



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## **A Administração Pública Penitenciária: um cenário crônico de ineficiência e ilegalidades no Brasil pós Constituição de 1988**

*Penitentiary Public Administration: a chronic scenario of inefficiency and illegalities in Brazil after the 1988 Constitution*

Luciano Zambrota

**Resumo:** Com suporte na teoria do garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli, o artigo analisa o cenário de ineficiência administrativa junto ao sistema prisional brasileiro, com enfoque para os dados e números do déficit de vagas e consequente superlotação carcerária. A partir do diálogo com os ensinamentos de Argemiro Cardoso Moreira Martins, sustenta-se que a Administração Pública penitenciária precisa se tornar mais democrática, para congregar a participação popular e da sociedade civil na administração do sistema prisional, como alternativa para alcançar melhores resultados de qualidade junto ao setor, apontado como ineficiente pelo Tribunal de Contas da União e como desumano ou degradante, consoante a classificação do Supremo Tribunal Federal. Por fim, sugere-se que os agentes estatais incumbidos da administração prisional precisam ser responsabilizados com maior rigor, para evitar que a falta de prioridade política e eficiência administrativa continuem a permitir a violação dos direitos fundamentais do preso.

**Palavras-chave:** Administração Pública. Sistema Prisional. Teoria do Garantismo Constitucional.

**Abstract:** Supported by Luigi Ferrajoli's theory of constitutional guarantee, the article analyzes the scenario of administrative inefficiency in the Brazilian prison system, focusing on the data and numbers of the vacancy deficit and consequent prison overcrowding. Based on the dialogue with the teachings of Argemiro Cardoso Moreira Martins, it is argued that the prison public administration needs to become more democratic, to bring together popular and civil society participation in the administration of the prison system, as an alternative to achieve better quality results with the sector, identified as inefficient by the Federal Court of Accounts and as inhuman or degrading, depending on the classification of the Supreme Federal Court. Finally, it is necessary that state agents entrusted with the prison administration need to be held more strictly accountable to prevent the lack of political priority and administrative efficiency from continuing to allow the violation of the fundamental rights of the prisoner.

**Keywords:** Public Administration. Prison System. Constitutional Guarantee Theory.

**Disponível no URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9n1p15-43>

## **A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PENITENCIÁRIA: UM CENÁRIO CRÔNICO DE INEFICIÊNCIA E ILEGALIDADES NO BRASIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Luciano ZAMBROTA\*

*Sumário: 1 Introdução; 2 A Lei e os Dados da Realidade Penitenciária Nacional; 2.1 A legislação constitucional e infraconstitucional; 2.2 Dados e Números do Sistema Penitenciário Nacional; 3 A Teoria do Garantismo Constitucional e a noção de Administração Pública no Estado Democrático de Direito; 4 A Responsabilidade do Estado e de seus Agentes pela Ineficiência Administrativa junto ao Sistema Prisional; 5 Considerações Finais; 6 Referências*

### **1. Introdução**

O tema deste artigo diz respeito à administração pública penitenciária. E seu objetivo consiste em analisar a responsabilidade dos administradores públicos quanto ao déficit de vagas decorrente da ineficiência administrativa, com enfoque a partir da teoria do garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli, teoria de base, e dos ensinamentos de Argemiro Cardoso Moreira Martins, teoria complementar, sobre a noção e atuação da Administração Pública no Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988.

Assim, a segunda seção do trabalho é dedicada, num primeiro momento, para discorrer sobre o arcabouço constitucional e infraconstitucional que regula o cumprimento da pena no Brasil, seguido do exame de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, quando apreciaram os dados e a situação do setor prisional, bem como o fenômeno da ineficiência administrativa e da baixa execução orçamentária de recursos públicos destinados ao custeio de obras no sistema penal.

Na terceira seção, aborda-se a teoria do garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli, para demonstrar que todos as ações, decisões e poderes do Estado devem promover e respeitar os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Além disso, também se dedica estudo aos ensinamentos de Argemiro Cardoso Moreira Martins, quando defende uma Administração Pública mais democrática, ou seja, com maior participação popular nas suas decisões, em alinhamento ao modelo de Estado Democrático de Direito idealizado pela Constituição de 1988.

---

\* *Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL (2018). Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2004). Relator da 3ª Câmara de Instrução do Tribunal de Ética e Disciplina - TED da OAB/SC. Membro da Comissão de Direitos Humanos - CDH da OAB/SC. Advogado com mais de 15 anos de atuação nos diversos ramos do Direito Público: Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Penal; e do Direito Privado: Civil, Consumidor, Família e Sucessões.*

A quarta seção é dedicada a análise dos dados e da situação do sistema prisional, bem como a responsabilidade dos agentes estatais, a partir do referencial teórico descrito na seção anterior.

Por fim, a partir do método indutivo e da técnica de exame bibliográfico, a quinta seção apresentará as considerações finais, em que se conclui que o Estado e seus agentes são os principais responsáveis pelo déficit de vagas e a situação desumana dos estabelecimentos penais. Diante disto, sugere que os agentes estatais sejam responsabilizados com maior rigor, dado que a ineficiência administrativa tem colaborado decisivamente para a violação dos direitos fundamentais dos presos. Além disso, sustenta-se que é preciso maior participação popular na administração pública penitenciária, como uma alternativa democrática para superação da ineficiência estatal junto ao sistema penal.

## **2. A Lei e os Dados da Realidade Penitenciária Nacional**

### *2.1 A legislação constitucional e infraconstitucional*

O estudo da administração pública penitenciária no Brasil inicia pela compreensão do tema a partir do arcabouço normativo, constitucional e infraconstitucional. O art. 24, inciso I, da Constituição Federal de 1988, por exemplo, define que a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre direito penitenciário. Ao passo que o art. 144, inciso VI, § 5º-A, da Constituição Federal de 1988 dispõe que:

Art. 144 A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019)

§ 5º-A Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019). (BRASIL, 1988, online).

Como se vê, a Emenda Constitucional nº 104, de 2019, ao reorganizar os órgãos estatais da segurança pública, previu que as polícias penais estão vinculadas ao órgão administrador do sistema penal. Inseriu-se no texto constitucional a figura do órgão administrador do sistema penal, contudo suas atribuições administrativas de gestão ficaram reservada para as leis infraconstitucionais, federais ou estaduais.

Além destes dispositivos constitucionais, o inciso XLVIII, do art. 5º, ainda expressa que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988, online). E o inciso XLIX, do mesmo artigo, estabelece que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988, online).

Com efeito, mais nenhum outro dispositivo constitucional trata do sistema penitenciário. Então, a Constituição Federal de 1988 apenas contempla que o órgão administrador do sistema penal é o responsável pela segurança dos referidos estabelecimentos. O texto constitucional não trata expressamente da responsabilidade pela administração dos estabelecimentos penais, matéria que ficou reservada para a legislação infraconstitucional.

As principais leis infraconstitucionais que tratam desse tema são o Código Penal - CP (Decreto Lei nº 2.848, de 07.12.1940) e a Lei de Execuções Penais - LEP (Lei nº 7.210, de 11.07.1984).

O Código Penal define em linhas gerais as características dos estabelecimentos penais para o cumprimento de pena. De acordo com o § 1º, do art. 33, do CP, existem os estabelecimentos para cumprimento de pena identificados como de segurança máxima ou média (as penitenciárias), que são destinadas aos presos do regime fechado. Os estabelecimentos penais para os presos do regime semiaberto são denominados de colônia penal, industrial ou similar. E existem os estabelecimentos penais para os presos do regime aberto, que são a casa do albergado ou estabelecimento adequado.

Ainda existem as cadeias municipais, porém estas não se destinam ao cumprimento de pena, mas sim a presos provisórios (não condenados, geralmente, presos em flagrante e etc.).

