

# OS PROBLEMAS DO ESTADO INCONSTITUCIONAL DE COISAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: A CRENÇA, OS RECURSOS E O DIREITO

*The problems of the unconstitutional state of things of the Brazilian prison system: the belief, the resources and the law*

Marco Antonio Santos Reis<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente estudo busca analisar o chamado estado inconstitucional de coisas no sistema prisional brasileiro sob três perspectivas ou vertentes, as quais o artigo chama de “problema da crença”, “problema orçamentário” e “problema jurídico”. O problema da crença revela um viés punitivo que impede o respeito aos direitos do preso. O problema orçamentário demonstra que o gasto público relativo ao sistema prisional é insuficiente e que, diante do cenário de crise, deve se tornar prioritário e eficiente. O problema jurídico revela que a prática judicial ainda não traduz plenamente os mandamentos constitucionais no tocante à prisão, notadamente, no que concerne às prisões preventivas.

**Abstract:** *The present study seeks to analyze the so-called unconstitutional state of affairs in the Brazilian prison system under three perspectives or strands, which the article calls the “problem of belief”, “budget problem” and “legal problem”. The problem of belief reveals a punitive bias that prevents respect for the rights of the prisoner. The budgetary problem shows that the public spending on the prison system is insufficient and that, in the face of the crisis scenario, it must become a priority and efficient one. The legal problem reveals that the judicial practice still does not fully translate the constitutional commandments with regard to prison, notably with regard to preventive detentions.*

**Palavras-chave:** Prisão. Dignidade humana. Orçamento. Audiência de custódia. Direitos do preso.

**Keywords:** *Prison. Human dignity. Budget. Custody hearing. Rights of the prisoner.*

**Sumário:** Introdução e plano de investigação. 1. O problema da crença: é possível compatibilizar prisão e dignidade? 2. O problema orçamentário-financeiro: porque a dignidade também custa dinheiro e postula eficiência no gasto. 3. O problema jurídico: a crença na dignidade humana levada a sério. Conclusões. Bibliografia.

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela UFRJ. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Ex-Professor Substituto de Direito Penal da UFRJ. Autor de vários artigos na área do Direito Penal e Filosofia.

## INTRODUÇÃO E PLANO DE INVESTIGAÇÃO

O chamado estado constitucional de coisas envolvendo a realidade brasileira no âmbito do sistema prisional encerra dimensões e consequências multifacetadas. A crise no sistema prisional brasileira remonta a fatores diversos, os quais o estudo denominará sob a seguinte forma: a) o problema da crença; b) o problema orçamentário-fiscal; e c) o problema jurídico. Por seu turno, um elevado número de consequências do estado de coisas inconstitucional e de seu reconhecimento pode ser identificado. No que tange às consequências do reconhecimento desse estado, por sua vez, estas apontam no sentido da necessidade de se implementar uma série de medidas cuja exigência se revela não só no campo da política criminal e da aplicação do direito, mas que também engloba considerações que extrapolam o mundo jurídico.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 (MC/DF) encerra uma série de ponderações que, por questões de espaço, não serão exaustivamente tratadas nas linhas que se seguem. De início cumpre asseverar que o estado inconstitucional de coisas, segundo as palavras contidas na ementa da própria ADPF 347, consiste em um “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” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. 2015, p.2). Tal cenário de violações graves e recorrentes deixa entrever a complexidade da problemática.

O estudo buscará demonstrar, portanto, por que esses fatores (problemas) são relevantes para o referido estado inconstitucional de coisas, bem como, dentro dos limites propostos, aduzir propostas para a superação deste cenário.

### 1. O PROBLEMA DA CRENÇA: É POSSÍVEL COMPATIBILIZAR PRISÃO E DIGNIDADE?

O problema da crença está no cerne de todas as demais razões pelas quais se verifica no Brasil um estado inconstitucional de coisas concernente à questão carcerária. O problema ou viés da crença significa, basicamente, que as forças, sujeitos ou atores incumbidos de propor soluções para a problemática ostentam crenças fortemente arraigadas, muitas vezes opostas e, mais grave que tudo, que não estão em conformidade com o texto constitucional.

Sem buscar exaurir a questão em termos bibliográficos, dado o espaço disponível para o desenvolvimento do tema nesta sede, poder-se-ia elencar, sem maiores problemas, duas crenças de destaque na seara penal com repercussões diretas sobre o sistema prisional. São elas: (i) a crença punitivista e a (ii) a crença abolicionista<sup>2</sup>. A delimitação dessas duas crenças não impede, em absoluto, que existam posicionamentos mistos ou com alguma diferença de grau.

A crença punitivista, grosso modo, enxerga na prisão uma resposta adequada e suficiente, ao menos, para uma grande parte dos casos de relevância criminal. Geralmente está associada a uma visão de que a dignidade humana não é propriamente um atributo inerente ao ser humano,

<sup>2</sup> Neste ponto o estudo não se restringe às doutrinas abolicionistas academicamente estabelecidas, mas se destina, grosso modo, a abranger toda e qualquer manifestação que, em maior ou menor escala, desacredite da necessidade do sistema penal. Por razões de limite de espaço, não se pretende nesta sede fazer um amplo e profundo debate sobre os diversos tipos de abolicionismo, mas apenas reunir algumas críticas que abrangem, essencialmente, as diversas variantes dessa orientação e suas repercussões para a questão tema do escrito.

mas é mais como um *status*, o qual pode ser perdido. Ela basicamente professa o seguinte: certos indivíduos, autores de crimes, são indignos ou perderam a dignidade; tais pessoas, por conseguinte, explícita ou implicitamente, perderam certos direitos e foram rebaixadas da condição de pessoa humana para um nível quase de coisas. Por via de consequência, e por representarem um mal ao corpo social, o Estado não lhes deve a mesma consideração. Por esta razão, em um país como o Brasil, em que os recursos escassos se tornam ainda mais escassos pelos descabros de gestão financeira e fiscal, e pela corrupção, constata-se, de maneira confessável ou não, que a visão de mundo de muitos dos sujeitos atuantes no sistema penal é a de que é preferível que autores de crimes, sobretudo os de crimes graves, sofram em condições degradantes em prisões draconianas a que o Estado deixe de usar tais recursos em outros setores de igual carência, como segurança, saúde e educação. Noutros termos, é dizer: autores de crimes e presos são cidadãos de segunda classe.

