

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“Diz-se que ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes” (Nelson Mandela, A Long Walk to Freedom).

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ sob o nº 06.954.942/0001-95, com sede na SCS, Quadra 05, Bloco B, Loja 80, Brasília, Distrito Federal, representado, na forma do seu Estatuto Social (doc. 1), pelo seu Presidente, Luiz Araújo (ata da eleição em anexo, doc. 2), vem, pelos seus advogados abaixo-assinados (procuração em anexo, doc. 3), com fundamento no disposto no art. 102, § 1º da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei nº 9.882/99, ajuizar a presente

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

com pedido de concessão de medida cautelar,

objetivando seja reconhecido o *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro, e, em razão disso, determinada a adoção das providências listadas ao final, tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, a seguir descritas, no tratamento da questão prisional no país.

A presente petição inicial, que se baseia em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ (doc. 4), encontra-se instruída com parecer da lavra do Professor Titular de Direito Penal da UERJ, Juarez Tavares (doc. 5), e com documentação que comprova o quadro dramático e inconstitucional do sistema prisional brasileiro (docs. 6 a 21).

“INFERNO”: O SISTEMA PRISIONAL, A CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DO STF

1. “*Abandonai toda a esperança, vós que entráis*”. A célebre frase, escrita no portão do Inferno da *Divina Comédia* de Dante Alighieri, poderia figurar, sem nenhum exagero, na entrada de quase todos os estabelecimentos prisionais brasileiros. Chega a ser um lugar-comum a afirmação de que o nosso sistema prisional é bárbaro, desumano e trata como menos que gente a população encarcerada no país.

2. As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.

3. O sistema, como todos sabem, funciona de forma altamente seletiva e atinge quase exclusivamente os pobres. Não há estatísticas oficiais sobre a classe social dos detentos, mas os dados sobre os respectivos níveis educacionais fornecem pistas seguras: só 0,47 % dos presos têm curso superior completo, 5,1% são analfabetos, 12,1% são apenas alfabetizados e 44% possuem somente o ensino fundamental incompleto.¹

4. O quadro é do amplo conhecimento das autoridades públicas e da sociedade. A Câmara dos Deputados promoveu a CPI do Sistema Carcerário, cujo corajoso relatório final,

¹ Dados do DEPEN, relativos a julho de 2013, obtidos em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf>>.

publicado em julho de 2008, já destacava: “*Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...) Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas*”². Desde agosto de 2008, o CNJ realiza mutirões carcerários em presídios de todas as unidades da federação e divulga os respectivos relatórios, que oferecem um diagnóstico claro da dramática situação prisional do país e das graves e massivas violações aos direitos fundamentais dos presos. Mais recentemente, o Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo admitiu publicamente que as prisões brasileiras são verdadeiras “*masmorras medievais*”, confessando que preferia até morrer a ser preso numa delas³.

5. Este estado calamitoso do nosso sistema penitenciário é reconhecido também no STF. O Presidente Ricardo Lewandowski - que, no âmbito do CNJ, vem capitaneando importantes iniciativas nessa área - , apontou, em discurso, a situação como um dos dois grandes problemas com que se depara o Poder Judiciário brasileiro na atualidade⁴. O decano da Corte, Ministro Celso de Mello, já ressaltou o “*descaso, negligência e total indiferença do Estado*” em relação à situação extrema das penitenciárias brasileiras, destacando que “*a pessoa sentenciada acaba por sofrer penas sequer previstas pelo Código Penal, que a nossa ordem jurídica repudia*”⁵. Em artigo doutrinário, o Ministro Gilmar Mendes destacou “*as péssimas condições dos presídios, que vão desde instalações inadequadas até maus-tratos, agressões sexuais, promiscuidade, corrupção e inúmeros abusos de autoridade, verdadeiras escolas do crime controladas por facções criminosas*”⁶. Em voto recente, o Ministro Teori Zavascki invocou o magistério de Heleno Fragoso, para afirmar que “*em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis*”, e que, na prática, “*os presos não têm direitos*”⁷. Nesse

² Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 172. (doc. 6). Disponível também em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>.

³ O Globo. “Ministro diz que prefere morrer a passar anos em cadeias brasileiras”. Nov. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/ministro-diz-que-prefere-morrer-passar-anos-em-cadeias-brasileiras-6718740>>.

⁴ Discurso proferido em 14.04.2015, acessível em <<http://s.conjur.com.br/dl/discurso-ricardo-lewandowski-durante.pdf>>. O outro grande problema, segundo o Min. Lewandowski, é o número excessivo de processos.

⁵ Vide <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-14/ministros-supremo-criticam-sistema-prisional-brasileiro>>.

⁶ Gilmar Ferreira Mendes. “Segurança Pública e Justiça Criminal”, p. 1, acessível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatório-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>>.

