

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX, PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

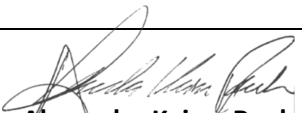

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, na condição de Órgão da Execução Penal e consubstanciado no artigo 134 da Constituição Federal, art. 1º a 4º, da Lei Complementar nº. 80/94 – Lei Orgânica da Defensoria Pública e arts. 61, VIII e 81-A da Lei 7.210/84 – LEP (artigos alterados e acrescidos respectivamente pela Lei 12.313/2010), vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., com fundamento nos arts. 102, I c/c 988, II do CPC, ajuizar

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COM PEDIDO DE LIMINAR

em face da União, pessoa jurídica de direito público interno, ora apontada como autoridade reclamada, pelo **descumprimento do entendimento vinculante firmado na Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, no que tange ao descontingenciamento dos saldos do FUNPEN como medida de superação do estado de coisas inconstitucional em que se constitui o sistema penitenciário nacional**, consoante as razões que passa a expor.

Pede deferimento.

Brasília, 24 de outubro de 2020.

 <p>Alexandre Kaiser Rauber Defensor Público Federal Secretário de Atuação no Sistema Prisional da DPU</p>	 <p>Natan Duek Advogado Voluntário da Secretaria de Atuação no Sistema Prisional OAB/RJ nº 228.181</p>
--	---

Gustavo de Almeida Ribeiro
Defensor Público Federal

1. BREVE SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de reclamação constitucional ajuizada em face de descumprimento, pela União, da decisão proferida pelo Plenário desta Corte nos autos da ADPF nº 347/DF, em setembro de 2015.

Ao julgar a medida cautelar, essa Corte, após reconhecer a “*violação massiva de direitos fundamentais dos presos, (...) considerando o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes de prisões do país*”¹, determinou **“à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos”**.

Naquele momento, um saldo bilionário se acumulava no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) por razões fiscais relacionadas à política macroeconômica. **Após a determinação de descontingenciamento, esse saldo foi de fato liberado. Não obstante, a reclamada União manejou diversos instrumentos legais que provocaram a progressiva diminuição da arrecadação do FUNPEN. Como decorrência, em vez de aumentar o investimento no sistema prisional – efeito a que almejava a determinação de descontingenciamento – a União, por via transversa, DIMINUIU sua contribuição para o financiamento do sistema, o que constitui uma verdadeira burla à autoridade da decisão vinculante proferida por esse Col. Supremo Tribunal Federal.**

Ainda que a dotação orçamentária do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) tenha sido substancialmente aumentada em 2016, nos anos seguintes foi observada relevante diminuição destes recursos, comprometendo o regular funcionamento do

¹ Voto do Min. Marco Aurélio na Medida Cautelar na Argüição De Descumprimento De Preceito fundamental 347- DF.

sistema prisional em todo país. Veja-se a tabela disponibilizada pela Coordenação de Controle e Contabilidade do Departamento Penitenciário Nacional²:

DOTAÇÃO ATUALIZADA	
2015	542.315.608
2016	2.612.572.154
2017	1.688.868.627
2018	911.009.718
2019	912.172.512

Para o ano de 2020, consoante Notas Técnicas do Departamento Penitenciário Nacional³ a dotação final do FUNPEN foi de apenas R\$ 308.159.798,00 (trezentos e oito milhões, cento e cinquenta e nove mil, setecentos e noventa e oito reais), podendo-se verificar um brusco decréscimo, ano a ano, da ordem de quase 67% (sessenta e sete por cento) apenas entre 2019 e 2020!

Reconhecido o estado trágico dos cárceres em todo o país, o descontingenciamento do FUNPEN e sua utilização para a finalidade com a qual foi criado, além da abstenção de realizar novos contingenciamentos, foram determinados por esta Suprema Corte como medida destinada a aumentar a contribuição da União para o financiamento do sistema prisional, conseqüentemente de modo a amenizar a deplorável situação carcerária.

Entretanto, o entendimento vinculante estabelecido na ADPF nº 347/DF vem sendo flagrantemente descumprido pela União. Desde a publicação do acórdão da referida ADPF, ou seja, apenas entre os anos de 2016 e 2020, a dotação orçamentária do FUNPEN foi reduzida em quase 90%! Tal expediente torna inócua a decisão de descontingenciamento, já que, mingando as receitas do Fundo, na prática, há pouco ou quase nada a ser distribuído aos Estados.

Objetivando trazer vigência ao entendimento vinculante estabelecido por esse Supremo Tribunal, ajuíza-se a presente reclamação, promovendo o efetivo cumprimento da decisão que determinou o descontingenciamento do FUNPEN, pela *ratio decidendi* de

² Informação nº 11/2020/DICOC/COFIPLAC/DIREX/DEPEN, Constante do Processo n. 08016.004104/2020-88

³ Notas Técnicas nº 02/2020 DICOC/COFIPLAC/DIREX/DEPEN/MJ e nº 16/2020/COFIPLAC/DIREX/DEPEN/MJ, anexas a esta Reclamação.

aumento do investimento no sistema prisional por parte do poder público, visando à superação das violações massivas e generalizadas de direitos humanos que caracterizam o estado de coisas inconstitucional.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

2.1. CONTEÚDO DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PELO PLENÁRIO NOS AUTOS DA ADPF nº 347/DF.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 foi proposta pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) requerendo, em apertada síntese, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional em face da violação massiva e generalizada de direitos fundamentais basilares no sistema prisional, e, por consequência lógica deste reconhecimento, a adoção de uma série de medidas a fim de promover a superação deste quadro.

Esse Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar nos autos da ADPF nº 347/DF, **reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário**, derivado de **“falha estrutural” do Estado na garantia dos direitos mais basilares dos presos**, fruto da ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes⁴, **em um panorama no qual “os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais**, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira **falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade**⁵.

