

Excelentíssimo presidente, ministro Ricardo Lewandowski, excelentíssimo ministro Marco Aurélio, senhoras ministras, senhores ministros, excelentíssima senhora representante do Ministério Público Federal, Doutora Elal Wiecko Volkmer de Castilho, em cuja pessoa eu parabeno todo o Ministério Público da União pela importante aprovação do nome do doutor Rodrigo Janot ontem; senhoras e senhores.

"Vergonha Nacional" foi a expressão do decano da corte em recente sessão em que tratou do sistema penitenciário brasileiro. "Ades, inferno Dantesco", expressões do primoroso voto do ministro Lewandowski.

Infelizmente não se trata de exagero, mas do retrato fidedigno da nossa realidade: celas superlotadas, pessoas dormindo umas em cima das outras, proliferação de doenças infectocontagiosas, falta de acesso à educação, à saúde, à justiça, alimentação inadequada, violações que são ainda mais graves em relação a minorias que estão na prisão: mulheres, homossexuais, transexuais, pessoas com deficiência.

Os números, como apontou muito bem o relatório do ministro Marco Aurélio, são assustadores. O Brasil tem mais de 600 mil presos. Mas, talvez até mais assustador do que o dado numérico presente é a dinâmica do crescimento: mais de 7% ao ano. O Brasil hoje tem a quarta maior população carcerária do mundo, mas caminha a passos largos para se tornar a terceira maior população carcerária do mundo.

A Constituição brasileira padece de graves problemas de efetividade, mas, em nenhum outro campo a distância entre as promessas generosas da Constituição e a realidade é maior, é mais abissal. Não há, talvez desde a abolição da escravidão, maior violação de direitos humanos no solo nacional.

Essa corte é guardiã da Constituição e trata-se da mais grave afronta à Constituição que tem lugar atualmente em nosso país. Mas se a situação é gravíssima, e justifica certamente a intervenção dessa corte – e essa corte tem corajosamente se manifestado em inúmeros casos – por outro lado vai ser uma intervenção também muito complexa.

O expurgo de algumas normas jurídicas e a fixação da interpretação de outras não solucionará o problema. Portanto, é conveniente um olhar para o Direito Comparado que mostra que há soluções possíveis para esses litígios muito complexos. Soluções que já foram adotadas em outros países como os Estados Unidos da América, seja no contexto da dessegregação social, seja depois nos chamados *prison reform cases* citados no voto do ministro Lewandowski; ou na África do Sul que enfrentou muito bem, por exemplo, a questão da falta de acesso à moradia para as pessoas miseráveis, e outros países como a Índia, mas especialmente na Colômbia que formulou essa categoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Pode-se dar esse nome ou qualquer outro, isso não é relevante, mas o estado de coisa inconstitucional se caracteriza quando há uma violação maciça de direitos humanos; uma inércia prolongada das autoridades, um bloqueio institucional que faz com que essas autoridades não atuem e a solução, o equacionamento pressupõe medidas políticas complexas de diversos órgãos, de modo que uma decisão

simples, daquelas que são do arsenal tradicional da jurisdição constitucional não são suficientes. Mas nessas hipóteses, os tribunais devem incidir e a hipótese parece perfeitamente talhada para a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental)– o Ministro Gilmar Mendes foi um dos responsáveis pela formatação da lei que trata do instituto – tem exatamente essa virtude: ela busca chegar onde as outras ações não chegam em proveito da Supremacia da Constituição, em proveito da garantia dos direitos fundamentais, e todos os pressupostos para o cabimento da ADPF estão configurados.

Não há dúvida que aqui nós temos a violação aos mais fundamentais preceitos da nossa Constituição. Não há dúvida, por outro lado, que essa situação dramática, que é de fazer corar, que é vergonha nacional, mas que também é de fazer chorar, que essa situação dramática se deve a atos dos poderes públicos: da União quando contingencia as verbas do Funpen; dos estados quando não constroem as vagas indispensáveis para minorar esse cenário dramático, ou quando não propiciam acesso à saúde, à educação; do poder judiciário quando adota interpretações equivocadas, negando, por exemplo, a aplicabilidade imediata a tratados internacionais de Direitos Humanos.