Segundo esta visão, condenados e presos formam um contingente populacional que, definitivamente, não está entre as prioridades de investimento. Este modo de pensar, porém, contraria o teor dos ditames da dignidade humana prevista na Constituição como fundamento da República, bem como de diplomas legais nacionais e internacionais. Uma vez que o ordenamento brasileiro não permite, via de regra, a pena de morte e tampouco permite prisões perpétuas ou cruéis, o cerne da questão consiste em saber como fazer para que este contingente populacional não deixe a prisão em condições piores do que quando entrou no sistema. Esta vertente punitivista, conscientemente ou não, ignora que o condenado que cumpre pena em condições degradantes, muito frequentemente, retorna à sociedade em situação pior do que quando ingressou no sistema penitenciário. De modo direto, o custo para o país é triplo: o custo de uma criminalidade fora de controle, o custo de um sistema prisional falido, incapaz de ressocializar e de cumprir a execução penal de forma minimamente digna, e o custo da reincidência, do efeito acumulativo das experiências negativas advindas do sistema. A crença punitiva é, em grande parte, o que está por trás da superlotação carcerária, das prisões preventivas ilegais e por tempo excessivo, por condenados que cumprem pena de prisão por tempo superior ao devido, pelas recentes rebeliões em presídios Brasil afora, entre outros eventos que colaboram para o estado inconstitucional de coisas tratado pela ADPF em questão.

Por seu turno, a visão abolicionista também conduz a resultados problemáticos e pouco racionais. Grosso modo, a crença abolicionista não enxerga qualquer valor ou aspecto positivo na imposição de pena; não vislumbra qualquer função admissível ou livre de críticas ao instituto da pena criminal e da prisão. A pena sob a forma de prisão, sob a forma de privação de liberdade, seria incapaz de desestimular a prática de delitos, não cumprindo, portanto, seu viés preventivo, bem como violaria a dignidade da pessoa humana. Sem ter a pretensão de reeditar debate secular em torno da função da pena, basta dizer que a necessidade ou conveniência da pena privativa de liberdade depende, inexoravelmente, do grau de respeito mútuo e de incorporação de determinados valores no âmago de uma sociedade.

Esta visão abolicionista se, por um lado, com razão, critica os pontos cegos do sistema prisional brasileiro, as condições degradantes da execução penal; por outro lado, defende a cessação de gastos do Estado com a construção de novas unidades prisionais para evitar a superlotação, pois, afinal de contas, a prisão não tem razão de ser. E o que não tem razão de ser não merece receber investimentos. Esta visão ignora as estatísticas assustadoras dos últimos anos, indicativas de que mais de 50.000 homicídios são registrados no país por ano.

O embate entre essas duas crenças, por vezes, não permite que as mudanças necessárias sejam realizadas no que diz respeito à implementação de uma execução penal constitucionalmente

adequada e equilibrada. O problema da crença atinge toda e qualquer proposta de transformação do estado inconstitucional de coisas no sistema prisional brasileiro. No caso da crença punitivista, os exemplos são inúmeros: no campo do Poder Executivo, o descaso generalizado envolvendo as condições estruturais das unidades prisionais<sup>3</sup>; a grande dificuldade de se reintegrar o condenado à sociedade por meio da remição pelo trabalho<sup>4</sup> e pelo estudo; no campo da aplicação do direito em si, a título ilustrativo, o rol de medidas cautelares diversas da prisão preventiva ainda tem utilização menor do que a idealizada pelo legislador quando de sua inclusão no diploma processual penal.

A crença cega, absoluta, na necessidade de encarceramento não se coaduna com o imperativo da dignidade humana, pois nega essa dignidade à pessoa do preso, coisificando-o em nome de um sentimento de segurança total ilusório, ou em nome de um retribucionismo estéril, resultando em um estado de coisas que inclui um exército de seres humanos em condições degradantes e sem perspectiva de reinserção social.

Por seu turno a descrença no sistema penal e prisional, ou o que se chamou nesta sede de crença abolicionista, também viola o núcleo da dignidade humana, na medida em que ignora ou não considera com suficiente reflexão a realidade das relações humanas hodiernas: a perpetuação de crimes violentos, cruéis, graves; o número absolutamente descontrolado de homicídios, ou, para ficar em uma só ideia e expressão, desconhece que o não reconhecimento do valor do outro ainda viceja em nossa sociedade, e que tais desrespeitos e violações violam valores essenciais à coletividade.

O ideário da Constituição Cidadã é muito claro e está expresso em seu art. 3º, inciso I: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A rigor, a concepção de dignidade humana necessita ser incorporada na prática jurídica, pois se trata de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Uma das grandes questões nas quais o problema da crença se manifesta de maneira especialmente intensa, o que gera, com frequência, debates calorosos e muitas vezes extremados, é a questão do encarceramento em massa. Para uma visão ou crença punitivista, o Brasil prende menos do que deveria, de modo que seria ilógico falar em encarceramento em massa. Para uma visão abolicionista, o Brasil prende em demasia, havendo, sim, um encarceramento em massa.

A questão, porém, é que a questão do encarceramento em massa não é capaz de revelar, por si só, a pertinência e constitucionalidade das prisões existentes, tampouco se há indivíduos que deveriam estar presos e estão em liberdade. Outros fatores precisam ser estudados.

Segundo dados do Infopen (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional., 2017, p. 8), de dezembro de 2017, o Brasil é o terceiro país em número de pessoas presas e possui um quantitativo de aproximadamente 726 mil presos. Já os dados mais recentes do CNMP apontam para um total de 679.459 presos, tendo como ano-base o de 2017, e o número de 668.523 quando se toma por base o ano de 2016 (BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público, 2016).

