brasil S.A. sendo revertidos, automaticamente, seus rendimentos (art. 7º).

Capítulo 2

A REALIDADE DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL: A FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO JUDICIALMENTE ATESTADA NO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1 DADOS DA REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E SUAS ASSIMETRIAS REGIONAIS

Os dados da realidade do sistema penitenciário brasileiro que desencadearam a propositura da ADPF 347/DF em grande medida podem ser encontrados no relatório do Infopen – dezembro de 2014⁸⁴. Esse documento, já em sua apresentação, informa que o sistema punitivo, forjado sob o signo das matrizes do patrimonialismo, da escravidão e da exclusão – conforme abordado na descrição do contexto histórico do sistema penitenciário brasileiro, item 1.1–, consagrou um padrão organizacional e estrutural de estabelecimentos penais que são o retrato da violação de direitos das pessoas privadas de liberdade. Dessa forma, a prisão se reafirma como “a detestável solução de que não se pode abrir mão”⁸⁵.

Nesse relatório, assevera-se que o diagnóstico elaborado pelo Depen evidencia, no Brasil, uma tendência ao aumento das taxas de encarceramento. Na época, elas já haviam ultrapassado a marca de 622 mil pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, chegando a mais de 300 presos para cada 100.000 habitantes; a taxa mundial girava em torno de 144 presos por 100.000 habitantes.

Ressalte-se que, em números absolutos de presos, o Brasil estava na quarta posição, atrás dos Estados Unidos, da China e da Rússia, países que se encontrariam em movimento contrário ao brasileiro, pois estavam reduzindo suas taxas de encarceramento. No panorama de países com uma população de, no mínimo 10 milhões de pessoas, o Brasil teria a sexta maior taxa de presos por 100.000 habitantes, estando atrás dos Estados Unidos, de Cuba, da Tailândia, da Rússia e de Ruanda.

Entre os problemas destacados, observe-se o grande número de presos provisórios. Em dezembro de 2014, 40% da população prisional brasileira era composta por esses presos.

⁸⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen – Dezembro 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2014.

⁸⁵FOCAULT. Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 36 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 218.

Outro ponto de destaque é o crescimento do encarceramento entre as mulheres, que estava na ordem de 10,7% ao ano, representando uma sensível aceleração em relação à média que era da ordem de 7% ao ano. Havia-se constatado um aumento de 12.925 mulheres privadas de liberdade em 2005, para a marca de 33.793, registrada em dezembro de 2014. Tal incremento foi atribuído, em grande parte, aos crimes de drogas, responsáveis por 64% das penas das mulheres presas.

O perfil dos presos apontou uma maioria de jovens (55,07% da população privada de liberdade teria até 29 anos); sobrerrepresentação de negros (61,67% da população presa) e uma população com precário acesso à educação (apenas 9,5% concluíram o ensino médio, enquanto a média nacional girava em torno de 32%). Tais dados que reforçam a ideia de que a vingança é canalizada contra determinados grupos humanos, ditos “bodes expiatórios”, identificados como o jovem, afrodescendente, da periferia⁸⁶.

Do relatório do Depen, depreende-se, ainda, a implementação da política de encarceramento⁸⁷, pois em um intervalo de menos de 25 anos, partiu-se de 90 mil presos, no início da década 90, para mais de 600 mil, em 2014. Entretanto, essa política não veio acompanhada de uma redução da incidência de crimes violentos nem da diminuição do sentimento de insegurança por parte da sociedade brasileira. Não havia, pois, justificativas para o enorme custo social e financeiro do encarceramento. Ao contrário, ressaltava-se que “o cárcere tem reforçado mecanismos de reprodução de um ciclo vicioso de violência que, como padrão, envolve a vulnerabilidade, o crime, a prisão e a reincidência e, por vezes, serve de combustível para facções criminosas”⁸⁸.

Recentemente, foi publicado o relatório do Infopen – junho de 2016⁸⁹, no qual se confirma a tendência já anunciada no Infopen – dezembro de 2014, de aumento da população prisional. Com efeito, em junho de 2016 já eram 726.712 pessoas privadas de liberdade e, em relação ao número de vagas, havia um déficit total de 358.663 mil, demonstrando uma taxa de

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar; coordenadores Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini – São Paulo: Saraiva, 2012. p.303.

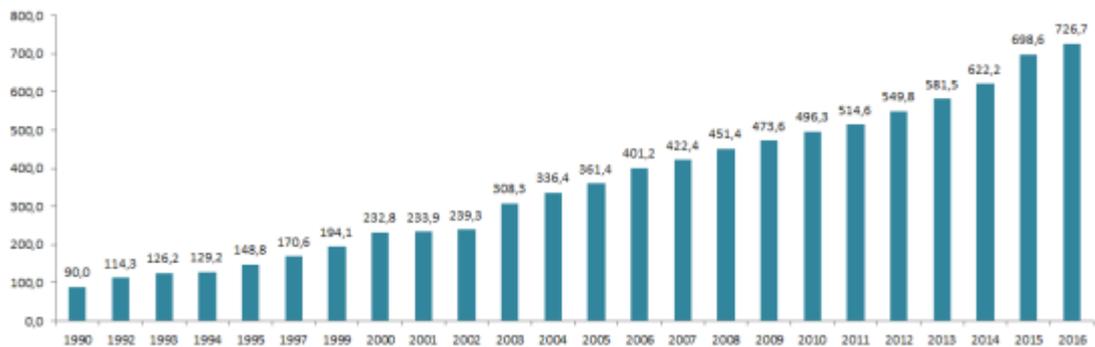
⁸⁷ Depreende-se do relatório do Infopen que o termo “política de encarceramento” corresponde ao fenômeno conhecido também como a política de encarceramento em massa ou de superencarceramento. No caso, a expressão refere-se a questão do aumento das taxas de encarceramento. Observa-se, no entanto, que o termo também pode ser utilizado no intuito a abarcar os problemas decorrentes da superlotação dos estabelecimentos penais.

⁸⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen – Dezembro 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2014. p. 17.

⁸⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen - Atualização Junho de 2016/organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa [et. Al.] Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

ocupação média de 197,4% em todo o país. O gráfico abaixo mostra evolução de pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016, comprovando um incremento da ordem de 707% nesse período.

Gráfico 1 – Evolução da população prisional



Fonte: Infopen – junho de 2016, 2017⁹⁰

É importante destacar que a questão do encarceramento em massa ou superencarceramento tem dois aspectos a serem considerados: o primeiro diz respeito ao número de pessoas presas em termos absolutos e, principalmente, em relação à taxa de encarceramento, conforme supramencionado; o segundo se refere às condições e à estrutura para recolhimento dessas pessoas. Logo, há um quadro de encarceramento em massa no sistema prisional brasileiro nos dois sentidos dessa expressão, seja por se referir ao crescente e amplo fenômeno de encarceramento de pessoas, seja por se reportar às más condições de acondicionamento dessas pessoas sob custódia do Estado⁹¹.

Os dados apontados no recente relatório do Infopen trazem valiosas contribuições, ao evidenciar, nas entrelinhas, um dos grandes problemas da política pública penitenciária, que são as assimetrias regionais. Nos levantamentos da situação penitenciária das unidades federativas, é possível ver ou, no mínimo, indagar o que está por trás desses números.

Para tanto, segue tabela com os principais dados do sistema prisional brasileiro em junho de 2016, por unidade da Federação e sistema penitenciário federal.

⁹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen - Atualização Junho de 2016/organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa [et. Al.] Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

⁹¹ SUXBERGER. Antônio Henrique Graciano. **O enfrentamento da questão carcerária no Brasil**: a oportunidade da ação penal como arranjo de política pública para promoção dos direitos humanos. Monografia apresentada como requisito parcial às atividades de pesquisa do programa de pós-doutoramento em Direito e Democracia, vinculado ao *Ius Gentium Conimbrigae* — Centro de Direitos Humanos, da Universidade de Coimbra. Professor Orientador: Dr. Rui Cunha Martins. Coimbra, Portugal, 2018. p. 19.

Tabela 1 – Situação Prisional nas Unidades Federativas

UF	População prisional	Taxa de aprisionamento	Vagas no sistema prisional	Taxa de ocupação	Total de presos sem condenação	% de presos sem condenação
AC	5.364	656,8	3.143	170,7%	1.989	37,1%
AL	6.957	207,1	2.845	244,5%	2.588	37,2%
AM	11.390	284,6	2.354	483,9%	7.337	64,4%
AP	2.680	342,6	1.388	193,1%	628	23,4%
BA	15.294	100,1	6.831	223,9%	8.901	58,2%
CE	34.566	385,6	11.179	309,2%	22.741	65,8%
DF	15.194	510,3	7.229	210,2%	3.651	24,0%
ES	19.413	488,5	13.417	144,7%	8.210	42,3%
GO	16.917	252,6	7.150	236,6%	6.828	40,4%
MA	8.835	127,0	5.293	166,9%	5.177	58,6%
MG	68.354	325,5	36.556	187,0%	39.536	57,8%
MS	18.688	696,7	7.731	241,7%	6.058	32,4%
MT	10.362	313,5	6.369	162,7%	5.436	52,5%
PA	14.212	171,8	8.489	167,4%	6.860	48,3%
PB	11.377	284,5	5.241	217,1%	4.798	42,2%
PE	34.556	367,2	11.495	300,6%	17.560	50,8%
PI	4.032	125,6	2.363	170,6%	2.217	55,0%
PR	51.700	459,9	18.365	281,5%	14.699	28,4%
RJ	50.219	301,9	28.443	176,6%	20.141	40,1%
RN	8.809	253,5	4.265	206,5%	2.969	33,7%
RO	10.832	606,1	4.969	218,0%	1.879	17,3%
RR	2.339	454,9	1.198	195,2%	1.033	44,2%
RS	33.868	300,1	21.642	156,5%	12.777	37,7%
SC	21.472	310,7	13.870	154,8%	7.627	35,5%
SE	5.316	234,6	2.251	236,2%	3.461	65,1%
SP	240.061	536,5	131.159	183,0%	75.862	31,6%
TO	3.468	226,2	1.982	175,0%	1.368	39,4%
União	437	-	832	52,5%	119	27,2%
Total	726.712	352,6	368.049	197,4%	292.450	40,2%

Fonte: Infopen – junho de 2016, 2017⁹²

Não é necessário esforço para perceber as discrepâncias que envolvem os dados. A taxa de aprisionamento é um bom marcador, por demonstrar que, para se obter a taxa média de 352,6 presos a cada 100.000 habitantes, de um lado se tem Mato Grosso do Sul, com a taxa de 696,7 presos a cada 100.000 habitantes, e no extremo oposto se encontra a Bahia, com a taxa de 100,1 presos a cada 100.000 habitantes.

A desproporção entre a taxa máxima e a mínima de aprisionamento demonstra o quão desigual podem se revelar as questões que envolvem o sistema penitenciário do país. De igual modo, destacam-se os índices de taxa de ocupação que revelam o Amazonas, de um lado, com 483,9%, e no extremo oposto o Espírito Santo, com 144,7%.

No que se refere ao percentual de presos sem condenação, consideradas assim as pessoas custodiadas em carceragens de delegacias e aquelas que aguardam julgamento dentro do sistema prisional, novamente se constata uma grande diferença entre o Ceará, com 65,8%,

⁹² BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen - Atualização Junho de 2016. Organização Thandara Santos. Colaboração Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

e Rondônia, com 17,3%. O que esses dados têm em comum é uma enorme diferença entre os valores mínimo e máximo apresentados.

Isso, por si só, não é capaz de demonstrar o que eles revelam acerca da realidade carcerária de cada Estado que ostenta o maior ou o menor índice. Para uma leitura mais adequada desses números, faz-se necessário um cruzamento com outros dados e o conhecimento do contexto ao qual eles se referem. De modo geral, não deixa de se observar com estranheza unidades com dados tão dissonantes dentro de uma Federação.

Ressalte-se, no entanto, que as discrepâncias dos números da população prisional e de vagas no sistema prisional são esperadas, ou seja, é natural que São Paulo tenha os maiores índices, uma vez que se trata do Estado mais populoso do país; também são esperados os menores índices em Roraima, que é o Estado menos populoso.

A título de exemplo, diante da tabela supracitada, chama-se a atenção para dois entes com dados opostos: o Distrito Federal, por um lado, que ostenta a quinta maior taxa de aprisionamento (510.3 por cada grupo de 100.000 habitantes); por outro, o Maranhão, com a terceira menor taxa de aprisionamento (127 por cada grupo de 100.000 habitantes). Esses dados, visualizados isoladamente em uma leitura apressada, poderiam sugerir que o Maranhão estaria empregando uma política penitenciária mais exitosa que a do Distrito Federal, quiçá uma política desencarcerante que, criminologicamente, poderia parecer interessante.

Mas ao analisarmos o percentual de presos sem condenação, os papéis praticamente se invertem: o Maranhão ostenta a quarta maior taxa de presos sem condenação (59%), ao passo que o DF apresenta a terceira menor taxa (24%). Aí fica evidente a necessidade de se desenvolver um olhar crítico e abrangente sobre os dados. É possível que o fato de o Distrito Federal ter uma taxa tão alta de encarceramento e uma taxa baixa de presos sem condenação seja consequência de uma atuação proativa ou concertada das instituições envolvidas - Polícia, Ministério Público, Defensoria Pública/OAB e Judiciário do DF. Em contrapartida, é possível que o fato de o Maranhão ter uma taxa tão baixa de encarceramento e uma taxa alta de presos sem condenação seja um sinalizador de que as instituições desse Estado não estejam conseguindo desempenhar suas funções a ponto de dar uma resposta célere e definitiva ao sistema de justiça criminal.

No caso do Maranhão, um indício disso é que, com certa freqüência, seu sistema penitenciário surge nos noticiários nacionais. O primeiro grande fato que repercutiu, inclusive internacionalmente, foi o “caso de Pedrinhas” em 2014 (já mencionado na introdução). Em

2016, Pedrinhas voltou aos noticiários devido a uma rebelião que desencadeou ondas de ataques nas ruas, deixando escolas incendiadas e afetando a realização das eleições municipais. Em 2017, houve um incidente grave que, igualmente, ganhou repercussão na mídia: a fuga de 32 detentos, resultando em duas mortes⁹³.

O que se pretende com esta análise dos dados é desmitificar um pouco esse “fetiche por números”⁹⁴ e trazer luz para possíveis problemas atrás dos dados apresentados. É nítida a crescente necessidade de revelar os números do sistema penitenciário brasileiro até para que se reflita sobre essa realidade e sejam apresentadas alternativas que visem solucionar seus inúmeros problemas. Levantamentos de dados e pesquisas meramente quantitativas na área social, como é o caso do sistema penitenciário, de modo geral são problemáticos se as respectivas leituras forem feitas de forma isolada ou fora de contexto.

Também se pretende chamar a atenção para o fato de que as diferenças apresentadas no levantamento realizado, sobre a realidade penitenciária dos Estados e do DF, demonstram dificuldade de implementação de uma política mais isonômica no Brasil. O país tem dimensões continentais, e cada unidade federativa tem peculiaridades e problemas diversos que abarcam, inclusive, as prisões locais. Além disso, acredita-se que o conflito que envolve a União e os Estados na execução orçamentária das verbas do Funpen (tratadas no item 1.2.4) é mais um fator agravante dessas desigualdades, refletidas em dados tão díspares, como os apresentados na tabela 1.

Cabe ainda um alerta para o fato de que os dados oficiais nem sempre são confiáveis. Estudos apontam que, por exemplo, segundo dados fornecidos pelo Infopen de 2014, o Espírito Santo, estatisticamente, não estaria entre os que apresentavam situações mais críticas dentro do sistema carcerário. Entretanto, o “relatório de inspeção do Conselho de Política Criminal e Penitenciária de 2009 [...] já registrava o cumprimento de pena em *containers*, significando que a existência ou não de vaga por si só não atende condições mínimas de cumprimento de pena estabelecidas nacional e internacionalmente.”⁹⁵

De volta aos números gerais fornecidos pelo recente Infopen, o perfil dos presos não sofreu grandes alterações: a maioria continua a ser de jovens (55%, considerados até 29 anos -

⁹³Veja a **Cronologia de fugas, mortes e rebeliões no Complexo de Pedrinhas**. Disponível em: <http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/09>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁹⁴A expressão “fetiche por números” é trazida por Jock Young, no livro *The criminological imagination*, no qual tece críticas às pesquisas desenvolvidas nas ciências sociais, como a criminologia, que prestigiam critérios quantitativos. YOUNG, Jock. **The criminological imagination**. Cambridge: Polity, 2012.

⁹⁵ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, v. 126, p. 291-331, 2016.

segundo Estatuto da Juventude, Lei nº 12.852/2013). Há sobre-representação de pessoas negras (64% da população presa), já que, na população brasileira acima de 18 anos, a parcela negra representa 53%.

Quanto à escolaridade da população privada de liberdade, há um baixo nível, seguindo a tendência já expressa em levantamentos anteriores. Na verdade, 17,75% da população prisional sequer teve acesso ao ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. E dos que se enquadram na faixa do ensino médio, tendo concluído ou não essa etapa da educação formal, o percentual é de 24%.

Assim, diante dos dados oficiais, sobretudo do Infopen – dezembro de 2014, que retratam um pouco da realidade carcerária da época em que se ajuizou a ADPF 347/DF, e do fato de haver um Fundo Penitenciário superavitário, que sofria contingenciamentos reiterados de seus recursos (como amplamente referido), o STF foi instado a se manifestar sobre Estado de Coisas Inconstitucional e a adotar medidas, entre elas, a do descontingenciamento das verbas do Funpen.

2.2 O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO FRUTO DE LITÍGIO ESTRATÉGICO

A lógica do reconhecimento do ECI perpassa a ideia de que o Estado negligencia, sistematicamente, a observância e/ou a efetivação de alguns direitos dos cidadãos, erigidos constitucionalmente como fundamentais. Nessa perspectiva, a Corte constitucional, quando chamada a se manifestar sobre a matéria, teve a oportunidade de reconhecer, judicialmente, a inconstitucionalidade do estado das prisões brasileiras. Assim, pôde determinar a atuação de várias autoridades públicas, cada qual em seu âmbito de competência, reorientando ou induzindo o rumo das políticas públicas no sentido de serem adotadas medidas necessárias para cessar a afronta massiva destes direitos.

Note-se a existência de toda uma estrutura articulada e bem pensada, que é anterior à própria propositura das ações que levam às Cortes essas temáticas, sensíveis a toda uma coletividade. São ações que demandam alteração de jurisprudência, formação de precedentes, necessidade de debate sobre o problema, mudanças sociais, legislativa ou de políticas públicas. O método desenvolvido é o que se denomina de “litígio estratégico”, tema que é abordado com maestria por Evorah Lusci Costa Cardoso, que o conceitua nos seguintes termos:

Litígio estratégico, “litígio de impacto”, “litígio paradigmático”, “litígio de caso teste” são expressões correlatas, que surgiram de uma prática diferenciada de litígio, não necessariamente relacionada ao histórico da advocacia em direitos humanos. O litígio estratégico busca, por meio do uso do Judiciário e de casos paradigmáticos alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas. Trata-se de um método, uma técnica que pode ser utilizada para diferentes fins / temas.⁹⁶

A ADPF 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), mediante representação da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)⁹⁷, foi instruída com Parecer do Professor Titular de Direito Penal da Uerj Juarez Tavares. É um típico caso de litígio estratégico, no qual se buscou, por meio do STF, chamar atenção para o problema do sistema prisional do país e induzir melhoras na política pública penitenciária. Note-se que a decisão é apenas um dos pontos do litígio estratégico, pois a própria propositura da ADPF já fomentou o debate no plano político brasileiro.

Um litígio estratégico pode se configurar uma via hábil para provocar transformações sociais. É um desdobramento do movimento do “direito do interesse público”, o qual está associado historicamente ao acesso à justiça por pessoas marginalizadas política ou economicamente⁹⁸.

Como pressupõe um apelo ao Poder Judiciário, a fim de alterar um estado de violação a direitos fundamentais em decorrência de falhas reiteradas e estruturais no sistema público, o litígio estratégico está intimamente relacionado com o estado de coisas inconstitucional. Com efeito, a maior potencialidade do reconhecimento de um ECI contrário à ordem Constitucional está na possibilidade de as Cortes constitucionais determinarem tanto a adoção de medidas,

⁹⁶ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

⁹⁷ A Clínica UERJ Direitos, por meio de seus advogados, representa o PSOL na ADPF nº347. Trata-se de um núcleo universitário da Faculdade de Direito da UERJ, que tem por missão a promoção e defesa dos direitos fundamentais no país. A atuação da Clínica é voltada à prestação de assessoria jurídica especializada e representação processual de entidades da sociedade civil em litígios estratégicos de interesse público, i.e., ações judiciais que tenham potencial de promover transformação social e ampliar a proteção de direitos humanos. A Clínica UERJ é uma instituição apartidária e a parceria com o PSOL se deu em razão de sua legitimidade universal para a propositura da ADPF perante o STF e de seu histórico de compromisso e luta por melhores condições para o sistema prisional brasileiro. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁹⁸ CARDOSO, EvorahLusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 42-43.

quanto seu acompanhamento como ferramenta eficaz de mobilizar o aparato público e social para superar o problema diagnosticado⁹⁹.

Para melhor compreender o lugar que ocupa a decisão que reconhece o ECI, faz-se necessária uma breve alusão à tipologia acerca dos efeitos da decisão. César Rodríguez Garavito propõe um olhar para os efeitos da decisão judicial para além da sala do Tribunal. O referido autor afirma que uma sentença pode produzir quatro tipos de efeitos, são eles: I) diretos – aqueles que atingem diretamente as partes envolvidas no caso, sejam os destinatários das ordens do Tribunal, os litigantes, os beneficiários ou os organismos estatais; II) indiretos – os que incluem todo tipo de consequências que, sem estar estipuladas nas ordens do Tribunal, derivam da sentença, afetando outros sujeitos sociais e não apenas as partes envolvidas no caso; III) materiais – aqueles palpáveis, mudanças tangíveis na conduta dos grupos e de pessoas envolvidas. IV) simbólicos – os que consistem na mudança de ideias, de percepções e de construções sociais acerca da matéria discutida, implicando mudanças culturais ou ideológicas do imaginário social¹⁰⁰.

Na sequência, o autor aponta os resultados da combinação dessas classificações, que resultam no seguinte: efeito material-direto – formulação de uma política pública ordenada pelo Tribunal; efeito material-indireto – participação e influência de novos atores no debate público; efeito simbólico-direto – redefinição da cobertura da mídia; efeito simbólico-indireto – transformação da opinião pública sobre a problemática¹⁰¹.

Na hipótese das decisões que reconhecem o ECI, se forem valorados não somente os efeitos diretos e materiais, mas também os efeitos simbólicos e indiretos, é possível aferir o impacto dessas decisões¹⁰² de forma mais integral, notadamente. Isso, se for analisado, também, o resultado da combinação desses efeitos.

⁹⁹ HUAROTO. Beatriz Mayling Ramirez. **El “estado de cosas inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público:** una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana. Tesis (Magistra en Derecho Constitucional) – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013. p.130.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law review**, v. 89, p. 1679-1680, 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law review**, v. 89, p. 1679-1680, 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.

¹⁰² HUAROTO. Beatriz Mayling Ramirez. **El “estado de cosas inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público:** una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana. Tesis (Magistra en Derecho Constitucional) – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013. p.130.

A abordagem do tema toca em outra questão, que é o papel do Judiciário no que concerne as políticas públicas. De um lado, os defensores do ativismo judicial são adeptos de que o Judiciário interfira para garantir direitos constitucionais, sempre que o Executivo e o Legislativo deixarem de cumprir suas obrigações, ou seja, se abstiverem ou se omitirem. De outro lado, os críticos do ativismo judicial ressaltam o fato de que o Judiciário tem características estruturais e institucionais que restringem sua capacidade de promover mudanças sociais abrangentes e de corrigir, de forma adequada, o rumo de políticas públicas. Essas dependem, em última instância, da combinação de ações políticas e expertise técnica, para as quais a Justiça não é capacitada, vocacionada ou legitimada¹⁰³.