Está configurada também a subsidiariedade, porque não há outro mecanismo apto a sanar a lesão ao preceito fundamental. Pois bem. Assentado o cabimento dessa ação, passo a falar das medidas cautelares postuladas.

Em primeiro lugar, o *periculum in mora* é evidente para todas elas, porque o nosso quadro é absolutamente dramático, estamos falando da lesão à integridade física e moral de centenas de milhares de pessoas e sabemos que com toda diligência dessa corte, com toda diligência do relator, o processo de controle abstrato leva pelo menos um ano para ser julgado. Então há medidas que podem ser adotadas aqui e agora e que minorariam o sofrimento irreversível ao final do processo de centenas e milhares – talvez até mais que isso, se considerarmos os familiares dos presos – de pessoas.

Passo às medidas que foram postuladas na petição inicial. Depois do primoroso voto do ministro Fux, acolhido por essa corte e que se assentou a aplicabilidade imediata do Pacto de San Jose da Costa Rica, da Convenção dos Direitos Civis e Políticos no que tange a audiência de custódia, ou a audiência de apresentação, como prefere Vossa Excelência, não me parece necessário gastar o meu exíguo tempo aqui para afirmar que essa edita deve ser aplicada desde já e que essa postulação está em absoluta convergência com as belíssimas iniciativas do CNJ, capitaneadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski, de levar a audiência de custódia ao judiciário brasileiro. Tem que ser levado.

Agora, é importante que esse Supremo Tribunal Federal reconheça, em uma decisão vinculante, que essa não é uma faculdade dos tribunais, uma faculdade dos juízes, mas que isso tem que ser aplicado. Inclusive porque onde não for aplicado há o risco de anulação subsequente dos processos judiciais. Então, até em nome da validade desses processos, tem que ter audiência de custódia.

Segundo pedido, segunda postulação, diz respeito ao Funpen, o Fundo Penitenciário, que foi instituído pela Lei Complementar 79, que reúne recursos destinados exatamente à promoção de melhorias no sistema carcerário brasileiro. É absolutamente contraditório um cenário em que o ministro da Justiça, responsável pela área, afirma que as prisões são masmorras medievais, que preferia o suicídio a ter que ser encarcerado em uma delas e tem dinheiro, há recursos disponíveis no Funpen e esses recursos não são gastos, esses recursos são sistematicamente contingenciados.

Nós não estamos discutindo em tese, abstratamente, se o Funpen pode ou não haver contingenciamento, nós estamos discutindo nesse cenário presente, nesse cenário atual de descalabro, e nessa situação que toca o mínimo do mínimo existencial, me parece longe de dúvidas que não é possível esse contingenciamento.

Hoje há, segundo uma estimativa feita no primoroso voto do ministro Luis Roberto Barroso, R\$ 2 bilhões e 200 milhões disponíveis no Funpen, e num cenário de crise fiscal, o risco de que esses recursos sejam contingenciados apenas aumenta. Esse ponto do Funpen é sempre apontado pelo ministro Gilmar Mendes, e se essa corte avançar nessa questão já será um avanço muito significativo.

Terceira postulação diz respeito à necessidade de fundamentação das medidas cautelares alternativas à prisão. O ministro Marco Aurélio vem sempre ressaltando a inversão de valores da nossa cultura em que a prisão provisória se torna a regra e não a exceção. As pessoas primeiro são presas para depois serem iniciadas as investigações.

Isso entrou no piloto automático.

Entrou tanto no piloto automático que o fato do legislador federal ter modificado o artigo 319 do CPP (Código de Processo Penal) prevendo uma série de medidas cautelares alternativas à prisão foi quase indiferente, porque essas medidas não são aplicadas e com grande frequência o juiz e os tribunais sequer se dão ao trabalho de justificar porque não as aplicam.

Por exemplo, a monitoração eletrônica dos presos e a vedação ao exercício de determinados casos, de determinadas funções. A requerente reconhece a existência de um projeto de lei – mais uma bela iniciativa do Ministro Lewandowski – em que se busca introduzir no Código de Processo Penal essa exigência.