A primeira pergunta a se fazer diante disto é a seguinte: existe realmente um encarceramento em massa no Brasil? A resposta é, definitivamente, positiva sob o prisma quantitativo. O posicionamento do Brasil no ranking internacional é evidência disto. Tal constatação, porém,

3 Cite-se, neste particular, como reconhecimento desse estado de coisas e como decisão importante quanto à autocritica necessária, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário n. 580.252 do Mato Grosso do Sul, no qual se reconheceu o dever do Estado de indenizar presos submetidos a condições degradantes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário n. 580.252/MS, 2017)

4 É evidente que, a despeito das diretrizes ressocializadoras da Lei de Execuções Penais, a crença punitivista é claramente um dos óbices à reinserção social pela via do trabalho. Não por outra razão, em data recente, a Presidente do Supremo Tribunal Federal editou o Decreto n. 9.450, o qual obriga a contratação de presos e egressos em determinadas hipóteses.

não se confunde com a questão de se o Brasil prende menos ou mais do que deveria prender. É plenamente possível a existência concomitante de um (i) cenário de encarceramento em massa (quantitativo de presos num país) e (ii) de um cenário deficitário no que diz respeito à apuração e persecução de infrações penais, o que, tomadas as cautelas devidas de raciocínio, pode conduzir ao que recorrentemente se chama de impunidade. O argumento tem sido utilizado recentemente como tentativa de refutação ao encarceramento brasileiro em larga escala. O raciocínio segue, grosso modo, a seguinte linha: o índice de apuração exitosa das investigações brasileiras é bastante pequeno, o que quer dizer que uma série de crimes permanece sem punição e um sem-número de criminosos permanecem impunes, motivos pelos quais se chega à conclusão de que, a rigor, não haveria um encarceramento em massa no Brasil, mas justo o inverso: haveria um nível deficitário de encarceramento.

O problema com o argumento acima é que ele não resiste a uma análise mais detida, apresentando seus pontos cegos ou saltos lógicos. O primeiro entrave consiste no fato de que não se pode confundir investigação penal com culpabilidade reconhecida em sentença irrecorrível, ou mesmo, com condenação em segunda instância. Não se segue que o número de inquéritos e investigações sem êxito na apuração da autoria sejam sinônimos de culpabilidade definitivamente reconhecida. Uma fatia dessas investigações pode terminar com promoções de arquivamento por ausência de justa causa ou por causa de exclusão do crime. O segundo ponto cego da argumentação consiste na circunstância de que, ainda que todos os inquéritos e investigações não esclarecidos conduzissem a um processo com um julgamento de procedência da pretensão punitiva estatal, certo é que nem todos os casos desafiariam a aplicação de uma pena privativa de liberdade. É preciso recordar que a legislação aplicável prevê uma série de hipóteses de não aplicação de pena privativa de liberdade, a qual está reservada a casos considerados mais graves.

Além disso, faz-se imperioso pontuar o quantitativo de casos em que o cidadão responde a um processo criminal preso preventivamente, por meses ou anos, e, ao final, o Estado-juiz prolata uma sentença absolutória. Tal, a rigor, significa que, ao final, a referida prisão preventiva não tinha razão de ser, o que significa que os que foram encarcerados nessa situação, também, afinal de contas, não deveriam ter sido presos, o que implicaria redução no número de encarcerados. Todos esses aspectos demonstram que são necessárias estatísticas mais específicas e aprofundadas sobre a realidade carcerária para que se chegue a uma valoração mais precisa.

A resposta para a pergunta de se no Brasil há prisões em excesso e se estas prisões obedecem à Constituição demanda, essencialmente, a análise mais detida de outras questões: (i) a realidade do modo de compreensão e aplicação das prisões provisórias; (ii) o componente da chamada cifra oculta apresentada pela criminologia, a saber, o contingente de crimes que acontecem, demandariam a aplicação de uma pena privativa de liberdade e, por razões distintas, jamais são descobertos, investigados eficientemente com um resultado processual condenatório.

Por fim, o encarceramento em massa se deixa demonstrar como realidade, também, sob a perspectiva da taxa de ocupação brasileira, ou, noutros termos, o aspecto essencial da superpopulação carcerária, com consequências drásticas em várias questões sobre o tema. Neste sentido, insta recorrer também aos números: segundo os dados colhidos por imperativo da Resolução CNMP n. 56 de 2010, no ano de 2017, o país apurou uma taxa de ocupação consistente em 165, 13%, resultado da comparação entre a capacidade total de 411.466 e a ocupação de 679.459 presos. A taxa de ocupação mais preocupante se encontra na região norte (202,34%), enquanto a menor taxa de ocupação se verifica na região sul (132, 35%) (Conselho Nacional do Ministério



Público.Sistema Prisional em números, 2017. Disponível em: <[www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros](http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros)>. Último acesso em 31.07.2018). No entanto, em todas as regiões operam consideravelmente acima de suas capacidades, o que, por si só, já denota estado de coisas inconstitucional no tocante aos direitos mais essenciais daquele que cumpre pena.

Por via de consequência, não há como se negar o estado de encarceramento em massa brasileiro. Sublinhe-se, porém, que a constatação de que existe um grande encarceramento não significa, por si só, que novas unidades prisionais não devam e não possam ser construídas onde e se houver necessidade. Tampouco significa que se deva fomentar um pensamento abolicionista.

A rigor, as perguntas mais úteis e significativas envolvendo o encarceramento em massa brasileiro envolvem questões como: o que fazer, em termos práticos e legais, para reduzir o encarceramento? Quais práticas reais colaboram para esse estado de coisas? Quais condições atinentes ao sistema prisional brasileiro devem mudar para que os direitos do preso, reconhecidos pela ordem jurídica interna e internacional, sejam respeitados?

Os resultados colhidos pelas estatísticas decorrentes do cumprimento da Resolução do CNMP n. 56 de 2010 revelam retrato bastante interessante da situação carcerária brasileira. Vários são os aspectos e perspectivas dignos de nota e reflexão. Sem a pretensão de completude, insta proceder à análise de alguns deles, tomando-se por base o ano de 2017.

No que diz respeito ao direito ao trabalho, apurou-se que o número de oficinas de trabalho nas unidades ainda é bastante pequeno: na região nordeste 82,76% das unidades não possuem oficinas; na região norte esse número aumenta para 84,02%. Na região centro-oeste as oficinas faltam em 74,68% das unidades. Na região sul este número é de 61,38%, e na região sudeste as ausências de oficinas perfazem 49,70% das unidades. Tais números não só revelam o histórico abismo e descompasso socioeconômico entre o desenvolvimento das regiões mais ao sul e mais ao norte do país, mas também revelam o quão difícil é prover acesso do preso ao trabalho, mesmo no contexto de algo bastante simples como a implementação de oficinas.

Ainda no tocante ao trabalho, constata-se que, no âmbito do trabalho interno dos presos, esse número ainda é pífio: em média 26,35% das mulheres brasileiras presas estão envolvidas no trabalho interno, enquanto 15,32% dos homens encontram-se na mesma situação. Afora o percentual baixíssimo entre ambos os sexos, nota-se, mesmo nas comparações entre as regiões e dentro de uma mesma região, que há um percentual maior de mulheres envolvidas no trabalho interno. A explicação desta peculiaridade merece pesquisas mais aprofundadas, com questionamentos específicos, podendo tal resultado se dever tanto a um maior comprometimento feminino quanto ao trabalho interno, quanto, também, pode se dever mesmo a uma espécie de estigmatização feminina no tocante à realização de trabalhos ligados à limpeza, artesanato e outros, de espécie similar; ou, ainda, a uma possível desconfiança ou risco de segurança interna na delegação de certas tarefas, na posse de certos instrumentos, a homens. A inserção das espécies de atividades e quantitativo da mão de obra empregada é, aqui, elemento crucial para a obtenção de conclusões mais precisas.

