

ADPF 347- ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

VOTO – 03/09/2015

O Senhor Ministro **EDSON FACHIN**: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade- PSOL, mediante representação da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, instruída com Parecer do Professor Titular de Direito Penal da UERJ Juarez Tavares, para que seja reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro e, por conseguinte, sejam determinadas providências para sanar lesões a preceitos fundamentais da Constituição.

Por ora, a análise se circunscreve ao pedido de medida cautelar, em que se requer ao Supremo Tribunal Federal que:

a) determine a todos os juízes e tribunais que, em caso de decretação de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal;

b) reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão;

c) determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

d) reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão;

e) afirme que o juízo da execução penal tem o poder- dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção;

f) reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições do efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção;

g) determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima;

h) imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional- FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro.

É a síntese dos pedidos na cautelar, como bem relatado e exposto no brioso voto lançado por Sua Excelência o Eminentíssimo Relator.

Voto.

Vive-se no ápice do poder judiciário no Brasil momento de alta voltagem, para utilizar expressão cunhada por José Rodrigo Rodriguez. Imensa legitimidade desfruta hoje a Constituição e seus preceitos. A riqueza do paradoxo bateu às portas do Supremo Tribunal Federal: felizmente os pedidos ao Supremo praticamente não tem limites; e infelizmente os pedidos ao Supremo praticamente não tem limites.

Isso se dá no presente debate que atesta uma dupla carência: de um lado, da gestão pública em concretizar as promessas de 1988, sem aliar ao poder o seu respectivo dever, seus instrumentos reais e efetivos para concretizar realmente o País como sociedade livre, justa e digna; de outro lado, da arena do Parlamento, que cedeu a uma cultura democrática de boas promessas legislativas.

Restou, assim, novo perfil ao Judiciário; daí a esperança de que haja juízes em Brasília, como se disse da tribuna.

O problema, porém, está nesse figurino de constituinte permanente que se quer atribuir ao Supremo. A política sem partidos, o Estado sem efetividade, entre outros fatores, conduz a um Judiciário que não deveria ser aclamado como a ponte de salvação única entre o inferno e o céu, como se deflui do uso de trecho da “Divina Comédia” na petição inicial.

Quem pede o que quer pedir não pode mesmo se demitir da responsabilidade com aquilo que almeja do juiz.

Será que é mesmo esse o caso presente, aquele que intenta dar ao Supremo função constituinte permanente de sentidos?

Concluí que não e que, por isso, deve ser conhecida a ADPF.

A ADPF 347 trata dos direitos mais fundamentais da pessoa humana. Não me refiro apenas à dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CRFB/88), mas ao direito fundamental à integridade física e moral dos encarcerados (art. 5, XLIX, CRFB). É um direito fundamental expressamente previsto que contem, assim, uma faceta objetiva (íntegra a base do ordenamento jurídico e é um vetor de eficácia irradiante a ser seguido pelo Poder Público e pelos particulares) e outra subjetiva (correspondente à exigência de uma prestação positiva ou negativa por parte do Estado ou dos particulares).

A guarda da Constituição pelo STF pode e deve ser provocada por aqueles assim legitimados pela Constituição (art. 103, CRFB). A legitimação de partido político (art. 103, VIII) existe para possibilitar que os representantes do povo acessem e provoquem o STF a exercer a guarda da Constituição. Essa legitimação de partido político é importante porque permite que tanto a representação majoritária (maiorias) quanto à representação minoritária (minorias) tenham acesso ao STF. Ou seja, possibilita que as maiorias provoquem o STF, mas também propicia que as minorias se façam presentes e audíveis.

As questões atinentes ao sistema penitenciário nacional há muito não encontram espaço fértil ou adequado de tratamento pelos poderes Executivo e Legislativo. Os direitos dos encarcerados não encontram qualquer espaço na criação e implementação de políticas públicas (Executivo) e tampouco em qualquer atuação legislativa (Legislativo).