O cenário constatado pela Suprema Corte, em cognição sumária, foi a **presença das condições aptas ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional** do sistema prisional, quais sejam: *(i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos;*

⁴ Voto do Relator Ministro Marco Aurélio na MC da ADPF n. 347. p. 37 do Acórdão.

⁵ Voto do Relator Ministro Marco Aurélio, p. 27 do acórdão.

(iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário⁶.

Para além da excepcionalidade de seu reconhecimento, também foi necessária a constatação de que a intervenção da Corte seria essencial para a solução do deplorável quadro enfrentado. Trata-se, segundo José Ariza, de um “*bloqueio institucional*” para a garantia dos direitos que obriga a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva da separação de poderes, impondo uma ampla intervenção sobre o campo das políticas públicas⁷.

Em face do reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, o Plenário dessa Corte determinou, dentre outras providências, **à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para a finalidade com que foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos**, em 9 de setembro de 2015 (item “h” do pedido cautelar):

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator) (...) **deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos (...)**

(STF – Plenário - ADPF 347/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgado em 09.09.2015. Publicado em 14.09.2015.)

⁶ A síntese é de Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional. Tese de doutorado aprovada na Faculdade de Direito da UERJ sob a orientação do Prof. Daniel Sarmiento, 2015., pp. 134-138.

⁷ Libardo José Ariza. “The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia”. In: Daniel Maldonado Bonilla. Constitutionalism of the Global South. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 129.

O Voto do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio de Mello, relator do acórdão, no tocante ao descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional, aduz o seguinte:

O último pedido diz respeito a escolha orçamentária da União e volta-se à imediata liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e à proibição de a União realizar novos contingenciamentos. O Fundo foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 1994, sendo destinado, segundo a cabeça do artigo 1º, a “proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”. A gestão desses recursos cabe ao Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

Narra-se que esses valores têm sido, desde a criação do Fundo, muito mal aplicados. Relatórios do próprio Departamento dão conta de que a maior parte é contingenciada ou, simplesmente, não utilizada. Para o ano de 2013, por exemplo, a dotação foi de R\$ 384,2 milhões, tendo sido empenhados R\$ 333,4 milhões. Todavia, apenas R\$ 73,6 milhões foram usados: R\$ 40,7 milhões do orçamento do ano e R\$ 32,8 milhões de restos a pagar. Isso significa que mais de 80% dos valores deixaram de ser utilizados. De acordo com a organização Contas Abertas, o saldo contábil do Fundo, no ano de 2013, chegou a R\$ 1,8 bilhão. Segundo o requerente, ao fim de 2014, o saldo já era de R\$ 2,2 bilhões. (...)

A violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais. Essa prática explica parte do fracasso das políticas públicas existentes.

(...) Os valores não utilizados deixam de custear não somente reformas dos presídios ou a construção de novos, mas também projetos de ressocialização que, inclusive, poderiam reduzir o tempo no cárcere. No mais, é de todo duvidosa a possibilidade de limitar despesas dessa natureza ante o disposto no § 2º do artigo 9º da Lei Complementar nº 101, de 2000: Art. 9º. Se 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 subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

A cabeça do dispositivo trata da situação em que o Governo deixa de executar, parcialmente, o orçamento, vindo a contingenciar os valores ordenados a despesas, ao passo que, no § 2º, consta exceção consideradas obrigações decorrentes de comandos legais e constitucionais. 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 (artigo 5º, inciso III, alínea “b”, da Lei Complementar nº 101, de 2000).

Ante o exposto, defiro, parcialmente, a medida liminar requerida, determinando: (...)

e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos

Como corolário lógico da categorização do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, foram determinadas uma série de medidas com o objetivo de superar ou amenizar este quadro persistente de violações massivas e generalizadas de direitos humanos.

Nesse contexto, **o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional** foi **uma das soluções adotadas** por esta Corte visando amenizar o estado de coisas dissonante perante o ordenamento constitucional.

Naquela ocasião, constatou-se a permanência de saldo bilionário acumulado no FUNPEN, cuja destinação legal não se consumava por razões eminentemente associadas à política macroeconômica de obtenção de superávits primários.

Deliberou-se, então, que diante daquele grave quadro de violações sistemáticas de direitos fundamentais, **os recursos do FUNPEN não poderiam ser retidos**

para atender **outros interesses que não aqueles relacionados ao art. 1º da Lei Complementar nº 79/94**, finalidade com a qual foi criado, propiciando recursos e meios para financiar e apoiar atividades relacionadas ao aprimoramento do sistema penitenciário.

Qualquer destinação diversa daquelas verbas seria, portanto, um desvio indevido destes recursos, incabível enquanto o estado de coisas inconstitucional perdurasse.

A **ilegalidade** no contingenciamento de saldo acumulado em fundo com destinação específica direcionada ao sistema prisional frente ao cenário de inconstitucionalidade era tão flagrante, que a solução encontrada, **naquele momento, foi evidente: determinar o descontingenciamento de um saldo bilionário acumulado.**

A superação do estado de coisas inconstitucional não é, nem de longe, uma tarefa simples, demandando a atuação de diversos entes governamentais.

Portanto, a **ratio decidendi** da medida cautelar proferida nos autos da ADPF nº 347 ao determinar o descontingenciamento do Fundo Penitenciário foi, em verdade, **derivada da constatação de necessidade de maior direcionamento de verbas para aplicação no sistema penitenciário, com a finalidade de amenizar uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais basilares.**

2.2. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA EM CARÁTER VINCULANTE E SUBFINANCIAMENTO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Não obstante tenha esse Supremo Tribunal Federal determinado o descontingenciamento do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), destinando-o consoante determinação legal, **o que se percebeu, nos anos seguintes a 2015, foi a substancial redução do orçamento destinado ao FUNPEN, resultando em descumprimento da decisão por via transversa.**

Conforme atestou relatório do Tribunal de Contas da União, **os repasses anuais obrigatórios do FUNPEN às unidades federativas vêm apresentando considerável redução de valor**, iniciando com um **patamar de R\$ 1,21 bilhão em 2016 e passando a R\$ 590,6 milhões em 2017 e R\$ 63,1 milhões em 2018, estimando-se que equivalerão a aproximadamente R\$ 17,94 milhões a partir de 2020⁸**.