No âmbito da assistência educacional, dentro da apuração do quantitativo de estabelecimentos por tipo de ensino ofertado, tem-se que: (i) no total, 51,94% dos estabelecimentos oferecem alfabetização, 53% ofertam ensino fundamental, 37,38% oferecem ensino médio, enquanto 23,63% oferecem ensino profissionalizante, e apenas 5,67% estabelecimentos oferecem ensino superior.

Nesse particular, constata-se: (i) a oferta de alfabetização e ensinos fundamental e médio em percentuais consideravelmente maiores do que os relacionados à oferta de ensino profissionalizante

e superior; (ii) um percentual muito baixo, no geral, de oferta de ensino superior; (iii) um percentual relativamente pequeno de oferta direcionada ao ensino profissionalizante, o qual, via de regra, daria condições mais imediatas de reinserção social e ao mercado de trabalho aos presos; (iv) o descompasso socioeconômico entre as regiões, observando-se, por exemplo, a maior oferta para ensino superior (9,86%) no sudeste, e os menores percentuais para as regiões norte (2,37%) e nordeste (2,46%); (v) o enorme percentual de oferta ligado à alfabetização e ao ensino fundamental revela o baixo nível educacional médio dos brasileiros, bem como o investimento deficiente na área da educação. Revela, ainda, que a chamada criminalidade brasileira encontra raízes inegáveis, ainda que não exclusivas, em fatores sociais como a pobreza e a desigualdade socioeconômica.

As correlações entre a efetividade do direito ao trabalho do preso e o direito à assistência educacional merecem estudo mais aprofundado, sobretudo, no tocante ao relacionamento com índices de reincidência. Explica-se: o contingente de egressos do sistema penal e de presos sem o devido acesso ao trabalho e, sobretudo, à assistência educacional podem confirmar ou não a corrente afirmação de que a tutela eficaz do direito fundamental à educação é condição necessária e, muitas vezes, suficiente à evitação ou redução significativa dos índices de reincidência. Estes, por seu turno, também merecem ser estudados com maior frequência e critério a fim de que se possa compreender melhor as relações e interpenetrações entre educação, trabalho, reincidência e encarceramento. Tal tópico está ligado de maneira indissociável ao chamado princípio da integração, previsto na parte final do art.1º da Lei de Execuções Penais e pilar da dignidade humana aplicada à execução penal. Conforme acentua Albrecht:

o princípio da integração insiste na (ajuda à) integração do preso na vida social... o conjunto do processo de execução deve ser intensificado para a integração na sociedade, e não somente ser tomado em consideração – como, também ainda hoje, muitas vezes praticado –, pouco antes do termo da liberação. (ALBRECHT, 2010, p.437)

## **2. O PROBLEMA ORÇAMENTÁRIO-FINANCEIRO: PORQUE A DIGNIDADE TAMBÉM CUSTA DINHEIRO E POSTULA EFICIÊNCIA NO GASTO**

Consoante uma máxima que já foi reconhecida, inclusive, nos julgados do Supremo Tribunal Federal, à exceção da Constituição, não há lei mais relevante para a efetivação de direitos do que a lei orçamentária (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4048, 2008).

Disto resulta que é o orçamento que, em última análise, na perspectiva de efetivação dos direitos, irá decidir em que medida existe o dever estatal de concretizá-los.

No tocante ao problema orçamentário aplicado ao sistema prisional, alguns pontos se mostram de indispensável relevância: (i) a necessidade de fiscalização, acompanhamento e controle por parte do Ministério Público e do Judiciário; (ii) o correto entendimento da discricionariedade do Executivo na eleição de prioridades e execução orçamentária; e (iii) a questão do contingenciamento de verbas do fundo penitenciário nacional

O Ministério Público, enquanto instituição permanente, autônoma e essencial à função jurisdicional, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, exerce atividade fundamental à garantia da concretização eficiente, constitucional, legal e responsável de tais direitos. Considerando o conceito de direito acima destacado, o Ministério Público é ator indispensável para a observância fielmente constitucional de

toda a gestão pública e fiscal. Noutras palavras: fiscalizar como, por quê e de que forma os recursos públicos estão sendo empregados para a efetivação dos direitos que o constituinte determinou fossem protegidos pela instituição.

Nessa seara, cumpre ao Ministério Público desempenhar função precípua de fiscalização da despesa pública relacionada à execução penal nos entes federativos a fim de verificar uma série de situações: (i) a evolução do gasto público por cidadão preso ao longo dos exercícios financeiros; (ii) o gasto público na manutenção de presos que, a rigor, já fariam jus à concessão de indulto, progressão de regime, livramento condicional, ou presos, ainda que cautelarmente, mas por prazo excessivo; (iii) o rol de prioridades dentro da despesa pública na função “execução penal” ou similares, a fim de verificar o quantitativo de despesa projetada, despesa liquidada e despesa efetivamente paga, apurando eventuais discrepâncias; (iv) o quantitativo de despesas, dentro da execução penal, especificamente com assistência à saúde, à educação e acesso ao trabalho; (v) a exigência da elaboração de planos específicos de investimento em execução penal, com o estabelecimento de metas e avaliação de resultados, adotando-se um modelo de orçamento participativo e de resultados; (vi) o quanto de recursos tem sido alocado na execução penal a fim de aperfeiçoar a efetivação dos direitos do preso, entre muitas outras iniciativas; (vii) fiscalizar e tomar as medidas cabíveis em relação a contingenciamento de verbas no Fundo Penitenciário Nacional, seja no que diz respeito a eventuais não repasses aos Estados, seja no que concerne à não utilização desses recursos pelos Estados ou utilização para finalidades diversas<sup>5</sup> (TAVES, 2018).

Nesse particular, a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADPF 347 determinou o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional no tocante à implementação das audiências de custódia. Neste sentido, urge destacar a Lei n. 13.500, de 26 de outubro de 2017, a qual alterou a Lei Complementar n. 79 de 1994. Tal lei complementar instituiu em seu art. 1º

no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), a ser gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional (Lei n. 13.500/2017, art. 1º).