Sem adentrar no mérito da questão e adotar uma ou outra corrente, imperioso é reconhecer que o Judiciário é um instrumento de acesso à discussão de políticas públicas, o que decorre do modelo deliberativo-procedimental de democracia adotado. Além disso, a história das instituições brasileiras demonstra que, no tocante a separação dos poderes, é adotado o modelo norte-americano, afastando a ideia de separação estanque. Reconhece-se um poder uno, sendo dividido em funções, de modo que cabe ao Judiciário a última palavra sobre a interpretação do direito – *judicial review*. Nesse cenário, o Judiciário atua como um poder contramajoritário sempre que o legislador e executivo, por uma disfunção política, ultrapassarem sua margem de discricionariedade¹⁰⁴.

Para além de se discutir a adoção ou não de uma postura proativa da Corte em termos de políticas públicas, para o tema abordado, é importante destacar o Judiciário como instrumento de acesso ao debate dessas políticas. É vê-lo como última palavra sobre a interpretação do direito, destacando-se como um poder contramajoritário.

O papel contramajoritário do STF “importa em estabelecer limites à maioria”¹⁰⁵. Diz-se, na teoria constitucional, que o papel é contramajoritário porque juízes e ministros, figuras não eleitas, podem sobrepor sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária quando declaram a inconstitucionalidade de leis e de atos do Poder Executivo¹⁰⁶. A legitimidade democrática desse papel encontra amparo na proteção aos direitos fundamentais, os quais não podem ser relegados à deliberação política majoritária, e na proteção às regras do

¹⁰³ COUTINHO, Diogo. R. **O direito nas políticas públicas**. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2017. p.16.

¹⁰⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: WATANABE e GRINOVER (orgs.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 66/ 67.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 42.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 446-447.

jogo democrático e dos canais de participação política de todos. Evita-se, assim, que as maiorias deturpem o processo democrático ou oprimam as minorias¹⁰⁷.

Destaque-se que a academia tem se ocupado tradicionalmente de estudos acerca do problema da legitimidade detida por juízes não eleitos pelo voto popular para proferir decisões que interferem fortemente no processo político e que divergem da vontade da maioria. É importante, no entanto, que se problematizem, também, as decisões majoritárias, pois não necessariamente elas podem ser tidas como certas e democráticas. “Convergir ou divergir da opinião pública não pode ser considerado um critério único ou estático de legitimação das decisões políticas ou judiciais”¹⁰⁸.

No caso da ADPF 347/DF, o papel contramajoritário do STF encontraria legitimidade na medida em que foi exercido em prol da dignidade de grupo vulnerável – presos. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi o meio utilizado estrategicamente pelo PSOL para ter acesso ao debate da política pública penitenciária, denunciando afrontas à Constituição, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos violadores de direitos básicos de uma minoria estigmatizada.

Por meio do pedido de reconhecimento do ECI, buscou-se do STF uma postura proativa, esperando-se que ele adotasse medidas, bem como almejasse o acompanhamento delas, como ferramenta eficaz de mobilização do aparato público e social a fim de superar o problema diagnosticado.

2.3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Entende-se por Estado de Coisas Inconstitucional a violação reiterada de direitos fundamentais, somada à inércia ou à incapacidade persistente das autoridades públicas em modificar a situação, o que demanda a atuação concertada de uma pluralidade de autoridades para superar o cenário. O Estado de Coisas Inconstitucional se baseia em três pressupostos principais, os quais são citados pela Corte colombiana e reproduzidos pelo STF, na ADPF 347 MC/DF, quais sejam: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação;

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.5, Número Especial, 2015. p. 36.

¹⁰⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 423.

superação das transgressões exigindo a atuação não apenas de um órgão e sim, de uma pluralidade de autoridades¹⁰⁹.

Aqui, cabe salientar que a ADPF 347/DF, proposta ao STF, teve inspiração na Corte Constitucional colombiana, órgão que primeiro reconheceu o que se denomina de Estado de Coisas Inconstitucional. Inclusive, teve a oportunidade de reconhecê-lo quanto ao sistema penitenciário colombiano pela primeira vez na ação T-153/1998 e, anos após, na decisão T388/2013. Desse modo, é possível identificar muitos pontos convergentes e outros divergentes entre as decisões da Corte Constitucional colombiana e do Supremo Tribunal Federal, conforme será melhor analisado nos itens subsequentes.

2.3.1 O paradigma: decisões colombianas (T-153/1998 e T-388/2013)

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma criação jurisprudencial colombiana¹¹⁰ que tem evoluído ao longo do tempo, desde que foi declarado, pela primeira vez, em 1997 na “sentencia de unificación” – SU-559/1997. Nesse documento, a Corte Constitucional da Colômbia foi instada a se manifestar acerca de direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais a 45 professores. Essa Corte então constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando número superior ao daqueles professores que haviam demandado. Assim, cumprindo um denominado “dever de colaboração”¹¹¹ para com os outros Poderes, a decisão tomada não se limitou às partes do processo e reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional. Determinou, aos Municípios que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável, ordenando o envio de cópias da sentença a diversas autoridades para providências práticas e orçamentárias¹¹².

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹¹⁰HUAROTO.Beatriz Mayling Ramirez. **El “estado de cosas inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público: una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana**. Tesis (Magistra en Derecho Constitucional) - Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013. p. 129.

¹¹¹ A Corte Constitucional colombiana tem o dever de colaborar de maneira harmônica com os demais órgãos do Estado para a realização de seus fins (Constituição Política art. 13). Do mesmo modo que deve comunicar a ocorrência de um crime à autoridade competente, não se vê o porquê deva se omitir à autoridade competente a notificação de que um determinado estado de coisas resulta violatório à Constituição Política de seu país. O dever de colaboração se torna imperativo se o remédio administrativo oportuno pode evitar a excessiva utilização de ações judiciais. COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colombia**. Sentencia de Unificación - SU-559/1997. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Julgado em 06/11/1997. Disponível em: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 1 abr. 2017.

¹¹² COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colombia**. Sentencia de Unificación - SU-559/1997. Magistrado Ponente Eduardo CifuentesMuñoz. Julgado em 06/11/1997. Disponível em: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 1 abr. 2017.

No ano seguinte, 1998, ao julgar a ação T-153, a Corte Constitucional colombiana se pronunciou acerca do sistema prisional colombiano nos processos de Tutela nº T-137001 e nº T-143950, promovidos contra o Ministério da Justiça e do Direito e o Instituto Nacional Penitenciário e Prisional (INPEC). As ações questionavam as condições da superlotação dos presídios Bellavista de Medellín e Modelo de Bogotá. No entanto, ao analisar a situação concreta desses estabelecimentos prisionais, verificou que a realidade carcerária deles era a mesma de todos os presídios da Colômbia, considerando a própria perspectiva histórica¹¹³. Nas ações, foram apontadas violações reiteradas aos direitos humanos, tais como à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à privacidade e intimidade. Foram realizadas inspeções e elaborados relatórios que comprovavam a efetiva necessidade da adoção de providências aptas a darem uma resposta aos graves problemas de superlotação e de insalubridade enfrentados nas prisões.

Os relatórios das inspeções apresentaram como causas explicativas para a situação prisional de superlotação as seguintes: o crescimento demográfico e da criminalidade; a crise socioeconômica, política, de cultura e valores da sociedade; o lento processo de reposição de centros prisionais com alto grau de envelhecimento ou desenhos antifuncionais; o processo lento de recuperação e ampliação de vagas; a edição de leis dirigidas a sancionar com maior rigidez; o aumento de pessoas presas preventivamente, pois em 1997, das 42.454 pessoas presas, 19.515 ou 46% eram presas preventivas; a morosidade do Judiciário.

Acrescente que o problema de superlotação era agravado pelo problema da infraestrutura das prisões colombianas, pois muitos dos estabelecimentos não haviam sido construídos com a finalidade de reclusão; eram construções antigas. Outro ponto crítico foi a presença de presos provisórios nas penitenciárias e presos definitivos em prisões.

Foram apontadas como consequências da superlotação: a dificuldade de cumprimento dos objetivos da execução das penas¹¹⁴; a propensão de negociação dos bens (que são escassos) por meio de mecanismos como a corrupção e a violência; o agravamento do

¹¹³ COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colombia**. Sentencia T-153/1998. Magistrado Ponente Eduardo CifuentesMuñoz. Julgado em 28/04/1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 1 abr. 2017.

¹¹⁴ A finalidade do “tratamento penitenciário” é alcançar a ressocialização do infrator da lei penal, mediante o exame de sua personalidade e por meio da disciplina, do trabalho, do estudo, da formação espiritual, da cultura, do esporte, da recreação, mediante um espírito humano e solidário (art. 10 da Lei 65 de 1993) **FINALIDAD DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de superpersonalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario**. Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1617070>. Acesso em: 5 abr. 2017.

problema de presos definitivos cumprindo pena no mesmo local em que havia presos provisórios; a dificuldade de operacionalizar outras divisões, como a dos reincidentes e dos primários, bem como separar os presos que eram membros da “força pública.”

A conclusão da Corte foi no sentido de destacar que esse problema não ocupa um lugar de destaque na agenda política, e uma das justificativas para tal foi o fato de que são suspensos, além da liberdade física e de locomoção, os direitos políticos dos presos. A atitude dos gestores das políticas públicas, diante do problema prisional, obedece à lógica das maiorias que governa o regime democrático, e os reclusos, como são pessoas marginalizadas pela sociedade, constituem um grupo minoritário que não consegue se fazer ouvir.

Assim, alerte-se para a racionalidade constitucional: o juiz constitucional tem por missão tutelar os direitos das minorias esquecidas, ou seja, daqueles grupos que dificilmente têm acesso aos canais formais da representação política. Essa é uma situação tradicional em que a atuação contramajoritária do Judiciário está justificada.

Diante desses argumentos, a Corte Constitucional colombiana resolveu declarar e notificar, a diversas autoridades públicas, a situação de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário e, por fim, adotar ordens adicionais dirigidas a diferentes autoridades e entidades encarregadas do sistema penitenciário para, por exemplo: desenhar um plano de construção e reforma prisional e implementá-lo, providenciando recursos orçamentários necessários para tanto; reservar um lugar especial para os membros da força pública; separar os indiciados dos condenados; investigar a falta de presença dos juízes da execução nas cadeias Bellavista e Modelo; adotar medidas de proteção urgentes enquanto se adotam as

medidas de carácter estrutural e permanente¹¹⁵. Foi determinado que o plano de construção e de reforma prisional fosse voltado para garantir condições de vida digna aos presos, determinando aos órgãos competentes a fiscalização de sua execução. Ademais, foi determinada sua inclusão no Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimentos.

A reserva de vagas em estabelecimentos especiais para os membros da força pública privados de liberdade foi uma medida adotada para garantir a vida e a integridade física deles. Essa medida, tal como a separação de presos provisórios e definitivos, encontrava dificuldade de ser operacionalizada em virtude da superlotação das penitenciárias colombianas à época.

A investigação da ausência de juízes nas cadeias Bellavista e Modelo foi uma medida adotada para resolução do caso em concreto. Como já mencionado, foram as más condições

¹¹⁵ A parte dispositiva da decisão é nos seguintes termos: Primero.- ORDENAR que se notifique acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional en las prisiones al Presidente de la República; a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales. Segundo.- REVOCAR las sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el día 16 de junio de 1997, y el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, el día 21 de agosto de 1997, por medio de las cuales se denegaron las solicitudes de tutela interpuestas por Manuel José Duque Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros, respectivamente. En su lugar se concederá el amparo solicitado. Tercero.- ORDENAR al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán supervigilancia sobre este punto. Además, con el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones. Cuarto.- ORDENAR al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, encabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria e nun término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones. Quinto.- ORDENAR al INPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho la suspensión inmediata de la ejecución del contrato de remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Santafé de Bogotá. Sexto.- ORDENAR al INPEC que, en un término máximo de tres meses, recluya en establecimientos especiales a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentran privados de la libertad, con el objeto de garantizar su derecho a la vida y a la integridad personal. Séptimo.- ORDENAR al INPEC que, en un término máximo de cuatro años, separe completamente los internos sindicados de los condenados. Octavo.- ORDENAR a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que investigue la razón de la no asistencia de los jueces de penas y medidas de seguridad de Bogotá y Medellín a las cárceles Modelo y Bellavista. Noveno.- ORDENAR al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas necesarias para solucionar las carencias de personal especializado en las prisiones y de la Guardia Penitenciaria. Décimo.- ORDENAR a los gobernadores y alcaldes, y a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios. Undécimo.- ORDENAR al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y al Ministro de Justicia y del Derecho que, mientras se ejecutan las obras carcelarias ordenadas en esta sentencia, tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país.

decorrentes da superlotação desses estabelecimentos que geraram a propositura das ações que levaram ao reconhecimento do ECI nas prisões da Colômbia

Nesse contexto, por um lado, observem-se as audaciosas medidas a serem implementadas para melhoria do sistema penitenciário colombiano como um todo, o que certamente demandaria bastante tempo. Por outro, há a gravidade das afrontas aos direitos fundamentais dos presos. Para tanto, a medida adotada na decisão foi a adoção de medidas de proteção urgentes, enquanto eram providenciadas as ações de caráter estrutural e permanente.

No caso, a decisão da Corte Constitucional da Colômbia representou avanços significativos no sentido de consolidação da tese do ECI e de ampliação da argumentação jurídica. Essa, advinda da necessidade de reafirmar o papel contramajoritário da Corte de um Estado democrático, de salvaguardar direitos fundamentais de uma minoria excluída e sem voz política. Nesse sentido, a decisão se mostra extremamente rica em aspectos jurídicos.

Mas em outra perspectiva, essa decisão peca por não ter levado em consideração a viabilidade de implementação das políticas públicas propostas em suas ordens. Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao analisar tal decisão, alerta que a execução das ordens proferida na ação T- 153 não alcançou grande sucesso. Destaca como principais defeitos “a pouca flexibilidade das ordens, especialmente, em face dos “departamentos” locais, e a falta de monitoramento, pela própria Corte, da fase de implementação da decisão”. Acrescenta:

O erro da Corte foi acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente com as medidas ordenadas. A Corte pouco se preocupou com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas.¹¹⁶

Em que pesem as críticas, é inegável que houve melhorias nos anos seguintes, mas que não se mostraram suficientes para superar definitivamente o Estado de Coisas Inconstitucional. Assim, em 2013, a Corte Constitucional da Colômbia, na sentença T-388, declarou um novo Estado de Coisas Inconstitucional. Na oportunidade, evidenciou que o ECI constatado em 1998 não era igual ao que se atravessava em 2013. Por isso, a demanda exigia um análise própria e independente, sintetizando os acontecimentos da seguinte maneira, em trecho da ementa do julgado:

SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO PRESENTA UN NUEVO ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL .El sistema penitenciario y carcelario de Colombia se encuentra, nuevamente, en un estado de cosas que es

¹¹⁶ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural. **Revista consultor jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/>. Acesso em: 1 abr. 2017.

contrario a la Constitución vigente. Los establecimientos penitenciarios y carcelario sen el País se encuentran en una situación de crisis estructural. No se trata de ausencia de avances o de acciones por parte de las autoridades, puesto que éstas han realizado acción es encaminadas a solventar el estado de cosas inconstitucional evidenciado por la jurisprudencia constitucional en 1998. De hecho, es en gran parte gracias a tales acciones de política pública que la Corte Constitucional entendió superado tal estado de cosas vivido al final del siglo XX. Sin embargo, la evidencia fáctica, así como la información que es de público conocimiento, evidencia que, nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que con lleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un estado social de derecho. E notras palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un estado social y democrático de derecho.¹¹⁷

Ao final, determinou-se uma série de ordens a serem cumpridas pelas autoridades colombianas. Viu-se um esforço para detalhar certas medidas e para determinar o controle permanente quanto ao cumprimento das determinações, a fim de que, uma vez superado o ECI por parte de ações do governo e demais autoridades, essa situação não mais retornasse.

2.3.2 Peculiaridades da decisão brasileira: decisão do STF (ADPF 347 MC/DF)

A tese do Estado de Coisas Inconstitucional chegou ao Brasil, conforme já mencionado, na medida cautelar da ADPF 347 MC/DF. Nessa oportunidade, o Pleno do STF pôde debater o tema e reconhecer que o sistema penitenciário brasileiro configura um estado contrário à ordem constitucional, no qual os direitos fundamentais das pessoas presas são violados sistematicamente. Segue a ementa do julgado:

CUSTODIADO - INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL –SISTEMA PENITENCIÁRIO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL - VERBAS - CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências

¹¹⁷ COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colômbia**. Sentencia T-388/2013. Magistrada María Vistoria Calle Correa. Julgado em 28/06/2013. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em: 1 abr. 2017.

de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão¹¹⁸.

No decorrer do julgado, foram consolidadas algumas ideias fundamentais para a compreensão do posicionamento do STF sobre o tema. Afirmou-se que a técnica da declaração do ECI permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a realização de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar sua efetiva implementação.

Asseverou-se que há problemas tanto de formulação e de implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e de aplicação da lei penal, faltando coordenação institucional apta a solucionar o problema de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos.

Há falhas estruturais por parte de todos os Poderes públicos da União, Estados e DF. Detectou-se falta de comunicação entre o Executivo e o Legislativo, titulares do “condomínio legislativo” sobre as matérias relacionadas, e as políticas públicas em vigor se mostram insuficientes para reverter o quadro de inconstitucionalidades. Ademais, o Judiciário, ao implementar um número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, o que agrava ainda mais a situação caótica do sistema penitenciário.

Entretanto, destacou-se a dificuldade quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e em escolhas orçamentárias. Porém, entendeu-se que controvérsias teóricas, diante do reconhecimento do ECI, não são aptas a afastar o convencimento de ser possível o STF tomar parte, em adequada medida, de decisões primariamente políticas, sem que isso caracterize afronta ao princípio democrático e da separação de poderes.

Acrescente-se que o Supremo, além de reafirmar sua postura contramajoritária na defesa de uma minoria sem voz política – a rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislativeblindspot*)–, declarou ser a única instituição que se revela capaz, na situação analisada, de superar os bloqueios políticos e institucionais.

Assim, considerou ser a intervenção judicial legítima. Foi ressaltado, no entanto, que nada autoriza o Supremo a substituir o Legislativo e o Executivo na consecução de tarefas próprias, afirmando que o Tribunal deve superar os bloqueios supramencionados sem afastar

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em: 10 mai. 2017.

esses Poderes dos processos de formulação e de implementação das soluções necessárias. Deve-se agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. A escolha do STF foi marcada por uma via “dialógica”, como diz Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

O voto do relator da ADPF 347, ministro Marco Aurélio, faz clara opção pela via dialógica do instituto: propôs que o STF interfira na formulação e implementação de políticas públicas e em escolhas orçamentárias, mas mediante ordens flexíveis seguidas de monitoramento da execução das medidas. A proposta não lança o tribunal a um “estado de arrogância institucional”, muito ao contrário, a opção é pelo caminho da interação institucional em torno de um objetivo comum. Optou, portanto, pela forma de atuação que deu certo, e não a que fracassou. É o que se espera de uma corte constitucional em casos que apresentam quadro tão acentuado de violações de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, de soluções tão complexas: que não seja inerte, mas que também não tente resolver tudo sozinha.¹¹⁹

Com efeito, o STF manifestou-se como se houvesse entendido que não se pode desprezar a capacidade institucional dos outros Poderes, devendo, em vez de substituí-los, coordená-los, assumindo uma postura de “coordenador institucional” e produzindo um “efeito desbloqueador”. *In verbis*:

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador” (GRAVITO (sic), César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: De justicia, 2010, p. 39)¹²⁰.

Depreende-se, da decisão, os momentos em que o STF se reconhece atuante dentro do ciclo das políticas públicas. Ele se enxerga participante da formulação, da implementação e da

¹¹⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural. **Revista consultor jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-0>. Acesso em: 1 abr. 2017.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em: 30 jan. 2017.

avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Dessa forma, uma Corte, quando declara a vigência do ECI, “afirma a si mesma a legitimidade para interferir na agenda política e nos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas, quando isso se mostrar indispensável para a superação de quadros de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais”¹²¹.

O modelo do ciclo de políticas públicas de Randall Ripley é delineado em: definição da agenda; formulação e legitimação de objetivos e programas; implementação de programas; avaliação da implementação, do desempenho e dos impactos; decisões sobre o futuro da política e de programas¹²².

Observe-se a postura atuante do STF, com a decisão na ADPF 347 MC/DF, sobretudo, na definição da agenda do Estado, ao determinar que o sistema penitenciário precisa entrar com prioridade na agenda das políticas públicas a serem implementadas. Ademais, tangencia as outras fases do ciclo com formulação e implementação, na própria autoanálise, sem se imiscuir no campo democrático e técnico de escolhas do Executivo e do Legislativo sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades.

A meta audaciosa que a Corte se impôs, ao analisar seu papel, é a de que deve atuar em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional, ou seja: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas.

Não se pode negar que há um custo da política pública e que o Estado sempre se socorre da alegação de que tem que gerir a escassez de recursos. Mas no caso do sistema penitenciário, há de onde se retirar verbas para financiar as melhorias necessárias, pois, segundo a decisão do STF, o saldo do Funpen, no final de 2014, era de R\$ 2,2 bilhões.

Assim, entre as medidas adotadas cautelarmente pela Corte, uma se destaca por tentar viabilizar as melhorias na política pública penitenciária, qual seja o descontingenciamento das verbas do Funpen, que será objeto de estudo aprofundado nos itens abaixo.

¹²¹ ARIZA, Libardo José. The Economic and social rights of prisoners and constitutional court intervention in the penitentiary system in Colombia. *In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the global south**. The activist Tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129 e ss.*

¹²² RIPLEY, Randall. **Stages of the policy process**. *In: Public policy theories, models, and concepts: an anthology. Daniel C. MacCool University of Utah. New Jersey: Prentice Hall, 1995. p. 158/159.*

2.4 AS PROMESSAS CONTIDAS NA DECISÃO LIMINAR DA ADPF 347 MC/DF DE IMPACTO NO CICLO DA POLÍTICA PENITENCIÁRIA

2.4.1 Recomendações trazidas na decisão liminar da ADPF 347 MC/DF

A ADPF 347/DF visa, com o reconhecimento do ECI, à adoção de providências estruturais, no intuito de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e de omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Assim foi postulado, em sede de liminar, que se determinasse:

(i) aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Penal; b) que, observados os arts 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

(ii) aos juízes: d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;

(iii) ao juiz da execução penal: e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal;

(iv) ao CNJ: g) que coordenasse um mutirão carcerário, a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no país, envolvendo a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”;

(v) à União: h) que liberasse as verbas do Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Foram deferidos os pedidos contidos na alínea “b” – referentes à realização, em até 90 dias, de audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão– e na alínea “h”– de liberação das verbas do Funpen e de abstenção de novos contingenciamentos. Esse último foi deferido, por maioria, sendo determinada a liberação do saldo acumulado do Funpen e destacando sua utilização com a finalidade para a qual foi criado. Foram vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação da decisão, para que a União procedesse à adequação e cumprir o que foi determinado.

Foram indeferidos os pedidos contidos nas alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “f”. Os pedidos das alíneas “e” e “f” foram considerados insubsistentes no voto do relator, sob o argumento de que, em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. Houve alerta de que devem ser observados os parâmetros legais na contagem de tempo para a fruição desses direitos. Destacou-se a impossibilidade de atendimento do pedido de compensação do tempo de custódia definitiva por falta de previsão legal.

Quanto aos pedidos “a”, “c” e “d”, ficaram vencidos os Ministros relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente. O Ministro Fachin abriu a divergência quanto aos pedidos contidos nessas alíneas, afirmando que deveriam ser analisados conjuntamente com o mérito, uma vez que com esse se confundiam. O Ministro Luís Roberto Barroso, por seu turno, indeferiu tais pedidos, mas sob o argumento de que eles já decorreriam, necessariamente, do sistema jurídico, alertando que o descumprimento acarretaria reclamações ao STF.

