



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

BRUNO DOURADO BERTOTTO MARTINS

**O DEVER DA UNIÃO DE RESSARCIR O ESTADO DE MATO
GROSSO DO SUL DOS CUSTOS DE PRESOS DE DELITOS
TRANSACIONAIS: um estudo de caso da ACO 2992**

DOURADOS - MS

2018

BRUNO DOURADO BERTOTTO MARTINS

**O DEVER DA UNIÃO DE RESSARCIR O ESTADO DE MATO
GROSSO DO SUL DOS CUSTOS DE PRESOS DE DELITOS
TRANSACIONAIS: um estudo de caso da ACO 2992**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Banca Examinadora da Universidade Federal
da Grande Dourados como pré-requisito para a
obtenção do título de Bacharel em Direito, sob
a orientação do Prof. Me. Gassen Zaki Gebara.

DOURADOS - MS

2018



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos 13 do mês de julho de 2018, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Bruno Dourado Bertotto Martins** tendo como título "*O Dever da União de Ressarcir o Estado de Mato Grosso do Sul dos Custos de Presos de Delitos Transnacionais: Um Estudo da ACO 2992*".

Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Gassen Gebara (orientador), Me. Hassan Hajj (examinador) e o Me. Antonio Zeferino da Silva Junior (examinador).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) Aprovado.

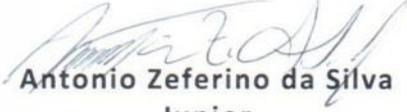
Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Gassen Gebara
Mestre – Orientador


Hassan Hajj
Mestre – Examinador


**Antonio Zeferino da Silva
Junior**
Mestre – Examinador

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

M386d Martins, Bruno Dourado Bertotto
O DEVER DA UNIÃO DE RESSARCIR O ESTADO DE MATO
GROSSO DO SUL DOS CUSTOS DE PRESOS DE DELITOS
TRANSACIONAIS: um estudo de caso da ACO 2992 / Bruno Dourado Bertotto
Martins -- Dourados: UFGD, 2018.
69f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Gassen Zaki Gebara

TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações
Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.
Inclui bibliografia

1. Presos. 2. União. 3. Mato Grosso do Sul. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.

AGRADECIMENTOS

Apesar da função acadêmica deste trabalho e estudo, este agradecimento transcende, em muito, a mera vida acadêmica: trata-se de inspirações e motivações no âmbito estudantil, profissional, cotidiano e familiar.

Agradeço, inicialmente, me questionando se deveria ser um acadêmico de universidade federal, deste privilégio do estudo suportado pelo Estado, afinal, nunca fui o mais assíduo dos alunos, tampouco o dedicado, aliás, sempre estive relacionado a baderna e “turma do fundão”. A falsa modéstia, que nunca combinou comigo, não me permite romper com meus méritos da caminhada: entrei em escola particular através de concurso de bolsa de estudos onde quase forcei a senhora minha mãe a me inscrever com apenas 10 anos, dali em diante foram conquistas, obstáculos, sucessos e entraves, tudo em ordem bem aleatória. Contudo, o mérito solitário também não combina com a vida, em meio as turbulências que esta nos impõe, fundamental foram os avós que nunca permitiram faltar nada, que oraram, que levaram, buscaram, toleraram e amaram. Foi a mãe jovem, solteira, que a sociedade conduz de malgrado, mas que é insuperável no amor, na determinação e no zelo pelo filho. Tal íterim que permite estar aqui. Eu me permito.

Eu tenho memórias. Memorizo dias de ser buscado a pé ao final da aula no Castro Alves. De festas de aniversário feitas em sala de aula no Vilmar Vieira de Matos porque me queixava de colegas que não tinham o que tínhamos. Valorizar o passado é o que nos modula e edifica.

Chegar até aqui andando pelo certo, de cabeça erguida, cumprimentando a todos e olhando nos olhos de qualquer um é lição de quem observou os homens corretos no cotidiano ou nos dias extraordinários, seja na felicidade e euforia, ou na dor e sofrimento. Não sei o quanto até aqui me dignifiquei a agradecer meu avô materno, Luiz Farias Torres, e avô paterno, Vilmar Rogério Arruda Martins, e meus dois pais, biológico Marcelo Bertotto Martins, e na vida, Nilsson Alves e Santos.

Injusto não mencionar os avós paternos, cujo amor e palavras de incentivo jamais faltaram. O destino alheio às vontades que não permitiram uma criação aproximada não afetou a substancial sintonia e familiaridade. Dali nasceu o amor pelo esporte, que me tornou um apaixonado pela competição, que criou um ímpeto vencedor e culminou na

honrosa presidência da AAAD-UFGD, que atrasou este estudo, mas gerou vitórias, conhecimento, vivência e, sobretudo, muita das mais sinceras amizades de minha vida.

O caminho até aqui, que penso vitorioso, atraiu admiração por outros vitoriosos. Por professores técnico, sem delongas e que representam o exemplo e o sucesso profissional que almejo, quais ocupam esta banca: Professores Mestres Gassen Zaki Gebara, Hassan Hajj e Antônio Zeferino da Silva Júnior. Não poderia escapar o agradecimento especial ao Professor Mestre José Carlos Barbosa, então Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul, com quem não cheguei a dividir semestre em sala de aula, mas me lecionou o profissionalismo, o engajamento e a paixão pela coisa pública.

Por fim, ainda não em derradeiro, a minha namorada, Catheline Deguti Vieira Costa, talvez a não mais compreensível das mulheres, mas o que esperar de um igualmente incompreensível cara... Que no relacionar, no compartilhar dos dias, me motivou e reforçou a necessidade de vencer, de correr atrás, de obrar, de chegar até aqui e não falhar. Na paciência e no aprendizado para tornar maduro este relacionamento. Que perdure anos e perdurando, que esta página e os episódios em que me motivou venha a nos reavivar sempre.

Agora sim, em derradeiro, as pessoas que talvez não saibam de suas importâncias em minha vida ou que passariam despercebidas na arrogância do esquecimento que o dia a dia aplica no transcurso do tempo. Eu jamais chegaria até aqui, aliás, jamais me formaria no ensino médio, sem um homem do bem, trabalhador e que tem a dádiva de observar qualidades nas pessoas enquanto o mundo tenta apontar tão somente defeitos e deméritos, ao Álvaro, inspetor do Colégio Decisivo Anglo em meu período ali cursado. E, ao professor Moisés, vulgo Moita (nem ele mais se apresenta como Moisés, já há 40 anos), que a mim lecionou a literatura, a escrita e, principalmente, a percepção de que o conhecimento não está ligado a estigmas e títulos acadêmicos, mas ao amor e prazer no que faz, na espontaneidade e talento próprio.

Ficou longo, contudo é o necessário. O meu agradecimento é sincero, profundo e sempre será recíproco.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a Ação Cível Originária 2992 (ACO, porquanto a competência originária do Supremo Tribunal Federal) iniciada pelo Estado de Mato Grosso do Sul face à União Federal. A análise do caso busca comprovar e abordar a grave omissão por parte da União para com a execução penal de presos ligados ao tráfico internacional de drogas, armas e munições no Estado de Mato Grosso do Sul. Resta o Estado, através da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP) e Agência Estadual de Administração do Sistema Carcerário (AGEPEN), em situação demasiadamente onerosa ao arcar solitariamente com os custos do sistema prisional, sem qualquer tipo de repasse ou contraprestação do governo federal. Através do estudo das circunstâncias fáticas, das legislações inerentes, da jurisprudência aplicada e abordagem multidisciplinar busca-se a comprovação e demonstração do dever da União de ressarcir o ente federado acerca do custeio dos presos advindos de delitos transnacionais.

Palavras-Chave: Presos; União; Mato Grosso Do Sul.

ABSTRACT

The purpose of this study is to study the 2992 (ACO), as the original jurisdiction of the Federal Supreme Court, initiated by the State of Mato Grosso do Sul in relation to the Federal Government. The analysis of the case seeks to verify and address the serious omission by the Union of the criminal execution of prisoners related to the international traffic in drugs, arms and ammunition in the State of Mato Grosso do Sul. The State, through the State Secretariat of Justice and Public Security (SEJUSP) and State Agency for the Administration of the Prison System (AGEPEN), which is too costly to bear alone with the costs of the prison system, without any kind of transfer or consideration by the federal government. Through the study of the factual circumstances, inherent laws, applied jurisprudence and multidisciplinary approach, we seek to prove and demonstrate the duty of the Union to reimburse the federated entity for the costs of prisoners of transnational crimes.

Keywords: Inmates; Union; Mato Grosso do Sul.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - A CRISE CARCERÁRIA E SITUAÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL	12
1.1 Uma crise nacional e sistêmica	14
1.2 A situação do Estado de Mato Grosso do Sul	17
1.3 Mato Grosso do Sul: um bastião da federação e grandes centros.....	18
1.4 A superlotação como consequência da omissão da União	20
CAPÍTULO II - ACO 2992: AS RAZÕES E FUNDAMENTOS DO ESTADO AUTOR.....	25
2.1 A descrição das circunstâncias e objeto da ação	27
2.2 O cabimento da ação civil pública: a salvaguarda do direito difuso a segurança pública, direitos coletivos dos segregados e proteção ao patrimônio público do ente federado.....	33
CAPÍTULO III - A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONFLITO FEDERATIVO: MATO GROSSO DO SUL X UNIÃO.....	40
3.1 O conflito federativo manifesto e a competência originária do STF	43
3.2 A interpretação constitucional das competências dos entes federados: o pacto federativo e a teoria do federalismo cooperativo	47
CAPÍTULO IV - O DEVER DA UNIÃO DE RESSARCIR O ENTE FEDERADO	52
4.1 A origem do dever de ressarcimento ao ente federado	54
4.2 O enriquecimento sem causa por parte da União.....	58
4.3 A urgência emanada do RE 580.252/MS.....	59

CONCLUSÃO..... 64

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 67

INTRODUÇÃO

O presente estudo, que aborda o caso concreto da Ação Cível Originária 2992, no Supremo Tribunal Federal, proposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face da União Federal traz em seu bojo diversos temas sensíveis do direito contemporâneo e da crise carcerária enfrentada em todo Brasil.

O tema abordado rompe com o marasmo das conclusões ordinárias da existência de superlotação no sistema prisional brasileiro para, por meio da litigância judicial, se buscar uma solução que emane da própria ordem federativa estabelecida pela Constituição da República Federativa do Brasil. Não existe solução legalmente possível que não esteja atendida no próprio arcabouço constitucional.

Cumprindo um registro introdutório, que embora seja assentido pacificamente a desnecessidade de esgotamentos de outras vias para que se acione o poder judiciário, o Estado-autor tentou por meios políticos resolver o desequilíbrio do sistema carcerário estadual, causado substancialmente por uma conduta omissiva da União de prestação positiva de políticas públicas de segurança pública de fronteira, bem como o custeio da custódia dos presos, transitados em julgados ou provisórios, oriundos de crimes de matriz transnacional, bem como os conexos.

Em um cenário de flagrante desequilíbrio federativo causado por uma conduta omissiva, inerte e morosa da União Federal em prejuízo ao Estado-membro surge a ACO 2992 como medida plausível para promover o reequilíbrio da pressão orçamentária indevida que vem sofrendo Mato Grosso do Sul ao custodiar presos de competência eminentemente federal.

A lide se desdobra não somente no aspecto patrimonial, porquanto a solução dali advinda apresenta capacidade para, ao menos, alentar o absurdo cenário de superlotação das unidades prisionais, submetendo os apenados a situações degradantes e de desrespeito ao mínimo necessário para a dignidade humana.

Toda a abrangência da matéria e notório relevo da estudada ação podem trazer repercussões de grandes escaladas no experimentado sistema de abarrotamento das unidades prisionais de todo país, ocupadas por agentes criminosos que deveriam estar

submetidos ao regime federal de execução da pena. O que notadamente, conforme discorre-se a seguir, não acontece, uma vez ao longo de 52 anos, desde a publicação da Lei 5.010/1966, apenas quatro presídios federais foram edificados.

Para desaguar nas conclusões que serão expostas nos capítulos a seguir foi aplicada metodologia de um estudo de dados de segurança pública e sistema carcerário vindos de órgãos vinculados tanto ao Estado-autor, quanto da União, bem como leitura de artigos científicos e dissertações, uma pesquisa doutrinária ampla e contemporânea sobre os obstáculos englobados pela lide, para além da consulta da inteligência das legislações inerentes, mesmo as extravagantes, suas interpretações e a aplicação da jurisprudência pátria, pautando sempre pela busca dos entendimentos mais pacificados e utilizados pelos tribunais superiores.

Corroboram, ainda, com o estudo notícias encontradas em sítios virtuais de grandes veículos midiáticos, que remetem a materialidade de tudo aquilo que é sustentado pela obra.

CAPÍTULO I - A CRISE CARCERÁRIA E SITUAÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL

A língua portuguesa talvez falhe ao não indicar uma palavra que substitua “crise” ao abordarmos a problemática carcerária. Porquanto crise, em simples consulta de dicionário, refira-se a tempo, com aspecto passageiro: momentos, situações, conjunturas e afins, talvez não seja melhor definição para a problemática carcerária. O que se refere a crise do sistema prisional é um problema jamais resolvido pelo Estado brasileiro, perpetuado por décadas.

As superlotações dos estabelecimentos penais brasileiros, ainda que hoje atinjam patamares inimagináveis, são números de longa data que geram no decorrer de décadas mazelas variadas, desde surtos de doenças medievais a episódios sangrentos de barbárie. Isto para além da condição degradante ao qual o custodiado é submetido.

Dado, analisado logo mais, que alarma e consterna, é que presos provisórios, ou não sentenciados, ou ainda não julgados por colegiado, possuem relevância no quadro de porcentagem da população prisional brasileira. Abarrotando as unidades. Somando possíveis injustiças e abusos, falhando o Estado-juiz e os dogmas garantistas e legais. Diante do quadro de escassez de vaga do sistema carcerário o preso provisório divide espaço com o condenado, isto quando não trancafiado o “ladrão de galinha” com o apenado de alta periculosidade.

Em algum momento, se é que houve diferente, admitiu-se por panaceia que não se apura para prender, mas se prende para apurar. Nos dizeres de artigo de opinião do Ministro Marco Aurélio Mello, publicado pelo sítio virtual do Supremo Tribunal Federal em 09 de março de 2015¹:

Passou a vingar não o império da lei, mas a optica do combate, sem freios, dos desvios de conduta, da corrupção, da delinquência de todo gênero. A prisão preventiva, talvez, amenize consciências ante a morosidade da Justiça, dando-se uma esperança vã aos cidadãos, como se fosse panaceia presente esse mal maior que é a impunidade. A exceção virou regra, implementando-se, com automaticidade e, portanto, à margem da regência legal, esse ato de constrição maior que é a prisão.

O abarrotamento das unidades prisionais resulta de uma equação que geraria

¹<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287702&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acessado em 09/05/2018

estudos inesgotáveis, contudo tem-se por resultado óbvio do cotidiano brasileiro. Uma sociedade de oportunidades cerceadas incentiva a delinquência, por vezes, impune por um direito penal deficiente. A mencionada impunidade motiva um modelo policial inquisitivo, abraçado por um Estado-juiz igualmente sedento pela punição nesta feita. Por sua vez o poder público responsável pela custódia do apenado se omite em seu dever de reeducação, reinserção e ressocialização, e, ainda assim não se hesita ao encarceramento. Desta vez não pela função da execução penal positivada pelo artigo 1º, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal)², mas para afastar do convívio social. Separar o joio do trigo. O bom do mau.

