

**CONTINGENCIAMENTO E DESVIO DE FINALIDADE DO FUNDO  
PENITENCIÁRIO NACIONAL: O CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO NA  
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 347**

Priscilla Macêdo Santos<sup>1</sup>

Samara Carina Albuquerque França<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar a discussão voltada ao Fundo Penitenciário Nacional na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF, que postula a superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Tratar-se-á do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir da imposição de medidas cautelares, como a proibição de novos contingenciamentos orçamentários do FUNPEN, bem como dos efeitos da Medida Provisória n.º 781/2017 em detrimento da determinação judicial. Logo, a partir de uma análise qualitativa do precedente, este trabalho buscará abordar a problemática do FUNPEN à luz do Direito Financeiro e do controle de constitucionalidade do orçamento.

**PALAVRAS-CHAVES:** Fundo Penitenciário Nacional. FUNPEN. Orçamento. Estado de Coisas Inconstitucional.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the discussion about the National Penitentiary Fund, by the Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept n.º 347/DF, which postulates the overcoming of the State of Unconstitutional Things that involves the brazilian's prison system. It will approach as well the imposition of some precautionary measures by the Federal Supreme Court, including a prohibition to new contingencies at the FUNPEN's budget, and the effects of Provisional Measure n.º 781/2017. Therefore, from a qualitative appreciation of judicial precedent, this work seeks to make a critical analysis at the edge of Constitution and Financial Law.

**KEYWORDS:** National Penitentiary Fund. FUNPEN. Budget. State of Unconstitutional Things.

## **INTRODUÇÃO**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, ajuizada em 2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL perante o Supremo Tribunal Federal, resultou numa grande novidade para a jurisdição pátria na medida em que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

---

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Estagiária de Direito na 23ª Vara Cível do Estado de Alagoas. E-mail: priscillamacedosantos@gmail.com.

<sup>2</sup> Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Estagiária de Direito no Ministério Público do Estado de Alagoas. E-mail: albuquerque-samara@hotmail.com.

Com origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana – CCC, cumpre explicar que o Estado de Coisas Inconstitucional vem ganhando espaço em diversas cortes internacionais quando se constata violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2015) decorrentes de atos comissivos e omissivos do Poder Público. O escopo desse reconhecimento está em propor mudanças estruturais necessárias à superação do cenário de inconstitucionalidade (CAMPOS, 2015).

Sendo assim, com o ensejo da ADPF n.º 347/DF, o STF acatou o pedido partidário e admitiu a existência do Estado de Coisas Inconstitucional da situação carcerária. Em ato contínuo, deferiu parcialmente, em sede de apreciação liminar, um conjunto de medidas cautelares para fins de compelir o Poder Público a superar a massiva violação de direitos fundamentais nos presídios. Uma dessas medidas cautelares foi imposta à União Federal no sentido de combater o contingenciamento orçamentário do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e liberar seus recursos acumulados, tema sobre o qual se debruçará este artigo.

Discutir-se-á também a problemática acerca da Medida Provisória n.º 755/2016, sucedida pela MP n.º 781/2017, que, editadas pelo Governo do Presidente da República, Michel Temer, procuram alterar a destinação de parte dos recursos pertencentes ao FUNPEN. O objeto da Medida Provisória n.º 755/2016, inclusive, já adentrou a demanda da ADPF n.º 347/DF por meio de aditamento à inicial, no afã de ter declarada a inconstitucionalidade de dispositivos específicos, sob o argumento de que estariam destinando as verbas do fundo a finalidades alheias ao sistema prisional.

A relevância da discussão está no forte precedente que o processo trará à asseguarção de direitos fundamentais, ainda que para tanto seja necessário intervir em políticas públicas e em questões orçamentárias, as quais são de função atípica do Poder Judiciário. Dessa maneira, as autoras objetivam abordar a ADPF n.º 347/DF exclusivamente nos temas pertinentes ao Direito Financeiro, o que também abrange o controle de constitucionalidade do orçamento.

O método de procedimento será a monografia dogmática, baseando-se no tripé: doutrina, legislação e jurisprudência. Ademais, desenvolver-se-á sob perspectiva dedutiva e análise qualitativa de um precedente judicial, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica, com embasamento teórico em financeiristas contemporâneos.