Nesses casos em que a política democrática majoritária não realiza por inteiro o seu papel de efetivação de direitos, sobretudo direitos fundamentais, ainda que se reconheça ser este o espaço adequado para as conquistas dos direitos declarados no texto, não caberia justamente aos representantes da minoria (partido político com baixa representatividade numérica, como o é o Partido Político autor) provocar a atuação do Poder Judiciário como última trincheira de guarda desses direitos mais básicos à sobrevivência digna? O que há na presente ADPF 347, em verdade, não trata de usar o Poder Judiciário e o STF como espaço constituinte permanente, mas sim como um Poder que atua contramajoritariamente para a guarda da Constituição e a proteção de direitos fundamentais que vem sendo sistematicamente violados pelos Poderes que lhes deveriam dar concretude.

Pondero que este caso demonstra justamente que a separação entre os Poderes e a política democrática muitas vezes são invocados como escusas para impedir a atuação, em especial diante da inércia intencional e sistemática dos demais Poderes, de quem deve guardar a Constituição. Não creio que a ADPF 347 esteja sendo utilizada para fazer do STF um espaço de debate constituinte permanente ou para tencionar um uso indevido de sua competência. Ao contrário, quando os direitos de minorias excluídas são sistematicamente violados, é o Poder Judiciário o último guardião desses direitos e o Supremo Tribunal Federal deve deles fazer a sua morada.

Dos pressupostos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Em relação ao que se poderia definir como preceito fundamental, uma observação deve ser feita. O conceito ainda apresenta fluidez na definição do seu conteúdo, não obstante algumas diretrizes tenham sido traçadas, conforme se verifica do trecho do voto da lavra do min. Gilmar Mendes, que se transcreve:

*“Parâmetro de controle – É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, **ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros)**. Da mesma forma, **não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico**. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘**princípios sensíveis**’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (Einheit der Verfassung) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (...) O efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos*

direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional. (ADPF 33, rel. min. Gilmar Mendes, DJ 06.08.2004)

Disso se extrai que o pano de fundo do que se impugna nesta ação por descumprimento de preceito fundamental é a situação dos estabelecimentos penais brasileiros e, por conseguinte, a violação dos direitos de integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV) e, por fim, o princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII), ou seja, a violação de direitos fundamentais. E, nesta, perspectiva, como pondera o Ministro Luís Roberto Barroso em obra doutrinária:

“Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (arts. 5º e s.)

(...)

Para evitar essa malversação do mecanismo, parece possível enunciar alguns parâmetros para que se reconheça a possibilidade de sua utilização. Assim, a questão constitucional discutida: (a) deve interferir com a necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental; (b) não pode depender de definição prévia de fatos controvertidos; e (c) deve ser insuscetível de resolução a partir de interpretação do sistema infraconstitucional.”¹

¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade concentrado no Direito Brasileiro*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 279.

Considerando a relevância dos direitos fundamentais no arcabouço normativo do Estado Democrático de Direito brasileiro, fica atendido o primeiro pressuposto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Do pressuposto da subsidiariedade

Entende-se atendido também o pressuposto da subsidiariedade, haja vista que não se impugna a constitucionalidade de lei ou ato normativo a atrair a propositura da ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade. Tampouco, subjaz discussão acerca da omissão do dever de legislar ou de providência de índole administrativa a provocar a jurisdição constitucional. Em verdade, aponta-se uma situação em que as normas existentes e as providências administrativas não se mostram adequadas e suficientes à proteção dos direitos fundamentais dos presos, sejam os condenados definitivamente, sejam os provisórios.

Diante de tal moldura e da relevância da controvérsia veiculada nos autos, admite-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na espécie.