O parágrafo anterior não traz uma contradição entre seu início e conclusão, uma vez que o exposto é um ciclo vicioso. O direito penal subjetivo consagrado pela legislação pátria tem o Estado como detentor do monopólio do *jus puniendi* (JESUS, 2014, p. 49). A omissão como rotina por parte do poder público responsável pela execução da pena é ainda mais grave se captada sob este prisma.

Se a superlotação é um cenário constatado nacionalmente, os principais motivos tais, como condenações e aprisionamentos provisórios em massa, diferem dos percebidos no Estado de Mato Grosso do Sul, onde o excedente prisional pode ser imputado aos presos de tráfico transnacional de drogas, armas ou munições, sob o contexto de fronteira com a República do Paraguai e Estado Plurinacional da Bolívia. A região é ponto sensível da geopolítica brasileira, sendo porta de entrada escancarada para o tráfico supramencionado, apesar dos inúmeros esforços anotados pelas forças policiais da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, sobretudo de seus departamentos especializados, tais como DEFRON (Delegacia de Repressão aos Crimes de Fronteira) e DOF (Departamento de Operações de Fronteira).

Particularidades circundam os excedentes números de custodiados em relação as vagas disponíveis em cada unidade federativa, contudo tais sobressaltos são constatados em todos os 26 Estados e Distrito Federal, segundo dados do INFOPEN, apontando a uma crise sistêmica. Curiosamente, em mesmo levantamento, o único ente federado que não demonstra superlotação em seu sistema prisional é a União, deveras sua omissão quanto a cooperação com políticas prisionais estaduais.

² Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

As particularidades circundam os elementos que resultam no sobressalto do número de ocupação das prisões face ao de vagas disponíveis em cada unidade da federação, contudo em todos 26 Estados e Distrito Federal são constatados os excedentes, tornando a crise sistêmica.

1.1 Uma crise nacional e sistêmica

Em 08 de dezembro de 2017, foi divulgado o mais recente INFOPEN (Levantamento nacional de informações penitenciárias), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional e antigo Ministério da Justiça e Segurança Pública, trabalho que compila informações estatísticas do sistema prisional brasileiro desde 2004, sendo mais completo relatório analítico de amplitude nacional para área, vez que coleta dados de todos os gestores de unidades prisionais do país, tendo sua última edição coletado informações referentes a junho de 2016.

A constatação deficitária de vagas prisionais em todas unidades federativas aponta para uma taxa de ocupação de 197,2% das unidades, vez que a população prisional total foi computada em 726.712 custodiados, para apenas 368.049 vagas³. A situação não abarrotada consta nos espaços de custódia do Sistema Penitenciário Federal, administrados pelo Departamento Penitenciário Federal, com 437 aprisionados para 832 vagas totais⁴ (BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, INFOPEN 2017, p. 8).

Percebendo a superlotação como padrão nacional a crise carcerária nada menos é senão sistêmica. O encarceramento em massa é comportamento em todo país, com alguns Estados suportando ônus que não lhes são inerentes em benefício de uma União em flagrante omissão com seu dever federativo.

Insta menção de um dado cruel do encarceramento em massa brasileiro, 40% dos aprisionados sequer tem condenação, havendo unidade federativa onde este número chega a 66%, como caso do Estado do Ceará, líder do ranking seguido por Sergipe e Amazonas⁵ (BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, INFOPEN 2017, p. 15). Um modelo prisional que sequer comporta sua demanda ocupacional, também não comporta

³ Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016, consultado em 10/05/18.

⁴ Idem.

⁵ Idem.

a separação do preso provisório do condenado por sentença transitada em julgado, trazendo a desatenção ao artigo 84, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal)⁶ como regra costumeira.

A pretensão punitiva que deveria almejar, de maneira finalística, a reintegração social do delinquente é atropelada por uma escala industrial de aprisionamentos que invariavelmente objetiva a retirada do indivíduo do convívio em comunidade. É bem verdade que a extinção de punibilidade não encontra guarida legal junto ao rol do artigo 107, do Código Penal, para casos onde seja o Estado incapaz de prover condições dignas para o cumprimento de pena, contudo a compostura omissa e ilegal do mesmo não está sujeita a culpabilidade. O Brasil tem falhado com seu processo social, senão civilizatório quando dos eventos anualmente repetidos nos presídios.

As possibilidades de ressocialização do recluso submetido ao cárcere brasileiro são atacadas de morte nas condições atuais. Os efeitos das condições negativas atraídas pela superlotação são marcantes (BITENCOURT, 2017, p. 156-157):

Existe superlotação nas carceragens, elevado índice de reincidência; ociosidade ou inatividade forçada; condições de vida precárias; higiene precária dos presos; grande consumo de drogas; negação de acesso à assistência jurídica e de atendimento médico, dentário e psicológico aos reclusos; ambiente propício à violência física e sexual; efeitos sociológicos e psicológicos negativos, produzidos pela prisão.

O plano finalístico do direito penal, para além da tutela jurídica do bem, de reeducação está cerceado. Ao recluso resta um ambiente hostil de proliferação de doenças e violência constante.

A falta de saneamento básico das unidades prisionais, bem como falta de arejamento e qualquer condição de higiene gera um quadro onde mazelas praticamente superadas pela saúde pública se tornam cotidianas. Como caso da AIDS/HIV, hanseníase, tuberculose e outras.

Em Dourados, Mato Grosso do Sul, onde reside a segunda maior população carcerária do Estado, há até mesmo projeto de pesquisa feito em cooperação entre a Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), Secretaria de Estado de Saúde

⁶ Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

(SES) e Agência Estadual de Administração do Sistema Carcerário (AGEPEN)⁷, intitulado “*Identificação de estratégias de busca ativa de casos de tuberculose e rastreamento de contatos para controle da tuberculose nas prisões brasileiras*”, sob coordenação do Professor Doutor Julio Henrique Rosa Croda. A demanda por projetos acadêmicos para área é justificável (INFOPEN, 2014, p. 55):

Outra notória consequência do encarceramento é a incidência de tuberculose, dadas as condições de confinamento de um grande número de pessoas em lugares que nem sempre têm condições de infraestrutura adequada e facilitam a disseminação da doença. Segundo dados do Portal da Saúde, pessoas privadas de liberdade têm, em média, uma chance 28 vezes maior do que a população em geral de contrair tuberculose. O único grupo identificado como mais suscetível à tuberculose é o de pessoas em situação de rua, com 32 vezes maior chance de contrair a doença.

O que se constata, do narrado, é a inobservância do cumprimento efetivo de políticas públicas e da legislação que resguarda o mínimo necessário ao humano, mesmo do encarcerado (GOMES; KÖLLING; BALBINOT, 2015, p. 15).

Para além dos problemas inerentes a saúde e assistência aos reclusos, a superlotação tem seu mais grave desdobramento com a violência dentro das unidades prisionais. O apertado que cabe praticado no sistema carcerário é incapaz de discernir a periculosidade da delinquência, o provisório do sentenciado transitado em julgado e das facções criminosas disseminadas no país. Existe predestinação do sistema para a eclosão de motins sangrentos e da exibição da barbárie.

Os eventos podem ser facilmente lembrados, destacando-se os mais graves, se é possível estabelecer algum parâmetro, como Penitenciária do Estado, São Paulo/SP, 1987, com 31 reclusos mortos, Carandiru, São Paulo/SP, 1992, com 111 reclusos mortos, Presídio Urso Branco, Porto Velho/RO, 2002, 27 reclusos mortos, Casa de Custódia de Benfica, Rio de Janeiro/RJ, 2004, com um agente penitenciário e 60 reclusos mortos, Complexo Penitenciário de Pedrinhas, São Luís/MA, 2010, 18 reclusos mortos⁸. Há até mesmo registro de massacre em carceragem de delegacia, como o caso do 42º Distrito Policial de São Paulo, São Paulo/SP, 1989, com 18 encarcerados

⁷<https://portal.ufgd.edu.br/noticias/ufgd-ses-e-agepen-firmam-parceria-em-projeto-de-combate-a-tuberculose>. Acessado em 13/05/2018.

⁸<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>. Acessado em 13/05/2018

mortos⁹.

Ponto crítico da crise carcerária foi escancarado ao início do último ano, 2017, onde ainda em janeiro o número de presos mortos alcançou o número de 133, superando o pior massacre da história brasileira, caso do Carandiru em 1992. Uma guerra de facções interligadas ceifou respectivamente 67, 33 e 26 vidas em Manaus/AM, Boa Vista/RR e Nísia Floresta/RN¹⁰, num total assustador de 126 mortos, em estado de profunda barbárie, com mutilações, decapitações, carbonizações e corpos enterrados.

Há pouca, ou nenhuma, perspectiva de mudança de cenário, a curto, médio ou longo prazo. Entre o ano 2000 a 2017 a população prisional brasileira teve aumento exponencial de 157% (BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, INFOPEN, 2017, p. 12), saltando de 137 pessoas presas a cada 100 mil habitantes para 352,6.

1.2 A situação do Estado de Mato Grosso do Sul

A superlotação sistêmica e insuficiências do sistema carcerário em quadro nacional, como demonstrado acima no presente estudo não se faz tão diferente em Mato Grosso do Sul, salvo por aspectos diferentes que restarão demonstrados mais a frente.

O Estado, contudo, possui números de destaque para comparativos com médias nacionais, para constatações “positivas”, bem como “negativas”. O presente trabalho em estudo de caso demonstra uma falha do federalismo cooperativo com uma unidade federativa de modo a resultar em sua superlotação, que será objeto de análise logo adiante. De outro lado, ainda que haja notórias falhas nas políticas públicas estaduais no sistema prisional há resultados elogiáveis e louváveis iniciativas da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública e Agência Estadual de Administração do Sistema Carcerário.

Já permeando os inquestionáveis méritos numéricos, Mato Grosso do Sul resulta por ter um legado negativo da política de encarceramento em massa sendo aquele que mais aprisiona, em termos proporcionais, em todo o país. Trata-se de 696,7 aprisionados para cada 100 mil habitantes em todo Estado, enquanto a média nacional encontra-se

⁹<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>. Acessado em 13/05/2018

¹⁰ Idem.

em 352,6 (BRASIL, MNISTÉRIO DA JUSTIÇA, INFOPEN, 2017, p. 12). A taxa de ocupação das vagas estaduais chega a 241,7%. Alguns dados alarmantes sobre a situação carcerária do Estado serão apontados em momento oportuno do estudo, de forma a não ficarem desfigurados e desconexos do contexto e propósito da obra, colaborando com seu desenvolvimento e deslinde.

Os números estarrecedores de ocupação, no entanto, não impedem um modelo que é referência em execução penal. Programas desenvolvidos em parceria do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, com SEJUSP e AGEPE/MS o fazem superar em 10% a média nacional de presos que trabalham¹¹: 32,4% dos custodiados sul-matogrossenses estão trabalhando, enquanto a média nacional encontra-se em 22%. Há uma linha de diálogo e equilíbrio entre Judiciário e Executivo. A autarquia estadual de administração penitenciária possui um braço voltado para a oferta de mão de obra do custodiado: Divisão de Trabalho.

O emprego da mão de obra custodiada, em sua maioria remunerada, gera economia as expensas estaduais, sendo utilizada em obras públicas. A reforma de uma escola estadual em Campo Grande, gerou uma redução de custo que beira cinco milhões de reais, o fato mereceu destaque até mesmo junto ao Conselho Nacional de Justiça¹². Há diversos programas similares, tais como “O Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade”, “Mãos que Constroem” e outros, que contribuem desde obras voltadas a segurança pública e educação, até mesmo a confecção de brinquedos doados a centros de educação infantis e instituições de caridade.

1.3 Mato Grosso do Sul: um bastião da federação e grandes centros

O Estado de Mato Grosso do Sul ocupa posição vital para a geopolítica brasileira. Para além de suas divisas com Estados membros da Federação, como Mato Grosso, Goiás, Paraná, São Paulo e Minas Gerais, possui uma extensa linha de 1.520,5 km, precisamente 1.517 km, de fronteira internacional com a República do Paraguai e

¹¹ <http://www.tjms.jus.br/noticias/visualizarNoticia.php?id=44571>. Acessado em 11 de junho de 2018.

¹² <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85396-presos-reformam-oitava-escola-e-economia-beira-5-milhoes-no-ms>. Acessado em 11 de junho de 2018.

Estado Plurinacional da Bolívia¹³ (BRASIL, MATO GROSSO DO SUL, 2016, p. 9).

A zona fronteiriça sul-matogrossense é notoriamente reconhecida pela problemática do tráfico internacional de drogas, armas e munições, sendo volumosas apreensões noticiadas diariamente, quando as manchetes não versam sobre violência e atentados contra vidas. Recentemente, em junho de 2016, a região também se tornou notícia pelo assassinato do narcotraficante Jorge Tonani Rafaaf¹⁴, na cidade de Pedro Juan Caballero, Paraguai, cidade-irmã de Ponta Porã/MS.

Rafaaf, conhecido como Rei da Fronteira, detinha domínio de sua região e implicava importantes perdas a facções criminosas brasileiras, como os paulistas do PCC (Primeiro Comando da Capital) e cariocas do CV (Comando Vermelho). O desentendimento entre os grupos criminosos após o sucesso do atentado contra o narcotraficante desencadeou banhos de sangue em unidades prisionais brasileiras¹⁵. A fim de elucidar a importância da região para o tráfico internacional a queda do então “Rei” foi capaz de desestabilizar a segurança pública e potencializar a violência nos mais importantes centros do país, nas palavras de José Mariano Beltrame, então Secretário de Estado de Segurança do Rio de Janeiro¹⁶:

Já atuei em investigações sobre esse traficante [Rafaaf], que era antigo no crime e conhecido por tentar impedir que quadrilhas brasileiras se instalassem na região. A morte cinematográfica dele evidencia que criminosos brasileiros resolveram tomar o controle da região, e se isso se confirmar será um alerta muito grave para as autoridades de todo o país [...] Temos relatórios dando conta de que a facção já atua no Paraguai e isso, se confirmado, vai mexer com o futuro da criminalidade no Brasil. A morte desse traficante é um alerta muito grave para todos nós.

Este contexto apresentado é essencial para a compreensão dos aumentos exponenciais das apreensões de drogas, armas e munições, feitas pelas forças da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, nos últimos anos. O Estado tem empreendido esforços honrados e solitários no combate ao narcotráfico internacional, sendo um bastião e filtro contra o abastecimento de entorpecentes aos grandes centros.

¹³ Fonte: SEMADE/MS. Disponível em: http://www.seinfra.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/6/2017/06/Perfil_Estat%C3%ADstico_MS_2016.pdf. Consultado em 13/05/2018.

¹⁴<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/06/traficante-do-paraguai-e-morto-em-emboscada-na-fronteira-com-brasil.html>

¹⁵<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pcc-e-cv-travam-guerra-pelo-dominio-do-traffic-nas-fronteiras-e-em-estados,10000083002>

¹⁶<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/06/morte-de-trafficante-no-paraguai-gera-alerta-muito-grave-diz-beltrame.html>

A contrapartida da União tem sido ordinária e de sobremaneira insuficiente.

Com aumento dos números absolutos de apreensões, o Estado também tem sido abarrotado de presos correspondentes da tipificação penal de tráfico transnacional de drogas, conduta transcrita no artigo 33 e majorada pelo artigo 40, I, da Lei 11.343/2006. Com especial detalhe: não se trata de Estado produtor de entorpecentes, menos ainda os aprisionados são oriundos da região, mas sim de outras regiões do país.

Dados da SEJUSP/MS demonstram o salto da quantidade de drogas apreendidas nos últimos cinco anos, de 136,26 toneladas para 427,5 toneladas, em 2013 e 2017, respectivamente. Aumento ainda mais vertiginoso foi o de um ano para o outro, 2016 para 2017, o então recorde da Secretaria era de 292,42 toneladas, ou seja, um aumento de 46,19% de apreensões no período após a morte de Jorge Tonani Rafaat.