## **1 FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL E SUA NATUREZA FINANCEIRA**

O Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN foi criado no ano de 1994, pela Lei Complementar n.º 79, e regulamentado pelo Decreto n.º 1.093, de mesmo ano. É gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão ligado ao Ministério da Justiça, que também assume o dever de prestar contas sobre o patrimônio gerenciado.

Sua natureza jurídica é de fundo especial, cuja previsão está nos artigos 71-74 da Lei 4.320, de 17 de março de 1964, e que nos dizeres do financista Lafayete Josué Petter (2010, p. 214), são “instrumentos de gestão financeira em que o Estado cria para a realização de determinados objetivos”. Complementam este conceito os professores Heraldo da Costa Reis e José Teixeira Machado Jr. (2010, p. 150), no excerto abaixo grafado:

Assim chega-se a um conceito que deve estar presente: o fundo especial não é detentor de patrimônio, porque é o próprio patrimônio, não é entidade jurídica, não é órgão ou unidade orçamentária, ou, ainda, não é apenas uma conta mantida na Contabilidade, mas tão somente um tipo de gestão de recursos ou conjunto de recursos financeiros destinados aos pagamentos de obrigações por assunção de encargos de várias naturezas, bem como por aquisições de bens e serviços a ser aplicados em projetos ou atividades vinculados a um programa de trabalho para cumprimento de objetivos específicos em uma área de responsabilidade que a Contabilidade tem por função evidenciar, como é do seu próprio objetivo, através de contas próprias segregadas para tal fim.

Especificando ainda mais o conceito do FUNPEN, tem-se que se trata de fundo especial de natureza financeira, uma vez que tem destinação e beneficiários pré-definidos, contrariamente à definição de fundo de natureza contábil, por exemplo. Desta forma, impende-se declarar a criação do FUNPEN vinculada à necessidade pública em fornecer melhorias ao falido sistema penitenciário do Brasil, de maneira direcionada à população carcerária e à toda sua infraestrutura.

Sua receita, como já se disse, será específica e definida por lei; lembrando ainda que, para os fundos especiais, é proibida a atribuição do produto da arrecadação de impostos, tendo em vista o disposto no artigo 167, IV, da Constituição Federal vigente, que consagrou o princípio da não afetação da receita de impostos “a órgão, fundo ou despesa”.

Essencialmente, o FUNPEN é constituído com recursos que possuem origem nas dotações orçamentárias da União, em custas judiciais recolhidas em favor deste mesmo ente federativo, arrecadação dos concursos de prognósticos, sorteios e loterias (no âmbito federal), recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União,

multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado, fianças quebradas ou perdidas, e rendimentos decorrentes da aplicação de seu patrimônio.

Os recursos consignados ao Fundo são aplicados em construção, reforma, ampliação de estabelecimentos penais; formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário; aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados imprescindíveis ao funcionamento dos estabelecimentos penais; formação educacional e cultural do preso e do internado; programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes; e demais ações que visam o aprimoramento do sistema penitenciário em âmbito nacional. Outra destinação legal dos recursos do Fundo é custear seu próprio funcionamento.

A utilização dos recursos de um fundo encontra-se vinculada aos objetivos que o instituiu, não podendo ser utilizados para despesas que não se identifiquem diretamente com a realização de seus objetivos ou serviços determinados, como bem prescreve o artigo 73, da Lei 4.320/64: “Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo”. Por isso, o FUNPEN passou a acumular tanto ao longo dos anos, como será explanado na seção seguinte ao tratar do contingenciamento orçamentário.

## **2 CONTINGENCIAMENTO ORÇAMENTÁRIO DO FUNPEN: A PROBLEMÁTICA QUE FUNDAMENTOU O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO ORÇAMENTO NA ADPF N.º 347/DF**

Como já introduzido outrora, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF foi ajuizada para fins de reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Desse modo, o objetivo da ação era propor formas de promover a melhoria das condições carcerárias e a contenção e reversão do processo de “hiperencarceramento” no país.