Em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, uma vez que os mutirões carcerários já seriam uma realidade no país desde o programa promovido pelo CNJ.

Além disso, foi deferida, por maioria, a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso de concessão de cautelar de ofício para que se determinasse à União e aos Estados, especificamente ao Estado de São Paulo, o encaminhamento ao STF de informações sobre a situação prisional.

2.4.2 O descontingenciamento das verbas do Funpen como meio de viabilização orçamentária de implementação de melhorias no sistema penitenciário

Entre as medidas cautelares analisadas, observe-se que o descontingenciamento das verbas do Funpen ganha relevo na medida em que é tratado como a grande alternativa orçamentária para implementação das necessárias melhorias no sistema penitenciário. O relator Ministro Marco Aurélio, ao fundamentar o deferimento do pedido de liberação dessas verbas e de abstenção de novos contingenciamentos, destaca que o Fundo foi criado para proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar atividades e programas de modernização e de aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro.

Na sequência, o Ministro afirma que a violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, notadamente porque os recursos para combate a esse quadro estavam sendo contingenciados anualmente, em valores superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais. Assim, ele atribui parte do fracasso das políticas públicas vigentes a essa prática, entendendo que os valores não utilizados deixaram de custear não somente reformas dos presídios ou construção de novos, mas também projetos de ressocialização.

Ela ainda ressalta que “tratando o Funpen de recursos com destinação legal específica, é inafastável a circunstância de não poderem ser utilizados para satisfazer exigências de contingenciamento: atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos”¹²³. Enquadra, portanto, os recursos do Funpen no §2º do art. 9º da LC nº 101/2000¹²⁴, hipótese de exceção ao *caput*, o qual trata da situação em que o governo deixa de executar parcialmente o orçamento, contingenciando os valores ordenados para despesas.

É importante destacar dois aspectos no voto do relator: o primeiro é a reafirmação da finalidade para a qual os recursos do Fundo foram criados, nos moldes da LC nº 79/94, alertando que os valores contingenciados poderiam estar custeando reformas ou construção de presídios, bem como programas de ressocialização. Está clara, portanto, a intenção de que a verba descontingenciada deve ser destinada às finalidades originárias do Funpen, o que ficou

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, p. 23. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹²⁴ LC 101/2000: Art. 9º e verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. § 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

explícito no dispositivo do voto; o segundo aspecto é uma perceptível fragilidade na argumentação que ignora as dificuldades de uma execução orçamentária, ou seja, as dificuldades encontradas em um percurso que vai desde o acesso à verba do Fundo até sua execução e, mais adiante, a fruição, pelos presos, de um sistema penitenciário melhorado. Na realidade, há um equivocado entendimento de que o deferimento do pedido cautelar de descontingenciamento e de abstenção de novos contingenciamentos seria medida suficiente para fazer o dinheiro sair do Fundo e transmudar-se em melhorias nas prisões.

Note-se que a medida cautelar foi deferida nos termos do voto do relator e que os votos subsequentes, de modo geral, pouco acrescentaram à questão; houve uma pequena divergência, não acolhida, suscitada pelo Ministro Edson Fachin, que concedia o prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação da decisão, para que a União procedesse à adequação para cumprimento da medida. A concessão desse lapso temporal foi sustentada pela divergência em virtude de a questão envolver orçamento e, em um momento de crise fiscal, seria conveniente conceder um prazo para que o Poder Executivo se organizasse.

É importante destacar o voto do Ministro Teori Zavascki, o único a tratar o tema com mais propriedade. Quanto à medida de descontingenciamento, traz esclarecimentos ignorados no voto do relator e no dos demais pares. Zavascki inicia destacando que descontingenciar é fazer o contrário de contingenciar, o que está previsto o art. 9º, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Destaca que o que se tem é a previsão orçamentária de um determinado valor e que, não havendo a arrecadação compatível, tem que ser contingenciado por força da lei. Feito esse esclarecimento, ressalva que o pedido, no caso, é para que não haja esse contingenciamento em relação à verba do Funpen, ou seja, “se não houver dinheiro para cobrir orçamento, que não se corte verba desse fundo”¹²⁵. É uma medida que, nas circunstâncias, considera razoável.

O ponto principal do voto do Ministro Zavascki é quando ele reconhece que, aparentemente, o problema não está “propriamente no contingenciamento, mas na falta de projetos. Não adianta liberar os recursos orçamentariamente, se não há como aplicá-lo por falta de projetos.” Por fim, concorda em descontingenciar para “se houver algum projeto já aprovado, que não seja por falta desse descontingenciamento que sua execução deixe de ser

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, p. 97. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/>. Acesso em: 15 jan. 2017.

implementada”¹²⁶. Essa, aliás, é de fato uma das grandes questões a ser enfrentada, a falta de projeto ou a não aprovação dos projetos apresentados.

A simples determinação de descontingenciamento nos moldes do voto do relator não faz com que a verba saia do Fundo e chegue aos Estados. O fato de mandar descontingenciar não altera o regime constitucional legal do Fundo, ou seja, a verba continua a ser liberada com base na aprovação dos projetos dos Estados. Quanto aos projetos, são notórias as reclamações dos Estados em atender aos requisitos Resolução 9, de 2011, do CNPCP que estabelece as “Diretrizes Básicas de Arquitetura Penal”¹²⁷.

E havia, ainda, outros entraves: não era possível fazer a verba sair do Funpen para os fundos de todos os Estados brasileiros, pois, à época da determinação, havia Estados que não tinham seus próprios fundos penitenciários, é o caso da Bahia e do Ceará, que não receberam quaisquer recursos em 2016¹²⁸. Em 2017, após instituírem os respectivos fundos estaduais, foi peticionado, nos autos da ADPF 347/DF, que se garantisse o repasse das verbas para esses Estados. Nessa oportunidade, o Ministro Marco Aurélio deferiu o pedido, determinando à União a imediata liberação dos recursos do Funpen para eles.¹²⁹.

2.5 O ADVENTO DA DECISÃO NO RE 641.320/RS E SUA ABORDAGEM ACERCA DO DESCOTINGENCIAMENTO DAS VERBAS DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL

Paralelamente à ADPF 347/DF, tramitava no STF o já referido RE 641.320/RS¹³⁰, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nesse recurso extraordinário, o Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao direito de o condenado, estando em regime semiaberto, poder cumprir a pena em regime aberto ou em prisão domiciliar, quando ausente acomodação adequada no sistema prisional.

O julgamento desse RE 641.320/RS se deu oito meses após o julgamento da cautelar na ADPF 347 MC/DF. Assim, o Pleno do STF teve oportunidade de se manifestar novamente

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, p. 97. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016. p. 13. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/>. Acesso em 19 nov. 2019.

¹²⁸ BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT):** Rafael Barreto Souza, 2017. p. 43.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320**, relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub.jsp>. Acesso em: 19 nov. 2018.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320**, relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em: 19 nov. 2018.

acerca do Funpen. Embora o objeto da demanda não fosse o Fundo propriamente dito, a questão envolvia a ausência de vagas nos regimes prisionais para cumprimento da pena, e o aumento do número de vagas é uma medida urgente que requer recursos financeiros para tal. Logo, inevitavelmente, as soluções apontadas recaíam sobre a necessidade de utilização das verbas do Funpen. Segue a ementa do julgado:

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. 5. **Apelo ao legislador.** A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. **Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para:** (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) **impedir o contingenciamento do Funpen;** (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão de obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. 6. **Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente:** (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas posteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) **relatório deverá avaliar** (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) **a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do Funpen;** (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. 7. **Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen),**

criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94. 8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto¹³¹.

Observe-se que o RE 641.320/RS foi além da mera ordem de descontingenciamento das verbas do Funpen, contida na liminar da ADPF 347 MC/DF. Adotou-se técnica diferente, qual seja, o apelo ao legislador, determinando que ele avaliasse a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata para impedir o contingenciamento das verbas do Fundo.

A reformulação almejada, no entanto, é mais ampla, e o STF estabeleceu as diretrizes que o Legislador deveria adotar. As medidas devem facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas; permitir o aproveitamento da mão de obra dos presos em estabelecimentos penais, como forma de redução de custos das construções; limitar o número máximo de presos por habitante; fomentar o trabalho e o estudo do preso; destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária à criação de postos de trabalho e ao estudo no sistema prisional.

No que diz respeito à construção de unidades, ficou assentado que as verbas do Funpen devem ser usadas, prioritariamente, para a construção de estabelecimentos penais menores, que permitam maior capitalização e que sejam parte da estrutura urbana das cidades. Isso facilita a ressocialização, na medida em que reduz a resistência da comunidade e propicia ao preso ter contato com suas origens.

Destaque-se a afirmação do relator de que a questão do financiamento dos estabelecimentos penais é central. Ele confirma que, na ADPF 347 MC/DF, foi expedido provimento cautelar para vedar o contingenciamento do Funpen, ressaltando sua finalidade de construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais. Reforça, no entanto, que as unidades da Federação reclamam da burocracia para liberação dos recursos.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320**. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em: 19 nov. 2018.

Com isso, o relator justifica a necessidade de desburocratização desses processos, a fim de que o Funpen possa atender suas finalidades. Para tanto, sugere como alternativa a utilização da mão de obra dos sentenciados como forma de reduzir custos; o envolvimento de órgãos da administração nas construções; o estabelecimento de parcerias público-privadas, cujos os custos, segundo o relator, poderiam ser financiados pelo Funpen; a adoção de estabelecimentos específicos para os casos de segurança mínima, baseados em modelos de autodisciplina, como alternativa de desafogar o sistema.

Note-se que a decisão adotada é manipulativa de efeitos aditivos. A classificação em questão é oriunda do direito italiano. É considerada manipulativa a decisão por meio da qual a Corte Constitucional modifica (efeitos substitutivos) ou adita (efeitos aditivos) normas submetidas a sua apreciação, de modo que saem desse juízo com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição¹³².

A decisão manipulativa é gênero em que são subespécies a de efeitos aditivos e a de efeitos substitutivos. Considera-se uma decisão manipulativa de efeitos aditivos aquela em que a Corte declara inconstitucional um dispositivo pelo que ele omite, ou seja, pela parte em que não prevê o que deveria para estar conforme a Constituição. Nessas hipóteses, não se declara simplesmente o dispositivo impugnado inconstitucional na totalidade; prefere-se declarar inconstitucional a omissão, introduzindo no ordenamento a norma faltante – que o legislador deveria ter formulado, mas não formulou – para suprir a omissão¹³³. Quanto ao outro efeito, uma decisão é considerada manipulativa com efeitos substitutivos quando a Corte “declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional”¹³⁴.

A complexidade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro fez com que as decisões manipulativas de efeitos aditivos se revestissem de certas peculiaridades. O STF, por exemplo, pode chegar ao resultado aditivo, inovando o ordenamento jurídico tanto por meio de ações do sistema concentrado de controle, como de ações diretas, decididas com uso

¹³²GUASTINI, Riccardo. **Lezioni di teoria costituzionale**. Turim: G. Giappichelli, 2001, p. 222.

¹³³ GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México: DJC., 2001, p. 276-277.

¹³⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1272-1273.

de interpretação conforme com efeitos aditivos e através dos remédios constitucionais individuais, como o mandado de injunção¹³⁵.

No RE 641.320/RS, a despeito das limitações impostas pelo regime do recurso extraordinário, decidiu-se tentar resolver a questão de forma estruturante, indo além do estabelecimento de teses jurídicas. Propôs-se, em caráter aditivo, medidas que podem ser adotadas com a intervenção do CNJ, com o objetivo de que se avance na solução do quadro de déficit de vagas no sistema carcerário.

Nesse aspecto, além do CNJ, há o auxílio de órgãos como o CNMP, mais especificamente o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), departamento integrante da estrutura do CNJ, vocacionado ao acompanhamento e à supervisão do sistema carcerário, com atribuições delineadas no § 1º do art. 1º da Lei nº 12.106/2009¹³⁶. Acredita-se que com o auxílio desses Conselhos, medidas concretas poderão ser adotadas e fiscalizadas pelo STF.

Para as providências de ordem administrativa e de política judiciária a serem implementadas sem reformas legislativas, determinou-se, ao CNJ, a apresentação de projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos¹³⁷; um relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas e um projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade, além da elaboração de relatório que deverá avaliar a adoção de estabelecimentos penais alternativos, o

¹³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320**, relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em: 19 nov. 2018.

¹³⁶ § 1º Constituem objetivos do DMF, dentre outros correlatos que poderão ser estabelecidos administrativamente: I – monitorar e fiscalizar o cumprimento das recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça em relação à prisão provisória e definitiva, medida de segurança e de internação de adolescentes; II – planejar, organizar e coordenar, no âmbito de cada tribunal, mutirões para reavaliação da prisão provisória e definitiva, da medida de segurança e da internação de adolescentes e para o aperfeiçoamento de rotinas cartorárias; III – acompanhar e propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas; IV – fomentar a implementação de medidas protetivas e de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário; V – propor ao Conselho Nacional de Justiça, em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas, a uniformização de procedimentos, bem como de estudos para aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria; VI – acompanhar e monitorar projetos relativos à abertura de novas vagas e ao cumprimento da legislação pertinente em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas; VII – acompanhar a implantação e o funcionamento de sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias; VIII – coordenar a instalação de unidades de assistência jurídica voluntária no âmbito do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas.

¹³⁷ O CNJ, após a decisão, implementou o Banco Nacional de Monitoramento das Prisões, prometendo ser possível, além do monitoramento das ordens de prisão expedidas pelo Judiciário, o controle do cumprimento das ordens de prisão e de soltura em âmbito nacional e em tempo real, permitindo a criação de um Cadastro Nacional de Presos. No âmbito do CNMP, também foi desenvolvido projeto denominado “Sistema Prisional em número”, cujo intuito é disponibilizar, de forma interativa e dinâmica, informações sobre visitas realizadas a unidades carcerárias pelos membros do MP, em atenção à Resolução CNMP nº 56/2010.

fomento à oferta de trabalho, a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do Funpen e a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal e o estudo para os sentenciados.

O voto ainda inovou em matéria de Funpen ao dar interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do referido Fundo, bem como para estabelecer que a utilização de recursos do Funpen para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da LC nº 79/94, que traz as hipóteses de aplicação dos recursos desse Fundo. Pode-se dizer que é o início da abertura de possibilidades de utilização das verbas do Funpen em áreas diversas daquelas originariamente pensadas pela Lei que criou esse Fundo.

Do ponto de vista do diálogo entre os Poderes, a decisão do RE 641.320/RS, no que diz respeito ao Funpen, é mais cautelosa e, como já dito, utiliza técnica mais sofisticada como o apelo ao legislador. Ademais, manipula o ordenamento jurídico com efeitos aditivos e dá interpretação conforme a Constituição, tudo a evidenciar um esforço de ir além da mera determinação de descontingenciamento das verbas do Funpen, trazida na ADPF 347 MC/DF.

É possível perceber que a ADPF 347 MC/DF traz uma decisão liminar com força suficiente para fazer com que ECI do sistema penitenciário brasileiro ingresse na agenda política. Tanto é que, na sequência, adveio a MPV 755/2016, sob o argumento de fazer cumprir a determinação dessa ADPF. Entretanto, a decisão, no que diz respeito ao Funpen é simplista, restrita – direciona às verbas a serem descontingenciadas ao uso das finalidades originárias da LC nº 79/94 – e alheia à realidade da dinâmica da execução orçamentária das verbas de fundos, como já mencionado.

Em contrapartida, a decisão do RE 641.320/RS não tem o mesmo impacto da decisão da ADPF 347 MC/DF na agenda política. Quanto ao Funpen, no entanto, é mais sofisticada na argumentação e nas técnicas empregadas. Além disso, é mais ampla, na medida em que tece novas possibilidades e detalhamentos acerca da utilização das verbas do Funpen.

Capítulo 3

A (DES) ESPERANÇA NO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL: IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NA POLÍTICA PENITENCIÁRIA APÓS A ORDEM DE DESCONTINGENCIAMENTO DAS VERBAS

3.1 O IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A ADPF 347 MC/DF, como mencionado no capítulo anterior, entrou na agenda política com força típica de decisões que declaram a vigência de um Estado de Coisas Inconstitucional; de fato, interferiu na agenda política. Diante da determinação de liberar o saldo acumulado do Funpen para utilização em suas finalidades originárias e de abstenção de novos contingenciamentos, o Executivo se viu compelido a agir. Editou a MPV 755/2016, regulamentada pela Portaria nº 1.414/2016, e a MPV 781/2017, convertida na Lei nº 13.500/2017, regulamentada pelas Portarias nº 1.221/2017 e nº 225/2018.

Com isso, pode-se dizer que o primeiro grande impacto da decisão ocorreu no plano normativo, pois as normas advindas da decisão de reconhecimento do ECI no sistema penitenciário brasileiro pelo STF alteraram, sobremaneira, as normas até então vigentes em matéria de Funpen, como se verá nos subitens seguintes.

3.1.1 O malabarismo legislativo: MPV 755/2016 e MPV 781/2017

O contexto que envolveu a edição da MPV 755/2016 e sua sucessora, a MPV 781/2017, consistiu em um verdadeiro malabarismo legislativo. Sob a alegação de atender à decisão do STF, o Executivo, em 19 de dezembro de 2016, editou a MPV nº 755¹³⁸, que alterava a LC nº 79/1994, para dispor sobre a transferência direta de recursos financeiros do Funpen aos fundos dos Estados e do Distrito Federal. Também alterava a Lei nº 11.473/2007, que dispõe sobre a cooperação federativa no âmbito da segurança pública.

A MPV 755/2016 foi publicada em 20 de dezembro de 2016 e retificada em 21 de dezembro de 2016. Teria, como tal, prazo de vigência de 60 dias, prorrogável uma única vez por igual período. Considerando o prazo de sua suspensão durante o recesso do Congresso Nacional, de 23 de dezembro a 1º de fevereiro, a MPV estaria vigente até junho.

Ocorre que a conjuntura política da época interfere no andamento da MPV 755/2016, e em 17 de maio de 2017, a imprensa noticiou a divulgação de áudios em que o presidente da

¹³⁸ A exposição de motivo da MP 755/2016 é expressa ao afirmar que sua edição decorre da necessidade de se atender o que foi determinado na **ADPF 347 MC/DF**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018.pdf. Acesso em: 1 jan. 2019.

República fora gravado por um dos donos do Grupo J&F, proprietário do frigorífico JBS. A conversa sugere a compra do silêncio de ex-deputado federal do PMDB-RJ. Esse fato, como já mencionado na introdução, gerou uma grande crise no governo, paralisou a discussão sobre reformas e gerou dúvidas sobre a capacidade de sobrevivência do Executivo¹³⁹.

Em vias de perder a vigência e diante do contexto difícil para se debaterem matérias legislativas, a MPV 755/2016 foi revogada, na íntegra, pela MPV 781, de 23 de maio de 2017 (DOU de 23.05.2017 – Edição Extra), que sobreveio com conteúdo muito similar ao de sua antecessora. Os prazos de tramitação e a vigência da Medida Provisória ficaram suspensos desde 23 de maio, aguardando o resultado da deliberação da MPV 781/2017. Em 26 de outubro de 2017, foi sancionada a Lei nº 13.500 de 2017 cujo art. 6º, II, revogou definitivamente a MPV 755/2016¹⁴⁰.

É imperioso destacar que a superveniência da MPV 781/2017 dessa maneira gerou sua impugnação no STF, por meio de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: a ADI 5712, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, e a ADI 5718, proposta pelo Procurador Geral da República. Ambas alegam que a edição da MPV 781/2017, às vésperas do vencimento do prazo de 120 dias de validade da MPV 755/2016, sem que houvesse aprovação do projeto de conversão em lei pelo Congresso Nacional, configura ofensa ao art. 62, parágrafo 10, da CF.

O dispositivo proíbe a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou tenha perdido eficácia por decurso de prazo. Os requerentes sustentam, ainda, que não foram respeitados os pressupostos de urgência e de relevância para a edição de medida provisória, como previstos no art. 62, *caput*, da Constituição. O Ministro Gilmar Mendes adotou o rito abreviado previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/1999 para o julgamento das respectivas ações. De acordo com tal rito, dispensa-se a análise do pedido de liminar formulado nos autos e, em razão da relevância da questão constitucional discutida, submetem-se os processos ao Plenário para apreciação diretamente do mérito¹⁴¹. Destaque-se, no entanto,

¹³⁹ Sócio do grupo J&F gravou presidente dando aval a mesada. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <https://www.pressreader.com/brazil/folha-de-spaulo>. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁴⁰ BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: http://legis.senado.leg.br/diarios/Busca_Diario?tipDiario=2&datDiario=02/11/2017&paginaDireta=00540. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁴¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347059>. Acesso em: 30 jan. 2018.

que nenhuma das ADI's foi levada a plenário; atualmente, ambas estão conclusas ao relator, após parecer da atual Procuradora de Justiça pelo não conhecimento das ADI's¹⁴².

Embora haja manifestação da Procuradoria pelo não conhecimento das ADI's, é possível que o Supremo ainda venha a se manifestar acerca da constitucionalidade da matéria, pois mesmo que tenha ocorrido a conversão da MPV 781/2017 na Lei nº 13.500/2017, o entendimento atual é no sentido de que “a lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade”¹⁴³.

Note-se, na narrativa acerca do contexto político que envolveu a edição da MPV 755/2016 e da MPV 781/2017, posteriormente convertida na Lei nº 13.500/2017, um verdadeiro malabarismo legislativo para conseguir alterar a LC nº 79/94.

3.1.2 MPV 755/2016: o desvirtuamento da decisão da ADPF 347 MC/DF

A decisão do STF foi expressa ao determinar à União que liberasse “o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos”¹⁴⁴. Desde sua criação, o Funpen tem a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades de modernização e de aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro. É sabido que os recursos visam subsidiar ações de melhorias nos estabelecimentos penais ou que se revertam em favor das pessoas presas, internadas e egressas.

As unidades da Federação não têm capacidade para arcar integralmente com os altos custos de manutenção e de aprimoramento de seus sistemas prisionais. Logo, são “compelidas a fazer uso dos recursos do Fundo quando o assunto é financiamento de vagas, equipamentos de segurança e assistência ao preso e ao egresso, principalmente”¹⁴⁵.

¹⁴² Os pareceres da PGR fundamentam o pedido de não conhecimento das ADI's sob o argumento de que convertida a MP em Lei há de haver pedido de aditamento pelo requerente. E, para haver o aditamento há de ter identidade substancial das normas, o que ela refuta em virtude de que não haver identidade substancial entre a MPv 781/2017 e a Lei 13.500/2017, pois a referida medida sofreu inúmeros aditamentos antes de sua conversão em lei. É necessária cautela nos fundamentos adotados pela PGR, uma vez que a necessária identidade substancial das normas deve ser exigida entre MPv 755 e MPv 781. Parecer da PGR. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315260019&ext=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

¹⁴³ ADI 3.090 MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2006, P, DJ de 26-10-2007.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁴⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. **Funpen**: origem e finalidade. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/funpen-origem>. Acesso em: 01 abr. 2018.

Sob a alegação de cumprir a determinação do STF na ADPF 347 MC/DF, o Executivo editou a MPV 755/2016 ao argumento de que as novas normas facilitariam a utilização das verbas do Funpen, evitando novos contingenciamentos. Segue trecho da exposição de motivos da referida MPV, com destaque para uma visível armadilha legislativa que tenta desvirtuar a finalidade precípua do Funpen, ampliando a possibilidade de utilização de suas verbas para fins diversos.

[...] 4. As péssimas condições penitenciárias culminaram na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347 do Distrito Federal. Na decisão dessa ADPF, o Supremo Tribunal Federal reputou a situação do Sistema Prisional brasileiro um “estado de coisas inconstitucional” por violação de direitos fundamentais que acarreta em aumento da violência contra a própria sociedade.

5. Assim, o STF considerou, excepcionalmente, legítima a interferência do judiciário na área orçamentária determinando a imediata liberação das verbas do Funpen e a proibição de a União realizar novos contingenciamentos.