Da Medida Cautelar - do estado de coisas inconstitucional e da situação dos estabelecimentos prisionais no Brasil

Sem aprofundamento sobre o tema por ora, o que será feito na análise do mérito desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, destacam-se apenas os pressupostos de configuração do “estado de coisas inconstitucional”:

*“A descrição dessas sentenças revela haver três pressupostos principais do ECI. O primeiro pressuposto é o da **constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas**. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de **violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas**. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.*

*O segundo pressuposto é o da **omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e***

promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. **Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes.** O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções. Como disse Libardo José Arida, ao mal funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de “igual ou similar alcance” [13]. Para a solução, são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais.”²

Recentemente, ao julgar o RE 592.581 submetido à sistemática da repercussão geral, este Supremo Tribunal Federal reconheceu a situação precária de estabelecimento penal no Estado do Rio Grande do Sul e a ofensa ao direito fundamental de proteção à integridade física e moral do preso. Nesta senda, determinou-se a execução de obras de reformas gerais a fim de garantir o conteúdo normativo veiculado pelo dispositivo em comento amplamente regulamentado pela legislação infraconstitucional, conforme deixei consignado em meu voto em que acompanhei o ministro relator.

A realidade prisional no Brasil mostra números alarmantes, conforme último relatório divulgado do Infopen³, que transcrevo:

Brasil- 2014	
População prisional	607.731
Sistema penitenciário	579.423

² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 17.08.2015

³ <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 24.08.2015

Secretárias de Segurança/Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Segundo a pesquisa:

*“Ao analisar o gráfico, a informação que se destaca é a proporção de **peessoas negras** presas: dois em cada três presos são negros. Ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor (51%)⁴⁰. Essa tendência é observada tanto na população prisional masculina quanto na feminina.*

(...)

*De acordo com as informações levantadas, existem 1.575 pessoas privadas de liberdade com **deficiência**. Esse valor corresponde a 0,8% do total da população das unidades que tiveram condições de informar esse dado. Em mais da metade dos casos (54%), a natureza da deficiência é intelectual. Segundo dados do IBGE, cerca de 24% da população brasileira tem pelo menos uma das deficiências investigadas.*

(...)

*O **grau de escolaridade** da população prisional brasileira é extremamente baixo.*

Como evidencia a figura 42, aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Ao passo que na população brasileira cerca de 32%⁴⁵ da população completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu. Entre as mulheres presas, esta proporção é um pouco maior (14%).”

Tais dados revelam uma realidade assombrosa de um Estado que pretende efetivar direitos fundamentais. Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetiva - um dia - reintegrá-los

à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência.

O ilustre Professor Juarez Tavares enumera valiosos dados em seu Parecer juntado aos autos:

“61. O primeiro está relacionado à taxa de reincidência em processos concernentes a adolescentes submetidos a medidas socioeducativas de internação. Dados apresentados em 2012 pelo Conselho Nacional de Justiça indicaram um elevado valor de 56% nos processos analisados.

62. O segundo, relativo à dosimetria das penas, indica ‘ que a reincidência é a circunstância agravante mais frequente, incidente em 97,37% dos casos’.

63. Por fim, o terceiro conjunto de dados, concernente especificamente ao município do Rio de Janeiro, apresenta uma elevada taxa de internos anteriormente condenados, qual seja, 39,13% entre os detentos do regime semiaberto e 48,67% entre os sentenciados em cumprimento de pena no regime fechado.

64. Fazendo, pois, uma análise congruente dos dados apresentados, pode-se conjecturar que o sistema carcerário, além de não apresentar as condições mínimas para a concretização do projeto de reinserção previsto nas normas nacionais e internacional, é ineficaz quanto a tal objetivo manifesto e, frise-se, apresenta uma atuação deformadora e estigmatizante sobre o condenado.” (eDOC 07. p. 33-34):

Embora incidam diversos princípios na aplicação e execução da pena, a situação dos estabelecimentos penais no Brasil poderia ser analisada sob o viés único do princípio da humanidade. Ao discorrer sobre esse princípio, Cezar Roberto Bitencourt assim o expõe:

“A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade. Este princípio determina ‘a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito’ (Zaffaroni)”⁴.

⁴ Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2002. p.4-5.

Quando o Estado atrai para si a persecução penal e, por conseguinte, a aplicação da pena visando à ressocialização do condenado, atrai, conjuntamente, a responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade daquele condenado sob sua tutela. A pena não pode se revelar como gravame a extirpar a condição humana daquele que a cumpre. Deve funcionar sim como fator de reinserção do transgressor da ordem jurídica, para que reassuma seu papel de cidadão integrado à sociedade que lhe cerca.