A alteração legislativa em questão inseriu na Lei Complementar n. 79 o art. 3-A, o qual dispõe que a

União deverá repassar aos fundos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a título de transferência obrigatória e independentemente de convênio ou instrumento congênere, os seguintes percentuais da dotação orçamentária do Funpen: I - até 31 de dezembro de 2017, até 75% (setenta e cinco por cento); II - no exercício de 2018, até 45% (quarenta e cinco por cento); III - no exercício de 2019, até 25% (vinte e cinco por cento); e IV - nos exercícios subsequentes, 40% (quarenta por cento) (Lei n. 13.500/2017 art. 1º).

Ou seja, a lei passou a considerar tais transferências obrigatórias, e não mais voluntárias, circunstância que exige o acompanhamento efetivo do Ministério Público na tutela desses interesses. Apesar da positiva alteração legislativa, o descontingenciamento ordenado pelo STF e pela Lei Complementar n. 79 corre riscos diante da Emenda 93, a qual prorrogou a DRU (Desvinculação de Receitas da União) até 2023, além de incrementar para 30% o limite da desvinculação sobre a

<sup>5</sup> Como sintoma do descalabro orçamentário-financeiro-administrativo vigente no sistema prisional brasileiro, veja-se recente notícia do jornal “O Globo” em que verba de 3 bilhões do Fundo penitenciário estava parada.



arrecadação e, por fim, estendeu a possibilidade de incidência da DRU também para Estados, Distrito Federal e Municípios (conforme arts. 76, 76-A e 76-B do ADCT).

Tal expediente (DRU) não apenas frustraria<sup>6</sup> a determinação legal e do próprio STF, como viola frontalmente o princípio da vedação ao retrocesso, o princípio da vedação à proteção insuficiente e a prioridade dos direitos fundamentais

Nesse sentido, a doutrina insuperável de Élide Graziane Pinto, assevera que

já do ponto de vista da vinculação de gasto mínimo, a DRU descumpre o princípio de vedação de retrocesso social e afronta o art. 60, §4º, IV, da Constituição, quando mitiga a garantia de financiamento de direitos sociais fundamentais – percebidos individualmente –, no que se refere às receitas vinculadas de que tratam os arts. 149 e 195 e também no que afeta os percentuais mínimos de gastos previstos nos arts. 198, §2º, e 212 (PINTO, 2008, p. 534)

A fiscalização de todos esses aspectos deve se dar mediante a instauração de inquéritos civis que acompanhem a execução orçamentária ano a ano, bem como pela expedição de recomendações, pela realização de inspeções, vistorias, por meio da celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, entre outros instrumentos e possibilidades de atuação, a fim de que se possa verificar a evolução da qualidade do gasto público no que tange ao sistema prisional.

O acompanhamento e a tutela do Ministério Público, ao lado da compreensão do Poder Judiciário no sentido de que a discricionariedade administrativa-orçamentária existe, porém é sempre regrada e limitada pelas diretrizes constitucionais, permitindo-se, destarte, na hipótese de omissão persistente, o controle jurisdicional sobre a execução orçamentária, são condições necessárias, fundamentais à mudança de paradigma junto à realidade do sistema prisional brasileiro.

Ainda no que diz respeito às instituições Ministério Público e Poder Judiciário, internamente, também se faz necessária dotação orçamentária capaz de atender todas as condições de estrutura, logística e de recursos humanos e materiais que devem existir para suportar a atividade finalística de controle e fiscalização: a estruturação, descentralização da implementação de audiências de custódia em todo o país, a realização de mutirões a fim de detectar casos ilegais ou equivocados de encarceramento, a realização de palestras, cursos e encontros no afã de consolidar uma cultura constitucional de atuação no sistema de execução penal.

A admissão de um estado inconstitucional de coisas no sistema carcerário brasileiro, por si só, já demonstra que, em décadas de governos, a questão sempre foi relegada a planos inferiores, seja pela crença de que o gasto público nesse contexto não deve ser prioritário, seja pelo pouco apelo eleitoral que o investimento em ressocialização e em uma execução penal constitucional possuem em um país onde, sequer, os direitos sociais básicos de educação e saúde são efetivados para não condenados.

Como acentua Krell, no entanto,

o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de caixas cheias do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos 'condicionantes econômicos relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados 'direitos de segunda categoria'. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito de 'redistribuição' (*Umverteilung*) dos recursos ganha uma dimensão completamente diferente (KRELL, 2002, p.54).

<sup>6</sup> Isto porque entre as receitas afetadas ao Fundo Penitenciário estão algumas espécies de receita sobre as quais incidem contribuições sociais, estas passíveis de desvinculação conforme o regime legal da DRU.

### 3. O PROBLEMA JURÍDICO: A CRENÇA NA DIGNIDADE HUMANA LEVADA A SÉRIO

Sob o aspecto da justiça ou, rigorosamente, da aplicação e interpretação do direito nas questões com repercussão no sistema prisional, de fato, há um sem-número de situações capazes de explicar o cenário de crise identificado no bojo da ADPF em comento. O assunto, certamente, é complexo, mas, na esteira do que foi reconhecido e determinado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a questão da prisão provisória, sobretudo em sua vertente preventiva, assume especial relevo. Sobre isso, não há como ignorar: (i) o fundamento da garantia de ordem pública da prisão preventiva na experiência legal e judicial brasileira; (ii) a deficiência das fundamentações de manifestações e decisões envolvendo a decretação de prisão preventiva, o que deve abranger considerações quanto às repercussões coletivas, envolvendo, além da proibição de excesso, também a proibição de proteção insuficiente; e (iii) a forma de implementação e os resultados reais da chamada audiência de custódia.

O primeiro ponto, atinente ao fundamento da garantia de ordem pública na prisão preventiva, expressa um grau incômodo de descompasso entre o que representa (ou deveria representar) a essência da prisão cautelar e o que a experiência grita por meio dos Tribunais no cotidiano. Isso porque, dito de modo direto, a necessidade de garantia de ordem pública fundamenta uma tutela satisfativa e jamais cautelar em essência. Os critérios mais refinados desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores apontam no sentido de que a garantia da ordem pública será imperativa diante da gravidade concreta do delito praticado, bem como da presença de prognóstico de reiteração delitiva, respeitados, naturalmente, os demais requisitos e pressupostos do título prisional em questão. A questão do clamor público ou do sentimento ou sensação de segurança pública, a despeito de continuar constando em manifestações e decisões judiciais, há muito já foi afastada como razão suficiente ou idônea para o decreto prisional desta natureza.