O PSOL fundamenta seu pedido comparando as prisões nacionais a “infernos dantescos”, o que é irrefutável, dado o conhecimento público de que a maioria dos reeducandos convivem em celas superlotadas, insalubres, com proliferação de doenças infectocontagiosas, insuficiência de produtos higiênicos básicos e outras precariedades, bem como em meio a homicídios, espancamentos, torturas e violências sexuais: situações essas que confrontam diversos preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, III), a vedação à tortura e ao tratamento desumano (CRFB, art. 5º, III), e os direitos à

segurança, à vida (CRFB, art. 5º, *caput*) e à saúde (CRFB, art. 6º, *caput*), que mais uma vez deveriam ser garantidos pelo Estado àqueles que ele próprio coloca sob sua custódia (*jus puniendi*).

Dado o panorama das recentes rebeliões carcerárias, ocorridas em janeiro de 2017, a ADPF n.º 347/DF se impõe como um recurso jurídico para solucionar os problemas prisionais que há tanto tempo assolam o país, numa ação conjunta com os Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, diante de suas respectivas competências normativa, administrativa e judicial.

Ao propor superar os impasses do cárcere, nota-se que a ADPF em comento versa sobre diversas searas jurídicas. No tocante ao Direito Financeiro – em que se passará esta abordagem –, o petitório traz à baila que a União Federal vem reiteradamente contingenciando os recursos do Fundo Penitenciário Nacional, de modo a frustrar o repasse de valores aos Estados e, por conseguinte, dificultar a melhoria do quadro prisional. À vista disso, uma das medidas cautelares determinadas pela Suprema Corte foi, acertadamente, impor que a União libere o saldo acumulado do FUNPEN a fim de utilizá-lo com a finalidade para qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

José Mauricio Conti (2016a, p. 61), doutor em Direito Financeiro, concorda que, ante a atual situação do sistema prisional, torna-se inadmissível o contingenciamento das dotações orçamentárias do FUNPEN. Ressalva o professor que eventual argumento para aplicação da teoria da reserva do possível – que é muito utilizada pelo Estado a fim de postergar a asseguaração de direitos e garantias – não poderia ser utilizada como defesa, pois além da primazia à dignidade da pessoa humana, restaria inviável ao caso alegar a falta de recursos abrangidos pelo orçamento público.

Dito isto, o que se depreende daqui é a ausência de vontade política para promover a execução orçamentária. O próprio Ministério da Justiça reconhece o contingenciamento praticado, como se analisa da publicação da 6ª edição do Relatório de acompanhamento FUNPEN em Números (BRASIL, 2012, p. 145), que afirma poder contingenciar os recursos orçamentários do FUNPEN, pois seriam estes, até então, classificados como transferências voluntárias, ou seja, não decorrem de obrigação constitucional ou legal. “Dessa forma, suas dotações orçamentárias fazem parte da chamada base contingenciável que o Governo Federal dispõe para obtenção de seu superávit primário”.

Ainda segundo o próprio Relatório, o contingenciamento das verbas do fundo impede que os seus objetivos sejam alcançados. O controle dos recursos a serem gastos para

que possa ser atingida a meta de superávit todo o ano é realizado por meio do Decreto de Contingenciamento dos Ministérios da Fazenda e Planejamento. A norma dispõe sobre a programação orçamentária e financeira e estabelece o cronograma de desembolso do Poder Executivo. “A diferença entre o Orçamento Autorizado e Orçamento Utilizado representa o crédito orçamentário que não pôde ser utilizado em razão do contingenciamento”, explica o FUNPEN em Números (BRASIL, 2012, p. 20).

Dessa forma, especificamente em 2011 o orçamento autorizado do fundo fora de R\$ 269,9 milhões, ao passo em que o orçamento utilizado atingiu apenas R\$ 98,3 milhões, numerário muito inferior à metade da dotação inicial (BRASIL, 2012).

A organização Contas Abertas, em análise realizada em 2015, trouxe à tona como esse contingenciamento reiterado tem acumulado as disponibilidades do fundo nos últimos anos. Enquanto em 2000 os valores disponíveis eram de somente R\$ 175,5 milhões, em 2004 as disponibilidades contábeis superaram R\$ 300 milhões. Em 2008, 2009 e 2010 as quantias corresponderam, respectivamente, a R\$ 514,7 milhões, R\$ 610,3 milhões e R\$ 795,6 milhões. Até que em 2011 o saldo já alcançava a unidade dos bilhões e, em 2013, o montante das disponibilidades equivalia a R\$ 1,8 bilhão (CONTAS ABERTAS, 2015).