Os anotados esforços do Estado de Mato Grosso do Sul no combate ao tráfico transnacional de drogas, armas e munições o atraem a competência indevida de defesa e policiamento de fronteira, além de abrigar em suas unidades prisionais custodiados oriundos de delitos transnacionais. Ocorre transferência de responsabilidade, onde se compete, de maneira indevida e informal, sequer mesmo tácita, da União para com o Ente Federado, senão pela desatenção para com artigo 21, XXII, da Constituição Federal¹⁷.

Contudo, ao contribuir com o processo social de segurança pública com demais unidades federativas, evitando a chegada dos itens apreendidos aos seus centros-destinos, o Estado se onera processando, julgando e custodiando os delinquentes, mesmo aqueles oriundos de outros Estados, porquanto figura como distrito de culpa. A cooperação torna-se um fardo ao erário estadual, onde se faz as vezes da União, como bem consta da petição inicial, assinada pelo Procurador do Estado Ulisses Schwarz Viana, da Ação Cível Originária 2992, que move Mato Grosso do Sul em face da União Federal, em trâmite junto ao Supremo Tribunal Federal.

1.4 A superlotação como consequência da omissão da união

¹⁷ Art. 21. Compete à União:
XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Uma vez vislumbrado o cenário, é fundamental delinear o que é o delito transnacional e a competência da Justiça Comum Federal para processar e julgar tal tipificação. Transcreve o petitório inicial da ACO 2992, usando texto extraído do sítio da UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime)¹⁸, em celebração aos 10 anos da Convenção de Palermo:

Há muitas atividades que podem ser caracterizadas como crime organizado transnacional: tráfico ilícito de drogas, contrabando de migrantes, tráfico de pessoas, lavagem de dinheiro, tráfico ilícito de armas de fogo, de vida selvagem e de bens culturais. Todos os anos, inúmeras vidas são perdidas como resultado do crime organizado, de problemas de saúde relacionados com as drogas e a violência, das mortes por arma de fogo e dos métodos e motivos inescrupulosos de traficantes e contrabandistas de migrantes, entre outros.

Nesta toada, respaldado na Convenção de Palermo, qual o Brasil é signatário e promulgou no Decreto Federal 5.015/2004, leciona Kalil (2011, p. 15):

A transnacionalidade, de acordo com a Convenção de Palermo, é característica da criminalidade que tem relação com a facilitação e o transporte de bens e de pessoas, assim como o desenvolvimento das comunicações, a intensificação do comércio internacional e a abertura das fronteiras. (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crime Organizado e Proibição de Insuficiência. Editora Livraria do advogado. Porto Alegre. 2010. P. 142-144)

Jesus (2010. p. 133) para fins doutrinários versa:

Crime transnacional é aquele cometido em mais de um país, ou que é cometido em um só país, mas parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro país, ou que é cometido em um só país, mas envolva a participação de grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um país, ou, ainda, aquele praticado em um só país, mas que produza efeitos substanciais em outro país (definição constante da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, art. 3º, n. 2)

Uma vez pontuada a definição de crime transnacional, cumpre o destaque da competência da justiça comum federal para o processamento e julgamento dos autores do delito. A Carta da República em seu artigo 109, inciso V, impõe o competir do juiz federal ao delito transnacional.

Em convergência com o ditame constitucional acerca da competência da justiça comum federal para o processamento e julgamento do delito transnacional tem caminhado toda a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, citando o

¹⁸<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/10/16-un-convention-against-organized-crime-celebrates-10-years.html>. Acessado em 15/05/2018.

AgRg no REsp 1442092/RS, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, RHC 56.005/SP, de relatoria do Ministro Jorge Mussi e, com especial menção, CC 121.372/SC, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. APREENSÃO DE MUNIÇÕES. INDÍCIOS QUE APONTAM PARA O CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMAS (ART. 18 DA LEI N. 10.826/2003). ILÍCITO PREVISTO EM TRATADO INTERNACIONAL. INCIDÊNCIA DO ART. 109, V, DA CF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. A teor do disposto no art. 109, V, da Constituição Federal, compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. [...] (CC 121.372/SC, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 09/05/2012, DJe 25/05/2012).

Contudo, o competir para processo e julgamento do fenômeno criminoso transnacional, emanado da Lei Maior, não tem sido objeto de política pública pela União Federal para fins da execução da pena. A mora da União para construção de unidades prisionais que comportem os custodiados, quais lhe competem executar pena, surfa-se na redação do artigo 85, da Lei 5.010/1966: “Enquanto a União não possuir estabelecimentos penais, a custódia de prêsos à disposição da Justiça Federal e o cumprimento de penas por ela impostas far-se-ão nos dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

A oração do artigo supratranscrito tem sido um fardo aos entes federados já há 52 anos diante de uma Federação que jamais priorizou a construção de suas próprias unidades prisionais, omitindo-se de dever constitucional e legal. Neste cenário se abarrotam as unidades prisionais estaduais de presos “federais” sem qualquer contrapartida pecuniária ou de outro gênero.

Extraí-se da leitura do ditame constitucional e jurisprudencial a indubitável responsabilidade da União com os custodiados provisórios ou definitivos processados por crime transnacional, ainda que julgados pela justiça comum estadual.

Recapitulando o caso sob análise, Mato Grosso do Sul enquanto ponto sensível de fronteira figura com extrema constância como distrito de culpa dos crimes transnacionais de tráfico de drogas, armas e munições, sediando o processamento e julgamento dos agentes criminosos, seja via justiça comum federal ou estadual. Nesta feita, a conduta omissiva da União de não edificar unidades prisionais para execuções de pena quais lhe arcam a competência faz com que os segregados “federais” sejam custodiados em unidades deste Estado, sem qualquer contraprestação ou repasse. Os

agentes criminosos transnacionais cumprem suas penas sob a égide do Ente Federado, ao custo exclusivo de seu erário.

O resultado prático da conduta omissiva é constatado, em números do momento da proposição da ACO 2992, em 15 março de 2017, na superlotação das unidades do Estado: de um total de 7.327 vagas do sistema, havia uma massa carcerária total de 16.224, sendo que o excedente total de 8.897 custodiados é composto por 7.246 presos da tipificação penal de tráfico de drogas, armas e munições, conforme dados da SEJUSP/MS, AGEPEN/MS e constantes no petítório inicial da Ação que move Mato Grosso do Sul em face da União.

Os dados mais recentes publicados pela AGEPEN/MS, referentes a abril de 2018, apontam para um déficit de 8.954 vagas¹⁹ no sistema prisional estadual, sendo que um total estarrecedor de 42% desta população carcerária é oriunda do tráfico de drogas, para além dos 2% pela posse armas e munições de uso restrito²⁰.

Para ter-se ideia do dano apoteótico causado pela omissão do poder público federal ao erário do Estado a soma das porcentagens de presos pela tipificação furto (11%), roubo (16%) e homicídio (14%) não alcançam o número de presos de tráfico transnacional de entorpecentes.

O cenário sul-matogrossense contrasta com o nacional, enquanto 42% de seus custodiados são oriundos do tráfico, a média nacional limita-se a 28%, sendo que na população masculina apenas 26%, já na feminina 62%, segundo INFOPEN (2017, p. 43):

De modo geral, podemos afirmar que os crimes de tráfico correspondem a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em Junho de 2016. Os crimes de roubo e furto somam 37% das incidências e os homicídios representam 11%. Ao compararmos a distribuição entre homens e mulheres, no entanto, evidencia-se a maior frequência de crimes ligados ao tráfico de drogas entre as mulheres. Entre os homens, os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros, enquanto entre as mulheres esse percentual atinge 62% [...].

A separação por gênero em relação ao tipo penal não é publicada pela AGEPEN/MS, não sendo possível a conclusão final no Estado.

¹⁹<http://www.agepen.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/58/2018/05/MAPA-ABRIL-%C3%9ANICO-FECH-30-04-2018-ok-1.pdf>. Acessado em 11 de junho de 2018.

²⁰<http://www.agepen.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/58/2018/05/REF.ABRIL-2018-Tipos-de-Crime-30-04-2018.pdf>. Acessado em 11 de junho de 2018.

Mero cálculo aritmético, em conclusão própria, permite a percepção que a falta de políticas públicas prisionais, legal e constitucionalmente previstas, por parte da União dão causa a 76,66% da superlotação existente em Mato Grosso do Sul. A taxa de ocupação das unidades, que em abril de 2018, foi de 221,16%, sem os presos “federais” seria de 128,27%. Ainda que excluindo dos cálculos os detidos por posse de armas e munições de uso restrito.

Insta a reiteração de que a região sul-matogrossense não é produtora de entorpecentes, nem mesmo fabricante de armamentos e outros produtos que possam ser traficados de maneira transnacional. Os produtos carregados pelos agentes criminosos são transportados a partir de Paraguai e Bolívia para dentro de território brasileiro, onde tem falhada a competência policial de um poder federal indiferente e inerte, está em Amorim (2012, p. 27 e 28):

Segundo dados Departamento de Polícia Federal, a Bolívia é a terceira maior produtora mundial de cocaína, sua droga tem como principal destino o mercado interno brasileiro. Os produtores de cocaína bolivianos aproveitam-se da fragilidade das fronteiras brasileiras, para proporcionar facilmente acesso às drogas ao solo brasileiro. A Bolívia utiliza a fronteira com o Pantanal, para levar a droga via aérea e terrestre para Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

Em sua ampla maioria, os agentes criminosos transnacionais, aqui detidos, não são domiciliados nesta unidade federativa, sendo originários de diversos outros estados, tais como São Paulo, Goiás, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Espírito Santo e outros, até mesmo da região nordeste. Com o intuito delituoso se dirigem a zona fronteira onde retiram o produto da ilicitude para fazer o transporte até seu local de origem, o que não impede seu processamento e julgamento no distrito de culpa. É o derradeiro registro para mergulhar no estudo de caso.

CAPÍTULO II - ACO 2992: AS RAZÕES E FUNDAMENTOS DO ESTADO AUTOR

Mato Grosso do Sul, desde sua fundação, em separação do Estado de Mato Grosso, em meados de 1977 tem lidado com a problemática do tráfico internacional de drogas, sobrecarregado pela ausente contrapartida federal e extensa fronteira, seca ou fluvial, pouco povoada.

Ainda que tenha uma extensa área territorial de 357.145,531 quilômetros quadrados, a população local é de apenas 2.713.147 habitantes, resultando em uma baixa densidade demográfica, 6,86 habitantes por quilômetro quadrado²¹, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). Importa o registro uma vez que, embora extensa, a unidade federativa ocupa posição de desigualdade em capacidade de arrecadação e investimentos quando comparado com a União e unidades federativas vizinhas menos sensíveis a problemáticas tais como Paraná e São Paulo.

Bem pontuado em tópico anterior, o artigo 21, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, atribui a União a competência administrativa exclusiva para policiamento de fronteira, seca ou de fator natural. Instando a observação que o inciso é garantido no rol de competências administrativas exclusivas e, portanto, indelegáveis a outros entes (SILVA, 1999, p. 419).

Embora a temática da segurança pública voltada ao aspecto social, chamada segurança pública direta, onde pode ser inserido o tráfico de drogas comum, porte de armas e outros, seja guardada das secretarias estaduais de segurança pública a problemática das fronteiras inequivocamente estão alçadas a capacidade de força e mobilização do poder federal: a defesa nacional e aquilo que penetra o território, onde se depara o tráfico transnacional de drogas, armas e munições.

O intento do Constituinte foi de confiar a segurança nacional, uma vez ligada ao princípio da predominância do interesse geral, ao poder central, a um poder de maior sofisticação em termos de mobilização, bélico e fiscalização, ensejando a competência administrativa exclusiva da União, como leciona Moraes (2016, p. 501):

²¹<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/por-cidade-estado-estatisticas.html?t=destaques&c=50> Acessado em 13/06/2018.

Assim, pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de predominante interesse regional e aos municípios concernem os assuntos de interesse local.

Para além da sofisticação do poder central e interesse geral, há profunda sensibilidade estratégica e de resguardo da segurança nacional nas áreas de fronteiras, além da coesão dos habitantes e sua concepção do nacionalismo, historicamente estas faixas foram ocupadas por colônias militares e postos de observação desde os tempos do Império (AMORIM, 2012, p. 15).

Todavia o cenário material sul-matogrossense contrasta em muito do formal, onde tem ficado competido ao Estado o emprego de forças de segurança para policiamento de fronteira. As polícias estaduais há tempos contribuem de sobremaneira com a fiscalização e apreensões nas áreas fronteiriças, existindo até mesmo no aparato da SEJUSP departamentos especializados para tal, como os, já mencionados, DEFRON (Delegacia de Repressão aos Crimes de Fronteira) e DOF (Departamento de Operações de Fronteira). Os custos despendidos para tais operações e prisões são arcados de maneira exclusiva pelo erário estadual.

Ao despender esforços para sanar o policiamento das fronteiras desguarnecidas pela União, cooperando com o pacto federativo, o erário estadual é penalizado pela eficiência de suas forças de segurança, nos dizeres do então Secretário de Justiça e Segurança Pública, José Carlos Barbosa em entrevista a Revista Época, publicada em 17 de março de 2017²²: “[...] *Quanto mais apreendemos drogas e prendemos traficantes, mais gastamos com os presos. Proteger as fronteiras é proteger o Brasil. Mas quem paga a conta é Mato Grosso do Sul.*”.

Nesta toada, em que a superlotação causada pela conduta omissiva da União, para com sua competência administrativa e com o Estado-membro, afeta as condições de dignidade e salubridade dos elementos detidos em unidades prisionais de Mato Grosso do Sul, em que o dano patrimonial não pode mais ser suportado por um ente federado que tem limitações de arrecadação e investimentos em comparação com a hierarquia tributária federalizada, falhando o viés político, a irrisignação da administração estadual cede espaço ao embate jurídico com a propositura da Ação Cível Originária 2992, junto ao Supremo Tribunal Federal. Salutar pormenorizar os

²² <https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/03/somos-penalizados-pela-eficiencia.html>. Acessado em 13 de junho em 2018.

fundamentos do Estado autor.

2.1 A descrição das circunstâncias e objeto da ação

O petítório inicial da Ação Cível Originária 2992 foi protocolizada em 15 de março de 2017, sendo uma densa e primorosa petição de 26 páginas, para além dos inúmeros anexos de documentos emitidos pela Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública/MS e Agência Estadual de Administração do Sistema Carcerário corroborando os números da massa carcerária e apreensões de drogas, armas e munições efetuadas pelo labor de suas forças policiais, sendo assinada pelo Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul, em chefia da Procuradoria do Estado Regional em Brasília, Ulisses Schwarz Viana.

O item I do petítório, intitulado Moldura Fática, da ação bem transcreve o supra narrado, trazendo o cotidiano encarado pelo Estado, seja por suas forças de segurança, unidades prisionais e fazenda pública. As circunstâncias narradas merecem análise.

O Estado, em questão, é reconhecido ponto de sensibilidade da geopolítica brasileira. A baixa densidade demográfica, colaborado com outros fatores geográficos e de comunicação colocaram as áreas de fronteira a margem de políticas públicas no Brasil (AMORIM, 2012, p. 11) e diferente não é o cenário constatado na região.