⁷ R.E. 580.252. O voto está disponível em <<http://jota.info/recurso-extraordinario-580-252-mato-grosso-sul>>.

mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, em voto proferido no mesmo caso, afirmou que “a superpopulação e a precariedade das condições dos presídios correspondem a problemas estruturais e sistêmicos de grande complexidade e magnitude, que resultam de deficiências crônicas do sistema prisional brasileiro.”⁸. Enfim, todos sabem do descalabro do sistema carcerário brasileiro, sendo fato notório e inquestionável a gravidade das violações aos direitos humanos dos presos.

6. A situação chegou ao ponto de motivar intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país. Foi o caso do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, de Recife/PE,⁹ da Penitenciária Urso Branco, de Porto Velho/ RO,¹⁰ do Complexo do Tatuapé, de São Paulo/SP,¹¹ da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara/ SP,¹² e do Complexo de Pedrinhas, de São Luiz/MA.¹³ A Comissão Interamericana, por sua vez, concedeu medidas cautelares contra o Estado Brasileiro para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do Presídio Central de Porto Alegre/ RS.¹⁴

7. Além da gravíssima e generalizada ofensa aos direitos mais básicos dos presos, as mazelas do sistema carcerário brasileiro comprometem também a segurança da sociedade. Afinal, as condições degradantes em que são cumpridas as penas privativas de liberdade, e a “mistura” entre presos com graus muito diferentes de periculosidade, tornam uma quimera a

⁸ Voto-vista proferido no referido R.E. 580.525. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>>

⁹ Cf. Medida provisória expedida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 22 de maio de 2014.

¹⁰ Conf. Resoluções expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 19 de junho de 2002, 29 de agosto de 2002, 22 de abril de 2004, 7 de julho de 2004, 21 de setembro de 2005, 2 de maio de 2008, 25 de novembro de 2009.

¹¹ Cf. Resoluções expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em de 17 de novembro de 2005, 04 de julho de 2006 e 03 de julho de 2007.

¹² Cf. Resoluções expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em de 28 de julho de 2006 e 30 de setembro de 2006.

¹³ Cf. Medida provisória expedida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 18 de novembro de 2014.

¹⁴ Cf. Resolução 14 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 30 de dezembro de 2013.

perspectiva de ressocialização dos detentos, como demonstram as nossas elevadíssimas taxas de reincidência, que, segundo algumas estimativas, chegam a 70%¹⁵.

8. Neste contexto, a prisão torna-se uma verdadeira “escola do crime”, e a perversidade do sistema ajuda a ferver o caldeirão em que vêm surgindo e prosperando as mais perigosas facções criminosas. O encarceramento em massa não gera a segurança que promete, mas, ao contrário, agrava os índices de criminalidade e de violência social, em detrimento de toda a população. Como consignou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “*quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação*”.¹⁶

9. Este cenário é francamente incompatível com a Constituição de 88. Afinal, nossa Lei Fundamental consagra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Estes e inúmeros outros direitos fundamentais – como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça – são gravemente afrontados pela vexaminosa realidade dos nossos cárceres. O quadro é também flagrantemente incompatível com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal.

10. O drama carcerário brasileiro não é novidade. Porém, as dimensões do problema vêm se agravando, em razão do *crescimento exponencial* da nossa população

¹⁵ Cf. Manifestação do Ministro Gilmar Mendes, disponível em <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>>.

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, pp. 4-5. (doc. 7) Disponível também em <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>

prisional. O Brasil tinha, em 1990, cerca de 90.000 presos¹⁷. Em maio de 2014, este número ultrapassou os 563.000 presos – sem contar os mais de 147.000 em regime de prisão domiciliar¹⁸. Desde então, a cifra certamente cresceu, e deve hoje tangenciar, senão ultrapassar, o número de 600.000. Desconsideradas as pessoas em prisão domiciliar, o Brasil é hoje o quarto país com a maior população carcerária do planeta, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia.¹⁹ Nesse intervalo de 25 anos, o aumento da população prisional brasileira, em números reais, foi de mais de 650%!

11. Este quadro de superlotação é agravado em função do uso abusivo da prisão provisória. De acordo com dados do CNJ, 41% dos presos brasileiros são provisórios.

12. Como já destacado, não faltam normas jurídicas – inclusive do mais elevado escalão hierárquico – garantindo o respeito aos direitos humanos dos presos brasileiros. Infelizmente, o que tem faltado ao Estado brasileiro, nos seus diversos poderes e instâncias federativas, é a mínima vontade política para transpor do papel para a realidade a promessa constitucional de garantia da dignidade humana do preso.

13. É que os presos, além de não votarem, constituem um grupo particularmente impopular na sociedade brasileira, o que desestimula o sistema político e a burocracia estatal a “levarem a sério” os seus direitos. Mas os direitos fundamentais das minorias têm de ser levados a sério. O seu respeito não pode depender de juízos discricionários, de preferências ideológicas ou de cálculos de conveniência política dos governantes de plantão.