Em mais uma pesquisa efetuada pelo Contas Abertas, constatou-se que em 2016 havia por volta de R\$ 3,3 bilhões disponíveis no FUNPEN. Mesmo assim, a dotação orçamentária para 2016 fora de 682,7 milhões, e em outubro tão-somente 270,6 milhões haviam sido devidamente executados. Anotou-se ainda que R\$ 412,2 milhões tinham sido destacados como reserva de contingência, cujos recursos na prática são dificilmente utilizados e apenas corroboram para o alcance dos resultados fiscais (CONTAS ABERTAS, 2016).

Nessa oportunidade, importa clarificar o tratamento da reserva de contingência no orçamento público. Conforme prevê o artigo 5º, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal, a reserva de contingência deve constar na lei orçamentária anual e destina-se ao atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos, cuja utilização e montante são estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias com base na receita corrente líquida.

A reserva de contingência é, portanto, uma política econômica-orçamentária que, consubstanciada no princípio da compensação financeira, busca suprimir ou restringir gastos cujas receitas previstas sejam insuficientes em razão de eventos futuros imprevisíveis, de modo que seus recursos, segundo o artigo 91 do Decreto-lei 200/1967, apenas podem ser utilizados para abertura de créditos adicionais (MARTINS; NASCIMENTO, 2012, p. 64).

Assim, a prática evita a anulação de dotações específicas e a modificação do orçamento aprovado, facilitando o atendimento a necessidades imprevistas (CONTI, 2016b).

Logo, nota-se que a reserva de contingência funciona como um instrumento de flexibilização orçamentária, o que tem evidente relevância, vez que, sendo o orçamento uma previsão de arrecadação e definição de gastos, não se poderia exigir uma execução integralmente fiel. É por isso que, por vezes, resta compreensível que o orçamento efetivado não seja idêntico ao aprovado, pois da elaboração da lei até o fim do exercício financeiro, muitas são as oscilações ocorridas (CONTI, 2016b)

Acontece que o uso imoderado desse instrumento é preocupante, pois flexibilidade não significa uma desmedida possibilidade de alteração da lei orçamentária. Deve esta se valer da flexibilidade apenas quando for de fato necessária para assegurar seus próprios fins (FARIA, 2009, p. 267). Notório, contudo, que essa moderação não é o que vem ocorrendo no contingenciamento do FUNPEN, o qual tem se inutilizado mediante reservas de contingência exacerbadas, ausência de transferências da União Federal e falta de projetos políticos para alcançar as despesas autorizadas.

Não deve subsistir, assim, a prática de conferir ao contingenciamento de recursos as características de um instrumento autônomo de flexibilidade, que serve para modificar substancialmente os programas orçamentários, não os cumprindo. A disciplina legal do tema, conferida atualmente pela Lei de Responsabilidade Fiscal, autoriza a limitação de empenho e movimentação financeira numa hipótese específica, destinada a permitir o ajuste fiscal no caso de frustração da receita. Seu uso indiscriminado tem se firmado mais como um elemento das relações de poder existentes ente Executivo e Legislativo do que como uma ocorrência fundamentada na lei e na sistemática constitucional das atribuições parlamentares no orçamento público (LOCHAGIN, 2012, p. 09).

Acima, Lochagin faz menção à regra do artigo 9º da Lei de Responsabilidade fiscal, que autoriza a limitação de empenho apenas em caso de não realização da receita. Entretanto, essa flexibilidade pode ser considerada um tanto duvidosa quando aplicada ao FUNPEN. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF n.º 347/DF, chegou a indagar a aplicação desse dispositivo a recursos da natureza desse fundo, pois seu parágrafo 2º excetua do contingenciamento as obrigações decorrentes de comandos legais e constitucionais.

O entendimento pela obrigatoriedade orçamentária do FUNPEN tem se fortalecido de tal forma que a senadora Ana Amélia, em 2014, havia proposto o Projeto de Lei do Senado n.º 25<sup>3</sup>, a fim de alterar a Lei Complementar n.º 79/199 para: a) estabelecer que os créditos

---

<sup>3</sup> O Projeto de Lei do Senado n.º 25, de 06 de fevereiro de 2014, acrescenta parágrafos ao art. 3º da Lei Complementar n.º 79, 7 de janeiro de 1994, que “cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN e dá outras

orçamentários programados no FUNPEN não sejam alvos de limitação de empenho prevista no artigo 9º da Lei Complementar nº 101/2000; b) vetar a imposição de quaisquer limites à execução da programação financeira relativa às fontes vinculadas no FUNPEN, exceto quando houver frustração na arrecadação das receitas correspondentes; e c) vetar a programação orçamentária dos créditos de fontes vinculadas do FUNPEN em reservas de contingência de natureza primária ou financeira.