O desleixo da União com a porta de entrada do “produto” que abastece a criminalidade em todos grandes centros urbanos pode ser constatado no número de agentes federais que guarnecem a região. Tal fato motivou a expedição da Recomendação 001/2016²³ do Ministério Público Federal para a Diretora-Geral da Polícia Rodoviária Federal solicitando a reavaliação dos critérios de distribuição de policiais ao longo da faixa de fronteira das unidades federativas. O documento é assinado pela Procuradora da República Damaris Rossi Baggio de Alencar em 20 de abril de 2016. O Estado fronteiriço, portanto de sensibilidade ao crime transnacional, é menos policiado em suas rodovias do que em unidades federativas com um número menor de estradas pavimentadas, como sugere o documento:

²³http://www.mpf.mp.br/ms/sala-de-imprensa/docs/2016/prms_recomendacao-numero-efetivo-prf.pdf. Acessado em 13 de junho de 2018.

14. CONSIDERANDO informações constantes nos autos de que o atual efetivo real de policiais rodoviários federais no Estado do Ceará é de 419 servidores, tendo o Estado 2191 km de rodovias federais pavimentadas; o efetivo real do Estado de Pernambuco é de 412 policiais, contando com 2825 km de rodovias federais pavimentadas; enquanto o efetivo real do Estado do Mato Grosso do Sul é de 403 policiais, embora tenha 3822 km de rodovias federais pavimentadas.

Lidando com a situação omissiva e de abandono por sua Federação, a SEJUSP/MS para evitar a situação caótica dispensa fundamental labor de suas forças policiais, enumerando a Polícia Civil, Polícia Militar e Polícia Militar Rodoviária de Mato Grosso do Sul, ao combate do crime organizado, com especial atenção ao tráfico transnacional de drogas, armas e munições, substituindo aquilo que deveria competir ao Departamento de Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Forças Armadas do Brasil.

Ainda sem dissecar com maior profundidade o tema, cumpre a observação que a definição normativa de crime transnacional no direito brasileiro é concebida a partir da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ou Convenção de Palermo, recebida no ordenamento jurídico interno pelo Decreto Legislativo 231/2003 e Decreto Presidencial 5.015/2004. Desta feita há a conclusão indeclinável, em uma interpretação literal da Constituição Federal, sobre a competência que recai sobre a Presidência da República para assinar e dar efetividade aos tratados internacionais ao representar a República Federativa do Brasil no plano do direito internacional público, senão o que esculpe o artigo 84, inciso VIII, da Carta Republicana de 1988: “Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Mencionado empenho das forças estaduais de segurança resultam em números recordistas e expressivos de apreensões de drogas na unidade federativa. Uma planilha transcrita na petição inicial de propositura da ACO 2992, conferida por documentos oficiais oriundos da SEJUSP/MS, reportam dados do crescimento exorbitantes de drogas apreendidas entre 2012 e 2016: de 87.608,25 para 296.801,69 quilogramas. Uma vez que a ação foi proposta em março de 2017 os números de tal ano ainda não haviam sido contabilizados, contudo, para efeito informativo chegaram ao patamar de 427,5

toneladas²⁴.

Tais operações de combate ao crime transnacional, inserindo também o crime organizado transnacional, ocorrem única e exclusivamente às custas do erário estadual, causando incalculável pressão orçamentária na segurança pública sul-mato-grossense. Retomando raciocínio anterior das limitações do Estado em arrecadação e sofisticação para agir como escudo da Federação e para além da segurança pública social, dispensar labor pela defesa nacional.

Por fim, os agentes criminosos de atividades ligadas ao tráfico transnacional são, por óbvio, detidos em território de Mato Grosso do Sul. Neste, os autores do delito são autuados, processados, julgados e custodiados, na regra de competência de lugar da infração, com ótica ao critério *ratione loci* (TÁVORA, 2016, p. 476). Não obstante o processamento corra pela justiça comum estadual ou federal, embora a transnacionalidade do delito torne a competência da justiça federal de primeira instância, senão pelo que leciona Távora (2016, p. 491 e 492):

Pela mesma razão – de ser a conduta internacional e de existir tratado ou convenção firmado pelo Brasil se obrigando a reprimir a infração penal perante a comunidade internacional –, são crimes de competência da Justiça Federal: (a) o tráfico internacional de drogas; (b) o tráfico internacional de arma de fogo.

A regra que torna o juízo federal comum competente, para além do critério de lugar da infração vocacionado pelo artigo 69, inciso I, do Código de Processo Penal²⁵, é esculpida constitucionalmente pelo artigo 109, inciso V, da Lei Maior e artigo 70, *caput* e parágrafo único da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas):

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

Art. 70. O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal.

Parágrafo único. Os crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.

²⁴<http://www.sejusp.ms.gov.br/em-ms-numero-de-apreensao-de-drogas-aumenta-42-no-ano-de-2017/>. Consultado em 13 de junho de 2018.

²⁵ Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:
I - o lugar da infração:

O óbice de atipicidade de conduta criminosa transnacional emanada exclusivamente de convenção internacional parece, a este estudo, não estar abarcado ao caso, uma vez que o tráfico transnacional de drogas é conduta tipificada pela Lei 11.343/2006, em seu artigo 33, *caput*²⁶, e, majorado pelo artigo 40, inciso I²⁷.

A observação instada no parágrafo anterior importa porquanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ter se manifestado, de forma reiterada, que somente a conduta tipificada por lei em sentido estrito, ou formal, pode ser fonte legítima para a pretensão punitiva e que embase regulamento acerca das tipificações penais, não sendo possível atribuir a Convenção de Palermo tal *status*, ainda que recepcionada pelo legislativo brasileiro. Se extrai do acórdão do RHC 121.835 AgR/PE:

E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” – LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE – QUADRILHA (ATUALMENTE DESIGNADA “ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA”) – CONDUTAS PRATICADAS ENTRE 1998 E 1999, MOMENTO QUE PRECEDEU A EDIÇÃO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013 – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE SUPRIR-SE A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COMO INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE, PELA INVOCAÇÃO DA CONVENÇÃO DE PALERMO – INCIDÊNCIA, NO CASO, DO POSTULADO DA RESERVA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – DOUTRINA – PRECEDENTES – INADMISSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DE CONSIDERAR-SE O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA COMO EQUIPARÁVEL AO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA EFEITO DE REPRESSÃO ESTATAL AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO COMETIDO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013 – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF). – As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais. (RHC 121835 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 20-11-2015 PUBLIC 23-11-2015).

²⁶ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

²⁷ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Contudo, analisada a regra cabe retomada das exposições e razões do Estado autor da ACO 2992.

Os detidos pelas forças estaduais de segurança, bem como pelas forças federais, invariavelmente acabam sendo reclusos no sistema prisional estadual, sejam nos presídios ou carceragens das delegacias. Os números apresentados, acostados na inicial da ação civil pública, pela SEJUSP e AGEPEN prestam contas de que, em janeiro de 2017, o Estado detinha uma massa carcerária total de 16.224 segregados para um universo de 7.327 vagas, resultando num excedente de 8.897 presos, dos quais 7.246 tinham por conduta tipificada o tráfico de entorpecentes e armas.

Percebendo que não é o Estado de Mato Grosso do Sul um produtor de drogas, armas e munições tem-se por indeclinável que estas advêm de seus vizinhos, países soberanos, República do Paraguai e Estado Plurinacional da Bolívia, sendo o primeiro reconhecido pela sua potencialidade na produção de maconha e o segundo pela produção de cocaína. A Bolívia chega a ser tida pelo Departamento de Polícia Federal como terceira maior produtora de cocaína do mundo (AMORIM, 2012, p. 27).

Em verdade, a atuação de Mato Grosso do Sul como bastião da fronteira, no contexto de combate ao narcotráfico, não beneficia apenas a sua segurança pública direta, mas de grandes centros, como o Rio de Janeiro, sob intervenção federal atualmente. O combate, ainda na política do confronto, contra a mazela social da droga e violência urbana é mais efetiva se diretamente na fonte: as fronteiras brasileiras por onde adentram os produtos do crime, destarte pensamento exposto pelo governador de MS, Reinaldo Azambuja, em abril de 2018²⁸:

Reinaldo Azambuja reafirmou que a intervenção federal no Rio de Janeiro é inócua e demonstra a degradação da segurança pública no País. “O que acontece no Rio de Janeiro é consequência, temos que atacar a origem dessa criminalidade, que são as nossas fronteiras”, afirmou, acrescentando que estados como Mato Grosso do Sul não podem continuar arcando com o custo de cuidar de presos de crimes federais, como tráfico de drogas e armas. “Metade dos presos do nosso sistema carcerário cumprem pena por tráfico de drogas”, disse o governador.

De todo narrado expõe-se a atuação solitária da unidade federativa sul-mato-

²⁸<http://www.ms.gov.br/reinaldo-azambuja-defende-uniao-de-forcas-para-o-combate-aos-crimes-nas-fronteiras/>. Acessado em 13 de junho de 2018.

grossense, que arca solitariamente com os custos operacionais do que se menciona, seja pelo seu orçamento ou recursos humanos de segurança pública. Se revela um cenário complexo o cálculo para apontar o desfalque orçamentário suportado pelo ente federado, sobretudo os custos de presos atinentes aos crimes transnacionais, visto que não há qualquer contraprestação ou conduta comissiva da União na promoção de políticas públicas de sistema prisional, onde possam ser custodiados os presos de seu competir. A mora se constitui há mais de cinquenta anos, de quando a publicação da Lei 5.010/1966.

2.2 O cabimento da ação civil pública: a salvaguarda do direito difuso a segurança pública, direitos coletivos dos segregados e proteção ao patrimônio público do ente federado

Em primeiro momento impõe-se a revisão do que é ação civil pública, dos bens sujeitos a sua tutela e a sua utilidade ao caso, vez que comporta no polo passivo o poder público, portanto importante objeto para controle da administração pública, ainda que esta não seja sua finalidade específica (ALEXANDRINO, 2010, p. 850 e 851).

A ação civil pública apesar de instrumento vazado em momento prévio a Constituição Federal de 1988, visto que dispõe de lei própria promulgada no ano de 1985, é instituto nela consagrado expressamente, em seu artigo 129, inciso III: “São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

O fato da menção constitucional ao instrumento jurídico da ação civil pública acontecer no rol de funções institucionais do Ministério Público, este não detém o monopólio da legitimidade, ainda que assim se denote da leitura inicial. Isso porque, o parágrafo 1º, de mesmo artigo, apregoa que a legitimidade atribuída ao órgão não impede a de terceiros. O que se frisa, ao caso, é a proteção do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos. Dai se vislumbrando os bens jurídicos tutelados na ação objeto do estudo.

Neste caminhar, o responsável pelo dano aos bens jurídicos tutelados é a pessoa jurídica de direito público interno União Federal, como demonstrado nos tópicos

anteriores. Lhe sendo oponível a ação civil pública. Está em Alexandrino (2010, p. 851):

Com efeito, nos termos da Constituição Federal, visa a ação civil pública à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Logo, sempre que o responsável pelo dano ou ameaça de dano a um dos bens jurídicos tutelados for a administração pública, poderá a ação civil pública representar um meio de controle de sua atuação (ou omissão).

“*Ou omissão*”, se não é bem o caso em tela. As ACPs ou ACOs, como abreviadas tais ações nos tribunais, tem por objeto a apuração da responsabilidade do dano moral ou patrimonial sofrido no âmbito de seus bens jurídicos tutelados. Podem ocorrer em caráter preventivo, para se evitar o dano, ou repressivo, responsabilizando o causador, seja pela conduta comissiva ou omissiva (ALEXANDRINO, 2010, p. 853).

No anseio de alterar o quadro transcrito no capítulo 1, bem como se ver ressarcido pelos perturbadores danos sofridos, a Ação Civil Pública se mostra adequada enquanto via eleita por Mato Grosso do Sul para litigar junto ao Judiciário na causa analisada. Se mencionando, por precaução, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processamento e julgamento da lide, assim renomeando para Ação Cível Originária.

O petição inicial da ACO 2992 apresenta como objeto de primeiro plano da ação a salvaguarda do direito indisponível dos habitantes do Estado à segurança pública, como se extrai de sua p. 4:

A presente ação, a seu turno, guarda por escopo, no primeiro plano, a salvaguarda do direito difuso à segurança pública dos cidadãos sul-mato-grossenses, estatuído no art. 144 da CF/88, e, em virtude do princípio da simetria (art. 25 da CF, no art. 40 da Constituição Estadual, que estabelece como dever do Estado *lato sensu* a manutenção da segurança pública através da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Do que se menciona se percebe a concepção da segurança pública como um direito difuso, mormente um direito social a ser garantido pelo Estado *lato sensu* ante o que dispõe o artigo 144, da Constituição Federal²⁹.

O direito social à segurança pública possui similar autenticidade dos direitos

²⁹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

fundamentais (MENDES, 2014, p. 640), inexistindo hierarquia entre estes. Guarda-se que os direitos sociais são aqueles que demandam uma prestação positiva do Estado. O que a doutrina chama de direitos de prestação em sentido estrito (MENDES, 2014, p. 627).

O direito social à segurança pública, esculpido pelo artigo 6º, da Carta da República, funda inúmeros direitos e vertentes subsequentes. Estes não são menos importantes por não constarem no *caput* do supramencionado artigo, haja vista a noção de que se trata de rol exemplificativo. A questão valorativa do direito subsequente enquanto fundamental guarda o pressuposto de que este em algum momento conste no prolongamento textual da Constituição Federal (MORAES, 2016, p. 205 e 206).

A ideia da indisponibilidade do direito à segurança pública não destoaria do que entende a Suprema Corte, conforme se verifica do julgado pelo RE 559.646 AgR, de relatoria da ex-ministra Ellen Gracie:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (RE 559.646 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 7-6-2011, 2ª T, DJE de 24-6-2011.)

O direito social de segurança pública, de dever prestativo pelo ente estatal, assim, se mostra protegido pelo arcabouço constitucional, ainda que notadamente de forma difusa ao discorrer da Norma Republicana, como menciona a lição de Alexandre de Moraes. Desta feita se nota a viabilidade da via eleita para a litigância judicial do Estado-autor, utilizando a ação civil pública para tutela do direito social a ser prestado pelo Estado *lato sensu*.

A pressão orçamentária indevida experimentada pelo Estado-autor se mostra prejudicial ao dever prestativo de segurança pública direta, ou social, inerentes aos Estados-membros, na regra de separação de competência constitucional vigente. Tal experiência se mostra causada por uma conduta omissiva e inerte da União, sendo

razoável e possível tutelar o indigitado direito difuso pelo preferido instrumento jurídico vez que há uma notória responsabilidade ensejadora.

O cenário narrado expõe que o ônus da promoção da segurança pública de faixa de fronteira tem recaído exclusivamente sobre o ente não competido para tal, prejudicando sensivelmente a manutenção da própria ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio, pedra fundamental do conceito dado pelo artigo 144, da Lei Magna.

Afetado o direito difuso é caso previsto de litígio judicial por meio da ação civil pública ao que transcreve a lei procedimental 7.347/1985, em seu artigo 1º, inciso IV: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Notadamente, há dever constitucional da prestação estatal sobre a segurança, do desenvolvimento de políticas públicas assecuratórias deste direito social. O que resta evidenciado até aqui, no caso concreto, é a inexistência de tais políticas quanto a segurança de fronteira (artigo 21, inciso XXII, CF) e para custodiar os agentes criminosos cuja execução de pena competem a União. Deste modo se apresenta validamente a possibilidade de uso da ação civil pública como instrumento para fiscalização incidental de constitucionalidade por omissão, é o que prega Alexandrino (2010, p. 853):

Cabe ressaltar, entretanto, que é legítima a utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não se identifique como objeto único ou pedido principal da demanda, e sim como simples questão prejudicial, indispensável para a solução do litígio principal.