6. O Funpen foi instituído com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. No entanto, a limitação de suas finalidades e a burocracia para a utilização dos seus recursos têm culminado na não utilização e no contingenciamento da maior parte dos valores constantes do fundo.

7. A medida aqui proposta visa a (i) ampliar a aplicabilidade dos recursos do Funpen com vistas à modernização e ao aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro; (ii) autorizar a transferência direta de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional aos fundos dos Estados e do Distrito Federal sem o estabelecimento de convênio ou congênere; (iii) autorizar a transferência de recursos do Funpen a fundos dos Municípios sem o estabelecimento de convênio ou congênere; (iv) estabelecer a obrigatoriedade da observância de critérios, parâmetros, condições e de contrapartida por parte do ente que recebe os recursos previamente definidos em ato do Poder Executivo federal; (v) estipular monitoramento, avaliação e fiscalização da aplicação dos recursos por parte do Poder Executivo federal; (vi) estabelecer obrigação de prestar contas ao ente que recebe os recursos e hipóteses de devolução dos valores não utilizados na forma e no tempo pactuados a serem definidas em ato do Poder Executivo federal; e (vii) assegurar ao Tribunal de Contas da União e ao Controle Interno do Poder Executivo da União acesso à documentação atinente aos programas custeados com os recursos do Funpen.

8. Ficam claras a urgência e a relevância da medida aqui proposta diante do cenário de “estado de coisas inconstitucional” declarado pelo Supremo e da necessidade de mudança imediata de paradigma. A proposta encara o Sistema Prisional de uma perspectiva estrutural, que não se restringe apenas aos estabelecimentos penais como suportes físicos, e sim como arranjo indissociável, que sofre influência e ao mesmo tempo influencia toda a organização da segurança pública. Assim é indispensável a diversificação imediata da utilização do Funpen, primordialmente no estabelecimento de medidas preventivas a um aumento ainda maior da superlotação carcerária, respeitado o limite de sua finalidade de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário.

9. Restam também evidentes a urgência e a relevância da desburocratização da utilização do Funpen na melhoria do Sistema Penitenciário. Tanto a urgência quanto a relevância justificam-se em razão da necessidade de afastar-se a burocracia dos convênios e das demais formas existentes de transferência hoje obrigatórias para a utilização de recursos do Funpen. Com isso, a sistemática de aplicação será adaptada

à realidade que exige um meio célere de utilização de recursos destinados ao Sistema Penitenciário por parte dos Estados e do Distrito Federal.¹⁴⁶

Fica explícita a atribuição de uma perspectiva estrutural ao sistema prisional, que não se restringe, apenas, aos estabelecimentos penais como suportes físicos. Inclui, nessa leitura, a organização da segurança pública, demonstrando ser necessária uma diversificação imediata da utilização das verbas do Funpen. Com isso, fica nítida a intenção de emprego dos recursos do Fundo em segurança pública, em redução da criminalidade (art. 1º, XVII, MPV 755/2016), em medidas preventivas, inclusive de inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária (art. 1º, XVIII, MPV 755/2016).

Com efeito, o desvirtuamento finalístico do Funpen está evidenciado nas alterações realizadas no art. 3º da LC nº 79/1994, seja no acréscimo de termos aos incisos então vigentes, seja na inclusão de incisos contendo novas modalidades de aplicação das verbas do Fundo, conforme destaques trazidos no art. 3º da MPV 755/2016, anexo A.

Os acréscimos aos incisos vigentes foram realizados no intuito de permitir: a realização de investimentos penitenciários, **inclusive em informação e segurança**; a elaboração e execução de projetos destinados à **reinserção social de presos**, internados e egressos, inclusive por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes, aquisição de materiais; a aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento **e à segurança** dos estabelecimentos penais.

Entre as novas modalidades incluídas no art. 3º da LC nº 79/1997, a primeira prevê a possibilidade de os recursos do Funpen serem aplicados em programas de **alternativas penais à prisão**, com o intuito do cumprimento de penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio da viabilização de convênios e de acordos de cooperação (art. 3º, XVI).

Essa inclusão é considerada positiva pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), órgão instituído pela Lei nº 12.847/2013, que realizou um estudo e elaborou relatório com base na decisão do STF na ADPF 347 MC/DF. Foram examinadas as mudanças legais do Funpen e analisados os repasses efetuados aos Estados e ao DF, considerando, sistematicamente, suas implicações na prevenção à tortura.

¹⁴⁶A Medida Provisória 755, de 19 de dezembro de 2016 altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para dispor sobre a transferência direta de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional aos fundos dos Estados e do Distrito Federal, e a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, que dispõe sobre a cooperação federativa no âmbito da segurança pública. BRASIL. Medida Provisória 755, de 19 de dezembro de 2016 **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 20 dez. 2016. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-755-16.pdf. Acesso em: 01 jan. 2019.

A priorização de financiamento de políticas de alternativas penais é medida que claramente obedecem a parâmetros nacionais – como as diretrizes traçadas pelo Depen¹⁴⁷ – e internacionais – como as regras de Tóquio. Essas são as regras das Nações Unidas sobre medidas não-privativas de liberdade e decorrem de um processo histórico de crítica, de estudos e de discussões (Gênova, 1955; Londres, 1960; Kioto, 1970; Estocolmo, 1975; Caracas, 1980; Milão, 1985; e Havana, 1990). “As Regras recomendam a utilização das penas restritivas de liberdade em último caso e somente nas hipóteses de crimes graves e de condenados de intensa periculosidade; para outros delitos e criminosos de menor potencial ofensivo, propõem medidas e penas alternativas”¹⁴⁸.

Verifique-se que medidas alternativas voltadas ao desencarceramento e ao combate à superlotação carcerária são objeto de preocupação de diversos órgãos. O Brasil já foi cobrado por parte do escritório das Nações Unidas para Drogas (UNODC), órgão que desenvolve projeto para alternativas à prisão. Ele atua em cooperação com governos, com organizações internacionais e com a sociedade civil no sentido de fortalecer as estruturas institucionais e o Estado de Direito para um efetivo controle do crime organizado e do tráfico de drogas¹⁴⁹.

O MNPCT preconiza, em suas recomendações, a adoção de alternativas penais, por entender ser um importante fator de proteção contra a tortura. De igual modo, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, no processo de revisão Periódica universal (RPU), recomendou “a reforma do sistema penitenciário com foco na redução da superlotação e aplicação da Lei de Medidas Cautelares (2011)”¹⁵⁰.

Acerca da matéria, é importante ainda destacar a participação da sociedade civil e de movimentos sociais atuantes na defesa das pessoas privadas de liberdade. Em 2014, a agenda nacional pelo desencarceramento foi assinada por 14 entidades, entre as quais a Pastoral

¹⁴⁷ Na tentativa de reverter os dados colhidos no Infopen Jun/2014, que já demonstravam as altas taxas de encarceramento, o Ministro da Justiça e o Presidente do CNJ firmaram três acordos de cooperação, voltados à promoção e definição de diretrizes para as políticas de alternativas penais, monitoração eletrônica e audiências de custódia. Assim o Depen em parceria com Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD contratou consultoria especializada voltada à elaboração de Modelo de Gestão para as Alternativas Penais. O primeiro produto desse projeto foi uma publicação consolidando a proposta conceitual, postulados, princípios e diretrizes para a política de alternativas penais e para os serviços de acompanhamento das medidas. BRASIL. Ministério da Justiça. **Postulados, princípios e diretrizes para a política de alternativas penais**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: depen.gov.br/Depen/dirpp/cgap/modelo-de-gestao/diretrizesparaapoliticadealternativaspenas1.pdf. p. 5-6.

¹⁴⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. **Postulados, princípios e diretrizes para a política de alternativas penais**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: depen.gov.br/Depen/dirpp/cgap/modelo-de-gestao/diretrizesparaapoliticadealternativaspenas1.pdf. p. 11.

¹⁴⁹ ONU. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/index.html>

¹⁵⁰ BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 29.**

Carcerária Nacional, a Associação Nacional de Defensores Públicos Federal (ANADEF) e a Justiça Global¹⁵¹. Em 2016, foi publicado e levado à Câmara dos Deputados o documento “16 medidas contra o encarceramento”, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), pela Associação de Juízes pela Democracia (AJD), pela Universidade de Brasília (UnB) e pela Pastoral Carcerária¹⁵².

O comprometimento do Executivo com essa agenda política ficou evidente com a edição da Portaria nº 495 de 28 de abril de 2016, do Ministério da Justiça, instituindo a Política Nacional de Alternativas Penais. Essa Política é voltada para incentivar e organizar a aplicação de alternativas à prisão e para reduzir o número de presos em 10% até 2019. A condução dessa Política está sob a responsabilidade do Depen, que tem o papel de coordenar ações e projetos nos Estados, no Distrito Federal, nos órgãos do Poder Judiciário, nos Ministério Público, na Defensoria Pública e nas demais instituições envolvidas.

É importante observar que a previsão de uso dos recursos do Funpen em alternativas penais, em que pese ser uma nova modalidade que foge dos fins originários instituídos na LC nº 79/1994, é consonante com a fundamentação trazida no RE 641.320/RS abordado no subitem 2.5.

Com efeito, é possível constatar que a MPV 755/2016, ao acrescentar o inc. XVI ao art. 3º, embora se distancie da decisão da ADPF 347 MC/DF, atende à decisão do RE 641.320/RS que deu interpretação conforme a Constituição para estabelecer que a utilização de recursos do Funpen para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da LC nº 79/1994.

É curioso notar que as verbas do Funpen já eram empregadas nas centrais de monitoração eletrônica. Notícias de 2016 informam que, desde 2013, o Depen vinha “investindo na ampliação das políticas de incentivo às alternativas penais, por meio de convênios firmados com as Unidades da Federação para a implantação de Centrais Integradas de Alternativas Penais e de Centrais de Monitoração Eletrônica”. Na oportunidade, já haviam sido destinados a essas medidas cerca de R\$ 53,8 milhões em recursos do Funpen¹⁵³. Assim,

¹⁵¹BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT):** Rafael Barreto Souza, 2017. p. 29.

¹⁵²As medidas propostas tem o objetivo a impactar a dinâmica sistêmica do encarceramento em massa do país. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017/>

¹⁵³BRASIL. Ministério da Justiça. **Ministério da Justiça institui Política Nacional de Alternativas Penais.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ministerio-da-justica-institui-politica-nacional-de-alternativas-penais>. Acesso em 25 jan. 2019.

pode-se dizer que o RE 641.320 e a MP 755/2016 foram instrumentos de convalidação de atos que já estavam ocorrendo na prática.

A segunda novidade inserida no art. 3º da LC nº 79/1994 é a possibilidade de utilização dos recursos do Funpen em **políticas de redução da criminalidade** (art. 3º, XVII). Essa medida era vista com maior preocupação pelo MNPCT, pois abria “possibilidade de financiamento para praticamente qualquer política pública, particularmente permitindo o custeio de medidas de segurança pública, envolvendo despesas policiais, compra de armamento de fogo, de armamento menos letal, entre outros.” A utilização das verbas do Funpen nesses moldes desnaturaria o uso desses recursos, configurando ameaça ao financiamento do sistema penitenciário¹⁵⁴.

A terceira modalidade reforça o viés voltado para a segurança pública, ao prever financiamento e apoio a políticas e a atividades preventivas, **inclusive de inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária**. Nesse sentido, o relatório do MNPCT alerta para o fato de que a possibilidade de utilização de recursos para atividades eminentemente policiais é medida que se distancia da finalidade do Funpen. Ademais, já existe fundo próprio para o financiamento de políticas públicas de segurança pública, como as ações policiais e de inteligência, que é o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP).

Diante do exposto, fica clara a expansão do campo de utilização dos recursos do Funpen, “incluindo ações vinculadas a segurança pública e de cunho preponderantemente repressivo”¹⁵⁵. Tais medidas não se encaixam nos fins originários do Funpen e seguem na contramão da decisão na ADPF 347 MC/DF do STF. Essa foi expressa ao determinar a liberação do saldo do Fundo para ser utilizado na finalidade para a qual foi criado.

No decorrer do julgado da referida ADPF, houve grande esforço argumentativo para demonstrar a necessidade de se olhar para a política pública penitenciária propriamente dita, pois os presos não conseguem se fazer ouvir politicamente. Daí a razão de a Corte ter firmado sua postura contramajoritária na decisão tomada em favor da dignidade dessa parcela da sociedade, cujos direitos são afrontados diuturnamente.

¹⁵⁴BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil.** Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura: Rafael Barreto Souza, 2017. p. 19/20. p. 25.

¹⁵⁵ BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil.** Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura: Rafael Barreto Souza, 2017. p. 23.

Na decisão, afirma-se, peremptoriamente, que “legisladores e governantes temem os custos políticos” decorrentes da escolha pela dignidade dos presos, “acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais”¹⁵⁶. O STF parece ter razão quanto ao temor decorrente do custo político da implementação de uma política em prol de melhorias no sistema penitenciário. De fato, logo na primeira oportunidade em que o Executivo teve para tentar viabilizá-la, deturpou-a, ampliando a possibilidade de gastar as verbas com segurança pública, com inteligência policial e com medidas de redução da criminalidade, em um discurso mais atraente para opinião pública.

A abertura das possibilidades de utilização das verbas do Funpen levou o PSOL a protocolar uma solicitação de aditamento à ADPF 347/DF, com novo pedido cautelar. Ele requereu a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da MPV 755/2016 que tratam da criação de modalidades de aplicação relativas à segurança pública e à redução da fonte de financiamento do Funpen, com base em loterias federais¹⁵⁷. Ressalte-se que o aditamento foi acolhido pelo relator em fevereiro de 2017¹⁵⁸.

É temerária essa abertura para utilização das verbas do Funpen nos moldes delineados pela MPV 755/2016, pois há o risco de elas serem destinadas, prioritariamente, a fins diversos dos originais e de o sistema penitenciário propriamente dito ficar ainda mais desassistido, inviabilizando a superação do ECI. Logo após a edição da MPV 755/2016, foi publicada a Portaria nº 1.414 de 27 de dezembro de 2016, regulamentando a transferência obrigatória de recursos do Funpen aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, independentemente de convênio ou de instrumento congêneres.

Essa Portaria foi importante porque disciplinou como os primeiros repasses deveriam ser feitos e estipulou limites para gastos, por exemplo, com construção e com infraestrutura de presídios. Esses gastos deveriam respeitar 50% dos recursos do Funpen em 2017 e 30%, a partir de 2018.

A Portaria estabeleceu, ainda, que valores remanescentes aos destinados com infraestrutura fossem aplicados em medidas de promoção da cidadania, em alternativas

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 30 jan. 2017.

¹⁵⁷ BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT):** Rafael Barreto Souza, 2017. p. 23.

¹⁵⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12377190&prcID=4783560&ad=s#>

penais, em programas de assistência, fortalecimento e servidores públicos e controle social. Tais valores equivalem a 70% dos repasses do Funpen a partir de 2018. Essa foi uma medida vista pelo MNPCT como importante para proteção contra a prática de tortura. Mas ocorre que o MNPCT não atenta para o fato de que a utilização dos recursos do Funpen em medidas de fortalecimento de servidores públicos e de controle social abre possibilidades de sua utilização de modo extremamente nocivo.

A MPV 755/2016 determina que a União repasse aos fundos dos Estados e dos Municípios os percentuais devidos da dotação orçamentária (art. 3º-A). Logo, uma condição de habilitação para o recebimento das transferências obrigatórias é a necessidade de os Estados e de o Distrito Federal terem seus próprios fundos penitenciários e de os Municípios possuírem fundos específicos (art. 2º, I, da Portaria 1.414/2016). Outra condição de habilitação para recebimento dos repasses pelos Estados, Distrito Federal e Municípios é a assinatura de termos de adesão com o Depen, do qual constará o programa para aplicação dos valores e a descrição dos objetivos para a melhoria do sistema penitenciário (art. 2º, II, da Portaria 1.414/2016).

Desse modo, há um grande esforço normativo, evidenciado por meio da célere edição da MPV 755/2016 e da Portaria do Ministério da Justiça nº 1.414/2016, a fim de viabilizar e de regulamentar como se efetivaria a ordem do STF de descontingenciamento das verbas do Funpen. Entretanto, é impossível não reconhecer que algumas normas criadas se distanciaram do que foi efetivamente determinado.

3.1.3 A substituta MPV 781/2017: convergências e divergências em relação à MPV 755/2016

Inicialmente, destaque-se que o “anexo A” traz quadro comparativo entre a MPV 755/2016 e a MPV 781/2017, possibilitando a visualização de seus pontos coincidentes e divergentes. De qualquer modo, os pontos considerados relevantes serão detalhados aqui.

Sabe-se que a conjuntura política, à época, inviabilizou a aprovação pelo Congresso Nacional da MPV 755/2016, abordada no subitem 3.1.1. Devido à iminente perda de sua vigência, foi editada a MPV 781/2017 que, embora a revogasse definitivamente, sobreveio com conteúdo muito similar ao de sua antecessora, como já mencionado.

A exposição de motivos da MPV 781/2017 evidenciou, tal qual a MPV 755/2016, o intuito de alargar o rol de possibilidades de utilização das verbas do Funpen e de

desburocratizar a forma de acesso a esses valores, sob o pretexto de estar dando efetividade à decisão liminar na ADPF 347 MC/DF. Segue trecho importante da exposição de motivos:

[...] 6. O Funpen foi instituído com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. No entanto, a limitação de suas finalidades e a burocracia para a utilização dos seus recursos têm culminado na não utilização e no contingenciamento da maior parte dos valores constantes do fundo.

7. A medida aqui proposta visa a (i) ampliar a aplicabilidade dos recursos do Funpen com vistas à modernização e ao aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro; (ii) autorizar a transferência direta de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional aos fundos dos Estados e do Distrito Federal sem o estabelecimento de convênio ou congênere; (iii) autorizar a transferência de recursos do Funpen a fundos dos Municípios sem o estabelecimento de convênio ou congênere; (iv) estabelecer a obrigatoriedade da observância de critérios, parâmetros, condições e de contrapartida por parte do ente que recebe os recursos previamente definidos em ato do Poder Executivo federal; (v) estipular monitoramento, avaliação e fiscalização da aplicação dos recursos por parte do Poder Executivo federal; (vi) estabelecer obrigação de prestar contas ao ente que recebe os recursos e hipóteses de devolução dos valores não utilizados na forma e no tempo pactuados a serem definidas em ato do Poder Executivo federal; e (vii) assegurar ao Tribunal de Contas da União e ao Controle Interno do Poder Executivo da União acesso à documentação atinente aos programas custeados com os recursos do Funpen.

8. Ficam claras a urgência e a relevância da medida aqui proposta diante do cenário de “estado de coisas inconstitucional” declarado pelo Supremo e da necessidade de mudança imediata de paradigma. A proposta encara o Sistema Prisional de uma perspectiva estrutural, que não se restringe apenas aos estabelecimentos penais como suportes físicos, e sim como arranjo indissociável, que sofre influência e ao mesmo tempo influencia toda a organização da segurança pública. Assim é indispensável a diversificação imediata da utilização do Funpen, primordialmente no estabelecimento de medidas preventivas a um aumento ainda maior da superlotação carcerária, respeitado o limite de sua finalidade de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário.

9. Restam também evidentes a urgência e a relevância da desburocratização da utilização do Funpen na melhoria do Sistema Penitenciário. Tanto a urgência quanto a relevância justificam-se em razão da necessidade de afastar-se a burocracia dos convênios e das demais formas existentes de transferência hoje obrigatórias para a utilização de recursos do Funpen. Com isso, a sistemática de aplicação será adaptada à realidade que exige um meio célere de utilização de recursos destinados ao Sistema Penitenciário por parte dos Estados e do Distrito Federal.

10. Ao mesmo tempo, busca-se com a proposta resguardar a aplicação correta dos recursos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios por meio do estabelecimento de mecanismos criteriosos de habilitação, avaliação, monitoramento e fiscalização dos entes recebedores de recursos do fundo, bem como pela garantia de transparência e acesso pelos órgãos de controle de toda a documentação das operações com valores do Funpen.¹⁵⁹

As nítidas coincidências presentes nas exposições de motivos das Medidas Provisórias são refletidas em grande parte dos respectivos textos. Na realidade, as semelhanças são evidenciadas já nas alterações que recaem sobre o importante art. 3º da LC nº 79/1994, que trata da aplicação das verbas do Funpen. Foram apresentadas modificações aos incisos II, IV,

¹⁵⁹BRASIL. Medida Provisória 781, de 23 de maio de 2017. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 23mai. 2017. p. 1. Edição extra Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25fev. 2019.

VII e acréscimos aos incisos XVI, XVII nos exatos termos da MPV 755/2016. Divergiu, no entanto, a MPV 781, ao acrescentar inciso possibilitando a utilização dos recursos do Funpen também em construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais e de unidades de execução de medidas socioeducativas de inserção em regime de semiliberdade e de internação em estabelecimento educacional (art. 3º, XIX).

Sobre essa inclusão, recaem críticas tecidas pelo MNPCT em seu relatório, pois a construção de unidades socioeducativas está na contramão do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regido pela Lei nº 12.594/2012, que é “inequívoca quanto à imperiosa separação entre a lógica penal e socioeducativa”¹⁶⁰.

Aquele inc. XIX é tido pelo MNPCT como violador do princípio da excepcionalidade da medida de internação a adolescentes, pois privilegia investimento em espaços de privação de liberdade juvenil, ao passo que deveriam ser priorizados programas de justiça restaurativa ou de medidas socioeducativas em meio aberto. Ademais, o desvio de recursos do sistema penitenciário para o sistema socioeducativo leva a confusões entre esses dois sistemas que são distintos. Ainda conduz à lógica de “prisionização do sistema socioeducativo, equiparando adolescentes a adultos”, reforçando forte movimento que busca aproximar respostas estatais para situações que são díspares¹⁶¹.

Outro fator de preocupação de ordem prática é que, diante do repasse feito do Funpen para os fundos estaduais, os recursos de políticas para infância e adolescência seriam geridos por órgãos sem competência para tal. Dessa forma, a gestão, no mínimo parcial, do sistema socioeducativo ficaria sob a responsabilidade de órgãos de administração penitenciária nos Estados e no DF.

Cumprido esclarecer que a MPV 781/2017, em termos semelhantes aos da MPV 755/2016, em seu art. 2º, trata da permissão para que determinados servidores prestem serviços, em caráter excepcional e voluntário, à Força Nacional, realizando alterações na Lei nº 11.473/07. Mas como essa questão não é o foco deste trabalho, não será objeto de aprofundamento.

¹⁶⁰BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil.** Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 23.

¹⁶¹BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil.** Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 23.

O art. 3º da MPV 781/2017 revogou o inc. VII da LC nº 79/1994, alteração que não estava prevista na MPV 755/2016. Com isso, retirou, como fonte de recursos do Funpen, o montante de 50% das custas judiciais recolhidas em favor da União federal, relativas aos serviços forenses. Essa é uma medida que, na prática, não surte tanto efeito, pois o inciso já se encontrava tacitamente revogado com o advento da EC 45/2004, que destinou as custas judiciais ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça. Desde então, essa fonte deixou de ser vinculada ao Funpen e gerou forte impacto nos anos subsequentes, conforme já mencionado no item 1.2.3.

Outro ponto que merece destaque na MPV 781/2017 diz respeito à gestão das verbas do Funpen. Como bem alerta o relatório do MNPCT, as alterações ocorreram em três eixos: “(i) privatização por organizações da sociedade civil; (ii) dispensa de licitação para construção de estabelecimentos penais; e (iii) descontingenciamento por descentralização aos Estados e Distrito Federal”¹⁶².

O primeiro eixo – privatização por organizações da sociedade civil – está evidenciado no art. 3º-B a ser inserido na LC nº 79/1994 pela MPV 781/2017, o qual traz, explicitamente, autorização de transferências de recursos do Funpen para organizações da sociedade civil que administrem estabelecimento penal destinado a receber condenados à pena privativa de liberdade, desde que preenchidos certos requisitos. A possibilidade de privatização da administração de estabelecimentos penais esbarra no art. 83-B da LEP, segundo o qual 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.