No tocante aos estabelecimentos penais para cumprimento de pena, o art. 37 do Código Penal em vigor expressa que as mulheres devem cumprir pena em estabelecimento penal próprio, “observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal [...]” (BRASIL, 1940, online). Além destes estabelecimentos, o art. 41 do Código Penal prevê que “o condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado” (BRASIL, 1940, online).

Portanto, para homens ou mulheres, devem existir os estabelecimentos penais de segurança máxima ou média (penitenciárias), as colônias agrícola ou industrial, a casa do albergado e os hospitais de custódia. Na falta de algum destes últimos, a lei autoriza a utilização de outros estabelecimentos adequados ou similares. Todos esses estabelecimentos, como exceção das cadeias municipais, compõem a estrutura do sistema penal para o cumprimento de pena no Brasil.

Por imposição constitucional, a administração dos estabelecimentos penais deve estar pautada no respeito à integridade física e moral dos presos, bem como assegurar condições adequadas de aprisionamento e que atendam às finalidades do cumprimento ou execução da pena. Neste sentido, o art. 1º, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984) expressa que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984, online). A função da execução penal possui uma finalidade legalmente orientada, qual seja, propiciar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado.

Diante disso, nosso interesse consiste em delinear a competência administrativa dos órgãos e agentes do sistema penitenciário, no intuito de compreender qual o grau ou dimensão da responsabilidade administrativa dos agentes estatais encarregados da administração prisional, pela ótica do direito administrativo. Não se trata de um enfoque de direito penal, ou seja, não será abordada a competência jurisdicional propriamente dita no processo de execução penal, como por exemplo a análise de pedidos de progressão de regime prisional, aplicação de sanções disciplinares, entre outros atos jurisdicionais.

Destarte, para o estudo da competência administrativa do sistema penal, ou seja, da competência de gestão administrativa dos estabelecimentos prisionais, é importante destacar que existem 8 (oito) órgãos da execução penal, a saber: o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; o Juízo da Execução; o Ministério Público; o Conselho Penitenciário; o Patronato; o Conselho da Comunidade e; a Defensoria Pública (art. 61, e incisos, da Lei nº 7.210/84).

Resumidamente, dentre as atribuições e competência de cada um destes órgãos, convém destacar os seguintes aspectos:

Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:

[...]

III - promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País;

[...]

VI - estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados;

VII - estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal;

VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento;

IX - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal;

X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

[...]

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

Art. 70. Incumbe ao Conselho Penitenciário:

[...]

II - inspecionar os estabelecimentos e serviços penais;

Art. 71. O Departamento Penitenciário Nacional, subordinado ao Ministério da Justiça, é órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Art. 72. São atribuições do Departamento Penitenciário Nacional:

[...]

I - acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o Território Nacional;

II - inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais;

III - assistir tecnicamente as Unidades Federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nesta Lei;

IV - colaborar com as Unidades Federativas mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais;

V - colaborar com as Unidades Federativas para a realização de cursos de formação de pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado.

Art. 80. Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.

Art. 81. Incumbe ao Conselho da Comunidade:

I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca;

[...]

IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

Art. 81-B. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública:

[...]

V - visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VI - requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal. (BRASIL, 1984, online).

Nos termos da lei, a competência para inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais é compartilhada entre o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Juiz da Execução, o Conselho Penitenciário e o Departamento Penitenciário Nacional. Os demais órgãos, entre eles, o Ministério Público, o Conselho da Comunidade e a Defensoria Pública são incumbidos de visitar os estabelecimentos penais, reservando-se à Defensoria Pública a competência para requerer a apuração de responsabilidade e, ainda, de requerer à autoridade competente a interdição do estabelecimento penal.

A Lei de Execuções Penais diz muito pouco sobre a competência de gestão administrativa do Diretor do estabelecimento prisional, reservando-se a tratar das aptidões necessárias para exercício do cargo, que são:

Art. 75. O ocupante do cargo de diretor de estabelecimento deverá satisfazer os seguintes requisitos:

I - ser portador de diploma de nível superior de Direito, ou Psicologia, ou Ciências Sociais, ou Pedagogia, ou Serviços Sociais;

II - possuir experiência administrativa na área;

III - ter idoneidade moral e reconhecida aptidão para o desempenho da função.

Parágrafo único. O diretor deverá residir no estabelecimento, ou nas proximidades, e dedicará tempo integral à sua função. (BRASIL, 1984, online)

Do exame destes dispositivos legais, percebe-se que apenas o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o Departamento Nacional Penitenciário é que possuem competências de gestão administrativa mais bem especificadas. Respectivamente, a estes dois órgãos competem sugerir metas e prioridades da política penitenciária, promover avaliação e adequações no sistema penal, bem como assistir tecnicamente ou colaborar com as Unidades Federativas para melhor atendimento dos fins da execução penal.

Em linhas gerais, são estes os principais dispositivos legais que regulam a administração do sistema penal para cumprimento de pena no Brasil.

## *2.2 Dados e Números do Sistema Penitenciário Nacional*

O cenário do sistema prisional brasileiro é bastante diversificado, na medida que além dos estabelecimentos prisionais federais, ainda existem as prisões estaduais, mantidas por cada uma das 27 unidades da federação. Os problemas enfrentados em cada Estado e no âmbito da União também são múltiplos. Existem problemas de ordem penal (violações aos direitos humanos dos presos), bem como problemas de gestão administrativa, como é exemplo o déficit de vagas no sistema prisional. Um quadro completo desta realidade multifacetada seria impossível de descrever neste pequeno trabalho.

Desse modo, concentra-se atenção para os dados e números relacionados ao déficit de vagas existente no sistema prisional brasileiro, uma vez que esse exame diz respeito diretamente à competência administrativa e de gestão destes estabelecimentos, a partir dos dados e informações disponibilizadas pela Departamento Penitenciário Nacional.

Após, será examinada decisão recente do Tribunal de Contas da União, que no âmbito de sua competência de controle externo identificou problemas de ineficiência administrativa e inexecução orçamentária de recursos do Fundo Penitenciário Nacional, que poderiam diminuir a situação do déficit no setor prisional. Por fim, serão abordadas duas decisões do Supremo Tribunal Federal - STF sobre a temática, para visualização do cenário penitenciário a partir do prisma constitucional delineado pelo STF.

Os dados e números do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, relativos ao período de julho a dezembro de 2019, realizado e divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional revelam que o país possuía uma população carcerária superior a 748 (setecentos e quarenta e oito mil) pessoas.

No ponto, vale trazer à baila que o art. 85, da Lei de Execução Penal, determina que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade” (BRASIL, 1984, online). Contudo, a realidade desafia a lei. Isto porque os dados do Departamento Penitenciário Nacional registram que existem apenas 442.349 (quatrocentos e quarenta e dois mil e trezentos e quarenta e nove) vagas nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Logo, existe um déficit de 312.925 (trezentos e doze mil e novecentos e vinte e cinco) vagas. Ao longo dos últimos anos, o déficit de vagas aumentou significativamente. Veja-se a seguinte figura:

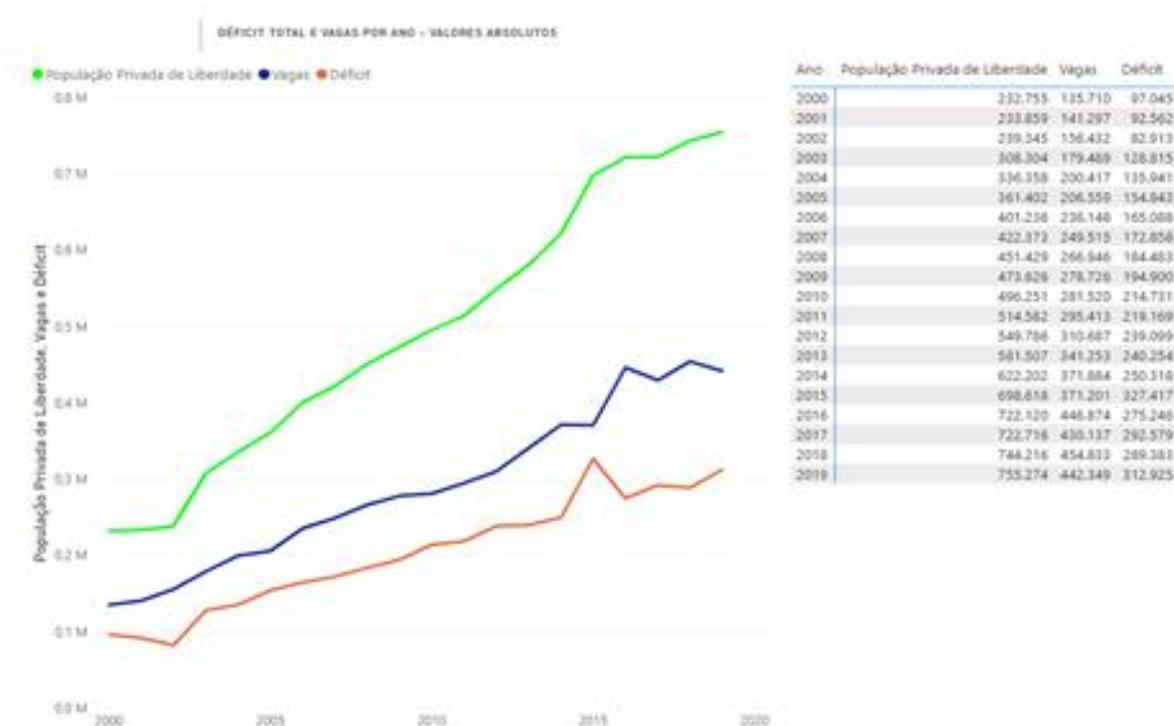


Figura 1 - Déficit total e vagas por ano - Valores absolutos  
Fonte: (INFPEN, 2019).

Como se vê, a abertura de novas vagas no sistema prisional não tem acompanhado o ritmo do encarceramento praticado no Brasil, ou seja, o país está prendendo muito mais pessoas do que abrindo novas vagas no sistema penal para adequada custódia destas pessoas. Ao que tudo indica, o déficit de vagas não está associado diretamente com ausência de recursos financeiros para custeio da abertura de novas vagas. Neste sentido, veja-se que o Tribunal de Contas da União identificou que “os repasses obrigatórios do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) às unidades federativas são utilizados de forma ineficiente pelo sistema prisional” (TCU, 2019, online). De acordo com o TCU:

A ineficiência do setor foi constatada principalmente a partir do baixo volume de execução das despesas. Em relação aos doze estados analisado na auditoria, verificou-se, em setembro de 2018, que havia expectativa de conclusão de apenas cinco obras custeadas com recursos repassados em 2016 e 2017, enquanto a previsão inicial era de cinquenta e cinco empreendimentos.

Em termos financeiros, as doze unidades fiscalizadas receberam, em dezembro de 2016, R\$ 383 milhões para criação de vagas, mas executaram apenas 7,2% desse valor até setembro de 2018. As principais causas para a baixa utilização dos recursos disponíveis foram atrasos nos cronogramas dos empreendimentos, carência de planejamento do setor, deficiências administrativas das UFs e lentidão na análise de processos por parte do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Essa baixa execução orçamentário-financeira, aliada ao reduzido nível de investimentos das unidades federativas, resultou em baixo volume de investimentos no setor em geral. Em 2017, por exemplo, os investimentos alcançaram apenas 3% do total de despesas, o que contribuiu para a falta de crescimento do número de vagas no sistema. Em setembro de 2018, somente 6,7% das vagas previstas com recursos relativos àquele exercício foram criadas (TCU, 2019, online).

O resultado da auditoria realizada pelo TCU revela um cenário de ineficiência administrativa, caracterizado por atrasos nos cronogramas de obras, carência de planejamento, deficiências administrativas e lentidão na análise de processos por parte do Departamento Penitenciário Nacional. Nestas ocasiões, o Tribunal de Contas da União expediu determinações e recomendações aos agentes envolvidos com o sistema penitenciário nacional. Dentre as deliberações contidas no Acórdão 1.542/2019-TCU-Plenário, destacam-se as determinações ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, para obrigar (ou apenas recomendar) que o órgão adote as seguintes condutas:

i) exija dos entes subnacionais, como condição para os repasses do Funpen destinados à construção, reforma, ampliação e ao aprimoramento de estabelecimentos penais, que elaborem estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental e de plano de aplicação, conforme estabelece a Lei Complementar 79/1994; e ii) realize verificações anteriores ao repasse dos recursos, com vistas a assegurar a aderência do plano de aplicação aos critérios de aceitabilidade de custos de vagas. (TCU, 2019b, online).

A partir de outra abordagem, o Supremo Tribunal Federal já examinou esse fenômeno da baixa execução orçamentário-financeira dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional. No ano de 2015, por ocasião do julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 347, o Tribunal deferiu a medida cautelar pretendida, “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, 2015, online).

Além disso, ao examinar os dados da superlotação carcerária, os ministros da Suprema Corte entenderam que o sistema penitenciário nacional configura um “estado de coisas inconstitucional”. Consta da ementa do acórdão proferido no julgamento da referida ADPF 347:

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. [...]. (STJ, 2015, online).

Note-se que dois Tribunais brasileiros, cada um no âmbito de sua jurisdição e competência, identificaram o fenômeno da baixa execução orçamentário-financeira dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional, os quais poderiam ter sido utilizados para a abertura de novas vagas no sistema penitenciário. O Tribunal de Contas da União, no julgamento examinado anteriormente, destacou problemas de ineficiência administrativa que resultaram em baixa execução orçamentária. E o Supremo Tribunal Federal apreciou situação de contingenciamentos, ou seja, a administração pública decidiu não utilizar os recursos financeiros que poderiam reduzir o déficit de vagas e amenizar a superlotação carcerária.

A discricionariedade do ato administrativo no campo da administração penitenciária precisa considerar que existe um cenário de “violação massiva de direitos fundamentais” nos estabelecimentos prisionais, diretamente atrelada às condições desumanas e degradantes das prisões e penitenciárias no Brasil. Neste contexto, o Estado, que possui o dever de custódia do preso, não pode deixar de aplicar (ou aplicar de modo insuficiente) os recursos financeiros disponíveis no Fundo Penitenciário, criado especificamente para atendimento das necessidades do sistema prisional.

Não há dúvidas que o Estado é o principal responsável pela política de aprisionamento crescente e indiscriminada praticada por suas forças policiais ou órgãos de justiça penal. Conseqüentemente, o Estado precisa assegurar e garantir a adequada custódia dos presos, ou seja, está obrigado ao cumprimento da lei e da Constituição, quando impõem que o cumprimento da pena deve ocorrer em um ambiente prisional adequado e que preserve a dignidade e a integridade física e moral dos presos. Assim, o Estado precisa implementar ações concretas para resolução do déficit de vagas do sistema prisional, sob pena de ser judicialmente obrigado a fazê-las.

Sobre essa tema, aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, dotado de repercussão geral, assentou que os direitos constitucionais dos presos não são meras normas programáticas, razão pela qual o Poder Judiciário possui competência jurisdicional para determinar a execução de obras emergenciais em estabelecimentos penais, uma vez que não existe “ofensa ao princípio da separação dos poderes e desdobramento dos limites da reserva do possível” (STF, 2015b, online).

Neste sentido, colhe-se da ementa do referido acórdão: “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” (STF, 2015b, online). Com efeito, o Supremo Tribunal Federal entendeu que é a “supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial” (STF, 2015b, online). No voto do Relator, restou consagrado que o disposto no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal de 1988 não é norma programática, ao contrário, trata-se de dispositivo constitucional que possui eficácia plena e aplicabilidade imediata. Veja-se:

Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, se necessário.