Em mesmo sentido, da possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por meio de ação civil pública, leciona Barroso (2012, p. 82):

Como visto, a arguição incidental de inconstitucionalidade pode se dar em ação de rito ordinário, sumário, ação especial ou ação constitucional, inclusive, dentre estas, a ação popular e a ação civil pública. Quanto a esta última, houve ampla dissensão doutrinária e jurisprudencial acerca de sua idoneidade para o exercício do controle incidental de constitucionalidade, mas prevaleceu o entendimento de ser ele cabível também em ação civil pública, desde que, naturalmente, o objeto da demanda seja a tutela de uma pretensão concreta e não a declaração em tese da inconstitucionalidade da lei.

Para efeitos de adequar o caso a lição de Marcelo Alexandrino é importante ressaltar que a lide está atrelada a uma conduta omissiva no dever de prestação. Referida conduta enseja o pedido principal de ressarcimento, visto que os custos dessa prestação são arcados por quem, no intento de precaver o cenário caótico, substitui o ente competente.

Continuando o estudo dos bens (até aqui direitos) jurídicos qual busca Mato Grosso do Sul tutelar por meio da ACO 2992 estão os não menos importantes direitos difusos e coletivos inerentes aos custodiados nas unidades prisionais estaduais. A superlotação dos presídios sul-mato-grossenses causada pelo cumprimento indevido de penas, cuja competência deveria recair sobre a União, lesam a dignidade e direitos fundamentais dos custodiados, para além dos danos patrimoniais e orçamentários causados ao erário estadual ao custear solitariamente a estadia de tais agentes criminosos. A problemática traz desdobramentos perversos vários.

O enfoque prioritário não deve se omitir do confronto sobre o desrespeito constante e incessante dos direitos inerentes a pessoa humana no cárcere sul-matogrossense, a exemplo do que acontece na sufocante maioria das unidades prisionais brasileiras. Não se trata do desrespeito apenas de direitos fundamentais preceituados no direito constitucional brasileiro, mas dos tratados internacionais quais a República é signatária e da própria Lei de Execução Penal, Lei 7.210/1984.

O capítulo 1 da presente monografia transcorreu mazelas do sistema prisional nacional, como um todo e debruçou-se em especial sobre Mato Grosso do Sul, inclusive com um diagnóstico específico qual aponta que 76,66% da superlotação prisional do Estado tem como causa o alojamento de presos de competência federal em suas unidades (p. 22). O Estado-juiz pode restringir a liberdade de alguém em prol da sociedade, não sua condição humana, sua dignidade e direito ao mínimo existencial.

A execução da pena não é escusa para o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal³⁰), qual se credita um valor de supremacia e de fundamento desta República. A definição de dignidade da pessoa humana apresentada por Sarlet (2005, p. 37) contrasta do que se nota no sistema prisional brasileiro:

30 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

[...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A insalubridade e condição indigna dos presídios podem se manifestar na violência extrema, assim como em doenças praticamente erradicadas na sociedade livre, mas que no cárcere se mostram endêmicas. Retira-se, para fins de dar materialidade ao que se afirma, o caso da tuberculose carcerária em Mato Grosso do Sul, conforme disserta Paião (2015, p. 18):

A ocorrência de TB em prisões tem sido descrita como um problema de saúde pública alarmante em muitos países, particularmente em países em desenvolvimento, como no Brasil (3). A incidência de TB nas instituições penitenciárias da América Latina é 22,2 vezes maior do que na população geral (57). No Brasil, estima-se que essa incidência seja 28 vezes maior (55) e que a prevalência de TB ativa varie de 2,5% a 8,6% entre a PPL (58). Um estudo realizado em 2013, em prisões do Mato Grosso do Sul, demonstrou uma baixa prevalência de ILTB (8,3%) nos PPL ao entrar no sistema prisional, e uma alta prevalência da doença, sugerindo que os PPL adquirem a doença dentro das prisões (10). A população encarcerada, quando comparada à população em geral, tem maior risco de exposição aos bacilos da tuberculose, de infecção e de desenvolvimento da doença.

Onde TB se refere a tuberculose. PPL se entende a população privada de liberdade. ILTB acerca de Infecção latente pelo *Mycobacterium tuberculosis*, ou seja, a infecção pela bactéria de mencionada doença.

É importante a menção de que o controle de doença é de suma importância, não só pelo direito à saúde do detento, mas na esfera de saúde pública da população geral, vez que esta é exposta ao contágio através do convívio com conhecidos e familiares dos detentos ou ainda de funcionários de presídios (PAIÃO, 2015, p. 27).

Acha-se para definir as condições indignas e de lesões a direitos fundamentais praticadas no cárcere brasileiro, bem como sua causa, trecho de voto do Ministro Celso de Mello, do STF, quando do julgamento do RE 580.252/MS, com repercussão geral, tema 365³¹:

³¹ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252_votoMCM.pdf. Acesso em 14 de junho de 2018

O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre uma punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia, pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito – de que não pode ser despojado – ao tratamento digno.[...]

Já tive o ensejo de destacar, Senhora Presidente, quando do julgamento do RE 592.581/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, a situação precária e caótica do sistema penitenciário brasileiro, cuja prática, ao longo de décadas, vem subvertendo as funções primárias da pena, constituindo, por isso mesmo, expressão lamentável e vergonhosa da inércia, da indiferença e do descaso do Poder Executivo, cuja omissão tem absurdamente propiciado graves ofensas perpetradas contra o direito fundamental, que se reconhece ao sentenciado, de não sofrer, na execução da pena, tratamento cruel e degradante, lesivo à sua incolumidade moral e física e, notadamente, à sua essencial dignidade pessoal.

Tal julgado repercute acerca da responsabilidade civil do Estado, *lato sensu*, sobre os custodiados sob sua égide, sendo parte do presente estudo, com mais profundidade, logo mais a frente. Transcorre-se no capítulo 3 e 4.

De abordada responsabilidade civil notamos a precipitação da temática no direito patrimonial. Mato Grosso do Sul se responsabiliza, seja pela manutenção ou indenização, pelo cumprimento da pena dos agentes criminosos que atentam contra a segurança pública direta e dos criminosos transnacionais. A César o que é de César. O custo da segurança pública social ao ente federado estadual, o custo da segurança nacional e do fenômeno criminoso transnacional à União. O estado de inconstitucionalidade não pode se perpetuar.

O patrimônio público, apontando aqui ao erário, estadual deve ser tutelado ao passo que tem sido, ao longo de décadas, a unidade federativa forçada a custear despesas e obrigações que não estão em sua seara de competências. Sobretudo no caso de um ente federado periférico, de pouco contingente humano e capacidades de arrecadação diminuídas para lidar com a sofisticação do crime organizado transnacional.

A destinação da ação civil pública a proteção direitos difusos e coletivos, caso do direito à segurança e do direito coletivo dos segregados (abarcados pelo artigo 1º, IV, da Lei 7.347/1985), pode ter por objeto a condenação do ente público causador em modelo pecuniário ou obrigação de fazer ou não fazer. Ao caso, notamos que tal obrigação se funda na conduta lesiva contra o patrimônio público estadual, por sua vez resguardado no inciso VIII, do artigo 1º, da Lei de Ação Civil Pública.

Revela-se, eis, a perfeita adequação instrumental da ação civil pública para o pleito do Estado-autor, destarte o egrégio Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no AREsp 481.094/RJ, de relatoria do Ministro Mauro Campbell:

AGRAVO REGIMENTAL DA LINAVE TRANSPORTES LTDA. ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À RESERVA DE PLENÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULA 7/STJ. ART. 42, § 2º, DA LEI 8.987/95. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL. PRAZO. RESPEITO AO ART. 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. HONORÁRIOS. TESE SEM PREQUESTIONAMENTO. [...] 6. A ação civil pública é o instrumento processual destinado à defesa judicial de interesses difusos e coletivos, permitindo a tutela jurisdicional do Estado com vistas à proteção de certos bens jurídicos. Por meio desta ação, reprime-se ou previne-se a ocorrência de danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentre outros, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Assim, não cabe neste tipo de ação, em que se busca a tutela do bem coletivo, a condenação do Estado em indenizar o "réu", no caso, a permissionária de transporte público, na indenização dos investimentos realizados, que poderá ser pleiteado em ação autônoma. [...] 16. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 481.094/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 21/05/2014).

Cumpra aqui diferir, defluindo a leitura da ementa, dentro do aspecto patrimonial da ação, que o Estado-autor não busca uma indenização, qual deveria ocorrer mediante um ato lícito da administração pública federal. A busca por indenização tornaria inadequada a via eleita e nem se mostra o caso, visto o dever pecuniário estar ligado a responsabilidade civil, mediante ato inconstitucional e ilícito (por conduta omissiva), qual comporta ressarcimento. A própria petição inicial da ACO 2992 explana o verbo ressarcir em todo seu transcorrer, com especial vista ao item IV “*DA OBRIGAÇÃO DA UNIÃO DE PROCEDER AO RESSARCIMENTO DOS VALORES ADIMPLIDOSPELO ESTADO*”. Assim, o Estado adimple o combate a criminalidade transnacional e a custódia de seus atores, cabendo a União ressarcir-lo pela sua conduta omissiva face ao seu dever constitucional e legal.

CAPÍTULO III - A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONFLITO FEDERATIVO: MATO GROSSO DO SUL X UNIÃO

O presente estudo de caso, da ACO 2992, proposta por um Estado-membro da Federação brasileira em face do ente maior, União Federal, estampa, em obviedade, entes federados em ambos os polos do conflito judicial. A possibilidade para que assim figurem, em ação civil pública, foi superada no capítulo anterior (p. 31).

O modelo constitucional brasileiro consagrado com a Constituição Federal de 1988 trouxe advento quanto a inclusão dos municípios no rol de entes federados, ao lado da União, Estados e Distrito Federal (SARLET, 2017, p. 980). Extraindo-se daí a conceituação de que o conflito federativo é o litígio que oponha a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tais conflitos devem ser dirimidos por uma jurisdição escampada para agir como um tribunal da Federação, donde o modelo brasileiro, em regra, atribui ao Supremo Tribunal Federal tal dever, salvo aqueles que tenham em algum dos polos litigiosos uma municipalidade (MENDES, BRANCO, 2014, p. 831 e 832).

A Lei Fundamental de 1988 em seu artigo 102, inciso I, alínea f³², atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência originária de dirimir os conflitos envolvendo a União, Estados e Distrito Federal. Contudo, ao entender da Excelsa Corte nem todos litígios envolvendo tais entes estão aptos a ali serem solvidos, impondo-se distinguir o conflito entre entes federados e o conflito federativo, sendo este último aquele que possa causar instabilidade ou ruptura da harmonia da organização federal (MENDES, BRANCO, 2014, p. 832). É o caso da ACO-QO 555/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence e ACO 359, relator Ministro Celso de Mello.

Tais distinções cabem antes do debruço sobre a competência originária do STF na ação objeto de estudo, ainda que tal questão esteja superada por despacho monocrático, do ministro relator Luiz Fux, publicado no Diário de Justiça Eletrônico número 250, em 31 de outubro de 2017.

³² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

De mais a mais, parece pertinente admitir o relevo que a controvérsia estudada tem para o futuro, na área de segurança pública e da crise carcerária brasileira, uma vez que a inexistência de políticas públicas prisionais para grandes massas no âmbito federal atinge todas as unidades federativas, não somente o Estado-autor. Insta lembrar que, curiosamente, o único ente federado que não apresenta quadro de superlotação em suas unidades prisionais é a União (p. 11), onde nota-se que desde a promulgação da Lei 5.010/1966 apenas quatro presídios foram construídos ofertando apenas 832 vagas das quais apenas 437 se veem ocupadas (BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, INFOPEN, 2017, p. 8). É notório um estado de coisas inconstitucional, como nomeia ministra Carmen Lúcia, em voto sobre liminar da ADPF 347³³.

Conclui-se pela falta de cooperação do ente máximo da hierarquia federal brasileira. Em um modelo que consagra o federalismo cooperativo, como o brasileiro, é imperioso que haja cooperação entre seus entes, sobretudo naquilo que incube-se, de maneira tão delineada, a cada. Está em Sarlet (2017, p. 977):

A nota crítica que se pretende embutir – e também a razão de inserir a questão do federalismo cooperativo nesse contexto – diz com o fato de que o federalismo e o Estado Federal (assim como também se dá no caso das Confederações, que precisamente representam uniões de Estados em torno de determinados objetivos), pressupõem e apenas fazem sentido se houver cooperação e em prol mesmo da cooperação entre as entidades federadas. Assim, Federação implica e impõe cooperação, de tal sorte que a cooperação (o mesmo se poderia dizer da subsidiariedade) constitui um princípio e dever estruturante do Estado Federal (podendo assumir, nessa perspectiva, inclusive a dimensão de um elemento essencial ao Estado Federal), pois não há como existir um Estado Federal sem algum nível efetivo de cooperação.

Em mesma toada, ainda colaborando com o relevo da controvérsia, está o entendimento, nos últimos anos, por parte do Supremo Tribunal Federal, da licitude de o judiciário determinar à administração pública a obrigações de fazer em casos onde importa a dignidade da pessoa humana em unidades prisionais. Notadamente se precipita na temática central da lide o novel entender da Corte Suprema, uma vez capaz de impor a União o dever de edificar novas unidades prisionais, bem como promover políticas públicas prisionais que possibilitem custodiar os presos que lhe competem.

O que entende o STF atribui um limite bem delineado para a discricionariedade administrativa. Esta não pode, nem deve ser confundida com a possibilidade de a administração pública suprimir direitos e garantias inerentes aos administrados,

³³ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acessado em 14 de junho de 2018.

inclusive de seus custodiados. Importante avanço para as políticas públicas prisionais o que se extrai do acórdão do RE 592.581/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. (RE 592.581-RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 13/08/2015, Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

Mencionado julgado, admitida a configuração e publicada ementa da repercussão geral em meados de 2009³⁴, estatuiu o tema 220, cuja tese assim restou publicada:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Introduzido ao relevo do tema, dá-se momento de analisar-se a indiscutível competência do Supremo Tribunal Federal de julgar a lide emanada da ACO 2992,

³⁴ EMENTA: CONSTITUCIONAL. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RELEVÂNCIA JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 592581 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-06 PP-01173 RDDP n. 84, 2010, p. 125-128)

sendo de extrema negligência qualquer alegação que tente atribuí-la aspectos tão somente patrimoniais, quando todo narrado traz uma multidisciplinaridade de questões constitucionais fundamentais e de extrema sensibilidade ao federalismo tal qual se concebe com o praticado diuturnamente.

3.1 O conflito federativo manifesto e a competência originária do STF

O princípio federativo brasileiro, como será visto em tópico seguinte a este, consagra a união indissolúvel de seus entes federados, em leitura própria do artigo 1º, da Constituição Federal³⁵, onde se extrai uma leitura quanto a inexistência de direito a secessão (MENDES, BRANCO, 2014, p. 805). Tal vedação, imprescindível para a estabilidade e concepção do Estado federal, faz com que os conflitos entre os entes federados devam ser solvidos pelo meio político e pacífico, ou se percebida a feição estritamente jurídica a solução será dada por uma corte nacional, competente para tal (MENDES, BRANCO, 2014, p. 805 e 806). De referidos autores se lê: “*No Estado Federal, de regra, há uma Suprema Corte com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecuratório da unidade física e da identidade jurídica da Federação.*”.

Inclusive, é indagável se a crise carcerária, ou insuficiência das fiscalizações de fronteira, por parte dos Estados-membros, não seriam passíveis de uma intervenção federal, a modelo da estabelecida no Estado do Rio de Janeiro pelo Decreto Federal 9.288/2018? Ainda que esta não seja a pertinência da intervenção federal mencionada no parágrafo acima, que objetiva a garantia da unidade física e legal dos entes federados junto ao Estado Federal. Mas é de se indagar.