14. O cenário, portanto, desafia a intervenção da jurisdição constitucional brasileira. Esta, como se demonstrará em seguida, não se volta apenas ao controle de constitucionalidade de atos normativos. Ela pode - deve - enfrentar também outras afrontas à

¹⁷

Cf.

<http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceosp/pesquisa/PESQUISA_LFG_SISTEMA_PENITENCIARIO.PDF>.

¹⁸

Dados do Conselho Nacional de Justiça, cf. <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_correção.pdf>. Cf. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, 2014. (doc. 8). Disponível também em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>

¹⁹ Se forem considerados no cálculo da população prisional as pessoas em prisão domiciliar, o Brasil “ascende” à 3ª colocação no *ranking*, ultrapassando a Rússia.

Constituição, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos, especialmente quando se constate que estão em jogo os direitos mais básicos de uma minoria estigmatizada. É nestas hipóteses, de proteção à dignidade de grupos vulneráveis, que o exercício do papel *contramajoritário* do STF mais se legitima.

15. O Direito Constitucional Comparado fornece exemplos interessantes de intervenção da jurisdição constitucional diante de graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais. Há experiências fecundas nesta área, em países como os Estados Unidos, África do Sul e Índia. Uma das construções mais férteis neste campo tem origem na Corte Constitucional da Colômbia: o reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional*. Como se verá adiante, a Corte Colombiana se vale desta categoria quando reconhece a presença de uma violação maciça de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, cujo equacionamento dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotados por diversas entidades. Nestas hipóteses, a Corte pode inclusive reter a sua jurisdição para monitorar, em procedimento público, o cumprimento das medidas que estabelecer.

16. A ideia do *estado de coisas inconstitucional*, como será adiante demonstrado, é perfeitamente aplicável à jurisdição constitucional brasileira, podendo ser empregada no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.

17. Nesta ADPF, postula-se, em síntese, que esta Corte reconheça e declare o *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro, e, diante disso, imponha a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia.

- 2 -

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E MEDIDAS CONGÊNERES NO DIREITO COMPARADO

18. A Corte Constitucional da Colômbia – certamente um dos tribunais constitucionais com atuação mais destacada na defesa dos direitos humanos em todo o mundo

- vem desenvolvendo uma fecunda técnica decisória, voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais. Trata-se do reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional*²⁰.

19. Esta técnica, que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação. Considerando que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas.²¹

20. Para reconhecer o estado de coisas inconstitucional, a Corte Constitucional da Colômbia exige que estejam presentes as seguintes condições: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de

²⁰ Veja-se, a propósito, César Rodríguez Garavito. “Más Allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional”. In: *Más allá del desplazamiento – Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009; Manuel José Cepeda-Espinosa “Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court”. *Washington University Global Studies Law Review*, vo. 3, 2004; Clara Inés Vargas Hernandez. “La Garantía de la Dimensión Objetiva de los Derechos Fundamentales y Labor del Juez Constitucional Colombiano em sede de acción de tutela: el llamado estado de cosas inconstitucional”. *Revista de Estudios Constitucionales*, nº 1, 2003; Carlos Alexandre de Azevedo Campos. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. Tese de doutorado aprovada na Faculdade de Direito da UERJ sob a orientação do Prof. Daniel Sarmento, 2015.

²¹ Cf. Libardo José Ariza. “The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia”. In: Daniel Maldonado Bonilla. *Constitutionalism of the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 129.

novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário²².

21. Esta técnica vem sendo utilizado desde 1997, e já foi empregada em pelo menos 9 casos pela Corte Constitucional da Colômbia, tendo um deles versado exatamente sobre o sistema prisional do país. Tratou-se do processo T-153 de 1998, em que se reconheceu o estado de coisas inconstitucional daquele sistema penitenciário.²³ A ação ajuizada buscava, a princípio, resolver os casos concretos das prisões Bellavista e Modelo, localizadas, respectivamente, em Medellín y Santa Fé de Bogotá. Entretanto, a decisão que dela se originou acabou por abordar o sistema carcerário do país como um todo.

22. Na histórica decisão, a Corte colombiana destacou que *“os cárceres colombianos se caracterizam pela superlotação, graves deficiências em matéria de serviços públicos e assistenciais, império da violência, extorsão, corrupção, e carência de oportunidades e meios para a ressocialização dos reclusos”*, podendo se deduzir, desta situação, *“a violação de um leque de direitos fundamentais como a dignidade, a vida, a integridade pessoal e os direitos à família, à saúde, ao trabalho e à presunção de inocência, etc”*. Nas palavras da Corte, *“ninguém se atreveria a dizer que os estabelecimentos de reclusão cumprem o papel de ressocialização (...) Pelo contrário (...) os cárceres são verdadeiras escolas do crime, geradoras de ócio, violência e corrupção”*. O Tribunal sublinhou, por outro lado, que, apesar do conhecimento geral da situação pelas autoridades, ele não ocupa *“um lugar destacado dentro da agenda política”*. Os presos, além de serem uma minoria, *“são pessoas marginalizadas na sociedade”*, não constituindo *“um grupo de pressão que possa fazer ouvir a sua voz”*. Neste ambiente, o papel do juiz constitucional seria o de falar *“pelas minorias esquecidas”*.