O descumprimento se iniciou em 19 de dezembro de 2016, quando o então presidente da República, Michel Temer, editou a **Medida Provisória nº 755**, que **alterou aspectos significativos das fontes de custeio e destinação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional**.

Ainda que a MP avoque, em sua exposição de motivos, a necessidade de mudança imediata de paradigma derivada do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo (item 8), fato é que **grande parte de suas disposições ampliaram as deficiências do Sistema Penitenciário Brasileiro**, mediante a **supressão de substancial parcela dos recursos que o FUNPEN dispõe para financiar as atividades dos entes federativos na minoração das lamentáveis condições dos estabelecimentos prisionais**.

Consoante o art. 2º da Lei Complementar nº 79, de 07 de Janeiro de 1994, o FUNPEN é provisionado por recursos cuja origem tem diversas fontes, dentre as quais: (i) arrecadação dos concursos de prognósticos (loterias federais); (ii) custas judiciais recolhidas em favor da União; (iii) recursos ordinários (provenientes do orçamento da União); (iv) recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União, (v) multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado, fianças quebradas ou perdidas; (v) e rendimentos decorrentes da aplicação de seu patrimônio.

⁸ Dados extraídos do Relatório TCU – Acórdão 1542/2019 (3484132). p. 15

As fontes de arrecadação mais significativas do FUNPEN sempre foram, historicamente, os concursos de prognósticos (loterias federais) e as custas judiciais, que, juntas, correspondiam a 86% da arrecadação do Fundo^{9 10}.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, da Reforma do Judiciário, já havia suspenso a validade do dispositivo que destinava parte das receitas de custas judiciais para o FUNPEN, eliminando essa fonte de custeio. No mesmo sentido, aponta o Tribunal de Contas da União que a chamada “DRU” – Desvinculação de Receitas da União (Emendas Constitucionais nº 27/2000, 42/2003, 56/2007, 68/2011 e 93/2016) incidiu sobre a destinação de receitas de concursos de prognósticos, também retirando grande soma de recursos destinados ao Fundo.¹¹

Esse processo de gradual desidratação do FUNPEN, como se verá adiante, **prosseguiu mesmo após o julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347, por esse Eg. Supremo Tribunal Federal, mediante novas e contundentes supressões de fontes de custeio, tornando o descontingenciamento do Fundo medida praticamente inócua como instrumento de superação do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro.**

- **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 755, de 19 de dezembro de 2016:**

Pois bem, inicialmente, a MP nº 755 **reduziu de 3%, para 2,1% a destinação ao FUNPEN da receita da loteria “Timemania”, o que constitui uma brusca redução de 30% da verba oriunda desta fonte. Eis o teor do dispositivo legal:**

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

⁹ Relatório Temático do MNPCT: FUNPEN e prevenção à tortura. As ameaças e potenciais de um Fundo Bilionário para a Prevenção à Tortura no Brasil. Disponível em <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/tortura/relatorios-mnpc/relatorio-tematico-mnpct-funpen-e-prevencao-a-tortura>>

¹⁰ Segundo a Organização Não-Governamental Contas Abertas, “a maior parte das disponibilidades contábeis do Fundo possui como origem 3% do montante arrecadado nos concursos de prognósticos, sorteios e loterias da Caixa Econômica Federal.” Disponível em <<http://www.contasabertas.com.br/site/orcamento/caos-nos-presidios-governo-deve-liberar-recursos-de-23-anos-em-sete-meses>>

¹¹ Acórdão TCU nº 1542/2019, itens 51 e 127 a 129.

“Art. 2º O total dos recursos arrecadados com a realização do concurso de que trata o art. 1º terá 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;

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.

Note-se que os recursos restantes (0,9% da receita da “Timemania”) saíram do FUNPEN e foram destinados para o Fundo Nacional de Segurança Pública.

Não fosse suficiente, a MP também autorizou, em seu art. 3º, o Poder Executivo **a retirar 30% dos recursos contingenciados até 31 de dezembro de 2016 no Tesouro Nacional para fins de nova destinação ao Fundo Nacional de Segurança Pública,** em seus termos:

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

Além desse desvio direto de verbas do FUNPEN para o FNSP, a MP promoveu alteração na **aplicação futura de recursos do FUNPEN, permitindo a destinação de boa parte dos recursos a ações de combate à criminalidade.** Senão vejamos:

Art. 1º A Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 3º Os recursos do FUNPEN serão aplicados em:

(...) XVII - políticas de redução da criminalidade; e

XVIII - financiamento e apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive de inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária.

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.

Parece evidente que os incisos XVII e XVIII do art. 3º da Lei Complementar nº 79/94, com a redação dada pela MP nº 755/1994, desvirtuam e desviam recursos do sistema penitenciário para a área de segurança pública, pretendendo usar as verbas do FUNPEN para iniciativas estranhas à finalidade desse Fundo.

Ou seja, a partir da MP nº 755 há forte preocupação, também externada pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura¹², de que esta verba seja direcionada para atividades policiais de natureza repressiva.

Sem prejuízo da validade da iniciativa do Executivo, e da escolha do legislador, quanto à necessidade de recursos para a segurança pública, é necessário que se diga que agora esses recursos, outrora destinados à manutenção do sistema prisional, agora servirão para encher ainda mais as penitenciárias brasileiras, retroalimentando o “estado de coisas inconstitucional” a que faz referência o acórdão da ADPF-MC nº 347.