Delineando ainda o que pretendemos abordar, antes da análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que aqui faz o papel da corte constitucional ou tribunal da Federação, importante instar lição de Sarlet (2017, p. 974) no sentido de que um cenário conflitante de normas emanadas de um Estado e a União, controvertidas pelas regras de competência atribuídas pela constituição vigente, será passível de controle de

³⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

constitucionalidade por um juízo com as características acima dadas. Não havendo de se falar de hierarquia (da União para os Estados, dos Estados para os municípios) de tais legislações, mas da possibilidade de serem constitucionalmente tuteladas. Importa, de tal lição, a concepção de igualdade, na litigância judicial, entre os entes federados perante a corte constitucional, estando todos submetidos ao rigor do constitucionalismo, não apenas para questões normativas e, sim, qualquer situação que incidentalmente contraponha judicialmente os entes.

Adentrando o modelo prático e vigente, a simples posição de um Estado-membro e da União em polos oponíveis da demanda judicial não basta para a caracterização de um conflito federativo apto a atrair a competência originária do Supremo Tribunal Federal, como mencionado na introdução deste terceiro capítulo de estudo. Isso porque o STF tem aplicado entendimento no sentido de redução “teleológica”, como classifica ex-ministro Sepúlveda Pertence³⁶, da previsão de competência originária dada pela alínea f, do artigo 102, inciso I, da Carta Republicana (MENDES, BRANCO, 2014, p. 832). Isso se denota no acórdão, citado pelos doutrinadores mencionados, da ACO 359:

EMENTA: AÇÃO DE EXECUÇÃO MOVIDA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA PELO ESTADO DE SÃO PAULO CONTRA O ESTADO DO MARANHÃO - INCOMPETÊNCIA DO STF - INTELIGÊNCIA DO ART. 102, I, F, DA CONSTITUIÇÃO - INEXISTÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO - PEDIDO NÃO CONHECIDO. - O art. 102, I, f, da Constituição confere ao STF a posição eminente de Tribunal da Federação, atribuindo-lhe, nessa condição, o poder de dirimir as controvérsias que, irrompendo no seio do Estado Federal, oponham as unidades federadas umas as outras. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na definição do alcance dessa regra de competência originária da Corte, tem enfatizado o seu caráter de absoluta excepcionalidade, restringindo a sua incidência as hipóteses de litígios cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Ausente qualquer situação que introduza a instabilidade no equilíbrio federativo ou que ocasione a ruptura da harmonia que deve prevalecer nas relações entre as entidades integrantes do Estado Federal, deixa de incidir, ante a inocorrência dos seus pressupostos de atuação, a norma de competência prevista no art. 102, I, f, da Constituição. - Causas de conteúdo estritamente patrimonial, fundadas em títulos executivos extrajudiciais, sem qualquer substrato político, não justificam se instaure a competência do Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102, I, f, da Constituição, ainda que nelas figurem, como sujeitos da relação litigiosa, uma pessoa estatal e um ente dotado de paraestatalidade. (ACO 359 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 04/08/1993, DJ 11-03-1994 PP-04110 EMENT VOL-01736-01 PP-00034)

³⁶ MENDES, BRANCO, 2014, p. 832, fazem menção a trecho de voto do ministro Sepúlveda Pertence na ACO-QO 555/DF, DJ de 16-9-2005.

Plausível a tese defendida pelo ministro Celso de Mello. Diante das excessivas competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal e do congestionamento de suas vias e da amplitude do que se concebe como ente federado, com advento das municipalidades como tal (p. 38), e da administração pública direta e indireta no modelo administrativista brasileiro é de suma importância delinear uma área de atuação de maior relevância para que o Supremo desenvolva seu papel de tribunal federativo.

Notadamente a Corte renuncia e não se vê, com razão, compelida a dirimir situações que opõe entes federados, ou entes federados com entidades paraestatais e assim vai, que tragam em sua controvérsia tão somente matérias patrimoniais. Seria de se chamar o conflito entre entes federados, jamais de conflito federativo. Corolário do conflito federativo deve ser a lide política, eminentemente de matéria constitucional, bem como outras matérias dignas de guarnição pela Lei Fundamental.

Nesta toada, se vê com pacificação jurisprudencial e doutrinária a competência originária da Suprema Corte para o julgamento da ACO 2992, uma vez que as razões do Estado-autor esculpem situações delirantes do ordenamento jurídico, como um todo, para além de toda temática de direitos fundamentais e sociais. O dever de ressarcimento originado da conduta omissiva da União não desmerece o relevo político e constitucional da lide, nada mais sendo do que uma consequência da inobservância de um ente federado com seus deveres atribuídos pela Lei Magna. Como diria Ayres Britto, o documento normativo que antecede o próprio Estado brasileiro³⁷.

A falta de cooperação da União com seu ente federado periférico traz notório dano ao equilíbrio federativo. Nem só nesse aspecto, mas abrange a temática da crise carcerária e o indisponível direito à segurança pública, donde se observa a responsabilidade civil objetiva por omissão da administração federal no abarrotamento das unidades prisionais de Mato Grosso do Sul, na lesão ao erário e outros, tantos outros.

O conflito federativo é manifesto. De indeclinável competência originária do Supremo Tribunal Federal na medida da oposição de um Estado-membro e União e do conteúdo central exposto pela situação conflituosa. Instando ainda apontar a insuficiência coercitiva, para não dizer de poder político, da prestação jurisdicional de outras instâncias para solver o conflito, dada sua magnitude e relevo.

³⁷<https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/ayres-britto-toma-posse-presidencia-supremo-tribunal-federal>. Acessado em 15 de junho.

As repercussões do caso podem afetar drasticamente o modelo prisional qual se concebe hoje no Brasil, no qual a União cruza seus braços e os Estados arcam solitariamente. O apontamento feito na oração anterior é narrado, novamente, em trecho de voto da Ministra Carmen Lúcia, atual presidente do STF e CNJ, na ADPF 347³⁸, transcrita na inicial da ACO 2992:

Nós temos no Brasil, hoje, em dados de dezembro de 2013, Presidente, 1.424 (mil quatrocentos e vinte e quatro) unidades prisionais. E destas, apenas 4 (quatro) são federais, ou seja, estados respondem pelos presos que deveriam ser de responsabilidade da União. E, nessas prisões federais, como disse, são 4 (quatro), há apenas, em número de pessoas nesse sistema, 358 (trezentos e cinquenta e oito) presos, porque são os presos que estão em regime muito especial pela periculosidade, pela necessidade de afastamento.

Não bastando todas mazelas cotidianas que sobrecarregam os sistemas prisionais estaduais, as administrações penitenciárias estaduais têm de lidar com toda burocracia criada pela Lei 11.671/2008 e Decreto Federal 6.877/2009, que versam sobre os requisitos para o envio de presos para os únicos quatro presídios federais construídos em todo Brasil. Tal transferência, tamanho malgrado da União no lidar com a política carcerária, ocorre mediante excepcionalidade, devendo ser o custodiado considerado de alta periculosidade e influência ou liderança no crime, capaz de danar a ordem pública e, ainda, ser temporária. Literalidade dos artigos 2º e 3º, do Decreto Federal 6.877/2009:

Art. 2º O processo de inclusão e de transferência, de caráter excepcional e temporário, terá início mediante requerimento da autoridade administrativa, do Ministério Público ou do próprio preso.

§ 1º O requerimento deverá conter os motivos que justifiquem a necessidade da medida e estar acompanhado da documentação pertinente.

§ 2º O processo de inclusão ou de transferência será autuado em apartado.

Art. 3º Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou

VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

³⁸ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acessado em 15 de junho de 2018.

A exacerbada burocracia que se menciona resulta nos números atípicos de ocupação das unidades prisionais federais quando comparadas com a média nacional, promovida pelas unidades dos Estados. Enquanto a média nacional de taxa de ocupação dos presídios está em 197,4%, os presídios federais apresentam apenas 52,5% (BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, INFOPEN, 2017, p. 8).

Tais constatações e explanações, coerentemente, foram colhidas pelo relator da ACO 2992, ministro Luiz Fux. Em decisão monocrática, foi afastada a preliminar arguida pela Advocacia-Geral da União de incompetência do Supremo Tribunal Federal, conforme despacho publicado em 31 de outubro de 2017, no Diário de Justiça Eletrônico número 250, p. 84, qual se transcreve trecho³⁹:

Delineado o cenário da controvérsia, indefiro a preliminar de incompetência arguida pela União, uma vez que o potencial conflito federativo envolvido na espécie é suficiente a justificar a competência originária do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, 'f', da Constituição Federal, que estabelece caber ao Supremo Tribunal Federal conhecer e julgar originariamente as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta. Superada a preliminar, assento que as partes são legítimas e estão regularmente representadas. Ainda, a matéria controvertida é exclusivamente de direito. Ex positis, indefiro a preliminar suscitada pela União [...].

A decisão, embora supere a preliminar, ainda comporta outras reflexões que contribuem para o estudo de caso.

3.2 A interpretação constitucional das competências dos entes federados: o pacto federativo e a teoria do federalismo cooperativo

Uma vez apontado o modelo de Estado Federal pela Constituição Federal promulgada em 1988 cumpre estabelecer alguns conceitos para analisarmos posteriormente a repartição e interpretação constitucional das competências dos entes federados, bem como o caso concreto afeta o pacto federativo estabelecido, qual consagra doutrinariamente a teoria do federalismo cooperativo.

Consta das características básicas de um Estado Federal a autonomia de seus

39

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=13974506&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20250%20-%2030/10/2017> Acessado em 16 de junho de 2018.

entes federados, que substancialmente difere do conceito de soberania, este último inerente ao Estado *lato sensu*. Enquanto, a autonomia se refere a capacidade de autodeterminação do ente federado dentro do rol de competências que lhe são confiados pela lei fundadora do Estado: a própria Constituição Federal (MENDES, BRANCO, 2014, p. 802). Esta autodeterminação pode referir-se a competências legislativas, político-administrativas e outras inerentes a sua relativa autonomia em relação ao poder central. Sarlet (2017, p. 973) leciona que a autonomia, para auto-organização e autogoverno, constitucionalmente fundada e delineada (a fim de substituir termo “limitada”), como mencionado acima, é nota principal da distinção do Estado Federal.

No Estado Federal democrático estabelecido não há apenas a repartição de funções na horizontalidade, do modelo proposto por Montesquieu da separação do executivo, legislativo e judiciário. Mas também de uma repartição vertical de poderes, que seriam a União, Estados e, no Brasil após 1988, os municípios (MENDES, BRANCO, 2014, p. 806).

A verticalidade das esferas de competência não importa, em regra, uma hierarquia dentre os entes, posto que há igualdade jurídica entre estes (p. 41). Os conflitos devem ser solvidos nos parâmetros da própria repartição de competência (SARLET, 2017, p. 974), uma vez que a inconstitucionalidade pode ocorrer mediante a conduta invasiva de competência de qualquer ente federado no outro. Mendes e Branco (2014, p. 831), ao abordarem mérito análogo (hierarquia entre lei federal e estadual) assim concluem:

O critério de repartição de competências adotado pela Constituição não permite que se fale em superioridade hierárquica das leis federais sobre as leis estaduais. Há, antes, divisão entre esses entes. Há inconstitucionalidade tanto na invasão da competência da União pelo Estado-membro como na hipótese inversa.

De tal assertiva se conclui que a possibilidade conflitante nas competências pode ser de cima para baixo, como de baixo para cima. Como no caso concreto analisado, onde uma competência expressamente atribuída a União se vê inobservada, não alterando as conclusões o fato de lide se iniciar de uma conduta omissiva e não normativa. A inexistência da hierarquia permite que o Estado-membro denuncie a inconstitucionalidade.

Contudo, referida autonomia delineada não se deve ter por absoluta, tampouco a ausente hierarquização dos entes federados se conotar como discricionária para a

organização dos entes federados. O constitucionalismo brasileiro vigente é balizado pelo princípio da simetria, qual impõe que o constituinte estadual observe, nos limites de suas competências atribuídas e caso a caso, a forma de organização que norteia o âmbito federal. Tal princípio não significa que o modelo estadual deva “copiar” os enunciados federais (MORAES, 2016, p. 473), mas sim, não romper com o modelo organizacional quando houver federal inerente, quando este houver.

Superados os obstáculos conceituais se transcorre em mérito. A Carta Republicana de 1988 traz expressões sobre as competências pertinentes a cada ente federado integrante de seu pacto fundador, estas podem ser legislativas ou administrativas. Elencando suas pertinências ao ente atribuído.

Tema central da lide está ligada a população carcerária oriunda de delitos transnacionais, o que por si só ensejaria o competir da União, mas a questão está diretamente aportada à segurança nacional vez que o fenômeno criminoso transnacional que a ACO 2992 reporta ocorrem, no geral, nas faixas de fronteiras (constando entre bens da União, do que se lê no artigo 20, parágrafo 2º, da Constituição Federal⁴⁰), não obstante a própria competência administrativa para policiamento de fronteira, instado do artigo 21, inciso XXII, da Lei Maior, nesta obra já mencionada.

Uma vez que as competências repartidas pelo constitucionalismo brasileiro observam o chamado princípio da predominância do interesse (MORAES, 2016, p. 501), o policiamento de fronteira atribuído a União, de maneira indelegável (p. 24), observa a regra da predominância do interesse geral. Não atoa, quando notadamente nos precipitamos na sensível temática da própria segurança nacional, similarmente competida à União, pela inteligência do artigo 21, inciso III, da Carta Política.

Os temas inseridos no rol do artigo 21, da Constituição Cidadã, atinentes a uma competência geral, são competidos ao poder central por demandarem uma disposição de soberania, ou até mesmo de segurança (MENDES, BRANCO, 2014, p. 825).

Conclui-se que a prestação positiva de segurança pública, versada no artigo 144, *caput*, da Carta da República, do que o próprio diploma constitucional conceitua como faixa de fronteira, é dever administrativo da União Federal. Pautando que a conceituada

⁴⁰ Art. 20. São bens da União:

§ 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

segurança pública direta, de dever inerente aos Estados-membros e Distrito Federal, é subsidiária, devendo o poder federal arcar com os custos da prevenção, repressão e custódia dos crimes relacionados à faixa de fronteira, inserindo-se os delitos transnacionais.

Não é o que se observa. O direito constitucional à segurança pública nas faixas de fronteiras de Mato Grosso do Sul tem sido prestado quase tão somente pelo Estado não competido para tal. A materialidade do que se aponta urge dos números exorbitantes digitados ao longo dos capítulos anteriores do presente estudo.

Estado de Mato Grosso do Sul tem sido um ente federado cooperativo com o restante da Federação. Todavia, sua cooperação não encontra resposta junto ao ente federado competido pelo policiamento de fronteira, como se nota pela ausência sistemática de políticas públicas de segurança na região e pelo abandono à própria sorte do erário estadual para o custeio dos presos oriundos de crimes transnacionais ou conexos a esses.

Ficam as forças de segurança da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública alheias e despendidas para o combate e oposição a toda sofisticação ao crime organizado transnacional. Mesmo quando a própria definição legal de crime transnacional e de organização criminosa transnacional, no ordenamento jurídico pátrio, seja dada pela Convenção de Palermo, cuja recepção no direito brasileiro se deu pelo Decreto Federal 5.015/2004, donde a signatária é a própria União.

A falha, note-se, tem sido até mesmo da República Federativa do Brasil em dar efetividade aos tratados internacionais quais esta é signatária. Em medidas quais se comprometeu internacionalmente a tomar.