23. A decisão impôs uma série de medidas direcionadas a inúmeros órgãos públicos. Veja-se alguns trechos da sua parte dispositiva:

²² A síntese é de Carlos Alexandre de Azevedo Campos. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. Op. cit., pp. 134-138.

²³ Sentencia T-153/1998, de 28/4/1998.

“Primeiro – ORDENAR que se notifique acerca da existência do estado de coisas inconstitucional nas prisões o Presidente da República; os presidentes do Senado e da Câmara dos Representantes; os presidentes da Sala Penal da Corte Suprema de Justiça e as Salas Administrativas e Jurisdicionais Disciplinares do Conselho Superior da Magistratura; o Gabinete do Fiscal Geral da Nação; governadores e prefeitos; os presidentes das assembleias departamentais e dos Conselhos Distritais e Municipais; e representantes municipais.

...

Terceiro – ORDENAR ao INPEC, ao Departamento Nacional de Planejamento e ao Ministério da Justiça a elaborar, em um prazo de três meses a contar da notificação da presente decisão, um plano para a construção e renovação de presídios que vise a garantir aos presos condições dignas de vida nas prisões. A Defensoria do Povo e a Procuradoria Geral da Nação exercerão monitoramento sobre este ponto. Além disso, a fim de financiar inteiramente as despesas para a execução do plano de construção e renovação de presídios, o governo deve realizar imediatamente as diligências necessárias para que o orçamento do ano fiscal atual e posteriores incluam os montantes requeridos. Igualmente, o Governo comunicará as formalidades exigidas, a fim de que o referido plano de construção e renovação carcerária e as despesas necessárias para a sua implementação sejam incorporados ao Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimento.

Quarto – ORDENAR ao INPEC, ao Departamento Nacional de Planejamento e ao Ministério da Justiça (...), a plena realização do plano de construção e renovação de presídios em um prazo máximo de quatro anos, de acordo com as disposições do Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimento

...

Sétimo – ORDENAR ao INPEC que, em um prazo máximo de quatro anos, separe completamente os internos provisórios dos condenados.

...

Nono – ORDENAR ao INPEC e ao Ministério da Justiça e de Direito e ao Ministério da Fazenda que tomem as medidas necessárias para solucionar as carências de pessoal especializado nas prisões e na guarda penitenciária.

Décimo – ORDENAR aos governadores, prefeitos e presidentes das Assembleias Departamentais e dos Conselhos Distritais e Municipais que tomem as medidas necessárias para dar cumprimento à sua obrigação de criar e manter seus próprios centros de reclusão.

Décimo-Primeiro – ORDENAR ao Presidente da República, como suprema autoridade administrativa, e ao Ministro da Justiça que, enquanto as obras de prisão ordenadas no presente julgamento estejam em execução, tomem as medidas necessárias para garantir a ordem pública e o respeito pelos direitos fundamentais dos reclusos nas prisões do país.”

24. Sem embargo, a decisão sofreu críticas por ter priorizado, para o equacionamento do estado de coisas inconstitucional, a construção de novos presídios, sem

enfrentar o processo de hiperencarceramento, também vivenciado na Colômbia, e por não ter monitorado a implementação das medidas adotadas pelo Estado colombiano.²⁴ Outra decisão importante em que a Corte Constitucional colombiana reconheceu o estado de coisas inconstitucional foi relacionada ao problema dos “deslocados” (*desplazados*) – que são cerca de 3 milhões de colombianos que foram forçados a se deslocar, em razão da guerrilha e da violência generalizada que atingiu várias regiões daquele país. Nessa decisão,²⁵ introduziu-se uma novidade importante na técnica do *estado de cosas inconstitucional*: a Corte, após impor inúmeras medidas a diversos órgãos e autoridades públicas, tendentes a sanar as falhas estruturais em políticas públicas que comprometiam os direitos da população deslocada, reteve a sua jurisdição, para monitorar a implementação das suas ordens.

25. Nesse monitoramento, a Corte demandou a remessa periódica de informações por parte das diferentes autoridades públicas envolvidas, e realizou audiências públicas, das quais participaram diversas organizações da sociedade civil, em que funcionários estatais prestaram contas à Corte a propósito das medidas adotadas. Este mecanismo, além de assegurar uma maior eficácia da decisão, também conferiu maior legitimidade e transparência ao processo, por meio de amplo diálogo entre a Corte, os beneficiários da sentença, as autoridades demandadas e a sociedade civil colombiana.²⁶

26. A partir da experiência colombiana, a ideia do controle do *estado de cosas inconstitucional* foi também adotada pela jurisdição constitucional de outros Estados, como o Peru.²⁷

27. A ideia do estado de coisas inconstitucional não é estranha à jurisprudência do STF. O Ministro Luís Roberto Barroso, no voto-vista que proferiu na Questão de Ordem suscitada nas ADIs 4.357 e 4.425, atinente à modulação temporal da decisão que reconheceu

²⁴ Cf. Libardo José Ariza. “The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia”. *Op. cit.*

²⁵ Sentencia T-025, de 22/1/2004.