É, inclusive, possível afirmar que as verbas do FUNPEN poderiam até mesmo ser direcionadas, exemplificativamente, para a educação, eis que indiscutivelmente a carência desse direito social contribui para o agravamento da violência e da segurança pública, constatação derivada da literatura criminológica que defende a prevenção social do delito. Não se discute, por óbvio, a necessidade de destinação de montantes financeiros relevantes para essas áreas – entretanto, não se trata do propósito legal que motivou a

¹² Relatório Temático do MNPCT: FUNPEN e prevenção à tortura. As ameaças e potenciais de um Fundo Bilionário para a Prevenção à Tortura no Brasil. Disponível em <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/tortura/relatorios-mnpc/relatorio-tematico-mnpct-funpen-e-prevencao-a-tortura>>

criação do FUNPEN. A segurança pública, mesmo, já conta com o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), estabelecido pela Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, com o objetivo de “*apoiar projetos na área de segurança pública e de prevenção à violência, enquadrados nas diretrizes do plano de segurança pública do Governo Federal*”, agora “sobrealimentado” por mais 30% do dinheiro da “Timemania”.

Em verdade, a Medida Provisória reservou 30% dos recursos do FUNPEN para construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais (art. §5º, do artigo 3º, da LC 79, também instituído pela MP nº 755). A triste constatação, a contrario sensu, é que 70% das verbas seriam potencialmente destinadas para outras áreas.

- **MEDIDA PROVISÓRIA nº 781, de 23 de maio de 2017 / Lei nº 13.500/2017:**

Em seguida, sobreveio a Medida Provisória nº 781/2017, posteriormente convertida em Lei nº 13.500/2017, que **promoveu novos cortes nas fontes de financiamento do FUNPEN.**

Em primeiro lugar, o referido diploma revogou o inciso VII do art. 2º da Lei Complementar nº 79/94, **retirando a previsão de que comporiam as receitas do FUNPEN “VII - cinqüenta por cento do montante total das custas judiciais recolhidas em favor da União Federal, relativas aos seus serviços forenses”¹³.**

Além disso, a previsão trazida pelo art. 3º-A, §1º da Lei nº 13.500/2017 **passou a dispor que os percentuais da dotação orçamentária do FUNPEN terão seus montantes aferidos após exclusão das despesas de custeio e investimento do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).**

¹³ Se bem que a eficácia desse dispositivo legal já estava suspensa por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, pela redação dada ao §2º do art. 98 da Constituição Federal de 1988: “§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça”.

A título exemplificativo, para apurar o valor do repasse de 2018, o DEPEN considerou como base a dotação inicial do FUNPEN (R\$ 90.218.118,00), que, acrescida à suplementação por superávit financeiro, chegou ao valor final de R\$ 865.617.867,00. Nos cálculos apresentados naquele exercício, o órgão excluiu as despesas próprias de custeio e de investimento, alcançando a base de cálculo de R\$ 155.820.024,00. Nessa lógica, o referido valor quantificado foi obtido após excluir, da dotação final do Funpen, o montante de empenho previsto pelo órgão até o fim do exercício de 2018 (R\$ 709.797.843,00)¹⁴.

Entretanto, um levantamento de dados realizado levou o Tribunal de Contas da União (TCU) à constatação de que a **execução orçamentária do FUNPEN tem se mostrado muito aquém de sua dotação orçamentária.**

Desde a introdução das transferências em caráter obrigatório, em 2016, foram observadas distorções significativas entre os volumes orçados e executados, com especial destaque para 2017. A prática tem impactado as disponibilidades financeiras devidas às unidades federativas, como decorrência da previsão legal acima destacada. O seguinte gráfico retrata a disparidade entre a dotação e a liquidação orçamentária¹⁵:

0078



A prática se repete neste ano de 2020. Até outubro corrente, foi empenhado apenas 36% do total da dotação orçamentária do FUNPEN para 2020¹⁶. Ou seja, 64% da dotação deste ano não foi sequer empenhado até o fim do terceiro trimestre.

¹⁴ Dados extraídos do Relatório TCU – Acórdão 1542/2019 (3484132). Parágrafo nº 114.

¹⁵ Dados extraídos do Relatório TCU – Acórdão 1542/2019 (3484132). p. 5

¹⁶ Consoante Nota Técnica nº 16/2020/COFIPLAC/DIREX/DEPEN/MJ.

Ademais, boa parte dos valores ao menos empenhados destinam-se à manutenção do próprio DEPEN (manutenção da sede, despesas de pessoal e equipamentos) – 35% - e para a manutenção do Sistema Penitenciário Federal – 29,83%,

Ao final, os Estados e o Distrito Federal receberam apenas pouco mais de 10% do orçamento do FUNPEN para 2020. **Em outras palavras: após os diversos cortes de fontes de custeio promovidos pela União, mesmo os escassos recursos restantes como dotação orçamentária do fundo não chegam aos Estados, para efetivamente contribuir com a superação do “estado de coisas inconstitucional”**, muito em decorrência do quanto previsto no art. 3º-A, §1º, da Lei Complementar nº 79/1994, com a redação dada pela Lei nº 13.500/2017.

- **MP nº 846, de 12 dezembro de 2018 / Lei 13.756, de 12 de dezembro de 2018:**

Não fosse suficiente, a Lei nº 13.756/2018 também impôs graves mudanças na arrecadação da Loteria Federal destinada ao Fundo Penitenciário Nacional, ainda mais graves que a MP nº 755. **Sua previsão legal diminui anualmente as verbas destinadas ao Fundo Penitenciário Nacional:**

Art. 15. O produto da arrecadação da loteria federal será destinado da seguinte forma:

I - a partir da data de publicação desta Lei até 31 de dezembro de 2018: (...)

c) 0,81% (oitenta e um centésimos por cento) para o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen);

II - a partir de 1º de janeiro de 2019: (...)

a) 0,5% (cinco décimos por cento) para o Funpen;

Art. 16. O produto da arrecadação da loteria de prognósticos numéricos será destinado da seguinte forma:

I - a partir da data de publicação desta Lei até 31 de dezembro de 2018: (...)

c) 1% (um por cento) para o Funpen;

II - a partir de 1º de janeiro de 2019: (...)

c) 3% (três por cento) para o Funpen;

Art. 17. O produto da arrecadação da loteria de prognóstico específico será destinado da seguinte forma: (...)

c) 1% (um por cento) para o Funpen;

II - a partir de 1º de janeiro de 2019:

c) 0,5% (cinco décimos por cento) para o Funpen; (...)