Mas no próprio ofício que o ministro Lewandowski encaminhou está dito que essa exigência é extraída diretamente da própria Constituição, da obrigação de fundamentação das decisões judiciais, do princípio da proporcionalidade, da tutela da liberdade e da presunção de inocência. Então se postula também que seja reconhecida, desde já, a obrigação de todos os juízes e tribunais brasileiros a cada vez que não aplicam uma dessas medidas e decretam a prisão que o fundamentem.

Finalmente, existe a questão a consideração desse quadro dramático do sistema prisional brasileiro pelos juízes. No momento de decretação das medidas cautelares, no momento de fixação das penas, no momento de execução das

penas. Para essa questão a requerente se valeu do magnífico parecer do professor Juarez Tavares, professor titular de Direito Penal da UERJ, que foi devidamente juntado ao processo.

Como ressaltou o ministro Celso Mello recentemente, "o excesso de execução no nosso país é generalizado", não é no estabelecimento prisional A, B ou C. Em regra as sanções são cumpridas em condições incomparavelmente mais gravosas do que aquelas admitidas pela nossa ordem jurídica, do que aquelas presentes na lei de execução penal e consentâneas com a nossa ordem constitucional.

Ora, o Princípio da Proporcionalidade e o princípio mais específico da proporcionalidade da pena, ele não se volta apenas ao labor legislativo. Ele também se volta a sua aplicação real e concreta no mundo em que as pessoas vivem. No mundo em que os presos e as presas, os homens e as mulheres vivem. Proporcionalidade é e deve ser isso.

Pois bem, assentada essa premissa, sabe-se que o juiz, hoje, cumprindo a lei, muitas vezes decreta uma prisão cautelar fixa à pena de prisão, e aí eu acho que cabe uma analogia com o que a filósofa Hannah Arendt falou na banalidade do mal: pessoas que são boas, íntegras, mas que de uma maneira quase que mecânica cumprem uma lei alimentando um sistema que é hediondo, que é odioso, que é infernal, que massacra as pessoas.

Então, para minorar isso, deve ser levado em consideração esse quadro dramático para que, em primeiro lugar, haja parcimônia na decretação das medidas cautelares penais, principalmente as que constroem a liberdade e mandam pessoas para a cadeia. Em segundo lugar, para que a prisão seja vista realmente não como uma última *ratio*, mas como uma ultimíssima *ratio*, porque, hoje, mandar para a prisão é mandar para o inferno. Em terceiro lugar, para que isso seja considerado no contexto da execução da pena.

O Ministro Barroso, num belíssimo voto sobre responsabilidade civil já enfrentou a questão mostrando como a legislação se assenta numa certa equação, uma equação em que para um determinado fato ao qual se atribui certa gravidade, fixa-se uma pena. Isso depois o juiz considera e deve fazê-lo, enfim, levando em consideração as condições específicas do caso.

Pois bem, num cenário de abusos e excessos de execução, um juiz da execução penal pode ajustar a pena tal como ela é. Cumprida a própria equação estipulada por quem sentenciou, na medida em que eu altero a intensidade da pena, o grau aflitivo da pena para que aquela equação seja mantida.

Não está mudando a equação, não está se mudando a decisão judicial, porque isso está fora do escopo da execução, mas, para manter exatamente a mesma equação, a duração da pena deve diminuir. E essa corte, se considerar pertinente pode estabelecer parâmetros para isso, ou pode determinar que um outro órgão, como o CNJ, eventualmente, estabeleça esses parâmetros.

Senhoras ministras, senhores ministros, eu, no início da minha sustentação, falei que o sistema prisional brasileiro era infernal e não acho que seja uma frase

exagerada. Mas há uma diferença entre o sistema prisional e o inferno, o Inferno de Dante, por exemplo. No pórtico do Inferno de Dante está escrito "abandonai toda esperança vós que entraís".

A esperança está hoje nessa corte: há esperança. Essa corte pode ser a voz daqueles que não tem voz. Pode ser o bastião de defesa dos mais excluídos dentre os excluídos. Há esperança porque há juízes em Brasília; e exatamente porque tem essa esperança, a requerente confia que essa corte vai conceder integralmente a cautelar nos termos em que foi postulada na petição inicial. Muito obrigado.