²⁶ Conf. Beatriz Mayling Ramirez Huaroto. *Estado de Cosas Inconstitucional' y sus Posibilidades como Herramienta para el Litigio Estratégico de Derecho Público. Una Mirada en la Jurisprudencia Colombiana y Peruana*. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica do Peru, 2013.

²⁷ Veja-se, por exemplo, Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 03426-2008- PHC/TC, de 26.08.2010.

inconstitucionalidades na EC 62, que tratara do pagamento de precatórios, aludiu ao “*estado de inconstitucionalidade grave e permanente que se instaurou no país, em relação ao pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública*”. A Corte, ao final, decidiu atribuir ao CNJ a função de elaborar proposta normativa para equacionamento de alguns aspectos do problema, bem como o papel de monitorar e supervisionar o cumprimento das medidas que impusera aos entes públicos²⁸.

28. Em outros países, técnicas decisórias alternativas foram empregadas para a solução de grave e massificada afronta a direitos fundamentais. Nos Estados Unidos, por exemplo, elas foram usadas na tentativa de superação da segregação racial de fato em escolas públicas, melhoria de instituições psiquiátricas, e também para o enfrentamento dos gravíssimos problemas prisionais do país.²⁹ Nos chamados *prison reform cases*, cortes federais norte-americanas chegaram a declarar a inconstitucionalidade dos sistemas prisionais de 41 Estados. O Judiciário, além de nomear interventores na administração dos sistemas prisionais, chegou ao ponto de elaborar “*um amplo código para a administração das prisões, cobrindo aspectos diversos como as instalações, saneamento, comida, vestuário, assistência médica, disciplina, contratação de pessoal, bibliotecas, trabalho e educação*”³⁰. Apesar dos graves problemas do sistema penitenciário norte-americano, a percepção geral é de que as referidas decisões foram razoavelmente eficazes. De acordo com os autorizados testemunhos de Sabel e Simon, “*de modo geral, estes casos provocaram significativas melhoras. Especialmente nos sistemas mais duros do Sul, a intervenção levou à eliminação da tortura*

²⁸ Questão de Ordem nas ADIs 4.357 e 4.425, Rel. Mini. Luiz Fux, julg. 25/03/2015. Veja-se os seguintes itens da decisão: “5 – *delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório, e 6) atribuição de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento de precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão*”.

²⁹ Veja-se, a propósito, Charles F. Sabel e Willian H. Simon. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”. *Harvard Law Review*, n. 117, 2004. Para uma defesa deste modelo de atuação judicial, associado às *structural injunctions*, veja-se Owen Fiss. *The Civil Rights Injunctions*. Bloomington: Indiana, 1978.

³⁰ Malcom M. Feeley e Edward L. Rubin. *Judicial Policy Making and the Modern State: How Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, pp. 40-41.

rotineira e autorizada (...) e gerou, no mínimo, modestas melhorias nas instalações físicas do confinamento”³¹.

29. Em 2011, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Brown v. Plata*³², em que manteve decisão proferida por corte da Califórnia, que determinara a soltura de 46 mil prisioneiros de menor periculosidade, em razão da crônica superlotação dos presídios daquele Estado. A partir de casos relativos ao acesso à saúde de presidiários e ao tratamento dado a detentos com deficiência física, a justiça californiana detectara o grave quadro de superlotação das prisões californianas – a Califórnia tinha cerca de 156.000 presos, com capacidade para apenas aproximadamente 80.000. Os juízes californianos determinaram, com base nessa constatação, que as autoridades do Estado formassem um plano para a redução da superlotação, para no máximo 137,5% da capacidade das prisões do estado. Como os planos não foram suficientes, houve a determinação judicial de soltura de presos, com base na 8ª Emenda à Constituição norte-americana, que veda as penas “cruéis e não usuais” (*cruel and unusual punishments*). Tal decisão foi mantida pela Suprema Corte, que entendeu ter havido uma ponderação adequada entre os direitos dos presos e o interesse estatal na proteção da segurança pública.

30. A jurisdição constitucional sul-africana tem também se imiscuído no campo da formulação de políticas públicas em casos envolvendo graves violações de direitos humanos. Um exemplo desta prática ocorreu no julgamento do famoso caso *Grootboom*³³, realizado em 2000. Na hipótese, tratava-se de centenas de pessoas miseráveis, que estavam vivendo em barracas improvisadas de plástico depois de terem sido despejadas da área particular que antes ocupavam, e que reivindicavam do Estado a garantia imediata de abrigos adequados. A Corte Constitucional entendeu que não seria possível assegurar individualmente, a cada um, o acesso à moradia. Porém, o Tribunal não se furtou de realizar o controle das políticas públicas habitacionais promovidas pelo Estado, e chegou à conclusão de que as então existentes falhavam gravemente, por não incluírem medidas emergenciais, focadas nas pessoas em

³¹ Charles F. Sabel e Willian H. Simon. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”. *Op. cit.*, p. 1035.