Em apoio a Ana Amélia, o ministro Celso de Mello, em seu voto na ADPF n.º 347/DF, comentou que essa iniciativa é de grande importância, pois visa impedir que a mera vontade administrativa do Chefe do Executivo acabe por frustrar a função primária da pena (artigo 1º, da Lei de Execução Penal). Para ele, a absoluta precariedade do sistema penitenciário resta-se incompatível com qualquer medida de contingenciamento das verbas destinadas ao FUNPEN.

Nesse contexto, vislumbra-se que o objeto do referido projeto de lei e da respectiva ADPF tende a fugir da natureza jurídica defendida pela maioria da doutrina em relação ao orçamento, o qual se configuraria uma lei meramente formal, de aspecto apenas autorizativo. Como cediço, há uma recorrente discussão sobre a natureza do orçamento, cuja controvérsia se divide entre o caráter autorizativo ou impositivo da lei orçamentária.

Na primeira hipótese, seria o orçamento mero instrumento de arrecadação, recusando-se a reconhecer direito subjetivo às subvenções autorizadas na lei. Portanto, para parte da doutrina, a lei orçamentária restringe-se à previsão das receitas e à autorização dos gastos, configurando-se lei apenas na perspectiva formal, pois na verdade se limitaria a um plano de gestão (TORRES, 2008, p. 94-96).

Por outro lado, os defensores do orçamento impositivo entendem que este obriga o agente político a cumpri-lo. Considerando que o artigo 165, §8º, da Constituição Federal, estabelece que na lei orçamentária conterà a previsão de receitas e a fixação de despesas, Regis Fernandes de Oliveira (2010, p. 355) aduz que o verbo “fixar” não poderia coadunar com uma mera previsão dos gastos, vez que resta caracterizado um reconhecimento de dívida, que somente seria ilidida “por motivos relevantes e fundados”.

De acordo com o autor, não pode o Chefe do Executivo contingenciar o orçamento, salvo em caso de não haver realização das despesas previstas. Ou seja, havendo a realização das receitas, o cumprimento exato do orçamento torna-se obrigatório (OLIVEIRA, 2010, p. 357).

Similarmente conclui Faria (2009, p. 276), quando assevera que a lei orçamentária denominada como “lei de meios” não aborda a real natureza do orçamento. Segundo ele, o orçamento é na verdade uma “lei de fins”, pois seu cumprimento apenas ocorre quando alcançados os objetivos propostos.

É nessa trilha que Regis Fernandes de Oliveira sustenta, quanto ao orçamento, que “se a inexecução puder ser considerada como um excesso de poder, fora dos limites discricionários razoáveis, ela pode ser questionada judicialmente por quem tiver interesse jurídico na demanda”. Entra então o papel da Suprema Corte na ADPF n.º 347/DF, que, ao determinar o descontingenciamento do FUNPEN, exerceu controle de constitucionalidade sobre as normas orçamentárias, controle esse que já percorreu diversos entendimentos pelo tribunal.

Inicialmente o STF não reconhecia o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, visto que as compreendia como lei formal, de efeitos concretos, sem características de abstração e generalidade. Entretanto, suas decisões foram adotando outro rumo, de modo que antes mesmo da respectiva ADPF, a corte já havia firmado seu posicionamento de anuência ao controle concentrado dessas normas, assentando ser a lei orçamentária um ato de aplicação primária da Constituição (RAMOS FILHO, 2012).

Na ADPF n.º 347/DF, o Supremo não somente declarou a inconstitucionalidade, como também interviu em políticas públicas e em escolhas orçamentárias, que compreendem função atípica à sua competência. Para isso, fundamentou que essa intervenção é possível desde que exercida na medida adequada, sem afronta ao princípio democrático e à separação dos poderes. A atuação do Judiciário, portanto, foi dotada de flexibilidade, atribuindo ao governo a possibilidade de formular um plano para a sua superação da inconstitucionalidade, evitando-se assim a supremacia judicial.