Segundo assentei em sede acadêmica, os direitos individuais, institucionalizados há mais de trezentos anos, além de claramente exteriorizados, por meio de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, encontram-se protegidos por uma série de garantias bem definidas, que pouco variam de um sistema jurídico para outro.

Assim, **contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido**, penso que **não se está diante de normas meramente programáticas. Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública.**

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção. (STF, 2015b, online).

Como dito, este caso foi julgado em sede de repercussão geral, diante do reconhecimento da existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassavam os interesses subjetivos do processo. Na deliberação plenária da Corte Suprema, apenas deixou de votar o Ministro Teori Zavascki, por motivo de ausência justificada. Os demais Ministros, à unanimidade, aprovaram a seguinte tese de julgamento:

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 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 de poderes. (STF, 2015b, online).

Diante do reconhecimento da repercussão geral atribuída ao tema, juízes e tribunais estão obrigados a seguir o entendimento judicial acima reproduzido, no sentido de que é possível ao Poder Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer consistente na realização de medidas ou obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Assim, sendo comprovado o caráter emergencial do pedido de obras, por exemplo, o Poder Judiciário pode condenar o Estado em obrigação de fazer, exceto se ficar demonstrado que não se trata de pedido emergencial, hipótese em que se pode discutir se seria legítima ou não a intervenção judicial.

Embora o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal seja um passo importante para a superação do trágico cenário penitenciário brasileiro, diante da tese de julgamento aprovada, para o problema estrutural do déficit de vagas existente atualmente no país a decisão apenas resolveu uma situação pontual. Não resolve o cenário de ineficiência administrativa e baixa execução orçamentária-financeira de recursos que poderiam ser aplicados no setor, como revelou o Tribunal de Contas da União, quando do julgamento das contas do Governo Federal referentes ao exercício de 2019.

A mudança desse quadro está no campo da política e da administração pública. Mas para que seja possível alcançar resultados satisfatórios, exige-se que a administração penitenciária seja conduzida à luz de uma teoria de base que reconheça a eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais dos presos, em especial o direito à dignidade e ao respeito à sua integridade física e moral, com o propósito de permitir o desenvolvimento de novas formas de gestão da administração penitenciária e, sobretudo, de responsabilização dos agentes estatais envolvidos.

### **3. A Teoria do Garantismo Constitucional e a noção de Administração Pública no Estado Democrático de Direito**

A identificação de um cenário de baixa execução orçamentário-financeira de recursos do Fundo Penitenciário Nacional revela que o problema do déficit de vagas nos estabelecimentos prisionais não está exclusivamente atrelado à ausência de recursos financeiros. Ao contrário, existiam recursos, mas foram contingenciados ou não executados. Isso aponta para uma questão de prioridades políticas. Na prática, o administrador público responsável pela área decidiu que não era prioritário a utilização dos recursos destinados para tal finalidade, ou então foram encontradas outras dificuldades, comumente relacionadas com ineficiência administrativa. Certamente que a falta de uma responsabilização mais séria ou rigorosa para o administrador público nesse campo é um fator que favorece a prorrogação de uma solução eficaz para o problema. Além disso, há um problema social, caracterizado pela compreensão equivocada de muitos (em especial do senso comum, mas também compartilhada por muitas autoridades) no sentido de que “bandido bom é bandido morto”.

Nas campanhas eleitorais, por exemplo, a situação dos presos dificilmente é tratada nos debates políticos. E comumente a instalação de uma nova unidade penitenciária sofre resistências da população local. Não importa muito qual seja o motivo para o negligenciamento da situação penitenciária no país, o mais relevante é reexaminar o tema com suporte em uma teoria constitucional que esteja alinhada com os postulados do Estado democrático de direito idealizado pela Constituição Federal de 1988.

De tal modo que no caso específico da questão penitenciária, nossa abordagem inicia-se com a compreensão da teoria formulada por Luigi Ferrajoli, quando propõe um modelo garantista de moderna democracia constitucional. Para o referido autor, nos últimos séculos foram desenvolvidos três paradigmas ou modelos teóricos de direito, que estão identificados com as experiências históricas de seus tempos (FERRAJOLI, 2015, p. 17), quais sejam, os paradigmas jurisprudencial, legislativo e constitucional.

A respeito de cada um deles, rapidamente, registre-se que o paradigma jurisprudencial seria característico da “experiência histórica do direito romano e do direito comum até a idade das codificações”, época em que as noções de “existência e validade

das normas do direito comum, além das derrogações constituídas pelo direito estatutário dependiam, em outras palavras, da sua *substância* ou conteúdo prescritivo” (FERRAJOLI, 2015, p. 18). De acordo com Ferrajoli,

a lógica, de fato, era interna e não externa ao sistema jurídico. *Veritas non auctoritas facit legem*: é a verdade, isto é, a intrínseca justiça ou racionalidade, a norma de reconhecimento das normas jurídicas de acordo com este modelo. Por isso a confusão entre direito e moral, ou mesmo entre validade e justiça. (FERRAJOLI, 2015, p. 18)

O paradigma legislativo, por sua vez, configura-se a partir da “[...] consolidação do monopólio estatal da produção normativa” (FERRAJOLI, 2015, p. 19). Neste modelo, “[...] cuja norma de reconhecimento é o *princípio da legalidade*, as normas existem muito mais pelo fato de que são produzidas do que pelo fato de serem deduzidas” (FERRAJOLI, 2015, p. 19). Assim, no paradigma legislativo

a existência e a validade das normas são, de fato, neles reconhecíveis com base na sua *forma* de produção, e não com base em seus conteúdos. *Auctoritas, non veritas facit legem*: já não é a autoridade dos doutores, tampouco a intrínseca justiça ou racionalidade das normas, mas a autoridade de suas fontes, que embasa a pertinência de uma norma jurídica a determinado ordenamento. Daí a separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, que nada mais é senão um corolário do princípio da legalidade: se a existência das normas depende unicamente da sua positividade, podem muito bem existir normas positivadas que sejam injustas e que, todavia, existentes, bem como normas justas que, porém, não são positivadas e, por isso, são inexistentes. A possível injustiça das normas é o preço que se paga pelos valores da certeza do direito, da igualdade perante a lei, da liberdade contra o arbítrio e da submissão dos juízes ao direito assegurados por tal modelo (FERRAJOLI, 2015, p. 19).

No que tange ao paradigma constitucional, Ferrajoli explica que o seu surgimento ocorreu no período pós Segunda Guerra Mundial, diante da difusão na Europa “das constituições rígidas como parâmetros de validade do direito vigente” (FERRAJOLI, 2015, p. 20). No modelo constitucional, a existência ou a vigência das normas continua dependente da sua forma de produção, ou seja, o princípio da legalidade formal ainda é uma norma de reconhecimento, porém a validade das normas dependerá da sua substância ou conteúdo. Nesse caso, a norma de reconhecimento então será o princípio da legalidade substancial, “que vincula coerência com os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos” (FERRAJOLI, 2015, p. 20). Desse modo, Ferrajoli explica que

À separação e diferenciação externa entre justiça e validade, acrescenta-se, assim, a diferenciação interna entre validade e existência: podem muito bem existir, nos atuais ordenamentos constitucionais,

normas existentes pelo fato de terem sido produzidas em conformidade com normas formais sobre a sua produção e, apesar disso, inválidas porque em contraste com a constituição. Com os princípios e direitos fundamentais por esta estabelecidos estipulou-se, de fato, como um solene “nunca mais” aos horrores dos totalitarismos, aquela que chamei de *a esfera do não decidível*: aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela constituição. (FERRAJOLI, 2015, p. 20)

No paradigma constitucional, tem-se o surgimento do Estado constitucional de direito, com a substituição das representações ideológicas fascistas dos períodos anteriores pela “explícita positivação, no pacto constitucional, dos fundamentos e da razão de ser do artifício estatal” (FERRAJOLI, 2015, p. 22), quais sejam, “de um lado, as formas representativas da democracia política e a separação dos poderes, de outro, os direitos fundamentais impostos às decisões políticas enquanto limites e vínculos de substância” (FERRAJOLI, 2015, p. 22). Com efeito, o “fundamento axiológico e a razão social de todo o artifício jurídico e institucional se identificam com a garantia do conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos” (FERRAJOLI, 2015, p. 22).