Art. 18. O produto da arrecadação da loteria de prognósticos esportivos será destinado da seguinte forma: (...)

I - a partir da data de publicação desta Lei até 31 de dezembro de 2018:

c) 1% (um por cento) para o Funpen;

II - a partir de 1º de janeiro de 2019:

a) 7,61% (sete inteiros e sessenta e um centésimos por cento) para a seguridade social;

b) 1% (um por cento) para o FNC;

c) 2% (dois por cento) para o FNSP;

d) 3,1% (três inteiros e um décimo por cento) para o Ministério do Esporte;

e) 1,63% (um inteiro e sessenta e três centésimos por cento) para o COB;

f) 0,96% (noventa e seis centésimos por cento) para o CPB;

Como se percebe, o **percentual originalmente estipulado em 3% da arrecadação da receita de concursos federais de prognósticos** prevista nos artigo 2º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 79/94 **passou a variar a depender do concurso lotérico. No caso da loteria esportiva, a discrepância é gritante, porque, no exercício de 2019, sequer foi reservado percentual ao FUNPEN.**

Excetuando-se a porcentagem referente aos prognósticos numéricos, todos os percentuais ficaram abaixo de 2%, o que explica parcialmente a substancial diminuição na arrecadação do Fundo Penitenciário Nacional nos últimos anos.

Após essa sucessão de medidas que promoveram cortes nas fontes de financiamento do FUNPEN, tem-se o seguinte panorama:

ARRECAÇÃO	LEI COMPLEMENTAR 79/94	Após Lei 13.500/2017	MP 841/2018		MP 846/2018	
			Convertida na Lei 13.756/2018			
			ATÉ 31/12/2018	A PARTIR 1º/01/2019	ATÉ 31/12/2018	A PARTIR 1º/01/2019
de CUSTAS JUDICIAIS recolhidas em favor da União	50%	0%	0%	0%	0%	0%
da LOTERIA PASSIVA (federal):	3%	3%	0,81%	0,5%	0,81%	0,5%
das loterias de PROGNÓSTICOS NUMÉRICOS	3%	3%	1%	2%	1%	3%
das loterias de PROGNÓSTICOS ESPECÍFICOS	3%	3%	1%	0,5%	1%	0,5%
das loterias de PROGNÓSTICOS ESPORTIVOS	3%	3%	1%	0	1%	0

O descumprimento, por via transversa, da decisão proferida na medida cautelar da ADPF nº 347 é evidente, **mediante utilização de subterfúgio para contornar a proibição de contingenciamento do saldo acumulado no Fundo.**

De fato, os valores que constavam no Fundo foram descontingenciados e os recursos não mais são retidos no Tesouro Nacional. Entretanto, para além da arrecadação do FUNPEN ter sido substancialmente diminuída, os recursos arrecadados são destinados a finalidade diversa daquela legalmente determinada para o FUNPEN, permitindo o contingenciamento de outras fontes.

- **Da conduta ilícita da União:**

A sensível diminuição na arrecadação do FUNPEN, ocorrida desde 2016, explica-se, segundo o TCU, principalmente, “*por variações nos percentuais máximos de dotação orçamentária, estabelecidos pela LC 79/1994, pela diminuição das receitas de rendimentos financeiros, a partir de 2017, e em função do próprio uso do superávit financeiro após a introdução dos repasses obrigatório*”, além da “Desvinculação de Receitas da União” (DRU), por meio das Emendas Constitucionais 27/2000, 42/2003, 56/2007, 68/2011 e 93/2016, que incidiu sobre parcelas de receita de concurso de prognósticos destinadas ao Funpen.

É bem verdade as Emendas Constitucionais da DRU e da Reforma do Judiciário foram adotadas, todas elas, ainda antes do julgamento da ADPF-MC nº 347, por esse Eg. Supremo Tribunal Federal. Sem prejuízo, ciente de que tais medidas provocariam a progressiva redução dos recursos disponíveis no FUNPEN para investimento no sistema prisional, **a União manteve-se inerte, omitindo-se em provisionar novos recursos em substituição àqueles.**

Divisa-se, assim, claramente a conduta ilícita de promover a desidratação do FUNPEN pela simples OMISSÃO da destinação de novos recursos em substituição àqueles suprimidos pelas Emendas Constitucionais da Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004) e da DRU (ECs 27/2000, 42/2003, 56/2007, 68/2011 e 93/2016).

Além de não repor essas fontes orçamentárias perdidas, a União, como visto, ainda promoveu novas supressões de fontes de custeio do FUNPEN, através das MPs 755/2017, 781/2017 (Lei 13.500/2017) e 846/2018 (Lei 13.756/2018). O impacto dessas medidas, conquanto não esteja mensurado na referida auditoria do TCU, também já é conhecido a partir de dados do próprio Departamento Penitenciário Nacional, gestor do FUNPEN.

Em resposta a esta Defensoria Pública da União, **o DEPEN emitiu a Informação nº 34/2020/COFIPLAC/DIREX, que** traçando um panorama da evolução das fontes de custeio do FUNPEN **atesta claramente uma redução de quase R\$ 300 milhões na arrecadação anual do Fundo, entre 2016 e 2020, provocada diretamente pelas mencionadas MPs 781/2017, 841/2018 e 846/2018, além da supressão da destinação de “fianças quebradas”, implementada por Parecer da CONJUR do MJSP a partir de 2020.**

Imperioso lembrar que o acórdão da ADPF-MC nº 347 determinou, para além do descontingenciamento imediato dos saldos do FUNPEN disponíveis naquela data, que a União se **ABSTIVESSE DE REALIZAR NOVOS CONTINGENCIAMENTOS**. A esse respeito, colhe-se do didático voto do saudoso Min. Teori Zavascki, às fls. 97 do acórdão:

A questão do descontingenciamento: o que significa descontingenciar? É fazer o contrário de contingenciar. O conceito de contingenciamento está no art. 9º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que diz:

"Se 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 subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias."