A pergunta a ser feita é se o ordenamento jurídico pátrio permite esta recolocação do condenado na sociedade e sua consequente ressocialização ou se funciona eminentemente como fator de marginalização, tendo em vista que a situação de precariedade dos estabelecimentos penais fomenta a escola do crime⁵. Seguindo os ensinamentos do Professor Juarez Tavares no elucidativo Parecer anexado à inicial da presente Arguição:

“Dessa forma, extraem-se acerca da variante negativa da prevenção especial, duas conclusões: em relação ao ambiente intramuros, a pena de prisão tem sua eficácia neutralizadora relativizada, uma vez que a reiterada ocorrência de delitos violentos demonstra o déficit empírico de eficácia do projeto preventivo especial, isto para não mencionar a notória e ramificada estrutura de corrupção e as mais distintas formas de negociações ilegais que existem em qualquer cadeia; quanto ao ambiente extramuros, sem desconsiderar o acerto da lição de Juarez Cirino dos Santos, convém observar que os efeitos do confinamento não podem ser tomados em conta apenas no que toca à estrita conduta do indivíduo encarcerado. O encarceramento produz outros efeitos no âmbito social, os quais podem corresponder à prática de outros delitos por parte do próprio encarcerado e de pessoas a ele vinculadas, ainda que fora do estabelecimento prisional.

(...)

Ademais, as tarefas de prevenção de delito mediante pura e simples segregação não podem descuidar-se da proteção dos direitos fundamentais do encarcerado, que não pode ser tratado como uma coisa inservível nas prateleiras bolorentas dos almoxarifados ou de um arquivo morto.

(...)

⁵ <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/06/presidios-brasileiros-sao-verdadeiras-escolas-do-crime-diz-ministro-da>. Acesso em 24.08.2015.

*Já no que se refere às teorias da prevenção especial positiva, foco principal da discussão, impõe-se concluir – tendo em vista os dados apresentados anteriormente – **que o sistema prisional brasileiro não apresenta as condições mínimas para a realização do projeto técnico-corretivo de ressocialização, reeducação ou reinserção social do sentenciado.***” (eDOC 7. p. 28-29)

Avista-se um estado em que os direitos fundamentais dos presos, definitivos ou provisórios, padecem de proteção efetiva por parte do Estado⁶⁷. Nesta toada, ao discorrer sobre o estado de coisas inconstitucional, Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma:

“Trata-se de graves deficiências e violações de direitos que se fazem presentes em todas as unidades da Federação brasileira e podem ser imputadas à responsabilidade dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Significa dizer: são problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de aplicação da lei penal.”

(...)

Por certo que, não se trata de inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto vem se mantendo incapazes e manifestado falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos. Trata-se, em suma, de mau funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos.”⁸

⁶ <http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>. Acesso em 24.08.2015.

⁷ <http://sindepol.com.br/site/noticias/um-detento-morre-a-cada-dois-dias-em-presidios-brasileiros.html>. Acesso em 24.08.2015

⁸ *Da inconstitucionalidade por Omissão do “Estado de Coisas Inconstitucional”*. Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização (Direito Público). Rio de Janeiro, 2015. p. 220-228.

Outras recomendações já foram recebidas da Organização dos Estados Americanos (OEA) para adoção de soluções efetivas para a crise dos presídios nacionais⁹.

Dos pedidos cautelares

Passo a analisar os pedidos cautelares veiculados na peça inicial.