Conforme adverte Ferrajoli, o paradigma constitucional não despreza o critério formal de produção de normas, tão fundamental no paradigma legislativo, porém se diferencia deste último “pela novidade estrutural e pela normatividade forte associadas ao paradigma constitucional configurado como um sistema de garantias, isto é, de limites e de vínculos jurídicos impostos ao exercício de qualquer poder como condição de sua legitimidade” (FERRAJOLI, 2015, p. 24).

Portanto, todos os poderes do Estado estão vinculados à pauta impositiva dos direitos fundamentais dispostos na Constituição vigente. Nestes termos, Luigi Ferrajoli propõe denominar sua teoria de garantismo constitucional, em que o termo “garantismo” passa a significar “um modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos a eles impostos para a garantia dos direitos, primeiramente, dentre todos, os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição” (FERRAJOLI, 2015, p. 30).

A partir do garantismo constitucional defende-se a ideia da democracia constitucional ou substancial, que apesar de preservar alguns dos traços característicos da democracia liberal ou formal então predominante no paradigma legislativo, incorpora novos critérios para a validade das normas e decisões estatais, consistente na exigência de que seus conteúdos ou significados sejam coerentes com os princípios e direitos constitucionais estabelecidos. Neste sentido, Ferrajoli assinala que na democracia constitucional,

Exatamente como no velho paradigma do Estado legislativo de direito, as condições da validade formal continuam a se identificar com as condições da democracia formal, sendo umas e outras satisfeitas pela conformidade das decisões produzidas com as regras que determinam as suas formas democráticas: precisamente o “quem” (as normas de competência que atribuem os poderes legislativos e de governos a órgãos representativos, e aquelas sobre a autonomia negocial dos sujeitos capazes de agir) e o “como” (as normas procedimentais sobre o sufrágio universal e sobre o princípio da maioria, e aquelas sobre as formas dos negócios privados) da sua produção. Mas, junto com a validade formal, repito, o paradigma constitucional exige também uma validade substancial, correspondente àquela que podemos chamar de democracia substancial, uma e outra satisfeitas pela coerência do “que coisa”, ou seja, aos significados ou da substância das decisões produzidas, com os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos (FERRAJOLI, 2015, p. 55).

No modelo garantista de Luigi Ferrajoli, a noção de democracia pode ser concebida em quatro dimensões: “política, civil, liberal e social, as duas primeiras formais, e as outras duas substanciais - correspondentes às quatro classes nas quais se podem distinguir todos os direitos fundamentais: direitos políticos, direitos civis, direitos de liberdade e direitos sociais” (FERRAJOLI, 2015, p. 55-6).

Em sendo assim, entende-se que a teoria de Luigi Ferrajoli constitui um instrumental teórico adequado para o exame da questão penitenciária no Brasil pós Constituição de 1988, pois no centro dessa discussão estão, de um lado, os direitos fundamentais dos presos e, de outro, o dever estatal de custódia prisional como um desdobramento das competências e atribuições administrativas do Estado junto ao sistema penal.

Com base na teoria de Luigi Ferrajoli é possível afirmar o Estado brasileiro não pode deixar de aplicar recursos do Fundo Penitenciário Nacional para a melhoria do sistema prisional, comprovadamente degradante e superlotado. No campo da gestão administrativa dos estabelecimentos penais, a Administração Pública precisa ser eficiente e, sobretudo, cumprir a Constituição e as leis que regulam a execução da pena no Brasil.

Um cenário de desatendimento dos direitos fundamentais dos presos não é compatível com os postulados do Estado constitucional de direito. A falta de responsabilização efetiva ou rigorosa dos agentes públicos responsáveis pelo setor prisional é um sintoma da incompreensão dos valores e direitos fundamentais do Estado democrático de direito inaugurado pela Constituição de 1988, que também dedica especial atenção para a atuação da Administração Pública, órgão que representa o Poder Executivo e assim como os demais poderes da República também deve irrestrito cumprimento ao texto constitucional e às leis vigentes.

Para um rápido exame do papel da Administração Pública brasileira no contexto do paradigma constitucional identificado por Luigi Ferrajoli, antes de tudo é necessário compreender um pouco o conceito de administração pública e os critérios de sua atuação no Estado democrático de direito, segundo os ensinamentos de Argemiro Cardoso Moreira Martins. Em artigo dedicado ao tema, o autor ressalta que “a noção de Administração Pública surge originalmente em contraposição à idéia de interesses privados” (MARTINS, 2014, p. 189). Enquanto os indivíduos são livres para procurarem a satisfação dos seus interesses pessoais, os interesses gerais ou públicos são atribuídos ao poder público, incumbido do dever de satisfazê-los, motivo pelo qual é até dotado de uma série de prerrogativas face aos interesses dos particulares (MARTINS, 2014, p. 189). Em contrapartida, exige-se que estas prerrogativas sejam utilizadas dentro dos estritos ditames da lei e somente para a “garantia dos direitos dos próprios administrados” (MARTINS, 2014, p. 190).

Consoante ensina Argemiro Cardoso Moreira Martins normalmente “a expressão **Administração Pública** é utilizada em dois sentidos básicos: ora ela define os órgãos que a integram, ora ela se reporta às suas funções” (MARTINS, 2014, p. 188). Neste sentido, “é Administração Pública, por exemplo, tanto o serviço de coleta de lixo quanto o órgão público que o executa” (MARTINS, 2014, p. 188). E com relação ao nosso tema de estudo, pode-se afirmar que é Administração Pública tanto o serviço de custódia do preso, quanto os órgãos públicos que o executam.

Ao longo dos últimos séculos, as ideias que conceituaram Administração Pública foram influenciadas por cada um dos três paradigmas antes destacados, períodos que Argemiro Cardoso Moreira Martins identifica com o Estado liberal, Estado Social e Estado democrático de direito. Em cada um destes períodos, a função executiva e administrativa foi definida conforme os ideais próprios de cada um destes momentos, sendo que na atualidade a Administração Pública está situada no plano do ideário político e jurídico do Estado constitucional ou democrático de direito, na expressão adotada pelo texto constitucional em vigor.

As implicações deste modelo não podem ser ignoradas. E uma de suas principais inovações para a noção de administração pública (e para o direito administrativo - campo teórico e jurídico que a compreende) reside sobretudo no seu componente “democrático”, acrescido pela Constituição de 1988 e que não deve ser restringido apenas ao momento de escolha dos representantes políticos que irão desenvolver as ações e decisões da Administração Pública. De acordo com Argemiro Cardoso Moreira Martins, o componente democrático conclama por maior participação dos administrados nos atos e decisões da Administração Pública:

[...] a noção de Estado Democrático de Direito implica na maior participação dos administrados na gestão das políticas públicas de saúde, educação, trabalho, etc. O ponto central é justamente o de que o afetado pela decisão da Administração Pública deverá tomar parte

nessa mesma decisão. O grau de participação, o mecanismo de participação ou a forma como serão consultados é uma questão que dependerá das peculiaridades e circunstâncias das questões públicas. (MARTINS, 2014, p. 206)

A ideia do autor é que as ações e decisões da Administração Pública sejam de algum modo compartilhadas com os administrados (principais interessados), para que seja possível lograr maior sucesso na implementação das políticas públicas prioritárias, quais sejam, aquelas que promovem os direitos fundamentais asseguradas na Constituição Federal de 1988. De acordo com Argemiro Cardoso Moreira Martins,

No âmbito da Constituição brasileira o princípio do Estado Democrático de Direito, inscrito logo em seu art. 1º, implica na inclusão dos administrados no âmbito da esfera consultiva e decisória da Administração Pública. Vejamos os seguintes exemplos. A Constituição determina que, no âmbito da seguridade social, a administração descentralizada e o “caráter democrático” mediante a participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados nos órgãos colegiados (art. 194, VII). Além disso, a Constituição também determina a “participação da comunidade” na determinação das ações e serviços públicos de saúde (art. 198, III). Também no âmbito das ações governamentais na área da assistência social, a Constituição assegura a “participação da população, por meio das organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis” (art. 204, II).