Ou seja, o que tem aqui é uma previsão orçamentária de um determinado valor, que, não havendo a arrecadação compatível, tem que ser contingenciado, por força da lei. **O que está sendo pedido é que não haja esse contingenciamento em relação à verba do FUNPEN. Quer dizer, se não houver dinheiro para cobrir orçamento, que não se corte verba desse fundo.**

A conduta adotada pela União a partir do julgamento da ADPF nº 347, se bem que não possa denominar-se estritamente como um "descontingenciamento", pela leitura mais técnica do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, teve exatamente – e propositadamente – o mesmo efeito de um descontingenciamento: retirar recursos que seriam destinados para as finalidades pelas quais foi criado o FUNPEN, a fim de gerar caixa para cobrir o orçamento.

Ou seja, ao editar as Medidas Provisórias e Leis acima mencionadas, e ao não guarnecer o FUNPEN de novas fontes de custeio para cobrir os desfalques previstos pelas Emendas Constitucionais da DRU e da Reforma do Judiciário, o que a Reclamada promoveu foi exatamente um contingenciamento por vias transversas.

Se esse Eg. Supremo Tribunal Federal fechar os olhos para essa realidade estará autorizando o completo esvaziamento de qualquer efeito prático que suas determinações possam ter quanto à superação do estado de coisas inconstitucional declarado no acórdão da ADPF nº 347. Fazendo uma analogia com o direito criminal, seria como criminalizar (tornar proibido, ilícito) o furto, mas permitir a ocorrência do estelionato, premiando-se o delinquente pela engenhosidade do artifício ou ardil empregado...

B) ARRECAÇÃO DO FUNDO PENITENCIÁRIO E NECESSIDADE ESTRUTURAL DO SISTEMA PRISIONAL

Ainda com base nos achados constantes do Acórdão do TCU nº 1542/2019, em estimativa conservadora, para fazer frente às necessidades do sistema penitenciário nacional e traçar mínimas diretrizes na direção de **superação do estado de coisas inconstitucional** reconhecido por esta Corte, **seriam necessários recursos anuais da ordem de R\$ 2,7 bilhões**¹⁷.

Por outro lado, de acordo com estimativa que leva em conta as reais necessidades estruturais do sistema penitenciário, **o setor demandaria um valor estimado de R\$ 97,84 bilhões para, no prazo de dezoito anos (R\$ 5,44 bilhões anuais), extinguir o déficit de vagas prisionais, reformar unidades prisionais precárias e viabilizar seu pleno funcionamento**¹⁸, mediante a **criação de aproximadamente 386 mil vagas**. O relatório explicita de forma detalhada esse cálculo¹⁹:

As despesas estimadas em R\$ 2,72 bilhões (ou R\$ 49 bilhões ao longo do período considerado) seriam necessárias para suprimento do deficit de vagas (386.264 unidades), custeio parcial da manutenção da estrutura ampliada e reforma de 443 unidades que hoje se encontram em más condições (soma dos valores das colunas H, L e O da tabela constante do item 6). 14. Por sua vez, do lado das UFs, o gasto anual do sistema, estimado em R\$ 2,71 bilhões (coluna M), retornaria um valor de custeio do sistema (manutenção), em 18 anos,

¹⁷ Idem.

¹⁸ Dados extraídos do Relatório TCU – Acórdão 1542/2019 (3484132). p. 7

¹⁹ Dados extraídos do Relatório TCU – Acórdão 1542/2019 (3484132). p. 52.

de R\$ 48,80 bilhões. Ao todo, os gastos do sistema penitenciário nacional (criação e adequação de vagas, manutenção e reforma de unidades prisionais), tanto das UFs quanto da União, requereriam montante estimado em R\$ 97,80 bilhões por ano (R\$ 48,80 bilhões + R\$ 49 bilhões).

Diante desse cenário, sobressai que as questões mais críticas do sistema penitenciário são a necessidade de: i. criação de 386.264 vagas até 2037 (coluna D); ii. apoio financeiro da União às UFs, para custeio das vagas a serem criadas, em virtude da alarmante situação fiscal por que passam; iii. reforma de 443 unidades hoje em condições precárias; e iv. adequação física dos estabelecimentos prisionais aos regimes de execução das penas

O déficit prisional, a seu turno, está em escalada exponencial. Apenas no período entre 2000 a 2016, **saltou de 39.620 para 322.293 vagas – um crescimento de 720%²⁰, período em que a população carcerária cresceu 294%**. Ainda que tenham sido criadas 200 mil (duzentas mil) vagas nesse período, o número ficou bem aquém do mínimo necessário para acomodação do incremento populacional carcerário.

A conclusão do Tribunal de Contas é de que as transferências obrigatórias anuais do FUNPEN, **“não serão suficientes para alterar significativamente a realidade do sistema penitenciário nacional, tendo em vista as carências verificadas no setor e a previsão de repasses de baixos valores^{21”}**.

Na verdade, percebe-se que dotação orçamentária do FUNPEN não tem sequer atingido metade do mínimo necessário anualmente, segundo a estimativa conservadora. A perspectiva, como já demonstrado, é de reduções ainda menores nos próximos exercícios financeiros²².

²⁰ Dados extraídos do Relatório TCU – Acórdão 1542/2019 (3484132). p. 37.

²¹ Dados extraídos do Relatório TCU – Acórdão 1542/2019 (3484132). p. 6

²² Informação nº 11/2020/DICOC/COFIPLAC/DIREX/DEPEN, Constante do Processo n. 08016.004104/2020-88

Os dados colacionados demonstram, de forma evidente, **que o sistema penitenciário nacional tem sido subfinanciado.**

Após o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e a determinação de descontingenciamento do saldo acumulado no FUNPEN, a União, reconhecidamente por esse Tribunal dotada de falta de vontade²³ para superar este quadro, contornou a decisão vinculante proferida por esta Corte por meio da diminuição da arrecadação do Fundo Penitenciário Nacional.