Ocorre que a gravidade concreta do delito, em última análise, guarda relação essencial com a culpabilidade, com a reprovabilidade, que é uma categoria de direito penal material, e nada tem que ver com cautelaridade. Se a decretação de prisão preventiva se dá em função da especial gravidade concreta de um delito é porque, a rigor, se realiza antes do trânsito em julgado um juízo antecipatório de culpabilidade. Prende-se porque o autor de um delito especial e concretamente grave merece ser preso em função da reprovabilidade que o ato gera. Isto está insofismavelmente ligado à compreensão de culpabilidade e também de uma função retributiva da pena: um crime concretamente grave merece ter uma resposta sob a forma de encarceramento!

Por outro lado, o prognóstico sobre reiteração delitiva ou prognose de delinquência futura, ainda que lastreado em uma folha de antecedentes criminais recheada, sempre encerrará uma espécie de presunção, de exercício de adivinhação do futuro. Exercício este típico das funções de prevenção ligadas à pena: diz-se que a prisão preventiva é imperativa para resguardar a ordem pública de novos delitos, mas, a rigor, novamente, trata-se de uma função típica da pena, instituto de direito material e que pressupõe uma condenação irrecorrível.

Ou seja, o fundamento da prisão preventiva baseado na garantia da ordem pública, em verdade, é uma antecipação de tutela penal; uma espécie de tutela satisfativa à luz de cognição não exauriente. A gravidade concreta pode ser vista de maneira mais ou menos aleatória, bem como a reiteração delitiva quase sempre pode ser presumida sem maiores problemas, o que agrava a quantidade de presos preventivos de maneira inadequada e com base em juízos, muitas vezes, frágeis.

De modo corajoso, posto tardiamente, o Novo Código de Processo Civil trouxe norma essencial insculpida no art. 489, parágrafo 1º, segundo a qual não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que, resumidamente, (i) se limite a indicar ou reproduzir ato normativo sem minudenciar a relação do dispositivo com o caso a ser decidido; (ii) que empregue “conceitos jurídicos indeterminados sem a explicação do motivo concreto de sua incidência ao caso”; (iii) que invoque “motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”; (iv) que “não enfrentem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador”; e (v) que se limite a “invocar precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinados nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (Lei n. 13.015/2015, Novo Código de Processo Civil, art. 489, parágrafo 1º).

Tal dispositivo não encerra algo que já deveria ser óbvio à luz do mandamento constitucional de necessidade de fundamentação das decisões. Não obstante a obviedade da lição, a explicitação da necessidade de fundamentação idônea foi inserida no diploma processual civil pátrio, tamanho o desrespeito ao mandamento. O Código de Processo Penal não possui dispositivo sequer similar ao art. 489, parágrafo 1º, do NCPC. No entanto, seja por meio do permissivo do art. 3º do CPP, seja porque na esfera criminal a gravidade das sanções e medidas restritivas atinge de modo mais intenso os direitos do cidadão, ou seja pela decorrência lógico-constitucional, a incorporação prática e teórica da essência do referido dispositivo, sobretudo nas decisões que apreciem matéria relativa à prisão e liberdade, é urgente.

Manifestações e decisões envolvendo prisão preventiva cujo conteúdo se baseie simplesmente em expressões como “não vislumbro outra alternativa igualmente eficaz, senão a prisão preventiva”, “a prisão preventiva é necessária para garantir o sentimento de paz social” ou algo como “a confiança da sociedade nas leis diante do clamor público” encerram, a rigor, uma falsa fundamentação ou um arremedo de fundamentação, o que é inaceitável em uma ordem jurídica que se pretenda democrática e constitucional.

Sempre que se estiver diante do tema prisão preventiva, os direitos fundamentais em colisão são por um lado o direito à liberdade do suposto autor da infração penal e, por outro, o direito à segurança nas dimensões de (i) segurança da coletividade contra a prática de novas infrações (segurança como garantia da ordem pública e econômica) e (ii) segurança como garantia da observância do ordenamento (segurança como garantia de uma instrução hígida e da aplicação da lei penal). Consoante o escólio do celebrado Friederich Müller, “nenhum direito fundamental é garantido de forma ilimitada” (MÜLLER, 1990, p. 44). Mais do que isto:

Enquanto direito, eles são fundamentados por meio da Constituição. Por isto é de se sustentar o ponto de vista ontológico-sistemático de seu pertencimento à ordem jurídico-constitucional, do qual resulta a impossibilidade de uma ilimitabilidade “segundo todas as direções”, enquanto perspectiva irrenunciável de qualquer teoria constitucional, ou, caso se queira outra formulação, como elemento não escrito de todos os programas normativos de direitos fundamentais. Pode-se nomear essa reserva também como a reserva de qualidade jurídica dos direitos fundamentais (MÜLLER, 1990, p.44)<sup>7</sup>.

Assim, não basta ao juiz ou ao presentante do Ministério Público aferir se a natureza e o quantitativo de pena cominada ao delito em questão comportam a aplicação de prisão preventiva.

<sup>7</sup> Trecho no original: “Als Rechte sind sie durch die Verfassung begründet. Daher ist der sachsystematische Gesichtspunkt ihrer Zugehörigkeit zur (Verfassungs-) Rechtsordnung, aus dem sich die Unmöglichkeit einer Unbegrenztheit “nach allen Richtungen” ergibt, als unverzichtbare Einsicht jeder Verfassungstheorie oder, wenn man es formulieren will, als ungeschriebenes Element aller grundrechtlichen Normprogramme festzuhalten. Man mag diesen Vorbehalt auch den Vorbehalt der Rechtsqualität der Grundrechte nennen”.