³² 563 U.S. 2011.

³³ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000).

situação de carência desesperadora (*desperate need*). Diante disso, determinou que a política estatal sobre moradia fosse reformulada pelo governo, de forma a contemplar medidas de alívio imediato para pessoas miseráveis, sem, no entanto, precisar quais providências deveriam ser adotadas.

31. Para permitir uma fiscalização mais adequada da execução da sua decisão, a Corte atribuiu a um órgão técnico independente – a *Human Rights Commission* – de reconhecida *expertise* e prestígio na África do Sul em matéria de direitos fundamentais, a tarefa de supervisionar a elaboração e implementação do novo programa, reportando-se ao tribunal. Este modelo sul-africano foi muito elogiado pela doutrina comparativista,³⁴ por ensejar a proteção de direitos sociais por meio de técnica do diálogo institucional, que minimiza o problema do déficit de *expertise* do Poder Judiciário para lidar com políticas públicas.

32. Na Argentina, também houve a adoção de técnica similar, em caso atinente aos direitos fundamentais dos presos. No conhecido “caso Verbitsky”, um *habeas corpus* coletivo foi impetrado a favor de todas as pessoas privadas de liberdade na província de Buenos Aires que estavam detidas em estabelecimentos policiais superlotados. No julgamento, a Corte Suprema do país, depois de reconhecer a inconstitucionalidade de tal situação, impôs diversas medidas imediatas, mas também a elaboração de um plano pela província de Buenos Aires, em diálogo com a sociedade civil, que deveria contemplar mudanças nas políticas criminais e prisionais, de modo a ajustar a situação dos detentos às regras mínimas sobre tratamentos de presos estabelecidas pela ONU.³⁵

33. A Corte Europeia de Direitos Humanos também se vale de técnica interessante. Ao identificar reiteradas denúncias similares de violação de direitos humanos por um Estado europeu, busca, através das “decisões piloto” (*arrêt pilot*), apontar problemas sistêmicos e indicar aos Estados soluções genéricas, que podem envolver a reformulação de políticas

³⁴ Cf. Victor Abramovich e Christian Courtis. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, pp. 160-168; Cass R. Sunstein. “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”. *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Papers* n. 124, 2001.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Verbitsky Horacio c/ s/ Habeas Corpus, Fallos 328:1146, julg. 3.5.2005. A esse respeito veja-se Christian Courtis. “El caso ‘Verbitsky’: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”. In: Victor Abramovich. *Colapso del sistema carcelario*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina: Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS, 2005.

públicas, indicando prazos para a sua implementação. Esta técnica foi usada para enfrentamento da questão da superpopulação carcerária na Itália, no caso *Torregiani e outros v. Itália*³⁶, julgado em 2013. Diante da superlotação dos presídios italianos, que atingia à época o índice nacional de 151%, a Corte concedeu o prazo de um ano para que as autoridades responsáveis implementassem um ou mais remédios visando à correção do problema. A Itália adotou diversas medidas nesta linha, com bastante sucesso, tais como a ampliação das penas alternativas e das hipóteses de prisão domiciliar, e a criação de mecanismo para a redução da pena daqueles que a viessem cumprindo em condições degradantes.

34. Tais exemplos demonstram que cenários de grave e massiva violação de direitos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas – que caracterizam o *estado de coisas inconstitucional* -, demandam muitas vezes soluções complexas dos tribunais, que não se afeioam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos. Nestas hipóteses, o papel de guardião da Constituição exige uma postura diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição.

- 3 -

O CABIMENTO DA ADPF

35. Não há cenário fático mais incompatível com a Constituição da República do que o sistema prisional brasileiro. O problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. A gravidade do quadro e a inapetência dos poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo evidenciam a necessidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal, no desempenho da sua função maior de guardião da Constituição.

36. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, parece vocacionada para enfrentamento deste tipo de questão. Ela se volta contra atos dos Poderes Públicos que

³⁶ ECHR 007 (2013).

importem em lesão ou ameaça a preceitos fundamentais da Constituição. Para o seu cabimento, é necessário que (1) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (2) causada por ato dos Poderes Públicos, e (3) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Estes três requisitos estão plenamente configurados no presente caso, como se verá a seguir.

3.1. A violação a preceito fundamental

37. Nem a Constituição nem a Lei 9.882/99 definiram quais preceitos da Constituição são fundamentais. Nada obstante, há sólido consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que nessa categoria figuram os fundamentos e objetivos da República, assim como os direitos fundamentais.³⁷

38. Ora, a situação calamitosa dos presídios nacionais afronta gravemente não apenas o mais elevado princípio da ordem jurídica brasileira – o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF) – como também inúmeros outros direitos fundamentais, como a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a garantia de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º).