No relatório do MNPCT, são nítidas as críticas a esse dispositivo. Ele estaria na contramão do disposto na LEP e de recomendações de órgãos nacionais, como o CNPCP e o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, que rechaçam a privatização, pois não a veem como uma medida adequada. Além disso, o MNPCT tem constatado problemas nas unidades prisionais privatizadas. Verificou-se precarização dos contratos de trabalho da empresa terceirizada em Manaus, cuja alta rotatividade de funcionários estava relacionada com denúncias de tortura. No Maranhão, detectou-se ausência de controle da atuação de agentes contratados. Logo, a gestão de pessoas em unidades prisionais privatizadas é um ponto de preocupação. Há outro alerta ainda: a “inclusão da MPV nº 781 coloca em situação incerta o formato das relações trabalhistas nos estabelecimentos penais porventura

¹⁶²BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático:** Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 33.

administrados por organizações da sociedade civil”. Isso, porque entidades religiosas costumam utilizar trabalho voluntário, o que normalmente se dá de forma intermitente e pode acarretar desenvolvimento inadequado das ações ou a descontinuidade de serviços¹⁶³.

Outro ponto visto com necessária cautela nesse eixo é o fato de que a definição de organização da sociedade civil alberga tanto entidade privada sem fins lucrativos, quanto sociedades cooperativas e organizações religiosas. A permissão de essas últimas atuarem na administração de unidades penitenciárias abre a possibilidade para que o atendimento tenha o enfoque religioso, quando uma abordagem laica na execução da pena é esperada, a fim de salvaguardar a liberdade de crença aos presos.

O segundo eixo – dispensa de licitação para construção de estabelecimentos penais – aborda a novidade trazida no art. 3º-D a ser inserido na LC nº 79/1994 pela MPV 781/2017. O dispositivo traz a dispensa de licitação para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento dos estabelecimentos penais, desde que as obras possam ser concluídas até 31 de dezembro de 2018. Essas hipóteses foram consideradas situação de emergência para fins do inc. IV do *caput* do art. 24 da Lei nº 8.666/1993. O receio que advém dessa previsão é a abertura que se dá para possíveis fraudes licitatórias e a práticas de corrupção, notadamente diante do descontingenciamento de vultosos recursos do Funpen.

O terceiro eixo – descontingenciamento por descentralização aos Estados e Distrito Federal – é uma fórmula já adotada pela MPV 755/2016, que estabeleceu “diretrizes orientadoras deste repasse para os entes federativos com a previsão de um enorme repasse obrigatório entre 2016 e 2017, correspondente ao valor de 75% do montante disponível no Fundo”¹⁶⁴. As medidas apresentadas para efetivar a ordem da ADPF 347 MC/DF, evitando a prática reiterada de contingenciamentos para fins superavitários, foram, conforme supracitado, regulamentadas pela Portaria do Ministério da Justiça nº 1.414/2016, que se mostrou compatível com as previsões trazidas pela MPV 781/2017.

A novidade, destacada pelo MNPCT, refere-se aos repasses que serão partilhados conforme as regras dos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e dos Fundos de Participação dos Municípios (FPM) – art. 3º-A, § 6º, MPV 781/2017. Entretanto, essa novidade não subsistiu na Lei nº 13.500/2017.

¹⁶³BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT):** Rafael Barreto Souza, 2017. p. 35.

¹⁶⁴BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT):** Rafael Barreto Souza, 2017. p. 37.

Assim, é possível constatar que não houve grandes mudanças estruturais entre a MPV 755/2016 e a MPV 781/2017. Ambas convergem mais do que divergem. A análise dos pontos convergentes e dos divergentes demonstra que foram efetivamente poucas as alterações advindas da MPV de 2017. Na verdade, tudo tende a confirmar a hipótese de que sua edição, revogando a MPV 755/2016, se deu em virtude de sua iminente perda de vigência, sem perspectiva de conversão em Lei ante a tensão do cenário político.

3.1.4 A conversão da MPV 781/2017 na Lei nº 13.500/2017

A MPV 781, de 23 de maio de 2017 foi convertida na Lei nº 13.500, em 26 de outubro de 2017, e publicada no Diário Oficial em 27 de outubro de 2017. Note-se que ela já havia incorporado grande parte do Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 14 de 2017, aprovado pela Comissão Mista instalada para apreciação da MPV 755/2016. À MPV 781/2017, foram oferecidas 21 emendas, e a Comissão Mista deu parecer acolhendo quatro delas integralmente e três, parcialmente. Concluiu pelo Projeto de Lei de Conversão nº 26 de 2017¹⁶⁵.

O ponto principal de análise para a presente dissertação são as alterações, sobretudo no art. 3º da LC nº 79/1994, que modificam a finalidade originária dessa Lei que criou o Funpen. Por conseguinte, evidencia-se o desvirtuamento da decisão do STF na ADPF 347 MC/DF por normas subsequentes.

Quanto a esse ponto, destacam-se dois incisos (XVII e XIX) que seriam incluídos no art. 3º da citada LC nº 79/1994 e que foram objeto de críticas no relatório do MNPCT. No decorrer da tramitação do PLV 26/2017, eles não permaneceram no texto convertido na Lei nº 13.500/2017. Especificamente, o inciso XVII trazia a possibilidade de utilização das verbas do Funpen em políticas de redução da criminalidade. Ocorre que a retirada isolada desse inciso não afasta a possibilidade de utilização das verbas para tal fim, notadamente porque o inciso XVIII permaneceu no texto convertido em Lei. Esse, como já estudado no item 3.1.1, viabiliza o financiamento e o apoio a políticas e a atividades preventivas, inclusive de inteligência policial, **vocacionadas à redução da criminalidade** e da população carcerária. Em contrapartida, há de ser celebrada exclusão do inciso XIX, que previa a possibilidade de utilização das verbas do Funpen para construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais e de unidades de execução de medidas socioeducativas de inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

¹⁶⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. MPV 781/2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoes> Web. Acesso em: 25 jan. 2019.

Como já abordado no subitem 3.1.2, essa medida estaria na contramão do Sinase. A possibilidade de confusão da lógica penal com a infracional não é bem vista, pois tende a buscar respostas estatais semelhantes para sistemas que são díspares. Além disso, o Funpen deve se restringir a atender demandas do sistema penitenciário, que é voltado a adultos. É errado, conceitualmente, utilizar verbas destinadas à prisão de condenados por crimes em locais para cumprimento de medidas socioeducativas por adolescentes em conflito com a Lei. Para esses casos, os recursos a serem utilizados são os do Fundo Nacional para a Criança e Adolescente (FNCA), previsto na Lei nº 8.242/91¹⁶⁶.

Uma inovação foi a determinação de que o percentual mínimo de 30% dos recursos do Funpen, destinados à construção, à reforma, à ampliação e ao aprimoramento de estabelecimentos penais devem ser aplicados, preferencialmente, em estabelecimentos penais federais de âmbito regional (art. 3º, § 7º, LC nº 79/1994).

Os percentuais da dotação orçamentária do Funpen que deverão ser repassados aos Estados, ao DF e aos Municípios permaneceram os mesmos, previstos na MPV 781/2017: até 31 de dezembro de 2017, até 75%; no exercício de 2018, até 45%; no exercício de 2019, até 25%; nos exercícios subsequentes, 40%. Importante é frisar que os Municípios que tiverem fundo específico podem receber repasse de recursos do Funpen, para serem aplicados em programas destinados à reinserção social de presos, internados e egressos ou de programas de alternativas penais (art. 3-A, §2, LC nº 79/1994).

Algumas medidas já previstas no MPV 781/2017 sofreram alterações formais ou materiais antes de se estabilizarem no texto da Lei nº 13.500/2017. É o caso da previsão de dispensa de licitações públicas. Antes, a alteração ocorria no próprio texto da Lei do Funpen, considerando emergência, para fins de dispensa de licitação, a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento dos estabelecimentos penais, desde que pudessem ser concluídos até 31 de dezembro de 2018. Havia, ainda, a proibição de prorrogação de contrato.

O texto convertido em Lei traz alteração na própria Lei nº 8666/93, acrescentando mais um inciso ao art. 24. Assim, sedimenta uma nova hipótese de dispensa de licitação para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, **desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública**.

Note-se que, nessa hipótese, abandonou-se a previsão de lapso temporal máximo para a conclusão das obras, mas trouxe a necessidade de caracterização de “grave e iminente risco

¹⁶⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. MPV 781/2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegra?codteor=1590577&filename=Tramitacao-MPV+781/2017. Acesso em: 25 jan. 2019.

à segurança pública”. Ainda que o processo formal de dispensa de licitação exija a demonstração do grave e iminente risco à segurança pública (art. 26, parágrafo único, I, Lei nº 8666/93), é uma hipótese que dá ampla margem para subjetivismos.

Considerando que o sistema penitenciário brasileiro vive o ECI, é fácil encontrar justificativas concretas nos presídios brasileiros, aptas a subsidiarem a dispensa de licitação, sob o argumento de estar caracterizado o requisito “grave e iminente risco à segurança pública”. O temor que surge é de que a contratação direta seja a regra em matéria penitenciária, propiciando práticas que favoreçam a corrupção. Em contrapartida, foi mantida a previsão da MPV 781/2017 de a Administração Pública, nos editais de licitação para contratação de serviço, poder exigir percentual mínimo de mão de obra oriunda ou egressa do sistema prisional. É uma boa prática que pode auxiliar a retomada da vida pós-cárcere.

É importante destacar que as alterações ocorridas durante a tramitação do PLV 26/2017 não mudaram a essência da MPV 781/2017. No que diz respeito ao Funpen, ficou evidenciado o intuito de diversificar o uso dos recursos do Fundo e de desburocratizar sua utilização na melhoria do sistema penitenciário, afastando, por exemplo, a necessidade de celebrar convênios. Ao se buscar essa diversificação, abriu-se um leque de oportunidades de utilização das verbas do Funpen para finalidades distintas das originárias. Isso, por si só, se distancia da determinação do Supremo na ADPF 347 MC/DF, que serviu de pretexto para a edição das MPV's analisadas na presente dissertação.

Sabe-se que essas normas trouxeram pontos positivos, como no caso de prestigiar alternativas penais. No entanto, elas poderão ser extremamente maléficas, se as verbas do Funpen servirem para subsidiar investimentos em áreas como a segurança pública, deixando o sistema penitenciário subassistido.

Após a conversão da MPV 781/2017 na Lei nº 13.500/2017, em menos de dois meses, foi publicada a Portaria do Ministério da Justiça e Segurança Pública nº 1.221 de 21 de dezembro de 2017, regulamentando os procedimentos e os critérios para a transferência obrigatória de recursos do Funpen para as unidades da Federação para 2017. Já para 2018, a regulamentação encontra-se na Portaria do Ministério da Segurança Pública nº 225, de dezembro de 2018.

Um ponto importante a destacar dessas Portarias, em relação à Portaria nº 1.414/2016, diz respeito às condições de habilitação que os entes federativos devem cumprir para receber o repasse dos recursos do Funpen. Nessa de 2016, os requisitos eram apenas dois: existir

fundo penitenciário nos Estados e no DF ou fundo específico nos Municípios e firmar termo de adesão com o Depen. Já nas Portarias nº 1.221/2017 e nº 225/2018, foi ampliado o rol das condições para essa habilitação, trazendo exigências que dificultam o acesso à verba do Funpen¹⁶⁷. Criaram-se novas formas de burocratização da saída da verba do Funpen para os fundos estaduais ou municipais.

3.2 O IMPACTO NA POLÍTICA PENITENCIÁRIA

O impacto da decisão liminar da ADPF 347 MC/DF, determinando o descontingenciamento das verbas do Funpen, não ficou restrita ao campo normativo. Após a decisão, houve “o maior descontingenciamento de recursos para políticas penais já realizado na história do país”¹⁶⁸. Desse modo, faz-se importante analisar como se deram esses repasses e como estão sendo empregados os respectivos recursos. Assim, poder-se-á verificar se estão sendo atendidas as finalidades originárias do Funpen, nos termos determinados pelo STF.

Os primeiros dados referentes aos repasses ocorridos em 2016 e em 2017 foram divulgados pelo Depen. Os de 2016 foram, inclusive objeto de análise crítica pelo MNPCT,

¹⁶⁷ Tanto a Portaria 1.221/2017 quanto a nº 225/2018 trazem o mesmo texto ao versar das condições de habilitação. Art. 2º: Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que possuam em sua área geográfica estabelecimentos penais deverão comprovar, até 07 de dezembro de 2018, o atendimento das condições de habilitação para o recebimento dos recursos do Funpen, transferidos de forma obrigatória, além de firmarem o Termo de Adesão aos programas instituídos no Ministério da Segurança Pública, por meio do Departamento Penitenciário Nacional - Depen, para as ações de investimento. § 1º Para a habilitação prevista no caput deste artigo, os entes federativos deverão atender as disposições do art 3º, § 4º, e apresentar documentação que comprove os requisitos previstos no 3º-A, § 3º, todos da Lei Complementar nº 79, de 1994: a existência de fundo penitenciário, no caso dos Estados e do Distrito Federal, ou de fundo específico, no caso dos Municípios; I - a existência de órgão ou de entidade específica competente pela gestão do fundo de que trata o inciso I; II - habilitação nos programas instituídos; III - a apresentação do plano de aplicação dos recursos associados aos programas previstos no art. 3º-A, § 2º, da Lei Complementar nº 79, de 1994; IV - a aprovação do relatório anual de gestão contendo dados confiáveis e publicados oficialmente, em números absolutos sobre a quantidade de presos, com classificação por sexo, etnia, faixa etária, escolaridade, exercício de atividade de trabalho, estabelecimento penal, motivo, regime e duração da prisão, e informações sobre a execução físico e financeira; V - existência de conselhos estadual ou distrital penitenciários, de segurança pública, ou congêneres, para apoio ao controle e à fiscalização da aplicação dos recursos do fundo de que trata o inciso I deste parágrafo, no caso dos Estados e do Distrito Federal, e, conforme recomendação do Tribunal de Contas da União, a juntada dos respectivos atos de criação e a relação de seus integrantes. § 2º Os entes federados integrantes do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp) que deixarem de fornecer ou atualizar seus dados no Sistema não poderão receber recursos do Funpen.

¹⁶⁸BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório Anual** (2017). Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): José de Ribamar de Araújo e Silva, Victor Martins Pimenta, João Vitor Rodrigues Loureiro, Ana Claudia Nery Camuri Nunes, Valdirene Daufemback, Lucio Costa, 2018. p. 135.

revelando que “o descontingenciamento realizado acabou por fomentar o encarceramento”¹⁶⁹, conforme será analisado nos subitens a seguir.

3.2.1 Dados dos repasses dos recursos do Funpen: anos de 2016 e de 2017

O MNPCT analisou o denominado “descontingenciamento massivo do Funpen”, ocorrido em dezembro de 2016. No espaço de 11 dias, a MPV 755/2016 foi editada, a Portaria nº 1.414/2016 foi publicada, 25 entes federados elaboraram e submeteram termos de adesão ao Depen, e cerca de 1,12 bilhão de reais foram descentralizados¹⁷⁰ (quadro 2). Importante é destacar que, em dezembro de 2016, conforme já mencionado, apenas os Estados da Bahia e do Ceará não receberam o repasse, por não possuírem seus próprios fundos penitenciários, e a Medida Provisória 755/2016 exigia essa condição para o recebimento do valor. Esses Estados, no entanto, constituíram os fundos e receberam os valores. A Bahia recebeu em 23 de outubro de 2017 e o Ceará, em 1º de novembro de 2017.

Quadro 2 – Repasse do fundo a fundo em 2016

UF	PROCESSOS	CONSTRUÇÃO	APARELHAMENTO E CUSTEIO	TOTAL
AC	08016.015342/2016-32	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
AL	08016.015356/2016-56	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
AM	08016.015336/2016-85	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
AP	08016.015355/2016-10	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
BA	08016.011046/2017-43	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
CE	00734.002015/2017-84	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
DF	08016.015374/2016-38	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
ES	08016.015361/2016-69	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
GO	08016.015352/2016-78	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
MA	08016.015368/2016-81	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
MG	08016.015380/2016-95	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
MS	08016.015366/2016-91	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
MT	08016.015365/2016-47	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
PA	08016.015359/2016-90	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
PB	08016.015346/2016-11	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
PE	08016.015358/2016-45	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
PI	08016.015353/2016-12	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
PR	08016.015337/2016-20	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
RJ	08016.015335/2016-31	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
RN	08016.015383/2016-29	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
RO	08016.015362/2016-11	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
RR	08016.015345/2016-76	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
RS	08016.015369/2016-25	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
SC	08016.015338/2016-74	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
SE	08016.015339/2016-19	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
SP	08016.015373/2016-93	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
TO	08016.015378/2016-16	31.944.444,44	12.840.000,00	44.784.444,44
TOTAL		798.611.111,11	346.680.000,00	1.119.611.111,11

Fonte: Fundo a fundo, 2018¹⁷¹

¹⁶⁹BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório Anual** (2017). Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): José de Ribamar de Araújo e Silva, Victor Martins Pimenta, João Vítor Rodrigues Loureiro, Ana Claudia Nery Camuri Nunes, Valdirene Daufemback, Lucio Costa, 2018. p. 134.

¹⁷⁰BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil.** Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 45.

¹⁷¹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - Depen. **Fundo a fundo.** Disponível em: <http://depen.gov.br/Depen/dirpp/instrumentos-de-repasse-1>. Acesso em: 15 dez. 2018.

Embora as unidades federativas tivessem solicitados valores diferentes ao Depen, conforme as respectivas necessidades, todas receberam a mesma quantia, R\$ 44.784.444,44, distribuída em três categorias de execução: R\$ 31.944.444,44 para construção, ampliação ou conclusão de unidades prisionais; R\$ 8.840.000,00 para investimento em aparelhamento e modernização e R\$ 4.000.000,00 para custeio¹⁷².

O modelo único adotado no repasse de 2016 merece severas críticas. Como abordado no subitem 2.1, os dados da realidade penitenciária apontados nos relatórios do Infopen revelam enormes assimetrias regionais que se refletem nas prisões brasileiras. A repartição dos valores entre os Estados e o Distrito Federal seria a oportunidade de compensar essas diferenças, com repasses proporcionais às necessidades de cada ente federativo, em atendimento ao princípio da isonomia. Ocorre que isso não foi considerado, e o Amapá, por exemplo, que possui um pouco mais de 2 mil presos, recebeu o mesmo valor que São Paulo, que tem mais de 180 mil¹⁷³.

Outro ponto questionável é o fato de que os repasses foram realizados para a aplicação em praticamente apenas duas modalidades: construção de estabelecimentos penais e aparelhamento com equipamentos. Destaque-se que apenas o Pará e o Tocantins requereram recursos do Funpen para medidas diversas e, no entanto, não receberam verba extra. Foi autorizado a eles aplicarem parte do dinheiro destinado ao aparelhamento em outras modalidades, como alternativas penais, políticas de assistência e formação de servidores, o que o MNPCT entendeu ser um desprestígio a essas últimas modalidades¹⁷⁴.

Diante dos dados mencionados, verifica-se que os recursos destinados à construção de unidades prisionais correspondem a mais de 70% do valor repassado às unidades federativas. Esse percentual está em desacordo com a determinação da Portaria nº 1.414/2016, segundo a qual gastos com construção e infraestrutura de presídios deveriam respeitar 50% dos recursos do Funpen, conforme tratado no item 3.1.2.

Em dezembro de 2017, o Depen noticiou que os Estados teriam R\$ 590.625.000,00 para investir em modernização e aprimoramento do sistema penitenciário em 2018. Essa verba tem o prazo de dois anos para ser aplicada, caso contrário deverá retornar aos cofres do

¹⁷²BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - Depen. **Balanco de execução dos recursos do Funpen 2016** Disponível em: <http://depen.gov.br/Depen/noticias-1.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

¹⁷³BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT):** Rafael Barreto Souza, 2017. p. 44.

¹⁷⁴BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura:** Rafael Barreto Souza, 2017. p. 44-47.

governo federal. Informou, ainda, que 30% deveria ser revertido em favor de construção, reforma e ampliação de unidades prisionais. O restante ficaria a cargo das demais hipóteses de utilização das verbas do Funpen¹⁷⁵.

Sobre 2017, no quadro 3, encontram-se os valores disponibilizados pelo Depen para repasse fundo a fundo.

Quadro 3 - Repasse do fundo a fundo do ano de 2017

UF	PROCESSOS	CAPITAL	CUSTEIO	TOTAL
AC	08016.020932/2017-68	R\$ 10.311.274,09	R\$ 5.955.130,85	R\$ 16.266.404,94
AL	08016.020933/2017-11	R\$ 11.935.007,74	R\$ 6.892.895,31	R\$ 18.827.903,05
AM	08016.020939/2017-80	R\$ 12.052.094,04	R\$ 6.960.516,85	R\$ 19.012.610,89
AP	08016.020934/2017-57	R\$ 9.261.827,56	R\$ 5.349.037,81	R\$ 14.610.865,37
BA	08016.020938/2017-35	R\$ 17.766.493,90	R\$ 10.260.787,85	R\$ 28.027.281,75
CE	08016.020935/2017-00	R\$ 18.788.905,63	R\$ 10.851.267,32	R\$ 29.640.172,95
DF	08016.020931/2017-13	R\$ 8.054.597,30	R\$ 4.651.819,01	R\$ 12.706.416,31
ES	08016.020947/2017-26	R\$ 10.858.326,09	R\$ 6.271.073,01	R\$ 17.129.399,10
GO	08016.020944/2017-92	R\$ 11.240.802,18	R\$ 6.491.966,68	R\$ 17.732.768,86
MA	08016.020949/2017-15	R\$ 14.752.028,01	R\$ 8.519.825,61	R\$ 23.271.853,63
MG	08016.020936/2017-46	R\$ 21.841.530,99	R\$ 12.614.268,02	R\$ 34.455.799,00
MS	08016.020948/2017-71	R\$ 10.522.393,91	R\$ 6.077.060,12	R\$ 16.599.454,04
MT	08016.020940/2017-12	R\$ 9.234.712,55	R\$ 5.333.377,92	R\$ 14.568.090,47
PA	08016.020930/2017-79	R\$ 15.001.749,90	R\$ 8.664.048,97	R\$ 23.665.798,87
PB	08016.020945/2017-37	R\$ 11.968.670,92	R\$ 6.912.337,00	R\$ 18.881.007,92
PE	08016.020946/2017-81	R\$ 18.076.726,19	R\$ 10.439.958,13	R\$ 28.516.684,32
PI	08016.020943/2017-48	R\$ 10.559.836,88	R\$ 6.098.684,78	R\$ 16.658.521,65
PR	08016.020925/2017-66	R\$ 16.898.732,07	R\$ 9.759.624,25	R\$ 26.658.356,32
RJ	08016.020929/2017-44	R\$ 16.810.769,64	R\$ 9.708.822,79	R\$ 26.519.592,43
RN	08016.020915/2017-21	R\$ 10.973.188,64	R\$ 6.337.410,26	R\$ 17.310.598,89
RO	08016.020941/2017-59	R\$ 10.820.436,62	R\$ 6.249.190,48	R\$ 17.069.627,10
RR	08016.020926/2017-19	R\$ 7.884.738,65	R\$ 4.553.719,55	R\$ 12.438.458,20
RS	08016.020950/2017-40	R\$ 11.971.201,68	R\$ 6.913.798,60	R\$ 18.885.000,28
SC	08016.020928/2017-08	R\$ 9.845.675,83	R\$ 5.686.231,14	R\$ 15.531.906,98
SE	08016.020942/2017-01	R\$ 10.165.144,29	R\$ 5.870.735,64	R\$ 16.035.879,93
SP	08016.020924/2017-11	R\$ 47.178.681,65	R\$ 27.247.381,85	R\$ 74.426.063,50
TO	08016.020927/2017-55	R\$ 9.621.640,54	R\$ 5.556.842,72	R\$ 15.178.483,26
TOTAL		374.397.187,49	216.227.812,52	590.625.000,01

Fonte: Funpen, 2017, 2018¹⁷⁶

Os dados desse quadro revelam que não ocorreu, em 2017, o mesmo equívoco de 2016, quando se adotou um padrão único. Os repasses foram feitos em valores distintos, com o intuito de atender proporcionalmente as necessidades de cada unidade da Federação.