Nesse ínterim, alegou ainda o STF que se a dignidade humana e o mínimo existencial são ofendidos, a judicialização do orçamento resta autorizada, mormente quando os recursos previstos para reverter a precariedade têm sido contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos executados, apenas para alcançar as metas fiscais. Afinal, a situação é espantosa quando se percebe que os cortes têm alcançado programas de searas nas quais a atuação do Estado vem sendo insatisfatória ou insuficiente (MENDONÇA, 2010, p. 97-98), como é o caso do sistema prisional.

Frise-se que entendimento esse já era pacificado no Tribunal, tanto que no Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS, fora acordada a viabilidade do Poder Judiciário obrigar a

União e os Estados-membros a realizarem obras em presídios, visando à garantia da integridade física dos reeducandos, independentemente de dotação orçamentária. Claramente, para o STF a efetivação dos direitos e garantias fundamentais mostram-se sob responsabilidade de todo o Poder Público, não cabendo ao Judiciário, nele inserido, se eximir de atuar na satisfação do Texto Maior, de cujo é o guardião.

Desta maneira, conclui-se que o papel do Supremo na superação do cenário de inconstitucionalidades do sistema prisional está, segundo a própria corte, em: “retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas”.

### **3 DESVIO DE FINALIDADE DOS RECURSOS DO FUNPEN NA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 781/2017, ANTECEDIDA PELA MP N.º 755/2016**

Mais de um ano depois da decisão do STF em sede da ADPF n.º 347/DF, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) destacou a inércia do Ministério da Justiça em tomar as devidas providências e questionou a não-aplicação dos recursos destinados ao sistema penitenciário. A entidade apontou que até outubro de 2016 não haviam sido divulgadas medidas para cumprimento da decisão judicial, tampouco informados os valores descontingenciados e repassados aos Estados para reformas estruturantes, construção e ampliação de estabelecimentos prisionais, dentre outras finalidades.

Em 19 de dezembro de 2016, foi publicada, então, a Medida Provisória (MP) n.º 755, que alterava a Lei Complementar n.º 79/94 e a Lei n.º 11.473/07, para dispor sobre a transferência direta de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional aos fundos dos Estados e do Distrito Federal, e sobre a cooperação federativa no âmbito da segurança pública. Ocorre de sua promulgação ter representado uma clara reação do Poder Executivo Federal ao *decisum* no julgamento da ADPF n.º 347/DF, já abordada acima.

Diante das alterações promovidas por essa MP, os pontos mais emblemáticos eram: o uso de capital do fundo para políticas de redução de criminalidade - financiamento e apoio de atividade preventivas, como de inteligência policial; a ampliação das atribuições da Força Nacional, para incluir atividades de inteligência e coordenação de operações integradas de segurança pública; indicava também que servidores civis da União, estados e municípios aposentados há menos de cinco anos poderiam trabalhar voluntariamente em atividades

administrativas da Força Nacional; e, principalmente, modificava os recursos obtidos a partir da Lei da Timemania, os quais eram destinados em 3% para o FUNPEN, mas que foram repartidos em 2,1% para o FUNPEN e 0,9% para o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP) – artigo 2º da MP; e que até 30% do superávit financeiro das fontes de recurso total (ou seja, de todo o saldo acumulado do FUNPEN) poderia ser destinado ao FNSP.

A problematização surge quando em face de um fundo específico são desviados ou “repartidos” os recursos obtidos por este para com outro fundo de finalidades diferentes. A exemplo do caso em tela, deixaria de se investir unicamente nas penitenciárias brasileiras – finalidade mais precípua do FUNPEN -, para aplicar seus recursos em uma outra esfera, qual seja a da Segurança Pública *lato sensu*, a contar com os órgãos policíacos, que por sua vez já têm sua arrecadação específica.

Diante das alterações promovidas pela MP n.º 755/2016 em detrimento da lamentável situação do sistema penitenciário brasileiro, o Ministério Público Federal, em 10 de janeiro do corrente ano, apresentou reclamação interna (PGR n.º 00005776/2017) ao Procurador-Geral da República, com o condão de provocar a jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal.

Entendeu os membros do *parquet* que a incumbência da Suprema Corte não acaba com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, mas deve também agir para garantir a superação das mazelas carcerárias no país, mediante o afastamento de medidas comissivas ou omissivas inconstitucionais de autoridades públicas, concomitante ao impulsionamento de novas políticas públicas democráticas, numa ação de protagonismo junto aos demais Poderes do Estado.