É latente o desequilíbrio federativo, colocando a prova a teoria doutrinária de que a Constituição Federal de 1988 consagra o federalismo cooperativo, destarte Sarlet (2017, p. 976):

A noção de um “federalismo cooperativo”, que tem sua origem nos EUA, mas que também foi objeto de particular desenvolvimento na experiência constitucional germânica sob a égide da Lei Fundamental de 1949, tem por finalidade a atuação conjunta tanto das unidades federadas entre si (União e Estados-membros, no Brasil também o DF e os Municípios) quanto dos Estados entre si, com o intuito de permitir um planejamento e atuação conjunto e integrado em prol da consecução de objetivos comuns, do desenvolvimento e do bem-estar no plano mais amplo do Estado Federal sem afetar os níveis de autonomia de cada unidade da Federação. Dito de outro modo, o “federalismo cooperativo” busca compensar – ou pelo menos

mitigar –, em prol da eficiência na consecução dos objetivos estatais, mediante mecanismos de cooperação e harmonização no exercício das competências legislativas e administrativas, as dificuldades inerentes ao modelo de repartição de competências e do elevado grau de autonomia das unidades da Federação. Isso se revela ainda mais necessário no contexto de um Estado Social, de caráter intervencionista e voltado à consecução de políticas públicas, [...].

Deste modo, o ente federado que coopera na consecução do dever estatal de prestar segurança pública e custodiar aqueles que praticam desvios penalmente tutelados não se vê cooperado pelo ente verticalmente superior. É uma problemática para o pacto federativo, mesmo quando a própria União, neste âmbito, reporta em seus sítios da rede mundial de computadores que lhe compete a segurança pública de fronteira⁴¹:

Compete à União a defesa dos seus interesses e dos seus órgãos, o policiamento da faixa de fronteira e o combate ao tráfico internacional e interestadual de drogas, prevenir e reprimir o contrabando e o descaminho, bem como realizar o patrulhamento das rodovias federais.
A União assumiu ainda a função de articular a integração entre os órgãos de segurança pública e de justiça criminal, [...].

A situação tem sido reiterada pelo marasmo e comodismo do poder federal através de décadas, desde a criação do Estado de Mato Grosso do Sul, em meandros de 1977. Não sendo um problema de governo, por onde se já foi trilhada a experiência autoritária, democrática e de ideologias contrapostas. Há uma evidente intenção do constituinte originário deixando de ser observada.

Reputa-se o Supremo Tribunal Federal como a possível instituição para dar termo ao severo desequilíbrio federativo qual tem sido sujeitada a população sul-mato-grossense. Para se prover equilíbrio e agir deveras como um tribunal da federação.

⁴¹ <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/seguranca-publica-e-dever-de-estado>. Acessado em 18 de junho de 2018.

CAPÍTULO IV - O DEVER DA UNIÃO DE RESSARCIR O ENTE FEDERADO

Em derradeiro capítulo, breve, mas não menos importante deve ser estudado o objeto da ação: dever de ressarcimento. Que se torna quase um pano de fundo diante do tamanho relevo da lide. Ressaltando que, se for o caso, a ação civil pública pode até mesmo ter seu objeto ampliado, para uma obrigação de fazer, diante da possibilidade estudada (p. 40) e da repercussão geral, de tema 220, criada pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, embora da leitura simplista do artigo 3º, da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública)⁴² se conclua que esta tem por objeto a condenação de pagamento em pecúnia ou obrigação de fazer ou não fazer não tem sido esta a praticada pela corrente doutrinária majoritária, tampouco jurisprudência aplicada reiteradamente. Barroso (2003, p. 223) aponta que a alternatividade dada pelo texto não veda a cumulação dos pedidos, em obrigação pecuniária e de fazer ou não fazer.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, pacificando a jurisprudência de demais tribunais de justiça, caminha no sentido da possibilidade da cumulação de objetos na ação civil pública por dano ambiental, estendendo em analogia a outros bens jurídicos tutelados por este instrumento jurídico. Este entendimento pode ser retirado do REsp 605.323/MG, com relatoria para acórdão do brilhante ex-ministro Teori Zavascki (*in memorian*):

PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, § 3º, DA CF/88, ARTS. 2º E 4º DA LEI 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI 8.625/93 E ART. 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL. 1. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral. Deles decorrem, para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição *in natura*), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso. 2. A ação civil pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio

⁴² Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

ambiente (CF, art. 129, III). Como todo instrumento, submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material. Somente assim será instrumento adequado e útil. 3. É por isso que, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/85 ("A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"), a conjunção "ou" deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). É conclusão imposta, outrossim, por interpretação sistemática do art. 21 da mesma lei, combinado com o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor ("Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.") e, ainda, pelo art. 25 da Lei 8.625/1993, segundo o qual incumbe ao Ministério Público "IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente (...)". 4. Exigir, para cada espécie de prestação, uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual, ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum (medidas de tutela ambiental), cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de natureza diversa. A proibição de cumular pedidos dessa natureza não existe no procedimento comum, e não teria sentido negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 605.323/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 17/10/2005, p. 179).

Deflui-se do acórdão e da primorosa lição de Teori Zavascki é que o uso do conectivo "ou", ao caso da ação civil pública, está mais ligado a uma ideia de exemplificação e adição do que uma limitação. A exegese gramatical traria limitações notoriamente danosas à eficácia do instrumento processual "ação civil pública". O que se permite concluir é uma alternatividade não excludente, o que não veda em devidos casos que o objeto da ação seja somente a obrigação pecuniária ou obrigação de fazer ou não fazer.

Este trabalho conclui no sentido que para além da possível atribuição cumulativa, esta pode, ainda, ser sentenciada de ofício pelo juízo prolator de sentença ou acórdão, sempre que constatada a insuficiência do pedido inaugural para por termo a situação gravosa que recai sobre os bens jurídicos tutelados pelo rol da ação civil pública (artigo 1º, da Lei 7.347/1985). Aqui percebendo que a inconstitucionalidade da situação impera não somente um dever de ressarcimento, mas de um acórdão mandamental que obrigue a União na construção de unidades prisionais e promoção de políticas públicas carcerárias, com finto de amenizar em primeiro momento e cessar o

estado de inconstitucionalidade que sobrepesa nos estabelecimentos penais brasileiros.

Ventilada a possibilidade da cumulação de objetos na ação civil pública, cabe entender, no presente caso, a origem do dever de ressarcimento da União para o Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado tudo que já foi estudado e narrado até aqui.

4.1 A origem do dever de ressarcimento ao ente federado

A lide cinge-se na inquestionável omissão da União em seu dever de prestação positiva à segurança pública na faixa de fronteira de Mato Grosso do Sul, bem como na custódia dos presos, provisórios ou definitivos, oriundos de crimes cujas execuções das penas lhe são competidas, nomeadamente aqui os presos de delitos transnacionais e a ele inerentes.

A situação narrada e litigiosa da ACO 2992, o estado de inconstitucionalidade das coisas e todo seu relevo em assuntos atinentes a direitos fundamentais (dos custodiados) e sociais (populacionais e dos custodiados) indisponíveis, por oportuno ressaltado, aparenta até mesmo atrair a possibilidade de uma Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, em sua maneira repressiva, vez que a ADPF pode ter por objeto a conduta omissiva, sendo concebida, nesse aspecto, de maneira até mesmo mais ampla que a ação de direta de inconstitucionalidade, que recai somente sobre ato normativo. Nesta esteira, transcreve Moraes (2016, p. 1220):

Caberá, preventivamente, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos.

O objetivo judicial do Estado de Mato Grosso do Sul de se ver ressarcido pelos valores despendidos com a manutenção dos chamados “presos federais” prospera em face de uma conduta omissiva inquestionável da administração central, mormente o que a legislação e Constituição lhe reputam. O delinear da competência legal da União de arcar com os custos destes presos contrasta com a realidade, onde a fonte orçamentária utilizada é o erário estadual.

A inércia ilegal e inconstitucional do ente federal é inquestionável. A mora se constitui há mais de 50 anos, quando da publicação da Lei 5.010/1966, na qual seu

artigo 85 tem sido notória escusa para o poder federal utilizar as vagas prisionais estaduais. Exposto no capítulo anterior, o federalismo cooperativo se vê desequilibrado. Aqui se origina o dever do ressarcimento, para o reequilíbrio das distribuições de competências cooperadas. Magistrat a lição que se extrai da própria petição inicial proposta pelo Estado autor, respaldada por Korand Hesse, em sua página 20:

Aqui cabe lembrar a lição de Konrad HESSE de que o “Kooperativer Föderalismus’ ist deshalb kein Allbeilmittel” (O ‘federalismo cooperativo’ não é portanto uma panaceia), bem como o mesmo autor ressalta que o federalismo cooperativo permite “correções isoladas” de problemas de distribuição de competências, mas que demanda paralelamente correções correspondentes nas finanças públicas (orçamentos públicos), sendo que é exatamente isso que está no âmago da pretensão do Estado de Mato Grosso do Sul na ação ora proposta.

Nomeadamente, o reequilíbrio do custeio da manutenção de presos federais no sistema prisional estadual, com o ressarcimento dos cofres estaduais dessas despesas que incumbem em sua matriz legal e constitucional à esfera de atuação e de custeio da União. Nesse diapasão, a inércia da União no decorrer de 50 anos não transfere o dever de custear as despesas ao Estado-membro, mesmo porque, como visto, o federalismo cooperativo não implica em transferência de responsabilidades, mas sim em uma atuação coordenada voltada à consecução e realização do bem comum.

A omissão, inércia e mora até aqui perpetuada da União para com a edificação de novos presídios e políticas públicas carcerárias não lhe desincumbe deste dever, tampouco transfere à Mato Grosso do Sul esta responsabilidade. A ilegalidade e inconstitucionalidade não podem ser admitidas por regra de costume, sob pena da subversão do próprio republicanismo. A pressão orçamentária indevida afeta substancialmente o pacto federativo.

Se não o bastante, parece guardar relação com o caso a responsabilidade civil objetiva por omissão da União em face do Estado-autor, donde esta tem o dever de custodiar os agentes criminosos a ela legalmente competidos. Por óbvio, a responsabilidade civil estatal, *lato sensu*, não se dá apenas nas esferas federal, estadual e municipal para com o particular, mas também entre os entes federados, constitucionalmente consagrados, e órgãos da administração direta e indireta entre si.

A propósito, esta ideia se guarnece no julgado do RE 580.252/MS, pelo Supremo Tribunal Federal, submetido ao procedimento de Repercussão Geral, de Tema 365, que por meio da responsabilidade civil estatal constituiu o dever de indenizar por dano moral o custodiado submetido a superlotação prisional e condições insalubres. O

Tema 365 de Repercussão Geral⁴³ trouxe seguinte ementa:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Sem questionar o mérito do apreciado pela Corte é apropriado estabelecer algumas premissas. Se a responsabilidade civil objetiva de Mato Grosso do Sul preencheu os pressupostos de aplicação da teoria, dando causa a situação degradante do custodiado, é bem verdade também que a União da causa à superlotação sul-matogrossense, que por sua vez é a própria situação degradante qual foi submetido o apenado.

Para respaldar a aplicabilidade da teoria, invoca-se a lição sempre primorosa de Carvalho Filho (2016, p. 724):

A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos – o fato administrativo, o dano e o nexo causal.

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.

O registro principal do lecionado para esta abordagem reside no fato que, para configuração da responsabilidade objetiva do Estado por conduta omissiva, se adiciona aos pressupostos necessários (fato administrativo, o dano e o nexo causal) o liame da culpa. Sendo esta a diferença da responsabilidade por conduta omissiva em relação a comissiva. A culpa se origina do descumprimento de um dever legal, da omissão do dever de prestação.

Aplicando a lição ao caso concreto o liame da culpa, de estreita relação com o fato administrativo, está na omissão da União com seu dever constitucional e legal de

43

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 19 de junho de 2018.

custodiar, em condições dignas, os presos de delitos transnacionais e conexos quais se encontram custodiados em unidades prisionais de Mato Grosso do Sul sem qualquer tipo de contraprestação ou cooperação do governo central. O dano é o abarrotamento dos presídios estaduais, resultando em lesão ao erário estadual qual é forçado a adimplir a manutenção da custódia. Notadamente há nexos de causalidade, vez que os presos federais dão causa a 76,66% da superlotação dos presídios do Estado (p. 22).

Cabe especial distinção entre a indenização da responsabilidade objetiva por omissão e a obrigação de ressarcimento. Uma vez que mencionados custos já estão adimplidos pelo Estado-autor, causando dano incalculável ao orçamento do ente federado periférico, substitui-se o caráter indenizatório pela obrigação de ressarcimento. Não há qualquer tipo de incompatibilidade em tais conceituações pecuniárias.

Ademais deve se abordar alguns aspectos do que deve ser ressarcido e suas limitações. O estudo não tem objetivo de aferir valores e montantes, mas sim, um resguardo da possibilidade e legalidade do pleiteado.

Estando um ente público no polo passivo da demanda ação civil pública a decisão que importe obrigação em pecúnia sujeita-se ao regramento do artigo 1º do Decreto-Lei 20.910/1932⁴⁴, qual estabelece a prescrição das dívidas da fazenda pública federal em cinco anos. Nessa esteira, não diferente do que requerido pelo Estado-autor na petição inaugural, o valor devido ao ressarcimento não deve preteritamente ultrapassar cinco anos.

Mormente o ressarcimento que se visa deve ser deferido para o futuro, uma vez que a condenação ao pagamento em primeiro momento não garante a mudança situacional, onde se nota a ocupação das prisões estaduais por apenados federais. Nesse sentido, enquanto permanecer a União inerte em construir presídios quantos bastem para abrigar os custodiados que lhe reportam esta deve ressarcir os custos despendidos por Mato Grosso do Sul para tal.

Desta feita se constata a origem do dever de ressarcimento, fazendo ainda algumas observações pertinentes que se ligam nos tópicos abaixo.

⁴⁴ Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

4.2 O enriquecimento sem causa por parte da união

Aspecto interessante urgido da situação conflituosa que se estuda está numa imputação de enriquecimento sem causa feita pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face da União, constada no petitório da inicial da ACO 2992, em sua página 13.

O enriquecimento sem causa é prática vedada no ordenamento jurídico brasileiro, que encontra seu embasamento no artigo 884, do Código Civil de 2002:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Avaliar este ponto da lide se faz importante porquanto corrobora, a este ver, com a compreensão da origem do dever cível de ressarcimento. Embora o Código Civil seja eminentemente uma norma de direito privado, é sabido que seus reflexos multidisciplinares estão em outras áreas do direito, mesmo do direito público. É o caso do princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello (1997, p. 28), com o brilhantismo que lhe é inerente, já transcrevia: *“Uma vez que o enriquecimento sem causa é um princípio geral de direito - e não apenas princípio alocado em um de seus braços: público ou privado - evidentemente também se aplica ao direito administrativo”*.

A nota curiosa é no encaixe do caso concreto com a conduta prevista no enriquecimento sem causa do Código Civil brasileiro. Se valendo do vetusto artigo 85, da Lei 5.010/1966, a União se mantém inerte e omissa em seu dever de construir unidades prisionais que possam abrigar os presos quais a Constituição e legislação lhe atribuem o cumprimento de pena, resultando que esta locuplete as vagas do sistema prisional dos Estados-membros. Locupletada tais vagas prisionais, esta nada coopera ou apresenta de contraprestação pelo custeio da estadia do apenado.

De fato, experimenta a administração pública federal de um verdadeiro enriquecimento sem causa ao repassar indevidamente para o Estado-membro o custeio de seus presos. O erário estadual é lesado em benefício do federal. Diuturnamente verifica-se uma subversão da ordem federativa.