O Depen ainda não disponibilizou os dados dos repasses de 2018, como as acima colacionadas. Em contrapartida, no Portal da Transparência, é possível encontrar despesas previstas e executadas do orçamento do Funpen de 2016 a 2018. Em 2016, as despesas previstas (orçamento atualizado) foram de R\$ 682,18 milhões, mas com a ordem de descontingenciamento, as despesas executadas foram de R\$ 1,17 bilhão. Em 2017, as despesas previstas (orçamento atualizado) foram de R\$ 690,92 milhões, mas as despesas executadas foram de R\$ 887,69 milhões. Em 2018, as despesas previstas (orçamento

¹⁷⁵BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional – Depen. **Funpen 2017**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/governo-distribui-r-590-milhoes-para-estados>. Acesso em: 15 dez. 2018.

¹⁷⁶BRASIL. Ministério Nacional. Ministério da Segurança Pública. **Departamento Penitenciário Nacional - Depen**. Disponível em: <http://depen.gov.br/Depen/dirpp/instrumentos-de-repasse-1>. Acesso em: 15 dez. 2018.

atualizado) foram R\$ 570,22 milhões, mas estranhamente, as despesas executadas foram de apenas R\$ 148,79 milhões¹⁷⁷.

O baixo valor da despesa executada em 2018 é preocupante, na medida em que demonstra haver dinheiro a ser revertido em favor do sistema penitenciário e, por algum motivo ainda não esclarecido pelos órgãos oficiais, não o foi. Uma hipótese é a dificuldade de cumprir as condições de habilitação previstas na Portaria nº 1.221/2017, conforme mencionado no subitem 3.1.4. Considerando o ECI neste sistema, que desencadeou uma série de atos para fazer a verba do Funpen chegar aos Estados e se reverter em melhorias em prol dos apenados, é lamentável que, em 2018, menos de um terço da verba prevista tenha sido aplicada. O receio é de que haja um retrocesso e se volte aos patamares anteriores ao descontingenciamento massivo de 2016. Em 2015, por exemplo, as despesas previstas (orçamento atualizado) eram de R\$ 541,82 milhões, e as despesas executadas foram de, apenas, R\$ 45,86 milhões¹⁷⁸.

3.2.2 A desesperança advinda do mal-uso ou não uso das verbas do Fundo Penitenciário Nacional

A primeira crítica cabível ao modo como foi realizado o descontingenciamento massivo em 2016 é o desproporcional prestígio de uso dessas verbas em construção, reforma e ampliação de unidades prisionais, frente às demais medidas. Destinar 70% dos recursos repassados pelo Funpen aos fundos estaduais, além de não atender o limite de 50% previsto na Portaria nº 1.414/2016, reforça a lógica do encarceramento. Perpetua-se um ciclo vicioso em que se prende mais e, por conseguinte, se necessita de mais vagas no sistema. Em contrapartida, não se pode negar a urgência de melhorar as condições físicas das penitenciárias brasileiras.

O MNPCT firmou a posição de que “as soluções para o Estado de Coisas Inconstitucional característico das penitenciárias brasileiras não passam pela construção de mais estabelecimentos penais”¹⁷⁹. Em contrapartida, acredita-se que é válido tentar mitigar as más condições nesses estabelecimentos que sofrem de níveis altíssimos de superlotação. A

¹⁷⁷BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Portal da Transparência - Funpen**. Disponível em <http://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos/30907?ano=2015>. Acesso em: 1º fev. 2019.

¹⁷⁸BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Portal da Transparência - Funpen**. Disponível em <http://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos/30907?ano=2015>. Acesso em: 1º fev. 2019.

¹⁷⁹BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 48.**

questão mais crítica é o tamanho do investimento destinado à construção de penitenciárias, sem sequer haver necessidade de licitação.

Algumas reflexões críticas são tecidas pelo MNPCT, tais como o fato de que um terço das unidades propostas contrariam os parâmetros da ONU – regras de Mandela, que preveem o limite máximo de 500 pessoas por penitenciária. Além disso, há a previsão de construção de superpresídios em seis Estados, Amapá, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rondônia e São Paulo, onde haverá número superior a 800 vagas¹⁸⁰.

Outro ponto crítico é o aparelhamento dos estabelecimentos penais. Nos termos do art. 3º, IV, LC nº 79/1994, é possível o investimento das verbas do Funpen em aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, quando imprescindíveis ao funcionamento e à segurança dos estabelecimentos penais. Nesse viés, é plenamente justificável a compra de veículos tipo furgões-cela e ônibus-cela para transporte de presos. Mas o MNPCT alerta que Estado de Roraima, por exemplo, solicitou recursos do Funpen para aquisição de viaturas de uso das Polícias Militar e Civil. É um nítido alerta de desvirtuamento dos recursos para uso com segurança pública¹⁸¹.

Cumprido destacar que o maior receio recai sobre a solicitação, por parte dos Estados, de recursos para compra de armamento de fogo e químico, uma vez que favorece à militarização dos estabelecimentos penais, propiciando o uso da força como principal resposta estatal nas penitenciárias. Com efeito, foi solicitada “quantia aproximada de R\$ 103 milhões para a aquisição de 134.007 armamentos, envolvendo armas letais como pistolas calibre 40, escopetas calibre 12, fuzis de assalto 5.56 mm, bem como sprays de pimenta e munições químicas”¹⁸². Esse é um fator “extremamente preocupante posto que infringe a legislação, recrudescer a atmosfera das penitenciárias e se torna fator de altíssimo risco para tortura, tratamentos cruéis e até para mortes violentas”¹⁸³.

¹⁸⁰BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático**: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 48-50.

¹⁸¹BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático**: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 51.

¹⁸²BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório Anual** (2017). Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): José de Ribamar de Araújo e Silva, Victor Martins Pimenta, João Vitor Rodrigues Loureiro, Ana Claudia Nery Camuri Nunes, Valdirene Daufemback, Lucio Costa, 2018. p. 135.

¹⁸³BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático**: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 55.

Esse forte investimento, inclusive em armamentos como fuzis AR15, em princípio, não condiz com as necessidades de agentes penitenciários que deveriam obedecer às normas nacionais e internacionais que estabelecem protocolos de uso da força durante a execução da pena. Um fuzil AR15 é aparato nitidamente repressor que tornaria o presídio extremamente militarizado sem necessidade. Assim, a solicitação de verbas do Funpen para a aquisição de tal equipamento suscita dúvida se elas não estariam destinadas, por exemplo, à segurança pública do Estado solicitante.

Com relação ao aparelhamento, o MNPCT alerta, ainda, que a aquisição de scanners corporais é uma ótima medida para acabar com as revistas vexatórias. Explica que, embora haja preponderância de solicitação de recursos para aquisição de bloqueadores de celulares, esse investimento deveria ser redirecionado para a compra de scanners corporais. Os bloqueadores de celulares são considerados medida cara, frágil e pouco efetiva¹⁸⁴.

Nota-se que diante da análise do descontingenciamento massivo de 2016, o maior pesar recaí sobre o total desprestígio em relação às alternativas penais ao monitoramento eletrônico, aos programas de educação e trabalho ou de apoio para volta à liberdade, pois somente 0,17% do valor solicitado nacionalmente foi destinado a estas medidas.¹⁸⁵

Como estudado no item 3.1.2, a inserção do inc. XVI no art. 3º da LC nº 79/1994 foi festejada por prever a possibilidade de utilização de recursos do Funpen em programas de alternativas penais à prisão. Essas estariam de acordo com as diretrizes nacionais e internacionais de prevalência de medidas não privativas de liberdade e da excepcionalidade da prisão. Ocorre que, na primeira oportunidade em que se teve de prestigiar tais medidas, elas foram relegadas.

O MNPCT também aponta a vulnerabilidade de políticas envolvendo questões de gênero e étnico-raciais. No que diz respeito ao gênero, “não houve destinação de nenhuma verba descontingenciada do Funpen para modalidades relativas a gênero, nem a mulheres, nem às pessoas LGBT”¹⁸⁶. Porém, houve a previsão de construção de prisões femininas (11%

¹⁸⁴BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático**: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 59-61

¹⁸⁵BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório Anual** (2017). Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): José de Ribamar de Araújo e Silva, Victor Martins Pimenta, João Vitor Rodrigues Loureiro, Ana Claudia Nery Camuri Nunes, Valdirene Daufemback, Lucio Costa, 2018. p. 135.

¹⁸⁶BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático**: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 64.

do total) e de construção de uma unidade mista, afrontando a legislação e a excepcionalidade da prisão de mulheres¹⁸⁷.

Em relação à questão étnico-racial, não se observou nenhuma política, seja voltada para treinamento de servidores para desagregação de dados, seja para produção de pesquisas que apontem o impacto racial das políticas penais brasileiras¹⁸⁸.

Com base na análise do Funpen, nas normas editadas após o ECI e na forma como se deu o descontingenciamento massivo em 2016, o MNPCT elaborou 48 recomendações destinadas a diversos órgãos públicos: Depen, governos dos Estados e do Distrito Federal, Câmara dos Deputados e Senado Federal e aos Conselhos Nacionais de Política Criminal e Penitenciária (CNPCT), de Direito Humanos (CNDH), de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT), dos Direitos da Mulher (CNDM), dos Direitos da criança e do Adolescente (CONANDA)¹⁸⁹.

Entre as recomendações, o MNPCT destaca: i - constituição de uma instância participativa colegiada, nos moldes de um conselho gestor, para gerir o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen); ii - alocação de máxima prioridade na utilização das verbas do Funpen para o financiamento de políticas de alternativas penais; iii - Limitação ao máximo para a construção de novos estabelecimentos penais, vedando a edificação de quaisquer estabelecimentos penais com capacidade acima de 500 vagas e de unidades prisionais mistas; iv- interdição de repasse para a aquisição de armamento de fogo, assim como a elaboração de protocolos de uso da força conforme preceitos internacionais; v - previsão de recursos específicos para mulheres e grupos raciais desprivilegiados no sistema penal; vi - transparência quanto à previsão de utilização dos recursos do Funpen de forma detalhada; vii - preferência para aquisição de scanners corporais, portais e detectores de metal em detrimento

¹⁸⁷BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório Anual** (2017). Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): José de Ribamar de Araújo e Silva, Victor Martins Pimenta, João Vitor Rodrigues Loureiro, Ana Claudia Nery Camuri Nunes, Valdirene Daufemback, Lucio Costa, 2018. p. 135-136.

¹⁸⁸BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório Anual** (2017). Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): José de Ribamar de Araújo e Silva, Victor Martins Pimenta, João Vitor Rodrigues Loureiro, Ana Claudia Nery Camuri Nunes, Valdirene Daufemback, Lucio Costa, 2018. p. 135.

¹⁸⁹BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil.** Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 83-91.

da contratação de serviços relativos a bloqueadores de celular; viii - monitoramento da execução do Funpen por diversos órgãos colegiados nacionais¹⁹⁰.

Observe-se que as recomendações do MNPCT passaram a ser de necessária observância pelos Estados e pelo Distrito Federal na aplicação de seus recursos, conforme as Portarias nº 1.221/2017 (art. 5º, parágrafo único) e nº 225/2018 (art. 5º, parágrafo único).

Para o presente trabalho, a recomendação do MNPCT, destinada ao STF, tem especial relevância por recair sobre o julgamento da ADPF 347 MC/DF. Recomenda-se que a Corte, ao analisar a ação, considere “o desvio da finalidade originária da LC nº 79/1994, no que tange à expansão do escopo das modalidades de aplicação dos recursos do Funpen, particularmente a políticas associadas à segurança pública e de cunho notadamente repressivo”¹⁹¹.

O reconhecimento, por parte do MNPCT, do nítido desvirtuamento da decisão do STF demonstra que, embora a Corte tenha atuado no âmbito da política penitenciária, a fim de garantir os princípios constitucionais da humanidade da pena, a solução é mais complexa e passa, possivelmente, por um constante diálogo e pelo arranjo institucional entre os atores que lidam com execução penal¹⁹².

A constatação do desvio da finalidade originária, estabelecida na LC nº 79/1994, é inevitável. Desde a edição da MP 755/2016 até o descontingenciamento massivo de 2016, observe-se uma tendência do emprego das verbas do Funpen na área de segurança pública e em medidas repressivas, o que vai na contramão da decisão da ADPF 347 MC/DF. Ao se reconhecer o ECI no sistema penitenciário brasileiro e se determinar o descontingenciamento dos recursos do Funpen, acendeu-se a esperança de que o dinheiro de um fundo bilionário pudesse mitigar as mazelas das prisões brasileiras.

Mas sob pretexto de operacionalizar a determinação de descontingenciamento, os atos posteriores, normativos ou práticos, revelaram intuito diverso. As possibilidades de operar melhorias no sistema penitenciário foram esvaziadas ao se abrir o leque de utilização dos recursos do Funpen na segurança pública, por exemplo.

¹⁹⁰BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório Anual** (2017). Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): José de Ribamar de Araújo e Silva, Victor Martins Pimenta, João Vítor Rodrigues Loureiro, Ana Claudia Nery Camuri Nunes, Valdirene Daufemback, Lucio Costa, 2018. p. 136.

¹⁹¹BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático**: Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017. p. 91.

¹⁹² GOMES FILHO, Dermerval Farias. Dogmática Penal. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 223.

Desse modo, o que era esperança virou desesperança, e essa aumenta na medida em que se vê, como dito, que menos de um terço da verba prevista no orçamento do Funpen foi aplicada em 2018. Acrescente-se: nem todas as verbas repassadas aos Estados foram utilizadas na integralidade e deverão voltar ao FUPEN, caso não se obedeça ao prazo para sua aplicação (art. 10 da Portaria nº 225/2018). Isso constata que existe verba no Fundo que não está sendo repassada aos Estados e que, enquanto isso, o sistema penitenciário continua a viver um Estado de Coisas Inconstitucional.

CONCLUSÃO

Fixou-se, na introdução, que o **objetivo da presente dissertação era** verificar, por meio de uma instância analítica, que a decisão de descontingenciamento de verbas do Funpen na ADPF 347 MC/DF foi desvirtuada, impactando no ordenamento jurídico e no ciclo da política pública penitenciária.

No capítulo 1, constatou-se, com base na análise histórica, que desde o período colonial, as prisões ostentavam instalações precárias, e as penas eram discriminatórias nos aspectos social, racial e de gênero. As demandas vindas das prisões eram relegadas a segundo plano, e muitos morriam nas prisões em virtude das más condições, doenças e desnutrição. Não havia fundos específicos destinados à manutenção dos estabelecimentos e ao sustento dos presos que viviam basicamente de caridade.

Ao longo do tempo, as normas penais evoluíram, incorporando ideais iluministas. Pode-se dizer que o ápice da evolução normativa em matéria de execução das penas se deu em 1984, com a aprovação da LEP e da Lei nº 7.209, de reforma penal e processual penal. Ambas, embora suscetíveis a críticas, ainda estão vigentes e apresentam linha de política criminal compatíveis com os direitos fundamentais, notadamente após a releitura da Constituição Federal de 1988 sob o enfoque garantista.

A reforma da parte geral do Código Penal trouxe, pela primeira vez, a previsão de um fundo penitenciário. Entretanto, apenas em 1993, foi proposto o PLP nº 146/1993, tratando da criação do Funpen. Esse PLP emergiu diante da necessidade de uma resposta estatal apta a enfrentar as mazelas do sistema penitenciário brasileiro. Esse não acompanhou a evolução normativa e sofria críticas severas nos meios de comunicação, em virtude de episódios bárbaros, como foi o caso do Carandiru.

Nesse cenário, o Funpen surge como esperança, como promessa de viabilizar, financeiramente, melhorias nas prisões, impulsionando serviços, programas e projetos, sem onerar o contribuinte com novas taxas e impostos; a criação do Funpen já previa a fonte de seus recursos.

Assim, o PLP nº 146/93, sem grandes alterações, foi aprovado e deu origem a LC nº 79/1994, criando o Funpen, o qual surge com a finalidade, sobretudo, de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar atividades de modernização e de aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro.

Observou-se, no estudo, como se operacionalizava o acesso às verbas do Funpen e que grande parte delas não eram utilizadas em razão do contingenciamento e/ou da incapacidade de execução do Estado solicitante dos recursos.

Esclareceu-se que os recursos do Funpen, originariamente, eram repassados para entidades públicas e privadas, por meio de transferência voluntária, viabilizada por meio de convênios, contratos de repasse ou outros instrumentos similares.

A questão é complexa, pois para a efetivação de transferências voluntárias, inúmeras exigências devem ser cumpridas, previstas na Instrução Normativa STN nº 01/97. Entre elas, há a impossibilidade de celebração de convênio com entes federativos inadimplentes com o governo federal. Outro fator apontado que inviabilizava o recebimento de recursos do Funpen era a falta ou a deficiência dos projetos apresentados pelas unidades da Federação.

Daí emergiu a necessidade abordar a questão do conflito federativo que gera reflexos no sistema penitenciário. A verba é federal, e para ser repassada aos Estados para construir seus presídios, eles devem obedecer aos padrões exigidos por órgão federal, o Depen. Se, por um lado, o Depen alega haver falta de projetos ou não atendimento dos padrões estipulados, por outro, os Estados reclamam do excesso de exigências e do rigor excessivo para aprovação dos projetos e a consequente liberação dos valores. Estabelece-se, assim, o “jogo de empurra” que é um entrave na consecução de políticas públicas.

Dentro da lógica de modelo ideal de cooperação e comprometimento mútuo caberia ao Depen incentivar, capacitar e prestar auxílio para que os Estados apresentassem projetos nos moldes exigidos, ao passo que caberia aos Estados uma postura proativa e comprometida com as suas questões prisionais. Entretanto, isso não ocorreu e, mesmo havendo verba no Funpen, os Estados não conseguiam ter acesso, ocasionando os contingenciamentos reiterados.

Desse modo, a LC nº 79/1994, regulamentada pelo Decreto nº 1.093/94, não conseguiu cumprir suas finalidades originárias, contidas no art. 3º, de viabilizar melhorias no sistema penitenciário propriamente dito, ou seja, na qualidade das prisões, dos serviços penitenciários, do atendimento aos presos, às suas famílias e às suas vítimas.

O capítulo 2 constatou a falência do sistema penitenciário brasileiro ao trazer os dados de sua realidade que desencadearam a propositura da ADPF 347/DF. Os dados do Infopen – dezembro de 2014 refletiram a tendência de aumento das taxas de encarceramento, com o perfil dos presos que apontava uma maioria de jovens, com uma sobrerrepresentação de

negros e com precário acesso à educação. Isso reforça que o perfil histórico de discriminação racial e social é refletido nas penitenciárias ainda nos dias atuais.

Os dados numéricos do sistema Infopen – junho 2016 confirmam a tendência de aumento da população prisional e apresentam grande déficit de vagas, com uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país. Ademais, são reveladas as assimetrias regionais, mostrando-se enorme desproporção entre os dados relativos às unidades federativas, o que demonstra a dificuldade de implementar uma política mais isonômica no país.

Chamou-se também a atenção para o que está por detrás dos números levantados. Esses, quando analisados isolada e apressadamente, podem sugerir a implementação de uma política penitenciária exitosa, mas na prática, revelam ser um sinalizador de que as instituições deste Estado não estão conseguindo desempenhar suas funções a contento. É necessária a análise conjunta de dados e a observância do contexto social em que eles estão inseridos. O país é continental, e cada unidade federativa possui peculiaridades e problemas diversos, que são refletidos nas prisões locais.

Diante dos dados Infopen – dezembro de 2014, que revelavam o quadro de superlotação nas prisões brasileiras, cenários da violação massiva e persistente dos direitos fundamentais dos presos, foi proposta a ADPF 347/DF, fruto de litígio estratégico, postulando o reconhecimento do ECI no sistema penitenciário brasileiro. O STF identificou que estavam presentes todos os pressupostos para o reconhecimento desse ECI, quais sejam: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação. A superação das transgressões exigiria a atuação não apenas de um órgão, mas sim, de uma pluralidade de autoridades.

Ao reconhecer o ECI, o STF se viu como atuante dentro do ciclo das políticas públicas, como participante da formulação, da implementação e da avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Observou-se sua postura atuante, sobretudo, ao definir que a política penitenciária deve entrar como prioridade na agenda das políticas públicas a serem implementadas. Mas o STF se impôs meta mais audaciosa, qual seja, retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas.

A liminar que reconheceu o ECI deferiu o pedido de liberação das verbas do Funpen e de abstenção de novos contingenciamentos. Essa medida ganhou especial relevo por ser vista

novamente como forma de viabilização orçamentária de implementação de melhorias no sistema penitenciário. A ordem do STF foi expressa, determinando que a verba descontingenciada fosse destinada às finalidades originárias do Funpen.

São passíveis de críticas as evidentes fragilidades argumentativas no voto do relator que parece ignorar as dificuldades de uma execução orçamentária, bem como passa a falsa impressão de que o deferimento do pedido cautelar de descontingenciamento e de abstenção de novos contingenciamentos seria medida suficiente para fazer o dinheiro sair do Fundo e transmutar-se em melhorias nas prisões.

Com isso, foi possível constatar que a ADPF 347 MC/DF tinha potencial impacto político, mas se mostrou simplista, restrita – direciona às verbas a serem descontingenciadas ao uso das finalidades originárias da LC nº 79/94 – e alheia à realidade da dinâmica da execução orçamentária das verbas de fundos.

Em contrapartida, pouco tempo depois, sobreveio a decisão do STF no RE 641.320/RS, a qual não tem, no que diz respeito ao Funpen, o mesmo potencial de impacto na agenda política, mas é mais sofisticada na argumentação e nas técnicas empregadas. Além disso, mostrou-se mais abrangente, na medida em que tece novas possibilidades e detalhamentos acerca da utilização das verbas do Funpen.

No capítulo 3, constatou-se que, de fato, a decisão liminar a ADPF 347 MC/DF tinha força suficiente para fazer com que ECI do sistema penitenciário brasileiro ingressasse na agenda política. Com efeito, o Executivo se viu compelido a agir diante da determinação de liberação do saldo acumulado do Funpen para utilização em suas finalidades originárias e de abstenção de novos contingenciamentos.

Desse modo, sob a alegação de dar efetividade à decisão da ADPF 347 MC/DF, foram editadas a MPV 755/2016, regulamentada pela Portaria nº 1.414/2016 e a MPV 781/2017, convertida na Lei nº 13.500/2017, regulamentada pelas Portarias nº 1.221/2017 e nº 225/2018. Com isso, pode-se dizer que o primeiro grande impacto da decisão ocorreu no plano normativo, pois as normas advindas após a decisão do reconhecimento do ECI no sistema penitenciário brasileiro alteraram sobremaneira as normas que disciplinavam até então o Fundo. Em matéria de Funpen, sofreu-se uma mudança de paradigma, pois as finalidades de utilização de seus recursos eram restritas ao uso com o sistema penitenciário propriamente dito. Em contrapartida, as normas advindas após a decisão na ADPF 347 MC/DF atribuíram uma perspectiva estrutural ao sistema prisional, que não se restringe apenas aos

estabelecimentos penais como suportes físicos; diversificaram a possibilidade de utilização dos recursos em outras áreas como a segurança pública. Ademais, vieram com o propósito de desburocratizar o acesso às verbas e evitar a ocorrência de contingenciamentos.

O desvirtuamento finalístico do Funpen está evidenciado nas alterações realizadas no art. 3º da LC nº 79/1994, seja no acréscimo de termos aos incisos vigentes, seja na inclusão de incisos contendo novas modalidades de aplicação das verbas do Fundo.