39. Não há dúvida, portanto, quanto à satisfação deste requisito.

3.2. Atos do poder público

40. De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.882/99, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados do Poder Público, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa ou judicial. Na presente hipótese, a lesão a preceitos fundamentais se origina de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos da União e dos Estados federados.

³⁷ Cf. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 1267-1269; Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 562-563.

41. Dentre as afrontas, vale destacar as de natureza administrativa, da União e dos Estados, que descumprem ostensivamente, de modo sistemático, preceitos fundamentais da Constituição no tratamento dos presos. Isso ocorre, por exemplo, quando não mantêm um número de vagas prisionais correspondente à população encarcerada, gerando a superpopulação; quando não asseguram condições humanas nas instalações carcerárias; quando não adotam as medidas necessárias para a garantia da segurança física dos detentos, diante da violência de outros presos ou de agentes estatais; quando não providenciam o acesso adequado à jurisdição, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho e à assistência material aos detentos; quando aplicam, de modo sistemático, sanções administrativas sem o devido processo legal aos presos.

42. É importante destacar, ainda, a violação a preceito fundamental perpetrada pela União Federal, que, apesar do descalabro do sistema prisional brasileiro, reconhecido pelas suas próprias autoridades, vem reiteradamente contingenciando os recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, frustrando o repasse de valores vultosos aos Estados, e dificultando, com isso, a adoção das medidas necessárias à melhoria das condições carcerárias no país.

43. Há, por outro lado, violações a preceitos fundamentais decorrentes de ações, omissões e interpretações jurídicas contrárias à Constituição perpetradas pelo Poder Judiciário da União e dos Estados. Mencione-se, neste sentido, a não aplicação dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – normas em vigor e autoaplicáveis, eis que garantidoras de direito fundamental (art. 5º § 1º, CF) – que preveem o direito à audiência de custódia, cuja observância poderia contribuir para redução da superlotação das prisões e para evitar restrições injustificadas à liberdade de acusados ainda não condenados definitivamente. Destaque-se, ainda, a não aplicação, sem fundamentação, de medidas cautelares alternativas à prisão.

44. Outra lesão a preceito fundamental decorre da interpretação judicial dos preceitos que cuidam da aplicação e execução da pena, que deixa de considerar as condições degradantes das prisões brasileiras. Por força destas condições, que são notórias, as penas efetivamente cumpridas acabam sendo muito mais graves do que as previstas em lei e impostas em sentença, ofendendo-se, com isso, o princípio da proporcionalidade.

45. O Poder Legislativo também tem – é certo – grave responsabilidade neste quadro. O legislador tem estabelecido políticas criminais absolutamente insensíveis ao drama carcerário brasileiro, que agravam a superlotação dos presídios e não geram a almejada segurança para a sociedade. Na esfera penal, a vontade de aplacar o legítimo sentimento social contrário à impunidade vem gerando o abuso, pelo Legislativo, da “legislação simbólica”, expressão de um *populismo penal* que é uma das causas do dramático quadro prisional hoje desenhado no país. É o que consignou Gilmar Ferreira Mendes, com inteira propriedade:

*“Diante de cobranças da mídia e da opinião pública por soluções imediatas, a resposta das instituições tem se concentrado, em regra, no agravamento de penas e de seu regime de cumprimento. Não é incomum, aqui e em outros países, a chamada legislação simbólica. Em face do clamor público atizado por um algum crime grave, lança-se mão da fórmula mágica: ‘vamos aumentar a pena deste crime’; ‘vamos transformar a corrupção em crime hediondo’ e assim por diante, sem se atentar para o fato, cada vez mais evidente, de que medidas desta natureza pouco ou nada contribuem para a superação deste quadro”*³⁸

46. Em verdade, tem-se um quadro crônico de violação de direitos fundamentais, que se origina da falha de diversas instituições públicas em cumprir com suas obrigações constitucionais. Portanto, a lesão a preceitos fundamentais decorre de ações e omissões dos Poderes Públicos, o que basta para a satisfação deste pressuposto da ADPF.

3.3. Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade

47. A doutrina e a jurisprudência convergem no entendimento de que pressuposto da subsidiariedade da ADPF (art. 4º, § 1º, Lei 9.882/99) se configura sempre que inexistirem outros instrumentos, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, aptos ao equacionamento da questão constitucional suscitada. Nesse sentido, decidiu o STF:

“13.Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no

³⁸ Gilmar Ferreira Mendes. *Segurança Pública e Justiça Criminal. Op. cit.*, p. 1.

contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva desta ação.”³⁹

48. Na hipótese, não há qualquer outro instrumento no âmbito do controle abstrato de normas que possa sanar as lesões a preceitos fundamentais antes ressaltadas. Afinal, não se discute nesta ação a inconstitucionalidade de alguma norma jurídica superveniente à Constituição, nem tampouco alguma omissão legislativa inconstitucional. No arsenal de instrumentos disponíveis na jurisdição constitucional concentrada, não há nenhum outro instrumento, além da ADPF, que se preste a atingir os objetivos colimados nesta inicial.