No tocante ao pedido veiculado na **alínea b** – audiência de custódia - verifica-se que, com o objetivo de assegurar garantias fundamentais previstas na Constituição da República e nos pactos de Direitos Humanos, o Presidente desta Corte e do Conselho Nacional de Justiça, Min. Ricardo Lewandowski, assinou três acordos de cooperação técnica com o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, e o presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Augusto de Arruda Botelho, para facilitar a implantação do projeto “Audiência de Custódia” em todo o país e para viabilizar a aplicação de medidas alternativas cautelares, como o uso de tornozeleiras eletrônicas.¹⁰

No termo de cooperação técnica¹¹, a cláusula primeira estabelece que:

“CLÁUSULA PRIMEIRA- A cooperação entre os partícipes buscada neste instrumento volta-se à conjugação de esforços, visando à efetiva implantação do ‘Projeto Audiência de Custódia’, de modo a fomentar e viabilizar a operacionalização da apresentação pessoal de autuado (as) presos (as) em flagrante delito à autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após sua prisão, contando com o apoio do efetivo funcionamento de Centrais Integradas de Alternativas Penais, Centrais de Monitoração Eletrônica e serviços correlatos com enfoque restaurativo e social, aptos, em suma a oferecer opções concretas e factíveis ao encarceramento provisório de pessoas.”

Compulsando o sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, é possível visualizar no Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil¹² número expressivo de **Estados com a audiência implementada**, dos quais cito São Paulo, Minas

⁹ <http://memoria.abc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-12-19/comissao-da-oea-pede-fim-da-superlotacao-nos-presidios-do-maranhao>. Acesso em 24.08.2015

¹⁰ Notícias STF. *Ministro Lewandowski assina acordo para incentivar aplicação de medidas alternativas cautelares*. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289056>. Acesso em 17.08.2015.

¹¹ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/termoAudCustodia.pdf>. Acesso em 17.08.2015

¹² Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Conselho Nacional de Justiça. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/08/5d2c0b470e4888d07bfdaf2c86261e20.pdf>. Acesso em 17.08.2015.

Gerais, Espírito Santo, Paraná, Rio Grande do Sul, Goiás, Mato Grosso, Tocantins, Maranhão, Pernambuco, Paraíba, Amazonas. Paralelamente, outros estados **aguardam implantação da audiência**, tais como: Santa Catarina, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal, Bahia, Piauí, Ceará, Pará, Amapá, Roraima, Acre, Rondônia. Por fim, Sergipe, Alagoas e Rio Grande do Norte são Estados com **interesse em implantar a audiência de custódia**.

Embora louvável e pertinente a ação do Conselho Nacional de Justiça, o Pacto de São José da Costa Rica possui *status* supralegal, conforme entendimento firmado por esta Corte, e, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, suas normas têm aplicação imediata e, portanto, não pode ter sua implementação diferida ao fim da assinatura dos respectivos convênios de cooperação técnica. Inexistem motivos para prorrogar a aplicabilidade da norma convencionada internacionalmente, sejam por razões de ordem técnica ou financeira, ou ainda de necessidade de adequação. A cultura jurídica precisa dar efetividade aos compromissos firmados pela República Federativa do Brasil e às normas positivadas democraticamente debatidas no âmbito do Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo. **Diante disso, acolho por inteiro o pedido contido na letra “b” do pedido cautelar.**

Mesma sorte não acompanha os pedidos contidos nas **alíneas “a”, “c”, “d”, “e”, “f”**. Não obstante o Judiciário deva assumir seu papel de guardião dos direitos fundamentais e afirmar com clareza a situação degradante dos estabelecimentos prisionais e, assim, ao confrontá-los, isto é, ao confrontar seu papel de guardião e a situação violadora, optar sempre pelo primeiro, esses pedidos se imbricam com o mérito da questão e dependem das medidas anteriormente e posteriormente requeridas. São, portanto, pedidos que devem ser analisados quando da cognição exauriente e em relação com os demais pedidos realizados.

Em relação ao pedido contido na **alínea “g”**, o Conselho Nacional de Justiça realiza desde agosto de 2008 o “Mutirão Carcerário”, como programa do Poder Judiciário para o sistema carcerário nacional. O texto seguinte extraído da página eletrônica do órgão na internet explica o programa:

“Com o objetivo de garantir e promover os direitos fundamentais na área prisional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realiza, desde agosto de 2008, o Mutirão Carcerário.