Entre as novas modalidades, uma é considerada positiva por obedecer aos parâmetros nacionais e internacionais, qual seja, a possibilidade de os recursos do Funpen serem aplicados em programas de alternativas penais à prisão. O intuito é o cumprimento de penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio da viabilização de convênios e acordos de cooperação. Essa medida poderia auxiliar o desencarceramento e o combate à superlotação carcerária.

Em contrapartida, adveio alteração que demonstra o novo viés atribuído à LC nº 79/1994, voltado à segurança pública, ao prever o financiamento e o apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive de inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária. Isso demonstra a expansão do campo de destinação dos recursos do Funpen, uma vez que possibilita sua utilização para atividades eminentemente policiais, em ações voltadas à segurança pública.

O impacto da decisão liminar da ADPF 347 MC/DF, determinando o descontingenciamento das verbas do Funpen, também se deu no campo da política penitenciária, pois em 2016, deu-se o descontingenciamento massivo da ordem R\$1,12 bilhão de reais. Porém, tal descontingenciamento ocorreu de modo uniforme, e todos os Estados receberam a mesma quantia, o que é extremamente reprovável diante das assimetrias regionais já constatadas. Nos anos seguintes, os repasses aos Estados foram realizados em valores variáveis, consertando-se o equívoco de 2016.

No descontingenciamento massivo, observou-se, ainda, um desproporcional prestígio no uso dessas verbas em construção, reforma e ampliação de unidades prisionais em detrimento das demais medidas. Embora não se negue a urgência de se melhorarem as condições físicas das penitenciárias brasileiras, o tamanho do investimento de 70% , destinado a esse fim em 2016, foi desproporcional e reafirma a lógica do encarceramento.

Outro ponto crítico é o aparelhamento dos estabelecimentos penais, notadamente porque grande parte da verba solicitada para essa finalidade se destina à compra de

armamento de fogo e químico, inclusive de aparatos nitidamente repressores, que não condizem com as necessidades de agentes penitenciários. Isso suscita dúvidas se tal armamento não estaria destinado à segurança pública do Estado solicitante. Além disso, houve Estado que solicitou claramente verba para aquisição de viaturas de uso das Polícias Militar e Civil, em um nítido alerta de desvirtuamento dos recursos para uso com segurança pública, sem correlação direta com as finalidades originárias do Funpen.

Também foi constatado, no descontingenciamento massivo, um total desprestígio às alternativas penais, ao monitoramento eletrônico, aos programas de educação e trabalho ou de apoio para volta à liberdade. Somente 0,17% do valor solicitado nacionalmente foi destinado a essas medidas. Importante é frisar que o uso de recursos do Funpen em programas de alternativas penais à prisão foi considerado um dos poucos pontos positivos advindos da legislação após a decisão da ADPF 347 MC/DF. Chama atenção que nenhuma verba tenha sido destinada à melhoria das questões de gênero, mulheres e pessoas LGBT, tampouco em relação à questão étnico-racial. Tudo reforça o padrão histórico já mencionado de discriminação de mulheres e negros.

Outra constatação preocupante é que, em 2018, menos de um terço da verba prevista no orçamento do Funpen foi executada. As verbas repassadas aos Estados nem sempre foram utilizadas integralmente e deverão voltar ao Funpen, caso não seja obedecido o prazo para a sua aplicação. Assim, observa-se que, de certo modo, continua havendo verba para ser utilizada no sistema penitenciário que não se reverte efetivamente em seu benefício, dificultando a superação do ECI.

Diante das constatações ocorridas no decorrer da pesquisa, é possível concluir que houve um nítido descompasso entre a decisão de descontingenciamento de verbas do Funpen e MPV 755/2016 e a MPV 781/2017, convertida na Lei nº 13.500/2017. Mudou-se a finalidade originária do uso das verbas do Funpen, e isso não encontra amparo na decisão da Suprema Corte.

Embora o STF tenha assumido uma meta audaciosa, pode-se dizer que, até então, cumpriu em parte seu papel. De fato, a decisão foi apta a retirar as autoridades públicas do estado de letargia e a provocar a formulação de novas políticas públicas em matéria penitenciária. Com isso, aumentou-se a deliberação política sobre a matéria. Entretanto, até o presente momento, a Corte nitidamente não dá conta de monitorar o sucesso da implementação da providência escolhida – descontingenciamento dos recursos do Funpen. Desse modo, não tem como assegurar a efetividade prática dessa solução proposta.

Por fim, como já demonstrado, é inegável o impacto da decisão da ADPF 347 MC/DF tanto no âmbito normativo, quanto no campo da política pública penitenciária. Entretanto a esperança reacendida de viabilização de melhorias no sistema penitenciário brasileiro, advinda com a ordem de descontingenciamento das verbas do Funpen, tem encontrado óbices no mal-uso ou não uso dos recursos.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940. *In*: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. v. 1.

ARIZA, Libardo José. The Economic and social rights of prisoners and constitutional court intervention in the penitentiary system in Colombia. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the global south**. The activist Tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013.

BARROSO. Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v.5, p. 23-50, 2015. Número especial.

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO. Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê digitalizado do PLP 146/1993**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C53C12DEB8B0B697F6E072DFAEBCE994.proposicoesWebExterno1?codteor=1232596&filename=Dossie+-PLP+146/1993. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Portal da Transparência - Funpen**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos/30907?ano=2015>. Acesso em: 1º fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320/RS**. relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. **CPI – sistema carcerário brasileiro: relatório final**. Brasília: Edições Câmara, 2017. p. 159.

BRASIL. Medida Provisória 755, de 19 de dezembro de 2016. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 20 dez. 2016. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-755-16.pdf. Acesso em: 01 jan. 2019.

BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório Anual (2017)**. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): José de Ribamar de Araújo e Silva, Victor Martins Pimenta, João Vitor Rodrigues Loureiro, Ana Claudia Nery Camuri Nunes, Valdirene Daufemback, Lucio Costa, 2018.

BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático:** Funpen e prevenção à tortura – as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Rafael Barreto Souza, 2017.

BRASIL. Ministério da Economia, Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **O que são receitas orçamentárias?** Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/conceitos-sobre-orcamento/o-que-sao-receitas-orcamentarias>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Depen capacita estados candidatos a receber recursos do Funpen.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/depen-capacita-estados-candidatos-a-receber-recursos-do-funpen>. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Fundo Penitenciário Nacional** – Funpen em números. 6ª ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Postulados, princípios e diretrizes para a política de alternativas penais.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Funpen:** origem e finalidade. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/funpen-origem>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** Infopen – dezembro 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** Infopen - Atualização Junho de 2016 / organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa [et. Al.] Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Ministério da Justiça institui Política Nacional de Alternativas Penais.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ministerio-da-justica-institui-politica-nacional-de-alternativas-penais>. Acesso em 25 jan. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Superávit primário.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/superavit>. Acesso em: 28 mai. 2018

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=2&datDiario=02/11/2017&paginaDir eta=00540>. Acesso em 30 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF.** relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 30 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.090 MC/DF**. relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2006, publicado no DOU em: 26/10/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491802>. Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Adotado rito abreviado para julgamento de ações contra MP do fundo penitenciário**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347059>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BITTENCOURT. Sidney. **Manual de Convênios Administrativos**: comentando toda a legislação que trata da matéria, com destaque para a IN STN nº 1/97. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2005.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Temas de direito administrativo**: obrigações do Estado derivada de contratos inválidos. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural. **Revista consultor jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 01 abr. 2017.

CARDOSO, EvorahLusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colômbia**. Sentencia de Unificación - SU-559/1997. Magistrado Ponente Eduardo CifuentesMuñoz. Julgado em 06/11/1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU-559-97.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colômbia**. Sentencia T-153/1998. Magistrado Ponente Eduardo CifuentesMuñoz. Julgado em 28/04/1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colômbia**. Sentencia T-388/2013. Magistrada María Vistoria Calle Correa. Julgado em 28/06/2013. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

COUTINHO. Diogo. R. **O direito nas políticas públicas**. Disponível em: http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Processo_Seletivo/Processo_Seletivo_2016/Prova_de_Conteudo/14_05_12_150_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf. Acesso em: 01 abr. 2017.

CRUZ, Flávio. **Comentários à Lei nº 4.320/1964**: Normas Gerais de Direito Financeiro. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CUNHA. Carla Giane Soares da. **Avaliação de Políticas Públicas e Programas Governamentais**: tendências recentes e experiências no Brasil. Trabalho elaborado no curso

The Theory and Operation of a Modern National Economy, George Washington University. Programa Minerva, 2006.

D'ABADIA, Bruno Magalhães. **A problemática das transferências voluntárias**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/transferencias_%20voluntarias%20_%20abadia.pdf. Acesso em: 10 abr. 2018.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoria Constitucional**. México: DoctrinaJuridicaContemporánea – DJC, 2001.

GUASTINI, Riccardo. **Lezioni di teoria costituzionale**. Turim: G. Giappichelli, 2001.

GOMES FILHO, Dermerval Farias. **Dogmática Penal**. Salvador: JusPodivm, 2019.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 36 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

HUAROTO, Beatriz Mayling Ramirez. **El “estado de cosas inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público: una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana**. Tesis (Magistra en Derecho Constitucional) – Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGALHÃES JÚNIOR, José César; TEIXEIRA, Ana Claudia C. (Org.) Fundos Públicos. São Paulo: Instituto, Pólis, 2004. Seminário Fundos Públicos e Políticas Sociais. **Anais**. São Paulo, agosto de 2002.

MAIA NETO, Candido Furtado. **Penitenciariismo en el MERCOSUL: política criminal y penitenciaria del Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

MATTHEWS, Roger. Una propuesta realista de reforma para las prisiones em Latino américa. **Polít. crim.**, Santiago, v. 6, n. 12, p. 296-338. 2011. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000200003&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 01 abr. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 402-423.

MEYRELLES, Hely Lopes. **Finanças Municipais**. São Paulo: RT, 1979.

MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva**: nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

ONU. Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral. Conselho de Direitos Humanos. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil**. Jan de 2016. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/G160141relatorioTorturaVisitaBR2015.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Flávia. **Pena de morte**: a lei que mata. (Aventuras na história: para viajar no tempo). Disponível em: <http://origin.guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/pena-morte-lei-mata-434761.shtml>. Acesso em: 25 set. 2017.

RIPLEY, Randall. Stages of the policy process. *In: Public policy theories, models, and concepts*: an anthology - Daniel C. MacCool University of Utah. New Jersey: Prentice Hall, 1995. p. 157/173.

ROCHA, Alexandre Pereira da. **O Estado e o Direito de Punir**: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal. 01/06/2006 194 f. Mestrado em Ciência Política Instituição de Ensino: Universidade de Brasília, Brasília Biblioteca Depositária: biblioteca central.

RODRIGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law review**, Vol. 89, 2011, pp. 1669-1698.

RUSSEL-WOOD, A.J.R. **Fidalgos e filantropos**. A Santa Casa da misericórdia da Bahia, 1550-1755. Trad. De Sérgio Duarte. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

SILVA, Anderson Moraes de Castro e. Do império à república: considerações sobre a aplicação da pena de prisão na sociedade brasileira. **Epos**. Rio de Janeiro, v.3, n.1, 2012. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2012000100004#_edn9. Acesso em: 25 set. 2017.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **O enfrentamento da questão carcerária no Brasil**: a oportunidade da ação penal como arranjo de política pública para promoção dos direitos humanos. Monografia apresentada no programa de pós-doutoramento em Direito e Democracia, vinculado ao *Ius Gentium Conimbrigae* — Centro de Direitos Humanos, da Universidade de Coimbra. Portugal, 2018.

YOUNG, Jock. **The criminological imagination**. Cambridge: Polity, 2012.

ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 291-331, dez. 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar; coordenadores Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini – São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 188.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: WATANABE e GRINOVER (orgs.). O controle jurisdicional das políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NOTICIÁRIO – Websites

CATÁLOGO DE TESES E DISSERTAÇÕES. **Capes**. Disponível em: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>. Acesso em: 17 ago. 2018.

Corte IDH determina reforma de presídio de pedrinhas. **Conectas direitos humanos**. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/corte-interamericana-determina-que-governo-brasileiro-reforme-prisoas-de-pedrinhas-e-faca-levantamento-sobre-mortes-ocorridas-desde-2015>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário – ADPF 347. **UERJ Direitos**. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario>. Acesso em: 15 mar. 2018.

Joesley Batista, sócio do grupo J&F, gravou presidente dando aval a mesada. Presidente afirma encontro, mas refuta a acusação. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <https://www.pressreader.com/brazil/folha-de-spaulo/20170518/281586650530107>. Acesso em: 30 jan. 2018.

Maior massacre da história dos presídios brasileiros, Carandiru completa 25 anos. **Justificando**: mentes inquietas pensam Direito. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/02/maior-massacre-da-historia-dos-presidios-brasileiros-carandiru-completa-25-anos/>. Acesso em 12 jan. 2018.

Veja a cronologia de fugas, mortes e rebeliões no complexo de Pedrinhas. **G1.com**. Disponível em: <http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/09/veja-cronologia-de-fugas-mortes-e-rebelioes-no-complexo-de-pedrinhas.html>. Acesso em: 11 nov. 2018.

ANEXO A – QUADRO COMPARATIVO MPV 755/2016 X MPV 781/2017

MPV 755/2016	MPV 781/2017
<p>- Art. 1º A <u>Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994</u>, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>“Art. 3º</p> <p>II -manutenção dos serviços e realização de investimentos penitenciários, inclusive em informação e segurança;.....</p> <p>IV - aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento e à segurança dos estabelecimentos penais;</p> <p>VII - elaboração e execução de projetos destinados à reinserção social de presos, internados e egressos, inclusive por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes;.....</p> <p>XVI - programas de alternativas penais à prisão com o intuito do cumprimento de penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio da viabilização de convênios e acordos de cooperação;</p> <p>XVII - políticas de redução da criminalidade; e</p> <p>XVIII - financiamento e apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive de inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária.</p> <p>§ 1º Os recursos do Funpen poderão, ressalvado o disposto no art. 3º-A, ser repassados mediante convênio, acordos ou ajustes que se enquadrem nos objetivos fixados neste artigo.....</p> <p>§ 5º No mínimo, trinta por cento dos recursos do Funpen serão aplicados nos objetivos do inciso I do caput.” (NR)</p> <p>“Art. 3º-A. Fica a União autorizada a repassar os seguintes percentuais da dotação orçamentária do Funpen, a título de transferência obrigatória, aos fundos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, independentemente de convênio ou instrumento congêneres:</p> <p>I - até 31 de dezembro de 2017, até setenta e cinco por cento;</p> <p>II - no exercício de 2018, até quarenta e cinco por cento;</p> <p>III - no exercício de 2019, até vinte e cinco por cento; e</p> <p>IV - nos exercícios subsequentes, até dez por cento.</p> <p>§ 1º Os repasses a que se refere o caput serão aplicados no financiamento de programas para melhoria do sistema penitenciário nacional, no caso dos Estados e do Distrito Federal, e de programas destinados à reinserção social de presos, internados e egressos ou de programas de alternativas penais, no caso dos Municípios e nas atividades previstas no art. 3º.</p> <p>§ 2º Ato do Poder Executivo federal estabelecerá:</p> <p>I - os critério e os parâmetros de repasse de</p>	<p>Art. 1º A Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>"Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, a ser gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional." (NR)</p> <p>"Art. 3º</p> <p>II - manutenção dos serviços e realização de investimentos penitenciários, inclusive em informação e segurança;</p> <p>IV - aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento e à segurança dos estabelecimentos penais;.....</p> <p>VII - elaboração e execução de projetos destinados à reinserção social de presos, internados e egressos, inclusive por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes;</p> <p>XVI - programas de alternativas penais à prisão com o intuito do cumprimento de penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio da viabilização de convênios e acordos de cooperação ;e</p> <p>XVII - políticas de redução da criminalidade;</p> <p>XVIII - financiamento e apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive da inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária; e</p> <p>XIX - construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais e de unidades de execução de medidas socioeducativas de inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.</p> <p>§ 1º Os recursos do Funpen poderão, ressalvado o disposto no art. 3º-A, ser repassados mediante convênio, acordos ou ajustes que se enquadrem nas atividades previstas neste artigo.....</p> <p>§ 5º No mínimo, 30% (trinta por cento) dos recursos do Funpen serão aplicados nas atividades previstas no inciso I do caput.</p> <p>§ 6º É vedado o contingenciamento de recursos do Funpen.” (NR)</p> <p>“Art. 3º-A. A União deverá repassar aos fundos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a título de transferência obrigatória e independentemente de convênio ou instrumento congêneres, os seguintes percentuais da dotação orçamentária do Funpen:</p> <p>I - até 31 de dezembro de 2017, até setenta e cinco por cento;</p> <p>II - no exercício de 2018, até quarenta e cinco por cento;</p>

recursos; e

II - as condições mínimas para a habilitação dos entes federativos nos programas.

§ 3º Aplicação dos recursos de que trata o caput condicionada à:

I - existência de fundo penitenciário, no caso dos Estados e do Distrito Federal, e de fundo específico, no caso dos Municípios;

II - existência de órgão específico responsável pela gestão do fundo de que trata o inciso I;

III - apresentação de planos associados aos programas a que se refere o § 1º, dos quais constarão a contrapartida do ente federativo, segundo critérios e condições definidos, quando exigidos em ato do Ministério da Justiça e Cidadania;

IV - habilitação do ente federativo nos programas instituídos; e

V - aprovação dos relatórios anuais de gestão, que demonstrem o alcance das finalidades previstas nos programas instituídos.

§ 4º A não utilização, até o final do exercício, dos recursos transferidos nos termos do caput obrigará os Estados, o Distrito Federal e os Municípios à devolução do saldo devidamente atualizado, conforme exigido para a quitação de débitos para com a Fazenda Nacional, com base na variação da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao da devolução dos recursos ao Funpen, sem prejuízo de outras ações de fiscalização e prestação de contas a cargo dos órgãos competentes.

§ 5º Para fins de efetivação da devolução dos recursos de que trata o § 4º, a parcela de atualização referente à variação da Selic será calculada proporcionalmente à quantidade de dias compreendida entre a data da liberação da parcela para o beneficiário e a data de efetivo crédito no Funpen.” (NR)

Art. 2º A Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006, passa a vigorar com as seguintes alterações: Vigência

“Art. 2º O total dos recursos arrecadados com a realização do concurso de que trata o art. 1º será exclusivamente a seguinte destinação:

.....
V - 2,1% (dois inteiros e um décimo por cento), para o Fundo Penitenciário Nacional - Funpen, instituído pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994;

.....
VIII - 1% (um por cento), para o orçamento da seguridade social; e

IX - 0,9 (nove décimos por cento) para o Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP, instituído pela Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001.

.....” (NR)

Art. 3º O superávit financeiro das fontes de recursos concernentes ao Fundo Penitenciário Nacional - Funpen, decorrentes de vinculação legal existentes no Tesouro Nacional em 31 de dezembro de 2016, poderá ser destinado, até o limite de trinta por cento de seu total, ao Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP.

III - no exercício de 2019, até vinte e cinco por cento; e

IV - nos exercícios subsequentes, quarenta por cento.
 § 1º Os repasses a que se refere o caput serão aplicados no financiamento de programas para melhoria do sistema penitenciário nacional, no caso dos Estados e do Distrito Federal, e de programas destinados à reinserção social de presos, internados e egressos ou de programas de alternativas penais, no caso dos Municípios e nas atividades previstas no art. 3º.

§ 2º O repasse previsto no caput fica condicionado, em cada ente federativo, à:

I - existência de fundo penitenciário, no caso dos Estados e do Distrito Federal, e de fundo específico, no caso dos Municípios;

II - existência de órgão específico responsável pela gestão do fundo de que trata o inciso I;

III - apresentação de planos associados aos programas a que se refere o § 1º, dos quais constarão a contrapartida do ente federativo, segundo critérios e condições definidos, quando exigidos em ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública;

IV - habilitação do ente federativo nos programas instituídos; e

V - aprovação de relatório anual de gestão, o qual conterá dados sobre a quantidade de presos, com classificação por gênero, etnia, faixa etária, escolaridade, exercício de atividade de trabalho, estabelecimento penal, motivo, regime e duração da prisão.

§ 3º A não utilização dos recursos transferidos, nos prazos definidos em ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, obrigará o ente federativo à devolução do saldo remanescente devidamente atualizado.

§ 4º Ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública poderá dispor sobre a prorrogação do prazo a que se refere o § 3º.

§ 5º Os recursos financeiros transferidos, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em conta bancária conforme previsto em ato normativo do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública.

§ 6º Os repasses serão partilhados conforme as regras dos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE e dos Fundos de Participação dos Municípios - FPM.” (NR)

“Art. 3º-B. Fica autorizada a transferência de recursos do Funpen à organização da sociedade civil que administre estabelecimento penal destinado a receber condenados a pena privativa de liberdade, observadas as vedações estabelecidas na legislação correlata e desde que atenda aos seguintes requisitos: I - apresentação de projeto aprovado pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Contas da unidade federativa em que desenvolverá suas atividades;

II - existência de cadastro no Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública e no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse do Governo Federal - Siconv;

III - habilitação junto ao órgão competente da unidade federativa em que desenvolverá suas atividades, após aprovação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que atestará o cumprimento dos requisitos para recebimento de

<p>Art. 4º A <u>Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007</u>, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>“<u>Art. 2º</u> A cooperação federativa de que trata o art. 1º, para fins desta Lei, compreende operações conjuntas, transferências de recursos e desenvolvimento de atividades de capacitação e qualificação de profissionais, no âmbito da Secretaria Nacional de Segurança Pública.” (NR)</p> <p>“<u>Art. 3º</u></p> <p><u>VIII</u> - as atividades de inteligência de segurança pública; e</p> <p><u>IX</u> - as atividades de coordenação de ações e operações integradas de segurança pública.</p> <p>§ 1º A cooperação federativa no âmbito da Secretaria Extraordinária de Segurança para Grandes Eventos apenas ocorrerá para fins do cumprimento ao disposto no inciso VII deste artigo.</p> <p>§ 2º As atividades de apoio administrativo, imprescindíveis à atuação da Força Nacional de Segurança Pública, somente poderão ser realizadas pelo mesmo colaborador por um período máximo de dois anos.” (NR)</p> <p>“<u>Art. 5º</u></p> <p>§ 1º As atividades previstas no caput, excepcionalmente, poderão ser desempenhadas em caráter voluntário por:</p> <p>I - militares e policiais da União, dos Estados e do Distrito Federal que tenham passado para a inatividade há menos de cinco anos, inclusive os militares da União que tenham prestado serviços em caráter temporário; e</p> <p>II - servidores civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aposentados há menos de cinco anos, para fins de atividades de apoio administrativo à Força Nacional de Segurança Pública.</p> <p>§ 2º O disposto no § 1º aplica-se desde que a condição de inatividade não tenha se dado em razão de doença, acidente, invalidez, incapacidade, idade-limite, aposentadoria compulsória, licenciamento a bem da disciplina, condenação judicial transitada em julgado ou expulsão.</p> <p>§ 3º Aos militares, policiais e servidores de que trata o § 1º aplica-se o regime disciplinar a que estavam submetidos anteriormente à inatividade.</p> <p>§ 4º No caso dos militares da União que tenham prestado serviços em caráter temporário, a aplicação de penalidades disciplinares em decorrência do disposto no § 3º caberá às autoridades competentes no âmbito do Ministério da Justiça e Cidadania, nos termos do regulamento.</p> <p>§ 5º O disposto nos art. 6º e art. 7º desta Lei e nos incisos I e II do caput do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, aplica-se aos militares e policiais de que trata o inciso I do § 1º.” (NR)</p> <p>Art. 5º Esta Medida Provisória entra em vigor:</p> <p>I - em 1º de janeiro de 2017, quanto ao disposto no art. 2º; e</p> <p>II - na data de sua publicação, quanto aos demais dispositivos.</p>	<p>recursos;</p> <p>IV - apresentação ao Ministério da Justiça e Segurança Pública de relatório anual de gestão, de reincidência criminal e outras informações solicitadas; e</p> <p>V - prestação de contas ao Tribunal de Contas da unidade federativa em que desenvolverá suas atividades.” (NR)</p> <p>“<u>Art. 3º-C.</u> A administração pública federal poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que o percentual mínimo de sua mão de obra seja oriunda ou egressa do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.” (NR)</p> <p>“<u>Art. 3º-D.</u> Considera-se situação de emergência, para fins de caracterização do disposto no inciso IV do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento dos estabelecimentos penais, desde que possam ser concluídos até 31 de dezembro de 2018, vedada a prorrogação de contrato.” (NR)</p> <p>Art. 2º A <u>Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007</u>, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>“<u>Art. 2º</u> A cooperação federativa de que trata o art. 1º, para os fins desta Lei, compreende operações conjuntas, transferências de recursos e desenvolvimento de atividades de capacitação e qualificação de profissionais, no âmbito da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Segurança Pública.” (NR)</p> <p>“<u>Art. 3º</u></p> <p><u>VIII</u> - as atividades de inteligência de segurança pública; e</p> <p><u>IX</u> - a coordenação de ações e operações integradas de segurança pública.</p> <p>§ 1º A cooperação federativa no âmbito da Secretaria Extraordinária de Segurança para Grandes Eventos do Ministério da Justiça e Segurança Pública apenas ocorrerá para fins do cumprimento ao disposto no inciso VII do caput.</p> <p>§ 2º As atividades de apoio administrativo imprescindíveis à atuação da Força Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Segurança Pública somente poderão ser realizadas pelo mesmo colaborador pelo período máximo de dois anos.” (NR)</p> <p>“<u>Art. 5º</u></p> <p>§ 1º As atividades previstas no caput, excepcionalmente, poderão ser desempenhadas em caráter voluntário por:</p> <p>I - militares e policiais da União, dos Estados e do Distrito Federal que tenham passado para a inatividade há menos de cinco anos, inclusive os militares temporários da União que tenham sido admitidos e incorporados por prazo limitado para integrar quadros auxiliares ou complementares de oficiais ou praças; e</p> <p>II - servidores civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aposentados há menos de cinco anos, para fins de atividades de apoio administrativo à Força Nacional de Segurança Pública.</p> <p>§ 2º O disposto no § 1º se aplica nas hipóteses em que a condição de inatividade não tenha ocorrido em razão de doença, acidente, invalidez, incapacidade, idade-limite, aposentadoria compulsória,</p>
---	---