Tampouco bastará aferir os indícios suficientes de autoria e a prova de existência do delito. Urge, destarte, analisar o requisito específico da proporcionalidade, exigido pelo art. 282, incisos I e II, bem como pelo parágrafo 6º do CPP. O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) é operacionalizado por meio de um procedimento em três níveis (*Drei-Stufen*), a saber: os testes da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Etapa de observância obrigatória aos membros do Ministério Público e aos juízes é, dentro do requisito da proporcionalidade, avaliar, à luz do estado inconstitucional de coisas relativo ao sistema prisional brasileiro, mais precisamente no contexto da vedação ao excesso e da vedação à proteção insuficiente, se a decretação de prisão preventiva no caso concreto significará, sob o prisma consequencialista, prejuízo maior ou não só à pessoa do autor de infração penal, mas também em relação ao meio social. Neste particular, para além da proibição de excesso, é de crucial importância a compreensão do sentido e alcance da chamada vedação da proteção insuficiente. Especificamente no caso do respeito aos direitos dos presos é pertinente que se pergunte se um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro revela não apenas uma proteção insuficiente dos direitos do preso, mas também, sob o ponto de vista das repercussões negativas desse estado de coisas, uma proteção insuficiente para a própria sociedade, seja sob a forma da reincidência estimulada pela marginalização dos internos e egressos do sistema, seja pela arregimentação dessas pessoas por facções criminosas, seja pelos custos econômicos, sociais e existenciais da manutenção de um sistema prisional inconstitucional e ineficiente.

O princípio da proibição da proteção insuficiente (*Untermaßverbot*), em dimensão complementar à proibição de excesso (*Übermaßverbot*) e às proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), é um modo de expressão dos direitos fundamentais e se baseia no chamado dever de proteção (*Schutzpflicht*) estatal, assim também na aplicação do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) em sua terceira etapa, a saber, a aferição da proporcionalidade em sentido estrito (*Angemessenheit*): a proporcionalidade como critério de verificação da constitucionalidade de uma determinada intervenção estatal enquanto medidas suficientes de caráter normativo e concreto para proteger de modo adequado e efetivo bens jurídicos selecionados pela ordem constitucional numa eventual posição de conflito.

Conforme a lição de Canaris, idealizador da categoria, a proibição de insuficiência não coincide com o dever de proteção que de algum modo a fundamenta. A proibição de insuficiência se preocupa mais com o “como” da proteção, e está inegavelmente atrelada a um critério ou exame de eficiência:

A proibição de insuficiência não coincide com o dever de proteção, de modo que aquela não teria função independente em face deste. Quem aceita isto ignora o significado do simples direito na realização dos mandamentos de proteção dos direitos fundamentais. Colocado de maneira um tanto simplista, a questão do dever de proteção está preocupada com o “se” da proteção, enquanto a proibição da insuficiência tem como tema a questão do “como” da proteção. Pois a “Constituição fornece (apenas) a proteção como meta, não sua configuração em detalhes. Por conseguinte, em um primeiro passo da existência do dever de proteção enquanto tal deve ser fundamentada e, em um segundo passo, deve se realizar uma checagem sobre se o simples direito é suficiente ou em que medida se revela um déficit de proteção. (...) Não se trata de medir do mesmo modo como se mede uma intervenção em um direito fundamental no contexto da proibição de excesso. Em vez disto deve ser examinado se a proteção atende aos requisitos mínimos para a sua

eficiência e se os bens jurídicos e interesses não são valorados de forma conflitante. No entanto, o conteúdo do dever de proteção é autoevidente porque um dever de tomar medidas ineficazes seria absurdo, mas tal só se aplica a uma visão bastante abstrata e não muda o fato de que cada variável exige um exame específico de eficiência; porque esse (exame) representa um critério variável, uma vez que depende de se a proteção é suficientemente eficiente – e nisso repousa uma questão independente da do fundamento do dever de proteção, o que é, portanto, perfeitamente lógico para tematizá-la separadamente sob o conceito de proibição de insuficiência. (CANARIS, 1999, p.86)<sup>8</sup>.

Neste particular é de se registrar a lição de Albrecht, para quem “a posição do preso na execução possui tanto um componente de Estado de Direito, como também um componente de Estado Social” (ALBRECHT, 2010, p.437). Em cada raciocínio jurídico envolvendo o sistema de execução penal brasileiro, faz-se imperiosa a presença da proibição da proteção insuficiente, o que postula a consideração do como essas medidas devem ser levadas a cabo e quais repercussões sociais dela advirão.

No que se refere à implementação das audiências de custódia, este instrumento tem se mostrado, consoante os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em seu portal, instrumento mitigador do encarceramento em massa e, por outro lado, instrumento de conformação do sistema penal aos apelos constitucionais e da legislação internacional pertinente. Até junho de 2017, apresentam-se os seguintes dados: (i) um total de 258.485 audiências de custódia realizadas; (ii) um total de 142.988 (55,32%) dos casos em que resultaram prisões preventivas; (iii) um total de 115.497 (44,68%) dos casos que resultaram em liberdade; (iv) um total de 12.665 (4,90%) dos casos em que houve alegação de violência no ato da prisão; (v) um total de 27.669 (10,70%) dos casos em que houve encaminhamento social/assistencial (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Sistema Carcerário. Execução penal e medidas socioeducativas. Audiência de Custódia. Dados estatísticos. Mapa de Implantação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Último acesso em 31.072018).

A despeito de consistir em medida ainda incipiente, resultados positivos podem ser colhidos da experiência apresentada até então. O percentual de quase 45% de casos que resultaram em liberdade revela que antes da implementação das audiências de custódia havia um contingente considerável de casos típicos de concessão de liberdade, circunstância que não só confirma o viés ou problema da crença punitivista, mas também possível ganho de compreensão dos atores envolvidos quanto às condições de funcionamento do sistema prisional e a reflexão sobre proporcionalidade das prisões.

O percentual de 10% nos casos de encaminhamento social ou assistencial também demonstra a existência de um contingente, antes ignorado, de casos em que a aplicação pura e simples do direito penal não gera utilidade ou ganho individual e social sob o ponto de vista consequencialista. Neste particular releva o registro do chamado princípio da contradireção, segundo o qual se pretende “o