Em síntese, a linha de atuação nos Mutirões é baseada em dois eixos: a garantia do devido processo legal com a revisão das prisões de presos definitivos e provisórios; e a inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado.

A iniciativa reúne juízes que percorrem os estados para analisar a situação processual das pessoas que cumprem pena, além de

inspecionar unidades carcerárias, com o objetivo de evitar irregularidades e garantir o cumprimento da Lei de Execuções Penais.

Desde que o programa teve início, e após visitar todos os estados brasileiros, cerca de 400 mil processos de presos já foram analisados e mais de 80 mil benefícios concedidos, como progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros.

Pelo menos 45 mil presos foram libertados como resultado do programa, pois já haviam cumprido a pena decretada pela Justiça. No final de 2009, o Mutirão Carcerário do CNJ foi umas das seis práticas premiadas pelo Instituto Innovare, por atender ao conceito de justiça rápida e eficaz disseminado pela entidade.

O programa é conduzido pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF).

Instituído pela Lei n. 12.106, de dezembro de 2009, o órgão tem a missão de verificar as condições de encarceramento, as ações de reinserção social dos presos, o andamento dos processos criminais, a execução penal e o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei. Com base no diagnóstico encontrado, o DMF recomenda a tomada de providências pelas instituições do sistema de Justiça, dos níveis federal, estadual e distrital.

Ressocialização - O DMF também desenvolve o Programa Começar de Novo, que administra, em nível nacional, oportunidades de estudo, capacitação profissional e trabalho para detentos, egressos do sistema carcerário, cumpridores de penas alternativas e adolescentes em conflito com a lei.

Ainda nesse sentido, o Conselho firmou uma parceria com a Caixa Econômica Federal, que possibilita que presidiários com conta no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) inativa há mais de três anos ou portadores de doença grave, autorizem um parente a retirar o dinheiro nas agências do banco. A medida deve beneficiar 27 mil presidiários.

O Conselho concede ainda o Selo Começar de Novo a empresas, órgãos e instituições que possuem ações de destaque na área de ressocialização de detentos. Paralelamente a esses projetos, o DMF realiza o Projeto

Eficiência, que aprimora as rotinas de trabalho das Varas de Execução Penal.”¹³

Pelos semelhantes fundamentos explicitados em relação à alínea b anteriormente analisada, merece amparo o pedido contido na **alínea “g”**, ressalvando-se o afastamento da adequação às medidas **“e”** e **“f”**, que serão analisadas quando da análise do mérito desta arguição.

Já em relação ao pedido contido na **alínea “h”**, verifica-se que o Fundo Penitenciário Nacional- FUNPEN, criado pela Lei Complementar 79, de 07 de janeiro de 1994, regulamentada pelo Decreto 1.093, de 03 de março de 1994, tem por finalidade proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. Seus recursos encontram-se previstos no disposto no art. 2º, da Lei Complementar 79, bem como art. 45, § 3º e art. 49, ambos do Código Penal, ao passo que a aplicação deve observar o disposto no art. 3º, da Lei Complementar 79, e art. 2º, do Decreto 1.093/94, mediante convênio, acordos ou ajustes, nos termos do disposto no art. 3º, § 1º, da Lei Complementar 79, e art. 6º, do Decreto 1.093. Observa-se uma tentativa de racionalizar o uso dos recursos em detrimento da efetivação dos direitos fundamentais.

Um ponto, todavia, merece esclarecimento. É que, ao estabelecer o repasse de recursos mediante instrumentos de cooperação, o art. 3º, § 1º, da Lei Complementar nº 79, deixa a iniciativa dos projetos a qualquer ente federado, isto é, tanto os Estados quanto a União podem propor projetos para utilização dos recursos do Fundo, tendo em vista a competência concorrente para legislar sobre direito penitenciário (art. 24, I, da Constituição Federal). Disto decorre que o interesse na matéria é repartido entre a União e os Estados. Nesta perspectiva, é interessante que alguns projetos sejam previstos e executados nacionalmente, como, a título ilustrativo, de implementação da monitoração eletrônica. A atuação nacional na hipótese poderia diminuir o valor da licitação no tocante à aquisição da tecnologia ou das próprias tornozeleiras. Contudo, a realidade é diversa:

“Destaca-se como principal instrumento financeiro o Funpen (Fundo Penitenciário Nacional), criado pela Lei Complementar 79, de 7 de janeiro de 1994[5], fundo de natureza contábil que integra o orçamento fiscal da União, e principal fonte de recursos para as ações governamentais de grande parte dos entes federados, por meio de transferências voluntárias, via convênios e, no caso de obras pública, por

¹³ (<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>. Acesso em 17.08.2015)

contratos de repasse[6]. Faz dos fundos e transferências intergovernamentais voluntárias os instrumentos por excelência que permitem operacionalizar o financiamento desta política pública de forma mais eficiente em nosso federalismo cooperativo.

Chama a atenção saber que boa parte do orçamento deste fundo não é executada. Ante a atual situação de precariedade do nosso sistema prisional, não há como se admitir que, havendo recursos disponíveis, não sejam utilizados, o que se constata pelo frequente contingenciamento das dotações orçamentárias do Funpen, que já vem de longa data[7]. Põe por terra eventuais argumentações pela aplicação da teoria da reserva do possível como justificativa para o não atendimento das necessidades do setor, não somente em razão da evidente prioridade ante as situações de flagrante violação do princípio da dignidade humana, como também pela impossibilidade de se alegar falta de recursos que estão contemplados no orçamento público.”¹⁴

A situação dos estabelecimentos prisionais não é outra senão a bem descrita pela petição inicial. Em tudo a descrição se coaduna com a realidade. A conjuntura do sistema prisional brasileiro demonstra o descaso anos a fio com a efetividade das normas alhures enumeradas que, se observadas, teriam o condão de afastar o quadro caótico que assola os diversos estabelecimentos prisionais país afora. A questão, então, não é de eficácia normativa da legislação nacional, mas sim de efetividade. É imperativo que se reconheça a ineficiência do Estado em garantir a dignidade dos presos para que efetivamente se proteja a dignidade dos presos.

Tal ineficiência legitima a concessão da cautelar. O papel do Judiciário, ao concedê-la, presentes seus requisitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora*- nas hipóteses alhures discorridas, possui antes de tudo um caráter simbólico, pedagógico e de reconhecimento da inadequada proteção dos direitos fundamentais. Destarte, a decisão a ser tomada, neste momento processual, deve reafirmar o compromisso do Brasil com a tutela de tais direitos e servir como mote de ampliação das medidas protetivas e de cessação da situação violadora.

Creio que, dessa forma, o Supremo Tribunal Federal está, em cognição sumária, reconhecendo a impossibilidade de que se mantenha o atual estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário; reconhecendo a importância da proteção internacional dos direitos humanos; dando indicações ao Poder competente para que tome medidas, desde logo, aptas a dar início a um processo de mudança da atual situação de violação massiva de direitos fundamentais dos

¹⁴ CONTI, José Maurício. *Solução para a crise carcerária tem significativo reflexo orçamentário*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-25/contas-vista-solucao-situacao-carceraria-significativos-reflexos-orcamentarios>. Acesso em 25.08.2015.

encarcerados e deixando para analisar mais detidamente o caso e os demais pedidos requeridos quando da devida análise do mérito.

Diante do exposto, concedo, nos seguintes termos, a cautelar para:

1 – reconhecer a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão **(alínea “b”)**;

2 – determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa, afastando a necessidade de adequação aos pedidos contidos nas **alíneas e e f**, que serão analisados por ocasião do mérito **(alínea “g”)**;

3 – determinar o descontigenciamento das verbas existentes no FUNPEN, devendo a União providenciar a devida adequação para o cumprimento desta decisão em até 60 dias, a contar da publicação do acórdão **(alínea “h”)**.

4 – Deixo de conceder a medida cautelar em relação aos pedidos contidos nas **alíneas a, c, d, e, f**, que serão oportunamente analisadas no momento da análise do mérito.

É como voto.