	<p>licenciamento ou exclusão a bem da disciplina, condenação judicial transitada em julgado ou expulsão.</p> <p>§ 3º Aos militares, policiais e servidores de que trata o § 1º aplica-se o regime disciplinar a que estavam submetidos anteriormente à inatividade.</p> <p>§ 4º No caso dos militares temporários da União a que se refere o inciso I do § 1º, a aplicação de penalidades disciplinares em decorrência do disposto no § 3º caberá às autoridades competentes no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, nos termos do regulamento.</p> <p>§ 5º Os militares da União que tenham passado para a inatividade há menos de cinco anos, inclusive temporários que tenham sido admitidos e incorporados por prazo limitado para integrar quadros auxiliares ou complementares de oficiais ou praças, poderão, a critério dos entes federativos, desempenhar serviço de segurança pública nas corporações militares estaduais.</p> <p>§ 6º O disposto nos art. 6º e art. 7º desta Lei e nos incisos I e II do caput do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, aplica-se aos militares e policiais de que trata o inciso I do § 1º.</p> <p>§ 7º O disposto no inciso II do caput do art. 6º da Lei nº 10.826, de 2003, aplica-se aos militares da reserva remunerada dos Estados e do Distrito Federal que exerçam cargo ou função em Gabinete Militar, Casa Militar, Gabinete de Segurança Institucional ou órgão equivalente dos governos dos Estados e do Distrito Federal.” (NR)</p> <p>Art. 3º Ficam revogados:</p> <p>I - os seguintes dispositivos da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994:</p> <p>a) o inciso VII do caput do art. 2º; e</p> <p>b) o § 2º do art. 3º; e</p> <p>II - a Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016.</p> <p>Art. 4º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.</p>
--	--

ANEXO B – QUADRO COMPARATIVO MPV 781/2017 X MPV 13.500/2017

MPV 781/2017	Lei 13.500/2017
<p>Art. 1º A Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>"Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, a ser gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional." (NR)</p> <p>"Art. 3º.....</p> <p>II - manutenção dos serviços e realização de investimentos penitenciários, inclusive em informação e segurança;.....</p> <p>IV - aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento e à segurança dos estabelecimentos penais;.....</p> <p>VII - elaboração e execução de projetos destinados à reinserção social de presos, internados e egressos, inclusive por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes;.....</p> <p>XVI - programas de alternativas penais à prisão com o intuito do cumprimento de penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio da viabilização de convênios e acordos de cooperação; e</p> <p>XVII - políticas de redução da criminalidade;</p> <p>XVIII - financiamento e apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive da inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária; e</p> <p>XIX - construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais e de unidades de execução de medidas socioeducativas de inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.</p> <p>§ 1º Os recursos do Funpen poderão, ressalvado o disposto no art. 3º-A, ser repassados mediante convênio, acordos ou ajustes que se enquadrem nas atividades previstas neste artigo.....</p> <p>§ 5º No mínimo, 30% (trinta por cento) dos recursos do Funpen serão aplicados nas atividades previstas no inciso I do caput.</p> <p>§ 6º É vedado o contingenciamento de recursos do Funpen." (NR)</p> <p>"Art. 3º-A. A União deverá repassar aos fundos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a título de transferência obrigatória e independentemente de convênio ou instrumento congênere, os seguintes percentuais da dotação orçamentária do Funpen:</p> <p>I - até 31 de dezembro de 2017, até setenta e cinco por cento;</p> <p>II - no exercício de 2018, até quarenta e cinco por cento;</p> <p>III - no exercício de 2019, até vinte e cinco por</p>	<p>Art. 1º A Lei Complementar no 79, de 7 de janeiro de 1994, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>"Art.1º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), a ser gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional." (NR)</p> <p>"Art. 3º</p> <p>II - manutenção dos serviços e realização de investimentos penitenciários, inclusive em informação e segurança;.....</p> <p>IV - aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento e à segurança dos estabelecimentos penais;.....</p> <p>VII - elaboração e execução de projetos destinados à reinserção social de presos, internados e egressos, inclusive por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes;.....</p> <p>XVI - programas de alternativas penais à prisão com o intuito do cumprimento de penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio da viabilização de convênios e acordos de cooperação; e</p> <p>XVII - financiamento e apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive da inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária.</p> <p>§ 1º Os recursos do Funpen poderão, ressalvado o disposto no art. 3º-A desta Lei, ser repassados mediante convênio, acordos ou ajustes que se enquadrem nas atividades previstas neste artigo.</p> <p>§ 2º(Revogado).....</p> <p>§ 5º No mínimo, 30% (trinta por cento) dos recursos do Funpen serão aplicados nas atividades previstas no inciso I do caput deste artigo.</p> <p>§ 6º É vedado o contingenciamento de recursos do Funpen.</p> <p>§ 7º A União deverá aplicar preferencialmente os recursos de que trata o § 5o deste artigo em estabelecimentos penais federais de âmbito regional." (NR)</p> <p>"Art. 3º-A A União deverá repassar aos fundos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a título de transferência obrigatória e independentemente de convênio ou instrumento congênere, os seguintes percentuais da dotação orçamentária do Funpen:</p> <p>I - até 31 de dezembro de 2017, até 75% (setenta e cinco por cento);</p> <p>II - no exercício de 2018, até 45% (quarenta e cinco por cento);</p> <p>III - no exercício de 2019, até 25% (vinte e cinco por cento); e</p>

<p>cento; e</p> <p>IV - nos exercícios subsequentes, quarenta por cento.</p> <p>§ 1º Os repasses a que se refere o caput serão aplicados no financiamento de programas para melhoria do sistema penitenciário nacional, no caso dos Estados e do Distrito Federal, e de programas destinados à reinserção social de presos, internados e egressos ou de programas de alternativas penais, no caso dos Municípios e nas atividades previstas no art. 3º.</p> <p>§ 2º O repasse previsto no caput fica condicionado, em cada ente federativo, à:</p> <p>I - existência de fundo penitenciário, no caso dos Estados e do Distrito Federal, e de fundo específico, no caso dos Municípios;</p> <p>II - existência de órgão específico responsável pela gestão do fundo de que trata o inciso I;</p> <p>III - apresentação de planos associados aos programas a que se refere o § 1º, dos quais constarão a contrapartida do ente federativo, segundo critérios e condições definidos, quando exigidos em ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública;</p> <p>IV - habilitação do ente federativo nos programas instituídos; e</p> <p>V - aprovação de relatório anual de gestão, o qual conterá dados sobre a quantidade de presos, com classificação por gênero, etnia, faixa etária, escolaridade, exercício de atividade de trabalho, estabelecimento penal, motivo, regime e duração da prisão.</p> <p>§ 3º A não utilização dos recursos transferidos, nos prazos definidos em ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, obrigará o ente federativo à devolução do saldo remanescente devidamente atualizado.</p> <p>§ 4º Ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública poderá dispor sobre a prorrogação do prazo a que se refere o § 3º.</p> <p>§ 5º Os recursos financeiros transferidos, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em conta bancária conforme previsto em ato normativo do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública.</p> <p>§ 6º Os repasses serão partilhados conforme as regras dos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE e dos Fundos de Participação dos Municípios - FPM.” (NR)</p> <p>“Art. 3º-B. Fica autorizada a transferência de recursos do Funpen à organização da sociedade civil que administre estabelecimento penal destinado a receber condenados a pena privativa de liberdade, observadas as vedações estabelecidas na legislação correlata e desde que atenda aos seguintes requisitos:</p> <p>I - apresentação de projeto aprovado pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Contas da unidade federativa em que desenvolverá suas atividades;</p> <p>II - existência de cadastro no Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública e no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse do Governo Federal - Siconv;</p> <p>III - habilitação junto ao órgão competente da unidade federativa em que desenvolverá suas</p>	<p>IV - nos exercícios subsequentes, 40% (quarenta por cento).</p> <p>§ 1º Os percentuais a que se referem os incisos I, II, III e IV do caput deste artigo serão auferidos excluindo as despesas de custeio e de investimento do Depen.</p> <p>§ 2º Os repasses a que se refere o caput deste artigo serão aplicados nas atividades previstas no art. 3º desta Lei, no financiamento de programas para melhoria do sistema penitenciário nacional, no caso dos Estados e do Distrito Federal, e no financiamento de programas destinados à reinserção social de presos, internados e egressos, ou de programas de alternativas penais, no caso dos Municípios.</p> <p>§ 3º O repasse previsto no caput deste artigo fica condicionado, em cada ente federativo, à:</p> <p>I - existência de fundo penitenciário, no caso dos Estados e do Distrito Federal, e de fundo específico, no caso dos Municípios;</p> <p>II - existência de órgão ou de entidade específica responsável pela gestão do fundo de que trata o inciso I deste parágrafo;</p> <p>III - apresentação de planos associados aos programas a que se refere o § 2º deste artigo, dos quais constarão a contrapartida do ente federativo, segundo critérios e condições definidos, quando exigidos em ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública;</p> <p>IV - habilitação do ente federativo nos programas instituídos;</p> <p>V - aprovação de relatório anual de gestão, o qual conterá dados sobre a quantidade de presos, com classificação por sexo, etnia, faixa etária, escolaridade, exercício de atividade de trabalho, estabelecimento penal, motivo, regime e duração da prisão, entre outros a serem definidos em regulamento; e</p> <p>VI - existência de conselhos estadual ou distrital penitenciários, de segurança pública, ou congêneres, para apoio ao controle e à fiscalização da aplicação dos recursos do fundo de que trata o inciso I deste parágrafo, no caso dos Estados e do Distrito Federal.</p> <p>§ 4º A não utilização dos recursos transferidos, nos prazos definidos em ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, obrigará o ente federativo à devolução do saldo remanescente devidamente atualizado.</p> <p>§ 5º Ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública poderá dispor sobre a prorrogação do prazo a que se refere o § 4º deste artigo.</p> <p>§ 6º Os recursos financeiros transferidos, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em conta bancária em instituição financeira oficial, conforme previsto em ato normativo do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública.</p> <p>§ 7º Os repasses serão partilhados conforme as seguintes regras:</p> <p>I - 90% (noventa por cento) dos recursos serão destinados aos fundos penitenciários dos Estados e do Distrito Federal, desta forma:</p> <p>a) 30% (trinta por cento) distribuídos conforme as regras do Fundo de Participação dos Estados;</p> <p>b) 30% (trinta por cento) distribuídos</p>
---	--

<p>atividades, após aprovação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que atestarão o cumprimento dos requisitos para recebimento de recursos;</p> <p>IV - apresentação ao Ministério da Justiça e Segurança Pública de relatório anual de gestão, de reincidência criminal e outras informações solicitadas; e</p> <p>V - prestação de contas ao Tribunal de Contas da unidade federativa em que desenvolverá suas atividades.” (NR)</p> <p>“Art. 3º-C. A administração pública federal poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que o percentual mínimo de sua mão de obra seja oriunda ou egressa do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.” (NR)</p> <p>“Art. 3º-D. Considera-se situação de emergência, para fins de caracterização do disposto no inciso IV do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento dos estabelecimentos penais, desde que possam ser concluídos até 31 de dezembro de 2018, vedada a prorrogação de contrato.” (NR)</p> <p>Art. 2º A Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>“Art. 2º A cooperação federativa de que trata o art. 1º, para os fins desta Lei, compreende operações conjuntas, transferências de recursos e desenvolvimento de atividades de capacitação e qualificação de profissionais, no âmbito da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Segurança Pública.” (NR)</p> <p>“Art. 3º</p> <p>VIII - as atividades de inteligência de segurança pública; e</p> <p>IX - a coordenação de ações e operações integradas de segurança pública.</p> <p>§ 1º A cooperação federativa no âmbito da Secretaria Extraordinária de Segurança para Grandes Eventos do Ministério da Justiça e Segurança Pública apenas ocorrerá para fins do cumprimento ao disposto no inciso VII do caput.</p> <p>§ 2º As atividades de apoio administrativo imprescindíveis à atuação da Força Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Segurança Pública somente poderão ser realizadas pelo mesmo colaborador pelo período máximo de dois anos.” (NR)</p> <p>“Art. 5º</p> <p>§ 1º As atividades previstas no caput, excepcionalmente, poderão ser desempenhadas em caráter voluntário por:</p> <p>I - militares e policiais da União, dos Estados e do Distrito Federal que tenham passado para a inatividade há menos de cinco anos, inclusive os militares temporários da União que tenham sido admitidos e incorporados por prazo limitado para integrar quadros auxiliares ou complementares de oficiais ou praças; e</p> <p>II - servidores civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aposentados há menos de cinco anos, para fins de atividades de apoio administrativo à Força Nacional de Segurança Pública.</p>	<p>proporcionalmente à respectiva população carcerária; e</p> <p>c) 30% (trinta por cento) distribuídos de forma igualitária;</p> <p>II - 10% (dez por cento) dos recursos serão destinados aos fundos específicos dos Municípios onde se encontrem estabelecimentos penais em sua área geográfica, distribuídos de forma igualitária.</p> <p>§ 8º A população carcerária de cada ente federativo previsto no § 7º deste artigo será apurada anualmente pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública.”</p> <p>“Art. 3º-B Fica autorizada a transferência de recursos do Funpen à organização da sociedade civil que administre estabelecimento penal destinado a receber condenados a pena privativa de liberdade, observadas as vedações estabelecidas na legislação correlata, e desde que atenda aos seguintes requisitos:</p> <p>I - apresentação de projeto aprovado pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Contas da unidade federativa em que desenvolverá suas atividades;</p> <p>II - existência de cadastro no Depen e no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (Siconv) do governo federal;</p> <p>III - habilitação no órgão competente da unidade federativa em que desenvolverá suas atividades, após aprovação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que atestará o cumprimento dos requisitos para recebimento de recursos;</p> <p>IV - apresentação ao Ministério da Justiça e Segurança Pública de relatório anual de gestão, de reincidência criminal e de outras informações solicitadas; e</p> <p>V - prestação de contas ao Tribunal de Contas da unidade federativa em que desenvolverá suas atividades.”</p> <p>Art. 2º A Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>“Art. 2º A cooperação federativa de que trata o art. 1º, para os fins desta Lei, compreende operações conjuntas, transferências de recursos e desenvolvimento de atividades de capacitação e qualificação de profissionais, no âmbito da Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp).” (NR)</p> <p>“Art. 3º</p> <p>VI - o registro e a investigação de ocorrências policiais;.....</p> <p>VIII - as atividades de inteligência de segurança pública;</p> <p>IX - a coordenação de ações e operações integradas de segurança pública; e</p> <p>X - o apoio administrativo às atividades e serviços referidos nos incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX deste artigo.</p> <p>Parágrafo único. (Revogado).” (NR)</p> <p>“Art. 5º As atividades de cooperação federativa, no âmbito da Senasp serão desempenhadas por militares dos Estados e do Distrito Federal e por servidores das atividades-fim dos órgãos de segurança pública e dos órgãos de perícia criminal dos entes federados que celebrarem convênio, na forma do art. 1º desta Lei.</p> <p>§ 1º Se forem insuficientes os convênios firmados</p>
---	---

§ 2º O disposto no § 1º se aplica nas hipóteses em que a condição de inatividade não tenha ocorrido em razão de doença, acidente, invalidez, incapacidade, idade-limite, aposentadoria compulsória, licenciamento ou exclusão a bem da disciplina, condenação judicial transitada em julgado ou expulsão.

§ 3º Aos militares, policiais e servidores de que trata o § 1º aplica-se o regime disciplinar a que estavam submetidos anteriormente à inatividade.

§ 4º No caso dos militares temporários da União a que se refere o inciso I do § 1º, a aplicação de penalidades disciplinares em decorrência do disposto no § 3º caberá às autoridades competentes no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, nos termos do regulamento.

§ 5º Os militares da União que tenham passado para a inatividade há menos de cinco anos, inclusive temporários que tenham sido admitidos e incorporados por prazo limitado para integrar quadros auxiliares ou complementares de oficiais ou praças, poderão, a critério dos entes federativos, desempenhar serviço de segurança pública nas corporações militares estaduais.

§ 6º O disposto nos art. 6º e art. 7º desta Lei e nos incisos I e II do caput do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, aplica-se aos militares e policiais de que trata o inciso I do § 1º.

§ 7º O disposto no inciso II do caput do art. 6º da Lei nº 10.826, de 2003, aplica-se aos militares da reserva remunerada dos Estados e do Distrito Federal que exerçam cargo ou função em Gabinete Militar, Casa Militar, Gabinete de Segurança Institucional ou órgão equivalente dos governos dos Estados e do Distrito Federal.” (NR)

Art. 3º Ficam revogados:

I - os seguintes dispositivos da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994:

a) o inciso VII do caput do art. 2º; e

b) o § 2º do art. 3º; e

II - a Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016.

Art. 4º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

entre a União e os entes federados para suprir a previsão do efetivo da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), e em face da necessidade de excepcional interesse público, as atividades previstas no caput deste artigo poderão ser desempenhadas em caráter voluntário:

I - por militares e por servidores das atividades-fim dos órgãos de segurança pública e dos órgãos de perícia criminal da União, dos Estados e do Distrito Federal que tenham passado para a inatividade há menos de cinco anos;

II - por reservistas que tenham servido como militares temporários das Forças Armadas e passado para a reserva há menos de cinco anos, nos termos de convênio celebrado entre o Ministério da Defesa e o Ministério da Justiça e Segurança Pública.

§ 2º (VETADO):

§ 3º Os militares, os servidores e os reservistas de que trata o § 1º deste artigo serão mobilizados na FNSP, no mesmo posto, graduação ou cargo que exerciam nas respectivas instituições quando estavam no serviço ativo.

§ 4º O disposto no § 1º deste artigo aplica-se às hipóteses em que a condição de inatividade não tenha ocorrido em razão de doença, acidente, invalidez, incapacidade, idade-limite, aposentadoria compulsória, licenciamento ou exclusão a bem da disciplina, condenação judicial transitada em julgado ou expulsão.

§ 5º Aos militares, aos servidores e aos reservistas de que trata o § 1º deste artigo aplica-se o regime disciplinar a que estão submetidos nas respectivas instituições de origem.

§ 6º O disposto nos arts. 6º e 7º desta Lei aplica-se aos militares, aos servidores e aos reservistas de que trata o § 1º deste artigo.

§ 7º Anualmente, será realizada a previsão do efetivo da FNSP pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, com prioridade para a convocação, na seguinte ordem:

I - dos militares e dos servidores referidos no caput deste artigo;

II - dos militares, dos servidores e dos reservistas referidos no § 1º deste artigo que já possuírem o curso de formação da FNSP na data de publicação desta Lei.

§ 8º A convocação dos voluntários dar-se-á por processo seletivo cujos critérios serão definidos em regulamento.

§ 9º Os militares e os servidores referidos no caput e no § 1º deste artigo, mobilizados para a Senasp, inclusive para a FNSP, poderão nela permanecer pelo prazo máximo de dois anos, prorrogável por ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, mediante anuência específica do respectivo ente federado conveniente.

§ 10. A permanência, até o dia 31 de janeiro de 2020, dos reservistas referidos no inciso II do § 1º deste artigo que, na data da publicação desta Lei, estiverem mobilizados pela FNSP, está condicionada à previsão orçamentária a que se refere o § 7º deste artigo e sua situação será definida por regulamento do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

§ 11. Os integrantes da Senasp, incluídos os da FNSP, que venham a responder a inquérito

	<p>policial ou a processo judicial em função do seu emprego nas atividades e serviços referidos no art. 3o desta Lei serão representados judicialmente pela Advocacia-Geral da União.</p> <p>§ 12. (VETADO).</p> <p>§ 13. A mobilização para a FNSP dos reservistas a que se refere o inciso II do § 1o deste artigo será restrita àqueles que contarem mais de um ano de serviço militar e menos de nove anos de serviço público e que atenderem às demais condições estabelecidas por esta Lei e pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, considerando, ainda, que a eventual prorrogação de sua permanência na FNSP só será concedida se não implicar estabilidade.</p> <p>§ 14. As despesas com a convocação e com a manutenção dos reservistas a que se refere o inciso II do § 1o deste artigo serão custeadas com dotações orçamentárias do Ministério da Justiça e Segurança Pública, nos termos do convênio estabelecido com o Ministério da Defesa, no período em que integrarem os quadros da Força Nacional de Segurança Pública.</p> <p>§ 15. O disposto no inciso II do caput do art. 6o da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, aplica-se aos militares da reserva remunerada dos Estados e do Distrito Federal que exerçam cargo ou função em Gabinete Militar, em Casa Militar ou em órgão equivalente dos governos dos Estados e do Distrito Federal.” (NR)</p> <p>Art. 3o A Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>“Art. 24. XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.....” (NR)</p> <p>“Art. 26. Parágrafo único. I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;” (NR)</p> <p>“Art. 40. § 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.” (NR)</p> <p>Art. 4o O inciso II do art. 6o da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento), passa a vigorar com a seguinte redação:</p> <p>“Art. 6o II - os integrantes de órgãos referidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput do art. 144 da Constituição Federal e os da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP);” (NR)</p> <p>Art. 5o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.</p>
--	---

	<p>Art. 6º Ficam revogados:</p> <p>I - os seguintes dispositivos da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994:</p> <p>a) inciso VII do caput do art. 2º; e</p> <p>b) § 2º do art. 3º; e</p> <p>II - a Medida Provisória no 755, de 19 de dezembro de 2016.</p>
--	--



Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Mestrado em Direito

**O FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL COMO PROMESSA DE VIABILIDADE
DE MELHORIAS NAS PRISÕES: UMA ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DO ESTADO
DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SEU IMPACTO NO CICLO DA POLÍTICA
PÚBLICA PENITENCIÁRIA BRASILEIRA**

Candidata: Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona
Área de Concentração: Direito e Políticas Públicas
Orientadora: Prof.^a Dra. Patrícia Perrone Campos Mello
Coorientador: Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Brasília
2019