Como consequência, o orçamento anual destinado ao Fundo Penitenciário Nacional tem sido cada vez menor. Para além da insuficiência orçamentária, como já aduzido, foram manejados uma série de instrumentos normativos que possibilitaram a destinação deste orçamento a áreas diversas ao sistema prisional, como a segurança pública.

2.3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL E SUA EVIDENCIAÇÃO PELA PANDEMIA DO COVID-19.

O “estado de coisas inconstitucional” que se encontra o sistema prisional brasileiro ficou ainda mais evidente com o advento da pandemia do *Covid-19*²⁴.

As condições oferecidas às pessoas em situação de prisão no Brasil são extremamente favoráveis à proliferação de toda a sorte de doenças infectocontagiosas, notadamente em razão da grande aglomeração de pessoas, provocada pela superlotação do sistema, aliada à infraestrutura e assistência à saúde precárias em boa parte das unidades.

De 2009 a 2018, o Ministério da Saúde registrou 80 mil casos de **tuberculose** e 853 mortes causadas pela doença em pessoas que estão privadas de liberdade²⁵. Em

²³ Voto do Relator Ministro Marco Aurélio, p. 27 do acórdão.

²⁵ Em alerta por coronavírus, prisões já enfrentam epidemia de tuberculose. Revista Exame. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/em-alerta-por-coronavirus-prisoas-ja-enfrentam-epidemia-de->

dezembro de 2019, o DEPEN divulgou que 250 mil presos seriam portadores de doenças como **tuberculose, HIV e sífilis**²⁶.

Esses mesmo ambientes insalubres propiciaram, segundo dados do CNJ²⁷, até a semana do ajuizamento desta Reclamação, **o registro de 44.550 (quarenta e quatro mil quinhentos e cinquenta) casos de COVID-19 entre os internos e servidores do sistema penitenciário em todo o Brasil, com 203 (duzentos e três) óbitos registrados no mesmo grupo.**²⁸ Isto apesar das severas restrições às visitas sociais, assim como de atividades educacionais, laborais, e outras que demandam contato interpessoal, que perduraram durante a maior parte do ano de 2020 (e ainda perduram em alguns estados).

Se, na população livre, estima-se que cada infectado possa contaminar 2 (duas) a 3 (três) pessoas, dadas as condições de encarceramento, pesquisadores da FIOCRUZ (Fundação Oswaldo Cruz) estimaram que **um caso de Covid-19 no sistema prisional pode contaminar até 10 pessoas. Assim, em uma cela com 150 internos, 67% deles estarão infectados ao final de 14 dias, e a totalidade, em 21 dias. A maioria dos infectados (80%) permanecerá assintomática ou desenvolverá formas leves, 20% progredirão para formas mais graves que necessitarão hospitalização, dos quais, 6% em UTI**²⁹.

Não à toa, o **Conselho Nacional de Justiça**, em sua Recomendação nº 62, aconselhou expressamente a adoção **“de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional” (art. 1º), especialmente pela “redução dos fatores de propagação do vírus, pela adoção**

tuberculose//oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/coronavirus-doenca-pode-se-tornar-bomba-biologica-contr-encarcerados-funcionarios-seus-familiares-24353095>

²⁶ PRANDO, Camila. Infovírus: A pandemia do confinamento: políticas de morte nas prisões. Le Monde Diplomatique. Disponível em <<https://diplomatique.org.br/a-pandemia-do-confinamento-politicas-de-morte-nas-prisoas/>>

²⁷ Boletim semanal de registro de contágios e óbitos por Covid-19 no sistema prisional – 21/10/2020, disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/>

²⁸ ²⁹ SANCHEZ, Alexandra. SIMAS, Luciana. DIUANA, Vilma. LAROUZE, Bernard. COVID-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública? Cadernos de saúde pública. ISSN 1678-4464. 36 nº.5. Rio de Janeiro, Maio 2020. Disponível em <<http://cadernos.enp.fiocruz.br/csp/artigo/1049/covid-19-nas-prisoas-um-desafio-impossivel-para-a-saude-publica>>

de medidas sanitárias, redução de aglomerações nas unidades judiciárias, prisionais”
(inciso II).

Não apenas pela COVID-19, mas por toda a situação de precariedade de nossas unidades penais, segundo dados do próprio Ministério da Justiça, **uma pessoa presa tem seis vezes mais chances de morrer do que alguém fora do cárcere**³⁰.

A **falta de verbas aparece como obstáculo insuperável à superação desse panorama**. Se bem que melhorias na gestão e na execução das verbas públicas disponibilizadas são necessárias, é impossível superar os desafios postos sem assegurar financiamento em valores suficientes. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, no já multicitado Acórdão nº , recomendou ao Ministério da Justiça que avalie a conveniência e oportunidade de

“9.2.1. fomentar, estabelecer diretrizes ou coordenar ações com vistas a solucionar as seguintes deficiências do sistema penitenciário nacional, no âmbito do Sistema Único de Segurança Pública, tendo em vista o que dispõe os arts. 9º, 10, inciso I, e 13 da Lei 13.675/2018:

9.2.1.1. planejamento orçamentário federal e estadual/distrital insuficiente para eliminar ou trazer a níveis aceitáveis o déficit de vagas do sistema prisional”.

A pandemia da COVID-19 escancarou a inadequação do planejamento orçamentário do sistema prisional brasileiro. Uma medida preventiva básica, como a quarentena obrigatória de duas semanas aos novos internos, torna-se inexecutável em um panorama de déficit imenso de vagas, a ponto de o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), por solicitação do Departamento Penitenciário Nacional, chegar a avaliar a legalização das celas-contêiner³¹!