Nesta mesma senda, houve aditamento à inicial no processo da ADPF n.º 347/DF, no qual a parte requerente (Partido Socialismo e Liberdade - PSOL) postulou a suspensão desses dispositivos da MP n.º 755/2016 em caráter de liminar, e, subsidiariamente, caso o STF entenda que não seja o caso de aditamento, que o recurso seja recebido como Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Tal recurso ainda está pendente de apreciação de seus julgadores. Neste ínterim, o Governo Federal, cautelosamente agiu para revogar a MP n.º 755/2016 por meio da MP n.º 781/2017, publicada no recente dia 23 de maio de 2017, na qual volta atrás em alguns pontos enfáticos, inclui novos trechos que demonstram uma preocupação para com o descontingenciamento, mas que, ainda assim, em muito ratifica o texto da Medida Provisória anterior, precisando ser objeto de criteriosa análise pelo Poder Judiciário.

A MP n.º 781/2017, em vigor, mantém a utilização do recurso do fundo para programas de alternativas penais à prisão, também para financiamento e apoio de atividades preventivas, a partir de uma intervenção da inteligência policial, segundo a intencionalidade de reduzir a criminalidade e a população carcerária, e conserva ainda as medidas de ampliação das atribuições da Força Nacional, nos mesmo termos anteriormente descritos.

No entanto, talvez em razão das críticas e apontamentos feitos, é necessário registrar que a MP n.º 781/2017 desconstituiu qualquer repartição dos recursos do FUNPEN com o FNSP, o que havia sido permitido pela MP revogada. Passando a não mais ser possível a destinação de até 30% do superávit financeiro das fontes de recurso de um fundo para o outro, e também promovendo o retorno dos 3% completos do arrecadado com as Loterias Esportivas para o fundo penitenciário, conforme redação do inciso V, artigo 2º da Lei 11.345/2006.

Houve também a preocupação em incluir no artigo 3º da Lei Complementar n.º 79/94 o parágrafo 6º, cujo teor evidencia, finalmente, a vedação ao contingenciamento de recursos do FUNPEN, tal como a decisão do STF na ADPF n.º 347/DF havia determinado. A medida provisória prevê ainda um planejamento anual para liberar o acúmulo do fundo de forma gradativa, determinando que a União deverá repassar aos fundos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios os seguintes percentuais da dotação orçamentária: a) até 75% no ano de 2017; b) até 45% no exercício de 2018; c) até 25% em 2019; d) e até 40% nos exercícios subsequentes.

Porém, ainda assim é visível que os recursos do FUNPEN se encontram sob ataque, quer seja pelo desvio em sua aplicação, quer seja pela limitação na arrecadação. Assim se depreende da revogação, pela MP n.º 781/2017, do inciso VII do artigo 2º da Lei Complementar n.º 79/94, cortando os 50% do montante das custas judiciais recolhidas em favor da União que perfaziam quantia significativa para o fundo.

Registre-se também a inclusão do artigo 3º-B, na Lei Complementar n.º 79/94, que permite a transferência de recursos do FUNPEN para organizações da sociedade civil que administrem estabelecimento penal, abrindo margem para o emprego do fundo penitenciário com particulares privados a partir da licitação do serviço público; bem como do artigo 2º da Lei 11.473/2007, que permite a transferência de recursos para capacitação e qualificação de profissionais de todo o âmbito da Secretaria Nacional de Segurança Pública, o que decerto abrange a categoria policial, por exemplo.

O que se entende a partir de todo o acima exposto, portanto, é que parcela substancial das normas editadas pela MP n.º 781/2017, ao invés de terem potencial para contribuir com a

superação do “estado de coisas inconstitucional” declarado pelo Supremo Tribunal Federal, ampliam as deficiências do Sistema Penitenciário Brasileiro, sobretudo porque suprimem quantia significativa dos recursos que o FUNPEN dispõe para financiar as atividades dos entes federativos na minoração das drásticas condições dos estabelecimentos penais.

Em outras palavras, a referida medida provisória agrava o Estado de Coisas Inconstitucional e a autoridade da decisão do STF, a qual foi proferida, por unanimidade, para compelir os Poderes Executivo, Legislativo e o próprio Judiciário a adotarem medidas de redução das graves violações aos direitos humanos a que está submetida a enorme maioria da população carcerária brasileira.