No âmbito infraconstitucional, a lei 9.433/1997 prevê a participação dos usuários e da comunidade na gestão dos recursos hídricos (art. 1º, VI), prevendo especificamente a participação dos representantes dos “usuários” e das “organizações civis” no âmbito do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (art. 34, III e IV) e também nos comitês locais de bacias hidrográficas (art. 39, IV e V). (MARTINS, 2014, 207-208).

Esses exemplos de participação popular, ademais, estão em consonância com o parágrafo único do art. 1º do texto constitucional vigente, que expressa claramente que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]” (BRASIL, 1988, online). No paradigma constitucional e diante da consagração do Estado Democrático de Direito pela Constituição brasileira de 1988, entende-se que é urgente que os mecanismos de participação popular sejam ampliados e fortalecidos nas áreas que já funcionam minimamente, para congregar cada vez a participação popular na definição das políticas públicas e decisões estatais. No âmbito da administração penitenciária, por exemplo, a participação popular poderia constituir uma alternativa para tentar melhorar a eficiência administrativa do Estado junto ao setor, o que será abordado no capítulo seguinte.

#### **4. A Responsabilidade do Estado e de seus Agentes pela Ineficiência Administrativa junto ao Sistema Prisional**

Conforme expressa a teoria de Luigi Ferrajoli, o fundamento axiológico e a razão social do Estado e suas instituições se coadunam com a garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. A Constituição Federal de 1988, como visto, inseriu no rol de direitos e garantias fundamentais por ela consagrado a previsão expressa de que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988, online). Em que pese a clareza do dispositivo constitucional em destaque, ainda assim foi preciso que o Supremo Tribunal Federal declarasse expressamente o seu caráter de direito fundamental, diante de interpretações de juízes e Tribunais que o identificavam como norma programática.

Como visto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, dotado de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal assentou que é lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente em medidas ou execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, haja vista que o respeito à integridade física e moral dos presos constitui direito fundamental de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Esse julgamento do Supremo Tribunal Federal, em que pese focado na interpretação constitucional do disposto no inciso XLIX, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, contribui decisivamente para a superação de um longo debate doutrinário e jurisprudencial acerca da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais. Sob forte inspiração do paradigma legislativo, a doutrina e jurisprudência nacional seguiam afirmando o caráter meramente programático das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais. Afirmava-se que o princípio da separação de poderes e o argumento da reserva do possível proibiam ao Poder Judiciário impor à Administração Pública qualquer obrigação de fazer, independentemente de haver situação violadora de direito fundamental.

Porém, a partir de então o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Poder Judiciário, assim como o próprio Poder Executivo, possui o dever constitucional de proteção dos direitos fundamentais dos presos. Logo, um poder constitucional (o poder judiciário) pode exigir que o outro poder igualmente constitucional (o poder executivo) adote providências concretas para concretização destes direitos fundamentais. Mas o fato de o Supremo Tribunal Federal ter realizado esse julgamento, o que se entende como algo positivo, o certo é que o caso revela um aspecto negativo dessa temática, que é a persistente situação de ineficiência administrativa estatal junto ao setor prisional.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, procurou afastar uma incompreensão generalizada acerca da eficácia plena e aplicabilidade imediata do direito fundamental

traduzido no inciso XLIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, como tantos outros previstos no texto constitucional em vigor.

No espectro da responsabilidade administrativa dos agentes políticos e públicos envolvidos com o sistema penal, o cenário não é muito diferente. Apesar da identificação de condutas de ineficiência administrativa, o Tribunal de Contas da União apenas expede recomendações, sequer aplica multa aos responsáveis pelo déficit de vagas no sistema prisional.

Neste sentido, veja-se que no julgamento do processo nº 018.177/2020-4, referente à prestação de contas da Presidência da República do exercício de 2019, o TCU ressaltou a que realizou auditoria sobre a regularidade e o desempenho dos repasses obrigatórios de recursos do Fundo Penitenciário Nacional às unidades da federação, com objetivo de “verificar em que medida essas transferências têm atendido às necessidades estruturais do sistema penitenciário nacional”. Como resultado, o TCU pontuou que

Verificaram-se atrasos sistemáticos na execução de obras e falta de ações articuladas por parte dos atores estatais em direção a maior eficiência na gestão dos recursos públicos. De forma mais específica, atrasos nos cronogramas dos empreendimentos, carência de planejamento do setor, deficiências administrativas das unidades da Federação (UFs), lentidão do Depen na análise de processos, pedidos de alteração de planos de aplicação, baixa execução orçamentário-financeira e baixo volume de investimentos são alguns dos problemas retratados na auditoria. (TCU, 2019, online).

Contudo, no julgamento de contas em tela, o Tribunal de Contas da União apenas expediu determinações e recomendações ao Ministério da Justiça e Segurança Pública para adoção de providências destinadas à melhoria dos processos no setor prisional. Embora se reconheça a utilidade e a importância deste tipo de auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União, percebe-se que ela não é suficiente para obrigar que os administradores públicos responsáveis solucionem os principais problemas do setor, em especial o déficit de vagas e a consequente superlotação das prisões.

Não há dúvidas de que a ineficiência administrativa do Estado no setor prisional é um dos principais fatores que colaboram para o “quadro de violação massiva persistente de direitos fundamentais” (STF, 2015, online) dos presos. Na democracia constitucional, todos os Poderes estão vinculados ou devem trabalhar em prol da promoção real e concreta dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. O Tribunal de Contas da União tem um papel importante nessa missão, na medida que fiscaliza os atos do poder executivo, ou seja, exerce o controle externo da Administração Pública. A teoria do garantismo constitucional, aplicada no bojo da competência constitucional e legal do Tribunal de Contas da União, autoriza que

aquela corte de controle seja mais rigorosa na proposta conclusiva dos seus julgamentos.

Dito de outro modo, se as auditorias do Tribunal de Contas da União estão verificando falhas administrativas sistemáticas, impõe-se que os agentes estatais responsáveis sejam penalizados. A expedição de mera recomendação ou determinação não é compatível com um quadro de ineficiência administrativa que prejudica diretamente a eficácia plena e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais dos presos.

Qualquer cenário de descumprimento dos direitos fundamentais é prejudicial à democracia. Mas o descumprimento do direito fundamental que assegura aos presos respeito à sua integridade física e moral é um pouco mais grave. É que no plano dos direitos fundamentais, a omissão estatal em prover vagas ou condições dignas de habitação no sistema prisional não pode ser tolerado como ocorre quanto ao dever estatal de promover educação ou saúde - embora ambos devessem ser providos com igual eficiência. Com esta singela comparação, o que se deseja é destacar que se o Estado está obrigado a perseguir a realização de todos os direitos fundamentais, ele está duplamente obrigado a atender os direitos fundamentais das pessoas presas, porque do contrário se estaria legitimando o arbítrio estatal na seara da execução penal. Trata-se de um dever estatal irrecusável e que decorre diretamente das prerrogativas de força e violência do Estado, elementos do poder punitivo que não podem ser exercidos sem o integral e fiel respeito à lei e à Constituição.