Demasiado não é análise do obrado por Mello (1997, p. 25 e 26):

1. Inúmeras vezes relações jurídico-administrativas, sobrepostas contratuais, são ulteriormente proclamadas como nulas e, em tais casos, a Administração normalmente entende que, dado o vício que as enfermava, delas não poderia resultar comprometimento algum do Poder Público, uma vez que "o ato nulo não produz efeitos".

Assim, esforçada em tal pressuposto, pretende que sua contraparte nada tem a receber por aquilo que realizou, inobstante haja incorrido em despesas e mesmo cumprido prestações das quais a Administração usufruiu ou persiste usufruindo, como ocorre nas hipóteses em que o contratado efetuou obra em proveito do Poder Público.

Trata-se, pois, de saber se o Direito sufraga dito resultado. Ou seja: importa determinar se a ordem jurídica considera como normal e desejável que, vindo a ser considerada inválida dada relação comutativa, a parte que já efetuou suas prestações deva ficar a descoberto nas despesas realizadas, entendendo-se, assim, que o aumento do patrimônio do beneficiado pela prestação alheia é um incremento justo, merecendo ser resguardado pelo sistema normativo e, correlatamente, que o empobrecimento sofrido pelo adimplente é - também ele - justo, motivo pelo qual não deve ser juridicamente remediado, mas, inversamente, cumpre que seja avalizado pelo Direito.

2. Ao lume de noções jurídicas correntes, em face do princípio da equidade ou mesmo do simples princípio da razoabilidade - que há de presidir qualquer critério interpretativo -, parece difícil sufragar a intelecção de que, em todo e qualquer caso e independentemente das circunstâncias engendradoras do vício que enferma a relação, caiba à contraparte da Administração arcar com os custos que ela lhe causou e que, inversamente, esta última deva absorver as vantagens que captou sem indenizar o onerado. Mesmo a um primeiro súbito de vista, tão desatado entendimento apresenta-se como visivelmente chocante, repugnando ao próprio senso comum e a um mínimo de sensibilidade jurídica ou a rudimentos de ética social.

Ao caso, há um ato administrativo (em sentido amplo) omissivo, ainda que evitados de vícios legais e constitucionais, que permite que se locupletem as vagas do sistema carcerário do Estado-autor. Este ato repleto de vício, qual é prudente prever sua alteração ou encerramento mediante da prestação jurisdicional da ação civil pública, não permite que a União tenha até aqui experimentado economias sem o dever de ressarcir o que foi adimplido pelo Estado-membro nos últimos cinco anos.

Há uma plausibilidade jurídica e doutrinária estabelecida na imputação de enriquecimento sem causa por parte da União a custo de outrem (Estado-autor). Sabidamente, quem locupleta deve restituir.

4.3 A urgência emanada do RE 580.252/MS

Toda problemática do litígio represa uma urgência experimentada pelo próprio

Estado-autor: RE 580.252/MS, julgado sob rito da Repercussão Geral, Tema 365.

Como exposto acima (p. 53), em fevereiro de 2017, o Estado de Mato Grosso do Sul foi condenado a indenizar por danos morais o custodiado submetido a superlotação e situações não condizentes com a dignidade da pessoa humana. Do acórdão se extrai seguinte ementa:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento". 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. (RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em

16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017).

A tese fixada pelo Tema 365, de ementa própria acima transcrita (p. 53), torna ainda mais emergencial e gravosa a situação que se desenha no cenário de superlotação sul-matogrossense. Onde passa o Estado, além de adimplir a custódia do agente criminoso, a ser sujeitado a arcar com indenizações pecuniárias por danos morais os casos de custodiados em situação de superlotação, incluindo-se os presos federais. Que sequer deveriam estar ali, tampouco serem custeados pelo erário estadual.

Isso porque a sujeição do feito ao regime da Repercussão Geral traz possibilidade de ser aplicado em todos os casos que versem sobre mesma matéria ou situações similares. Uma vez que o apreciado por tal rito deve trazer em sua controvérsia temas compreendidos como de notório relevo jurídico, social, político e econômico, alcançando o interesse geral, não apenas das partes envolvidas (MORAES, 2016, p. 902).

Em mesma obra, Moraes (2016, p. 899):

A repercussão geral somente estará presente quando na pretensão arguida perante o STF houver acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas naquele determinado processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares, pretendendo o texto constitucional, ao mesmo tempo, fortalecer as decisões das instâncias jurisdicionais ordinárias e preservar o Supremo Tribunal Federal para a discussão das matérias constitucionais de relevância e reflexo para toda a sociedade.

Mostra-se bastante prudente perceber, em tempos de severa crise carcerária nacional, o interesse geral na sensível temática da responsabilidade objetiva do Estado em relação aos seus custodiados.

O obrado estudo não se mostra momento e meio oportuno para questionar o mérito do julgado. Mas momento de debruçar na percepção de seus desdobramentos no cenário apresentado pela lide: de superlotação das unidades prisionais do Estado-membro causada pela presença dos indigitados presos federais. O desdobramento, deve se asseverar, é substancial para o agravamento da pressão orçamentária sofrida pelo ente federado, vez que está obrigado a adimplir o custo do preso e, agora, a indenizá-lo pelo dano moral. Se assim continuar, haverá momento em que o cenário orçamentário será caótico, face ao absurdo desequilíbrio indevido que está sendo experimentado pela

inobservância da cooperação federalista.

O Tema 365 da Repercussão Geral possui aspectos vinculantes. Consta na obra de Moraes (2016, p. 903):

Para garantir a efetividade das decisões do STF, bem como a celeridade processual, a lei estabelece que, negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, reconhecendo efeitos vinculantes a essa decisão. Nessas hipóteses, a rejeição dos demais recursos extraordinários será realizada monocraticamente pelos Ministros relatores.

Se a negativa de existência da Repercussão Geral traz efeitos vinculantes aos casos de matérias idênticas há, também, uma verdade inversa na assertiva. O conhecimento da Repercussão Geral pela Corte atribui efeito vinculante a tese fixada. O novel Código de Processo Civil traz conotação legal para o que exarou-se acima, vez que é dever do presidente ou vice-presidente de tribunal *a quo* negar seguimento a recurso extraordinário que ataque acórdão em consonância com entendimento firmado por rito de Repercussão Geral, conforme a inteligência do artigo 1.030, inciso I, alínea a:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Nesta toada, o efeito vinculante, que se reputa de todo gravoso ao Estado-membro, é o extraído da ementa do acórdão do RE 580.252/MS (p. 57) lhe imputando a responsabilidade pela situação dos submetidos ao cárcere, durante toda a permanência, bem como indenizar pelo dano sofrido se não atendidas as condições mínimas estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, o prospecto apresentado é da sujeição de Mato Grosso do Sul a responder pelas obrigações indenizatórias devidas a todo e qualquer custodiado que acionando o judiciário comprove, em juízo, estar submetido a situações abaixo do mínimo legal e constitucionalmente necessário para o digno cumprimento da pena.

O que se obsta é que, reiterando percentualmente, os presos de delitos transnacionais e fenômenos conexos, reportados à União, constituem 76,66% (p. 22) da massa excessiva ocupante do sistema prisional sul-mato-grossense.

O desfalque orçamentário ao erário estadual, por indenizações devidas, é anunciado e iminente, sem que este possa invocar o princípio da reserva do possível, visto que esta foi afastada na própria ementa do acórdão do RE 580.252/MS. A ACO 2992 ora resta como oportunidade de amenização de tais efeitos.

Assim, se nota que a urgência pela apreciação do caso não se dá somente no aspecto do direito humano do apenado sujeito ao estado de inconstitucionalidade das prisões brasileiras, mas, também, no resguardo ao erário estadual que será desfalcado para custeio de indenizações.

Para o desfecho, se indaga, caberia o direito regresso por parte de Mato Grosso do Sul em desfavor da União? A indagação parece comportar um estudo aparte.

CONCLUSÃO

Os dados apresentados pela Procuradoria do Estado de Mato Grosso do Sul, junto a petição inicial da ACO 2992, colaborados por outras fontes de dados de caráter nacional, tal como o INFOPEN, comprovam um cenário desolador do sistema carcerário sul-mato-grossense.

Embora hajam falhas nas políticas públicas estaduais, tanto na segurança pública social, bem como no sistema carcerário se conclui, no presente estudo, que a União é a causadora principal da sujeição dos custodias à inadmissível e degradante situação de superlotação, experimentando diuturnamente outras situações que atacam de sobremaneira a dignidade da pessoa humana. O direito penal pode privar a liberdade do agente criminoso, mas jamais seu mínimo existencial.

A mora por parte da administração pública federal em construir unidades prisionais de sua alçada se constitui há quase 52 anos, de quando da promulgação da Lei 5.010/1966. Tal conduta omissiva e morosa estampa a inércia como conveniente para o orçamento federal, enquanto os agentes criminosos de competência federal são trancafiados em presídios estaduais, surfando-se sempre na prerrogativa legal supramencionada. Em Mato Grosso do Sul se nota que apontada rotina tem causado superlotação das unidades de reeducação.

Contudo, a lide estudada permeia o aspecto patrimonial, vez que o Estado custeia, com repasses ordinários do governo federal, a promoção da segurança pública na faixa de fronteira e solitariamente o sistema prisional estadual, que acaba por receber os presos oriundos de crimes transnacionais e fenômenos conexos a estes. O afã contextual do Estado é honroso, todavia não lhe é competido e merece ser contemplado no pleito de ressarcimento.

Embasado na noção de que aquele que causa dano a outrem tem o dever de ressarcir, da notória aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão, diferente não se conclui do dever da União de ressarcir o Estado de Mato Grosso do Sul pelos valores adimplidos pela custódia de presos oriundos de delitos transnacionais e conexos. Sendo que tal indenização deve observar o prazo quinquenal regressivo das dívidas da fazenda pública federal, em regra imperativa do Decreto Lei 20.910/1932, em seu artigo 1º. Bem como ser continuada para o futuro, até que seja o

poder público federal plenamente capaz de custodiar, com dignidade, os apenados cuja Constituição Federal lhe confiou.

Importante explicitar que se averigua, no prospecto deste obrado, um caso de enriquecimento sem causa por parte da administração pública federal a custo do erário estadual. É uma tese. Conclui-se em possibilidade. Abraçando lição conclusiva do maior administrativista brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello, bem como de José dos Santos Carvalho Filho, de que o princípio eminentemente civilista do enriquecimento sem causa é recepcionado pelo direito público administrativo para casos onde a administração pública se valha de mencionado expediente, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, em prejuízo do particular é possível que ocorra, também, por parte de uma fazenda pública em prejuízo de outra. Ocorre locupletamento das vagas prisionais de Mato Grosso do Sul por presos “federais”, sem que a União custeie ou faça contraprestação ao Estado-membro, experimentando daí um enriquecimento ilícito, à custa da fazenda pública estadual.

Para além da conclusão, que se denota do trabalho como todo, do direito de Mato Grosso do Sul de se ver ressarcido pela União sobre os valores arcados com a custódia de agentes criminosos transnacionais e conexos, cumpre firmar algumas teses acadêmicas desenvolvidas e tecidas.

O estado de inconstitucionalidade das coisas notado nos presídios brasileiros, com incalculável quadro deficitário de vagas causado por condutas omissivas da União, no âmbito de políticas públicas prisionais, apresentando aos apenados um cenário de desrespeito generalizado de direitos inerentes à pessoa humana faz com que uma possível via eleita alternativa, de litigância judicial, seja a ADPF. Parece palpável a tese porquanto há inegáveis descumprimentos de preceitos fundamentais dos custodiados submetidos a superlotação. Embora se apresente como alternativa, a ADPF somente albergaria parte da matéria tutelada pelo caso concreto, uma vez que esse instrumento constitucional não alcança aspectos patrimoniais, donde leia-se o dever de ressarcimento da União ao erário do Estado-autor.

A sistemática rezada pelo parágrafo anterior reforça a plausibilidade da via eleita pelo Estado-autor para o que se litiga em juízo, uma vez que a ação civil pública tutela direitos difusos e coletivos, sendo subsidiariamente instrumento de controle de constitucionalidade, bem como resguarda o patrimônio público, aqui erário estadual, tendo afinal, por objeto, uma obrigação pecuniária e/ou de fazer ou não fazer.

Nessa toada, firma-se tese, em conclusão, da possibilidade do Excelso Pretor, mesmo que de ofício, sentenciar cumulativamente a obrigação pecuniária de ressarcimento, bem como da obrigação de fazer, no sentido de impor à administração pública federal o dever de construir presídios que comportem os apenados que lhe são competidos, bem como, ademais, de promover políticas públicas efetivas que visem atenuar ou, a longo prazo, solver a degradante situação de superlotação das unidades prisionais nacionais, em situações delirantes do mandamento constitucional brasileiro.

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, carregada de todo relevo da causa, pode nos aspectos vinculantes de suas decisões trazer grandes mudanças em como se pratica política prisional no Brasil ao jurisdicionar a ACO 2992. Isso porque o deferimento dos pleitos do Estado-autor pode mudar drasticamente a forma como a União lida com o sistema carcerário nacional. Efetivaria a teoria do federalismo cooperativo, de forma a redistribuir o ônus das políticas prisionais entre o poder central e os Estados-membros. Em um universo de mais de 726.712 custodiados as unidades federais abrigarem apenas 437 são números irrisórios, demonstrando inexistência política carcerária no âmbito federal. Espera-se, nesse deslinde judicial que o cenário atual possa apresentar algumas mudanças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

AMORIM, Maria Alice Barros Martins. **A problemática da segurança pública na fronteira Brasil e Bolívia com foco no Estado do Mato Grosso**: Delegada de Polícia Maria Alice Barros Martins Amorim. Rio de Janeiro: ESG, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz; MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; FERRARO, Marcella Pereira. **Comentários à Lei de Ação Civil Pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais**. 1ª Edição, Revista dos Tribunais.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa ... [et al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65 p. : il. color.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014**. Coordenação técnica Thandara Santos. Brasília. Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça, 2014. 80 f.

BRASIL. MATO GROSSO DO SUL. SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (SEMADE). **Perfil Estatístico de Mato Grosso do Sul 2015: Ano base: 2015** Campo Grande: SEMADE, 2016. Disponível em < http://www.seinfra.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/6/2017/06/Perfil_Estat%C3%ADstico_MS_2016.pdf>. Acessado em 13/05/2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. 30ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Navaroni Soares; KÖLLING, Gabrielle; BALBINOT, Rachele Amália Agostini. **Violações de direitos humanos no Presídio do Roger, no Estado da Paraíba**, R. Dir. sanit., São Paulo v.16 n.1, p. 39-58, mar./jun. 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100013/98603>>. Acesso em: 13 de maio de 2018.

HESSE, Konrad; in: **Constituição econômica e desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros.

JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas Anotada: comentários à Lei 11.343/2006**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral** / Damásio de Jesus. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KALIL, Ramiro Baptista. **O Tráfico Transnacional de Drogas no Contexto Brasileiro: o impacto da globalização sobre a ação estatal brasileira e o auxílio dos organismos internacionais**. 2011. 111 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/36523>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 25-35, out. 1997. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47085/45796>>. Acesso em: Jul. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v210.1997.47085>.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

PAIÃO, Dayane Sanches Guimarães. **Incidência e Fatores de Risco Para Tuberculose Latente e Ativa na População Privada de Liberdade em Mato Grosso Do Sul**. 2015. 64 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Medicina, Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, 2015. Disponível em: <<http://files.ufgd.edu.br/arquivos/arquivos/78/MESTRADO-DOUTORADO-CIENCIAS-SAUDE/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado%20Dayse%20Pai%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Dimensões de Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito Constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.