8 Trecho no original: “Das Untermaßverbot fällt auch nicht mit der Schutzpflicht zusammen, so daß es gegenüber dieser keinerlei eigenständige Funktion hätte. Wer dies annimmt, verkennt die Bedeutung, welche dem einfachen Recht bei der Verwirklichung von grundrechtlichen Schutzgeboten zukommt. Etwas vereinfachend gesprochen geht es bei der Frage nach der Schutzpflicht um das „ob“ des Schutzes, während das Untermaßverbot die Frage nach dem „wie“ thematisiert. Denn „die Verfassung gibt (nur) den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im einzelnen“. Demgemäß ist in einem ersten Schritt des Bestehen der Schutzpflicht als solcher zu begründen und in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob das einfache Recht dieser hinreichend Rechnung trägt oder insoweit ein Defizit aufweist. (...) Dabei geht es nicht etwa darum, das – in der gleichen Weise wie bei einem Eingriff in ein Grundrecht am Übermaßverbot zu messen. Vielmehr ist zu prüfen, ob der Schutz den Minimalanforderungen an seine Effizienz genügt und ob gegenläufige Rechtsgüter und Interessen nicht „berwertet sind. Allerdings gehört zum Inhalt der Schutzpflicht selbst, weil eine Pflicht, unwirksame Maßnahmen zu ergreifen, widersinnig wäre, doch trifft das nur bei einer sehr abstrakten Sichtweise zu und ändert nichts daran, daßes jeweils zusätzlich einer problemspezifischen Prüfung der Effizienz bedarf; denn diese stellt ein abstufbares Kriterium dar, weil es darauf ankommt, ob der Schutz hinreichend effizient ist – und darin liegt eine gegenüber der Begründung der Schutzpflicht eigenständige Fragestellung, die demgemäß in der Tat sinnvollerweise unter dem Begriff des Untermaßverbots gesondert thematisieren ist”.



impedimento dos efeitos colaterais danosos para os detidos. Logo são de minimizar, em sua extensão, o mais possível, sobretudo as deprivações e processos de prisionalização, mediante tratamento, terapia e outros auxílios de integração” (ALBRECHT, 2010, p.437).

Entretanto, muito ainda há para ser conquistado no que concerne à implementação das audiências de custódia. Segundo pesquisa e estudo divulgado pelo portal do CNJ em outubro de 2017 (BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo, 2017), a seletividade do direito penal ainda se mostra, por exemplo, no percentual de 65,2% negros do universo total de presos em flagrante levados à audiência de custódia. Além disto, em 49,7% dos casos não houve explicação sobre o motivo da prisão. Em 26% dos casos não se informou ao conduzido a finalidade da audiência de custódia, e em 49,1% dos casos não houve advertência ao custodiado acerca de seu direito constitucional ao silêncio. Tais números revelam o quanto ainda é preciso avançar na compreensão e vivência do tema, além de corroborar o viés punitivo da crença existente no sistema penal.

Para melhor avaliação do efeito das audiências de custódia a médio e longo prazo, faz-se imperiosa a concretização e difusão das audiências de custódia no contexto do direito infracional ou juvenil a fim de que se tenha um retrato individual e coletivo mais fidedigno acerca da reiteração infracional e delitiva ao longo do tempo. Em termos logísticos também se faz necessária maior descentralização na estrutura dos órgãos participantes de tais audiências e proximidade em relação às unidades prisionais no intuito de prevenir excesso de prazo, circunstâncias estas que corroboram a necessidade de prioridade na despesa pública em relação à execução penal nas unidades da Federação.

De todo modo, a implementação de audiências de custódia colabora para minimizar o efeito daquilo que Albrecht chama de “perspectiva dos atingidos”, uma vez que “não obstante, a duradoura privação de tempo da vida social, a interrupção das relações sociais, que são importantes para qualquer um, permanecem estranhos para todos aqueles que não precisam experimentar isto por si mesmos”, na medida em que “juristas lidam com este tempo, com suas medidas penais, de uma forma altamente abstrata, reduzem lapsos de tempo a pequenos números... Isto não soa especialmente grave e sugere alta racionalidade de medida”. (ALBRECHT, 2010, p.441). A obrigatoriedade da deliberação na presença do indivíduo preso em flagrante, ainda com as impressões do fenômeno criminal bastante vivas, intensifica a capacidade de juízes, promotores e defensores na percepção daquela experiência, fazendo com que a qualidade da deliberação seja, senão impecável e precisa, ao menos mais digna e humana.

## CONCLUSÕES

Como conclusão, o presente estudo considera que a superação dos três problemas acima mencionados, bem como de suas derivações, passa pela mudança cultural, de mentalidade ou, como se pretendeu, da crença dominante em relação ao sistema prisional. Todos os demais pontos de estrangulamento remontam, em última análise, à compreensão deficitária de que a prisão, a despeito de ainda ser instituto necessário à estabilidade dos arranjos sociais, necessita de uma abordagem conforme à dignidade humana, pois o sistema prisional não é algo alheio ao meio social, mas, certamente, parte das relações humanas. Parte esta que não pode mais ser ignorada, sob pena de repercussões negativas para todos os segmentos sociais.

# REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Curitiba: ICPC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo. Justiça Pesquisa. *Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2.ed, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro - 2016 / Conselho Nacional do Ministério Público*. – Brasília : CNMP, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Último acesso em 30.07.2018. Todos os demais dados referenciáveis à Resolução 56 de 2010 do CNMP foram extraídos deste endereço eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347*. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação carcerária – Condições desumanas de custódia – violação massiva de direitos fundamentais – Falhas estruturais – Estado de coisas inconstitucional. Requerente: PSOL. Requerido União e outros. Brasília, relator Min. Marco Aurélio, julgamento em 9 de setembro de 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. *Recurso Extraordinário n. 580.252/MS*. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, III, X, XLIX, e 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível). O Tribunal, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator, Min. Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 8.12.2017 a 15.12.2017.

BRASIL. *Decreto n. 9.450, de 24 de julho de 2018*. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, e regulamenta o § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o disposto no inciso XXI do caput do art. 37 da Constituição e institui normas para licitações e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo federal.

BRASIL. Lei n. 13.500, de 26 de outubro de 2017. Altera a Lei Complementar no 79, de 7 de janeiro de 1994, para dispor sobre a transferência de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), a Lei no 11.473, de 10 de maio de 2007, para permitir a prestação de serviços, em caráter excepcional e voluntário, à Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), na qual se inclui a Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), e as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Medida Provisória no 755, de 19 de dezembro de 2016. Brasília, DF, out, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – junho de 2016/organização*, Thandara Santo; colaboração, Marlene Inês da Rosa (et al), Brasília, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4048*. Min. Carlos Britto, p. 92 dos autos, STF, Tribunal Pleno, ADI 4048 (Rel. Min. Gilmar Mendes, j.14.5.2008)

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002

MÜLLER, Friederich. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*. 2. Auflage. Berlin, 1990

PINTO, Élide Graziane. *Seis vezes DRU: flexibilidade orçamentária ou esvaziamento de direitos sociais? De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n.11, p.534, jul./dez., 2008.

TAVES, R. Verba de R\$ 3 bilhões do Fundo Penitenciário está parada. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19.mar.2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/verba-de-3-bilhoes-do-fundo-penitenciario-esta-parada-22505821>>.