Não se trata de eleger qual seria o direito fundamental mais prioritário ou importante, mas tão-somente de compreender que se o Estado não oferece prisão conforme determinado pela lei, ele não poderia praticar uma política de encarceramento em massa, a qual vem crescendo ano a ano sem que as vagas prisionais sejam criadas em idêntico compasso. Essa tolerância institucional para o problema da situação carcerária desafia as regras do Estado Democrático de Direito, constitui grave violação da ordem jurídica constitucional.

No campo da administração penitenciária, à luz da teoria do garantismo constitucional, o cenário experimentando ao longo dos anos sugere que convivemos num quadro de democracia formal, pois as normas constitucionais que dão validade às ações e decisões política no campo do sistema penal são sistematicamente descumpridas ou ignoradas pelos órgãos da Administração Pública, sem que qualquer autoridade tenha sofrido alguma responsabilização mais rigorosa.

Veja-se a situação que envolve os recursos do Fundo Penitenciário Nacional, que já foi observada tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Tribunal de Contas da União. O Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 07.01.1994. Nos termos do art. 1º, da referida lei, o fundo foi instituído no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública e é gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional, tendo por “finalidade proporcionar recursos e meios

para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional” (BRASIL, 1994, online).

O art. 3º, inciso I, da Lei Complementar nº 79/94, estabelece que os recursos do fundo penitenciário serão ser aplicados em “construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais” (BRASIL, 1994, online), dentre outras destinações previstas nos incisos seguintes. Ao passo que a composição financeira do fundo penitenciário é proveniente de dotações orçamentárias da União, entre outras fontes de recursos, conforme definem o art. 2º, incisos I a X, da lei que criou o Fundo Penitenciário Nacional.

Ao tempo que o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 347, no ano de 2015, a lei em questão não proibia a realização de contingenciamento de recursos do fundo penitenciário. Atualmente, porém, a legislação prevê que “é vedado o contingenciamento de recursos do Funpen”, alteração legislativa inicialmente realizada em 2017, por meio da Medida Provisória nº 781, que depois foi substituída pela Lei nº 13.500, do mesmo ano. Também depois do referido julgamento, mais precisamente desde o ano de 2016, foi incluído o § 5º ao art. 3º da lei do Fundo Penitenciário Nacional, que tornou obrigatório que no mínimo 30% (trinta por cento) dos recursos do fundo serão aplicados nas atividades de construção, reforma, ampliação e aprimoramento dos estabelecimentos penais.

Como se vê, a legislação em vigor estabelece percentuais obrigatórios para custeio de obras em estabelecimentos penais. O que tem faltado é eficiência administrativa na gestão destes recursos financeiros, na esteira dos últimos julgamentos de auditoria realizados pelo Tribunal de Contas da União, que revelaram um cenário de baixa execução orçamentário-financeira dos recursos do fundo penitenciário nacional. Apenas lembrando os dados informados pelo TCU, explicitados anteriormente, de um total de R\$ 383 milhões que foram repassados no ano de 2016 para doze unidades da federação, apenas 7,2% desse valor foram executados até setembro de 2018. Ou seja, a ineficiência estatal é um fator que colabora decisivamente para o déficit de vagas do sistema prisional brasileiro.

A falta de eficiência administrativa junto a um setor que o Supremo Tribunal Federal qualificou como estado de coisas inconstitucional torna indispensável que se analise com maior atenção essa situação pela ótica do direito administrativo e da responsabilização administrativa dos agentes públicos.

De saída, convém pontuar que no plano legal, a administração pública deve obedecer ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988). O princípio da eficiência foi introduzido no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 19, de 1988, responsável pela reforma administrativa. Assim, sobre um conceito de eficiência, note-se que “como assinalam Sérgio Cademartori, Luiz Henrique Cademartori e Francisco Duarte: ‘O eixo principal da reforma [administrativa] gira em

torno do conceito de eficiência, ou seja, do conceito de qualidade do serviço dentro do referencial econômico”. (MARTINS, 2014, p. 214).

Em que pese o interminável debate acerca do tema, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) prevê como ato de improbidade administrativa o descumprimento dos princípios da Administração Pública previstos na Constituição de 1988. No entanto, antes de qualquer consideração sobre a razoabilidade de uma punição por ato de improbidade administrativa, é importante apreciar o tema da competência de fiscalização dos estabelecimentos prisionais.

Novamente, percebe-se que a legislação não é ruim. Como mencionado anteriormente, diversos órgãos da estrutura orgânica da execução penal possuem competência para fiscalização dos estabelecimentos prisionais. Órgãos internos, ou seja, diretamente envolvidos na administração penitenciária (ex. o Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária e o Departamento Penitenciário Nacional) e outros órgãos externos, isto é, que não integram a estrutura organizacional da administração pública penitenciária (por exemplo, o Ministério Público e a Defensoria Pública).

Existe ainda a figura do Juiz da execução penal, a quem também compete inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, devendo inclusive promover a interdição do estabelecimento e a apuração de responsabilidade nos casos de funcionamento inadequado ou infringência da lei de execução penal (art. 66, incisos VII e VIII, da Lei nº 7.210/84).

Além destes, a lei previu um órgão consultivo e fiscalizador integrado por membros da sociedade civil (professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas), nomeados pelo Governador do Estado, do Distrito Federal ou Territórios. Trata-se do Conselho Penitenciário, órgão que é incumbido de inspecionar os estabelecimentos e serviços penais, estando obrigado, ademais, a apresentar relatório anual dos trabalhos realizados no exercício anterior ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

E finalmente foi previsto o Conselho da Comunidade, que é outro órgão da execução penal composto por membros da sociedade, no caso, por no mínimo um representante de associação comercial ou industrial, um advogado, um defensor público e um assistente social (art. 80, da Lei nº 7.210/84). Diferentemente dos demais, a lei atribuiu a este órgão apenas a incumbência de visitar mensalmente os estabelecimentos penais, silenciando quanto a uma competência de fiscalização propriamente dita. Contudo, na prática, uma visita pode resultar ou traduzir uma fiscalização, acaso identificado alguma ilegalidade.

Em que pese a ampla competência para fiscalização dos estabelecimentos prisionais, somente o Ministério Público estaria legitimado para promover a responsabilização desses agentes por algum ato de improbidade por motivo de ineficiência administrativa junto ao setor prisional. Na realidade, contudo, não se tem notícias acerca da

condenação de administradores públicos por motivo semelhante, nem seria uma solução definitiva para o problema, pois a punição não resolveria a situação de déficit de vagas, nem alteraria a situação degradante e precária dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Veja-se que apesar do STF proibir contingenciamentos de recursos do Fundo Penitenciário Nacional, e que depois resultou na melhoria da lei, na prática os agentes estatais simplesmente deixam de executar os recursos disponíveis no citado fundo. Ou seja, praticam um contingenciamento disfarçado de baixa execução orçamentária. Agem como se fossem livres para descumprir os direitos fundamentais dos presos, como se a Constituição nada dissesse a respeito.

No plano judicial, por enquanto, o caminho mais favorável são as ações civis públicas, com pedido de obrigação de fazer, na esteira da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Não é a melhor alternativa, evidentemente, porém é a única que pode exigir uma ação pontual por parte da Administração Pública em presídios inadequados, dado que a situação caracteriza inequívoca violação de direitos fundamentais. Como ensina Luigi Ferrajoli, o respeito à integridade física e moral dos presos está compreendido na esfera do não decidível, isto é, daquilo que nenhuma maioria ou o Estado pode deixar de decidir, dito de outro modo, o Estado não pode deixar de implementar ações ou executar recursos para impedir que os direitos fundamentais dos presos sejam simplesmente violados pela própria conduta omissiva ou ineficiente do Estado.

Talvez se o Ministério Público passasse a entender que os direitos fundamentais dos presos devem ser respeitados, como previsto na Constituição Federal de 1988, ou que é inconcebível que o Estado possa prender pessoas em quaisquer locais superlotados, o órgão ministerial promoveria, com a mesma frequência que promove a ação penal para condenação dos “criminosos”, a responsabilização judicial por atos de improbidade administrativa dos agentes estatais responsáveis pela administração penitenciária, quando comprovado situações como lentidão da tramitação de processos ou outras falhas administrativas.