Por outro lado, em recente precedente, essa Suprema Corte decidiu, no RE 580.252/MS, em sede de repercussão geral, **acerca da responsabilidade civil do Estado**

³⁰ FUCHS, Marcos. Poder público é incapaz de garantir a vida daqueles sob sua custódia. Folha de São Paulo. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/poder-publico-e-incapaz-de-garantir-a-vida-daqueles-sob-sua-custodia.shtml>>

³¹ Após grande pressão de várias entidades – inclusive desta Defensoria Pública da União – as celas contêiner restaram formalmente banidas, consoante art. 4º, I, da Resolução nº 05, de 19/05/2020, do CNPCP.

em face de indivíduos presos, ensejando mesmo direito à indenização pelos danos causados aos internos:

(...) O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem.

4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda.

5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955).

6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação

dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria.

7. Fixada 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”.

(STF - Recurso Extraordinário nº 580.282 – MS; Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 16/02/2017.)

Imagine-se, nesse sentido, **as incontáveis ações indenizatórias que podem ser ajuizadas em face do Estado por presos vitimados pelo coronavírus e outras doenças no âmbito de instituições prisionais.** O subfinanciamento do sistema penitenciário já se afigura, sob esse prisma (e de tantos outros ângulos), medida que em vez de atender à Lei de Responsabilidade Fiscal, tangencia a incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

3. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO FORMA DE TRAZER VIGÊNCIA AO ENTENDIMENTO VINCULANTE ESTABELECIDO NA MEDIDA CAUTELAR DA ADPF nº 347/DF.

Bem estabelecido o quadro de violação à decisão desse Eg. Supremo Tribunal Federal na ADPF-MC nº 347, cumpre tecer breves considerações sobre o cabimento de uma decisão, em sede de Reclamação Constitucional, que restaure a autoridade daquele decisum.

De início, há que se destacar que esta ação não pretende propor a intervenção judicial no orçamento da União, mas tão somente promover o cumprimento da decisão proferida em caráter vinculante por essa Corte, **e assim impedir que os sucessivos cortes de recursos do FUNPEN eliminem o efeito prático positivo daquela**

decisão para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Nesse sentido, ressalte-se que esse Supremo Tribunal Federal admite o manejo de ações judiciais para discutir questões orçamentárias quando em causa a necessidade de assegurar-se o mínimo existencial, para tutela da dignidade humana, matéria que é citada mesmo em mais de uma oportunidade no próprio acórdão da APDF 347.

Por outro lado, é cabível, ainda que excepcionalmente, o reconhecimento por via da reclamação da inconstitucionalidade de atos normativos, o que já foi reconhecido por esse Supremo Tribunal Federal no julgamento das Reclamações nº 595/SE³² e nº 4.374/PE³³. Neste último, foi destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, relator da ação, o papel relevante das Reclamações no controle de constitucionalidade:

A tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assumira cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira.

Ademais, à toda evidência este petitório não propõe o controle de constitucionalidade em abstrato de quaisquer dispositivos legais! As Medidas Provisórias nº 755/2016, 781/2017, 841/2018 e 846/2018 e as Leis nº 13.500/2017 e 13.756/2018 são citadas apenas por constituírem atos normativos específicos e determinados que promoveram supressões de fontes de financiamento do FUNPEN, e/ou a destinação de parte dos recursos do Fundo para finalidades diversas daquelas para as quais foi criado.

Não obstante, conforme acima mencionado, a simples edição de tais medidas não constituiria afronta à autoridade da decisão do STF na APDF nº 347, caso, por outras fontes, a União houvesse guarnecido o FUNPEN, e o sistema prisional em geral, de

³² Reclamação nº 595, Relator :Ministro Sidney Sanches, julgado em 28/8/2002

³³ Reclamação nº 4.374, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/4/2013.

recursos suficientes para a superação do estado de coisas inconstitucional declarado naquele *decisum*.

Assim, conquanto possa-se reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade desses dispositivos legais, o objeto desta ação volta-se ao reconhecimento da incompatibilidade da conduta como um todo do Ente Reclamado (União), abrangendo atos comissivos e omissivos, com o dispositivo do mencionado julgado. Tal incompatibilidade, e, mais diretamente, o descumprimento da medida cautelar na ADPF 347, caracteriza-se pela supressão (sem reposição) das verbas do FUNPEN que deveriam ser objeto de distribuição aos Estados da Federação, para superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

4. REQUERIMENTOS

Ante o exposto, objetivando trazer vigência ao entendimento firmado por essa Suprema Corte nos Autos da MC da ADPF nº 347, pede e espera a Defensoria Pública o julgamento de total procedência desta Reclamação, para o fim de:

a) Reconhecer a inconstitucionalidade incidental dos dispositivos das Medidas Provisórias nº 755/2016, 781/2017, 841/2018 e 846/2018 e das Leis nº 13.500/2017 e 13.756/2018 que suprimiram fontes de custeio do Fundo Penitenciário Nacional, ou estabeleceram hipóteses de destinação dos recursos do Fundo para finalidades diversas daquelas para as quais foi criado, após a decisão da ADPF nº 347;

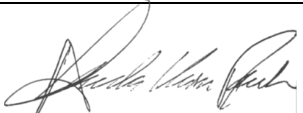

b) Seja declarada incompatível com o acórdão da ADPF nº 347 a conduta do Ente Reclamado (União) de reduzir o financiamento do Fundo Penitenciário Nacional, a partir daquela decisão, por burlar, por via transversa, a determinação de abstenção da promoção de novos contingenciamentos dos saldos do Fundo;

c) Por consequência, seja determinado à União que promova a recomposição dos saldos do Fundo Penitenciário Nacional até o valor da dotação orçamentária do Fundo à época do julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347;

d) Subsidiariamente, seja determinado à União que adote medidas suficientes para assegurar ao FUNPEN fontes de custeio suficientes para manter dotação inicial anual igual ou superior àquela verificada na data do julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 24 de outubro de 2020.

 Alexandre Kaiser Rauber Defensor Público Federal Secretário de Atuação no Sistema Prisional da DPU	 Natan Duek Advogado Voluntário da Secretaria de Atuação no Sistema Prisional OAB/RJ nº 228.181
<p>Gustavo de Almeida Ribeiro Defensor Público Federal</p>	