## **CONCLUSÃO**

Destaca-se o FUNPEN como importantíssimo instrumento financeiro na política pública brasileira, posto que viabiliza – por meio das transferências realizadas pela União –, os recursos necessários para que os entes federados possam promover as melhorias imprescindíveis ao sistema penitenciário.

É certo que o contingenciamento ocorrido desde a instituição do fundo, no ano de 1994, em boa parte se deu pelo desinteresse dos representantes políticos em investir nesse setor, prática que levou o sistema a falir e entrar em colapso, a exemplo das situações de aviltamento descritas na seção 3 deste artigo.

O reconhecimento por parte da mais alta Corte judiciária deste país quanto à existência perene de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário revela a importância da atuação do STF em intervir nas questões orçamentárias para salvaguardar os direitos fundamentais do Texto Maior, ao combater as violações decorrentes de atos comissivos e omissivos do Poder Público.

Entende-se, portanto, que o descontingenciamento elaborado pelo Poder Executivo por meio da MP n.º 755/2016, sucedida pela MP n.º 781/2017, politicamente surtiu como uma resposta à determinação do STF, através da qual se agravou o Estado de Coisas Inconstitucional ao invés de combatê-lo.

Diz-se isso porque as referidas medidas provisórias desrespeitaram a legislação financeira no tocante à finalidade dos recursos dos fundos especiais, uma vez que abrangeram as verbas do FUNPEN para abarcar atividades não diretamente relacionadas ao sistema prisional, o que por si só configura descumprimento aos mandamentos do Direito Financeiro.

Afinal, como fora discutido anteriormente, o investimento desse fundo deve ser mantido estritamente para com os gastos intrínsecos ao funcionamento e operacionalização das penitenciárias do país.

Diante dessa conjuntura, tem-se que o fato de ter reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional não põe termo à responsabilidade do Poder Judiciário, pois, perante a resistência do Executivo em cumprir exatamente com o determinado em juízo, é dever dos demais poderes da República atuarem no afã de se fazer valer o Estado Democrático de Direito. Destarte, aguarda-se o bom deslinde do julgamento no processo da ADPF n.º 347/DF, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, a fim de se reverter esse quadro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Justiça. **Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN em números**. 6 ed. Brasília, DF, 2012. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/fundo-penitenciario-1/anexos-fundo-penitenciario/2012funpennumeros.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. **Jota**, São Paulo, 04 maio 2015. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

CONTAS ABERTAS. Descaso: governo tem R\$ 3,3 bi “parados” para reforma e ampliação de presídios. **Contas Abertas**, Goiânia, 28 out. 2016. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/site/noticias/descaso-governo-tem-r-33-bi-parados-para-reforma-e-ampliacao-de-presidios>>. Acesso em: 24 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Caos nos presídios e R\$ 2,4 bilhões disponíveis no FUNPEN. **Contas Abertas**, Goiânia, 04 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/site/transparencia/caos-nos-presidios-e-r-24-bilhoes-disponiveis-no-FUNPEN>>. Acesso em: 20 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Repasses para construção, reforma e ampliação de presídios cai 30% em 2015. **Contas Abertas**, Goiânia, 22 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/11398>>. Acesso em: 24 maio 2017.

CONTI, José Maurício. **Levando o direito financeiro a sério**. São Paulo: Blücher, 2016. Disponível em: <<https://books.google.com.br/>>. Acesso em: 24 maio 2017.

\_\_\_\_\_. José Maurício. Flexibilidade orçamentária deve ser usada com moderação. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 set. 2016. ISSN 1809-2829. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-20/contas-vista-flexibilidade-orcamentaria-usada-moderacao>>. Acesso em: 20 maio 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Estado de coisas inconstitucional. **Brasil Jurídico**, Salvador, 10 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 19 maio 2017.

FARIA, Rodrigo Oliveira. **Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária**. 2009. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-112722/pt-br.php>>. Acesso em: 20 maio 2017.

LOCHAGIN, Gabriel Loretto. **A flexibilidade da execução orçamentária**. 2012. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-29082013-111525/pt-br.php>>. Acesso em: 20 maio 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Vader (Org.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito Financeiro**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JR., José Teixeira. **A Lei 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal**. 33. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.