Nesse aspecto, fica a impressão de que o mais importante é a prisão da pessoa que cometeu um crime, do que o respeito à lei e a Constituição quando determinam que a custódia do preso deve respeitar sua integridade física e moral. Existe um quadro institucional e social de rejeição ao criminoso e uma larga tolerância com os administradores do sistema penal, que não são cobrados por metas ou resultados eficientes para os principais problemas da execução da pena no Brasil.

Apesar da lei de execução penal prever um amplo espaço de fiscalização, compartilhável entre diversos órgãos que compõem a estrutura organizacional da Administração Pública penitenciária, o modelo de gestão burocrático que sempre caracterizou o país tem impedido uma modernização do sistema penal de cumprimento de

pena, marcado pela ineficiência estatal e por reiteradas violações aos direitos fundamentais dos presos. A falta de melhorias ao longo dos últimos anos sugere que uma alternativa para romper com a lógica da ineficiência junto ao setor prisional perpassa pela ampliação da participação popular ou da sociedade civil na administração dos estabelecimentos prisionais.

Se os representantes estatais não estão conseguindo administrar a contento os estabelecimentos penitenciários, como reiteradamente demonstrado pelo Tribunal de Contas da União ou, pior, se nosso sistema prisional é reconhecido e declarado como estado coisas inconstitucionais pelo guardião da Constituição, que é o STF, o modelo de gestão precisa ser substituído, e uma das propostas é pela via da participação popular.

A propósito, o art. 4º, da Lei de Execuções Penais, já prescreve que “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”. Ao passo que o inciso VI, do art. 81, da Lei de Execução Penal prescreve que compete ao Conselho da Comunidade diligenciar para “obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento” (BRASIL, 1984, online).

Mas esta cooperação não pode ser meramente burocrática. Nem se pode outorgar exclusivamente à sociedade civil o dever de assistência ao preso. A cooperação popular ou participação da sociedade civil necessita que seja intensa e efetiva, com o envolvimento da sociedade também nas ações executivas e decisórias da Administração Pública, desde realizando consultas populares sobre instalação de novas unidades prisionais, até permitindo e estimulando que a população e organizações da sociedade civil possam colaborar no controle de prazos de obras e na fiscalização dos estabelecimentos prisionais.

Um alargamento dos legitimados para promover a responsabilização judicial dos agentes estatais por condutas ineficientes, por outro lado, seria outra solução legislativa importante, como possível fator de pressão pela mudança de uma realidade persistente de ilegalidades no sistema penal brasileiro.

Em resumo, o crime e o cumprimento da pena é um problema social e jurídico que envolve e afeta a toda sociedade, não apenas os interesses do Estado. O tratamento deste fenômeno exclusivamente pelo modelo estatal de administração se revelou, ao longo dos últimos anos, que é uma fórmula ineficaz. O modelo estatal burocrático praticado atualmente sequer consegue resolver a grave situação do déficit de vagas no sistema penal, solução que exige apenas a realização de obras, dado que existem recursos financeiros disponíveis, porém que não são executados. O Estado precisa deixar emergir o modelo participativo idealizado pela Constituição de 1988, especialmente na seara da administração dos estabelecimentos prisionais, por diversos motivos e, em especial, porque a sociedade é a parcela mais interessada na resolução eficiente do fenômeno do cumprimento da pena.

## 5. Considerações Finais

Não há dúvidas de que a responsabilidade pela situação degradante ou condições desumanas dos estabelecimentos prisionais brasileiros deve ser atribuída ao Estado. O Tribunal de Contas da União demonstrou que a ineficiência administrativa é uma das principais causas do déficit de vagas no sistema prisional brasileiro. O Supremo Tribunal Federal declarou que o sistema prisional do país é um estado de coisas inconstitucional, diante da violação massiva dos direitos fundamentais dos presos. Em que pese a existência deste cenário de violação da Constituição e da lei que regula a execução (cumprimento) da pena no Brasil, os administradores públicos se permitem não executar integralmente os recursos financeiros disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional, destinados à construção e reforma de presídios.

É uma realidade absurda. De um lado, o Estado aumenta a sua taxa de encarceramento anual. Por outro lado, não aumenta as vagas disponíveis no sistema prisional. Os órgãos de controle externo da administração pública, no tocante ao tema, têm decidido por expedir recomendações ou determinações, porém quase sempre sem condenação em multa do administrador ineficiente. No âmbito do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que é lícito impor à Administração Pública obrigação de fazer obras “emergenciais” em estabelecimentos prisionais, não sendo oponível os princípios da separação de poderes e reserva do possível, como prevalecia na abordagem tradicional teórico-jurídico sobre o tema.

Mesmo assim, a situação dos estabelecimentos prisionais não tem melhorado muito ao longo dos últimos anos. Para superar essa realidade, em primeiro lugar é preciso sedimentar uma teoria de base suficientemente conectada com os ideais políticos e jurídicos do Estado Democrático de Direito, como é a teoria do garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli, que exige de todos os poderes do Estado o atendimento prioritário dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Todas as ações e decisões públicas devem procurar promover a realização efetiva dos direitos fundamentais, que são normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Em segundo lugar, com a escolha deste referencial teórico, acredita-se que a ineficiência administrativa dos agentes estatais na seara do sistema prisional precisa ser rigorosamente combatida, ou seja, os órgãos legitimados devem promover a responsabilização judicial e administrativa dos agentes políticos ou públicos desidiosos com o problema. O crime deve ser objeto de julgamento. Mas a ineficiência administrativa em não promover vagas no sistema penal também. O Estado não pode cumprir a lei que “manda prender” e deixar de cumprir a lei que “manda prender” com respeito à integridade física e moral do preso.

Por último, como ensina Argemiro Cardoso Moreira Martins, a noção e atuação da Administração Pública deve se tornar mais democrática, estimulando e permitindo a participação da população nas principais ações e decisões administrativas que en-

volvem os direitos fundamentais, em consonância com os postulados do Estado Democrático de Direito. No campo da administração sistema prisional, está cooperação poderia colaborar para superação dos baixos desempenhos da administração pública na área, mas o Estado precisa que seus agentes sejam eficientes (ou se preocuparem efetivamente com isso), pois algumas dessas ações e decisões dependem dele exclusivamente (executar o dinheiro prevista para realização de obra, por exemplo).

Do contrário, nada mudará. O Estado prendendo pessoas humanas em locais desumanos. Neste recorte focalizado, o regime não é democrático, é autoritário ou qualquer “coisa” que não respeita a lei e a Constituição.

## 6. Referências

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 nov. 2020.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 08 nov. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 08 nov. 2020.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994*. Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp79.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp79.htm). Acesso em: 08 nov. 2020.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL - DEPEN (Brasil). *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODAzMC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 10 set. 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. A noção de Administração pública e os critérios de sua atuação. In: Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Francisco Carlos Duarte. (Org.). *Constitucionalismo em Debate: uma homenagem aos 30 anos de pesquisa e docência de Sérgio Cademartori*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 2, p. 187-228.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 347*. 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=31&dataPublicacaoDj=19/02/2016&incidente=4784343&codCapitulo=5&numMateria=13&codMateria=1>. Acesso em 08 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 592.581*. 2015b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>. Acesso em: 08 nov. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. *Repasses do fundo penitenciário são utilizados de forma ineficiente pelo sistema prisional*. 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/repasses-do-fundo-penitenciario-sao-utilizados-de-forma-ineficiente-pelo-sistema-prisional.htm>. Acesso em: 19 out. 2020

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. *Acórdão 1452*. 2019b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/018.047%252F2018-1/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=621db500-9f68-11e9-8f23-6f696b6a1a1c>. Acesso em: 08 nov. 2020.