49. Portanto, presentes todos os seus pressupostos, não há dúvida sobre o cabimento da ADPF na hipótese.

- 4 -

DEMOCRACIA, *EXPERTISE* E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: REMÉDIOS FLEXÍVEIS E DIÁLOGO INSTITUCIONAL

50. O adequado equacionamento judicial de questões estruturais que comprometem gravemente a eficácia de direitos fundamentais é um sério desafio. Duas principais objeções podem ser lançadas a esta atuação jurisdicional: a de que não é *democrática*, pois permite que juízes não eleitos interfiram em políticas públicas que deveriam ser formuladas e implementadas pelos poderes Legislativo e Executivo; e a de que não é *eficiente*, pois os magistrados não teriam a capacidade institucional necessária para resolver estes complexos problemas estruturais.

51. Quanto à objeção democrática, cabe ressaltar que a democracia não é o simples predomínio da vontade da maioria, mas um sistema político que se assenta também no respeito aos direitos fundamentais das pessoas, tido como pressuposto inafastável para o

³⁹ STF. ADPF 33, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 07.12.2005.

adequado funcionamento do regime democrático. Por isso, não ofende a democracia a atuação jurisdicional que se volte à proteção de direitos fundamentais, especialmente de minorias vulneráveis e impopulares, como são os presos⁴⁰. A proteção dos direitos básicos dos integrantes destes grupos não pode ficar condicionada aos azares da política majoritária ou às preferências da burocracia estatal, sob pena do seu completo esvaziamento.

52. Daí porque, embora, em regra, não seja papel do Judiciário envolver-se na formulação e implementação de políticas públicas, quando estas, por excesso ou deficiência, resultarem em graves lesões a direitos básicos – especialmente de grupos vulneráveis – se justifica democraticamente a intervenção jurisdicional. No caso do sistema prisional brasileiro, este cenário está perfeitamente desenhado: as violações a direitos fundamentais dos presos são dramáticas e generalizadas, mas os poderes políticos não atuam para equacioná-las, pois a defesa de uma minoria tão estigmatizada, que além de tudo não vota, não rende dividendos políticos e não desperta a simpatia da opinião pública. É o que destacou, em recente voto, o Ministro Luís Roberto Barroso:

*“(...) o quadro crônico de omissão e descaso com a população carcerária exige que este Supremo Tribunal Federal assumira uma postura ativa na construção de soluções para a crise prisional, impulsionando o processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve a política prisional do país. Sua intervenção estaria plenamente justificada na hipótese, porque se daria para proteger e promover os direitos fundamentais de uma minoria que, além de impopular e estigmatizada, não tem voto. Faltam assim, incentivos para que as instâncias representativas promovam a melhoria das condições carcerárias”.*⁴¹

53. A segunda objeção se relaciona às capacidades institucionais⁴². Pode-se indagar se o Poder Judiciário tem condições de promover efetivos avanços na matéria, haja

⁴⁰ Mesmo correntes da teoria constitucional mais reticentes em relação a uma atuação proativa da jurisdição constitucional, como os procedimentalistas, reconhecem que, em se tratando da defesa de minorias estigmatizadas, esta atuação se justifica. Veja-se, a propósito, John Hart Ely. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

⁴¹ Voto-vista proferido no R.E.580.525.

⁴² A teoria constitucional contemporânea enfatiza que é necessário considerar as capacidades institucionais dos agentes na definição dos respectivos papéis para o equacionamento de questões jurídicas. Veja-se, a propósito, Cass Sunstein e Adrian Vermeulle. *Interpretations and Institutions*. Acessível em <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>.

vista o seu déficit de *expertise* em temas multidisciplinares subjacentes às políticas públicas. E o equacionamento da questão prisional no Brasil pressupõe, de fato, a adoção de medidas complexas de diversos órgãos, que envolvem conhecimentos extrajurídicos que os juízes em regra não possuem. Diante disso, pode-se questionar se não seria preferível manter as políticas públicas prisionais sob a alçada exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo, afastando a intervenção jurisdicional.

54. Contra esta objeção, porém, cabe dizer que, na ordem constitucional brasileira, a lesão a direitos é inafastável da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), e não existe mais grave violação a direitos do que a que se pratica sistematicamente no sistema prisional do país. Ademais, não se trata, no caso, de comparar abstratamente as capacidades institucionais de diferentes atores para a resolução de um problema social, a fim de verificar qual deles tem condições de agir de modo mais eficaz. Cuida-se, isto sim, de atuar em caso de *falência total* das políticas públicas existentes para a questão prisional, que resulta em gravíssimas afrontas à dignidade dos presos. Sem a intervenção do STF na matéria, tudo indica que o estado de coisas inconstitucional persistiria, e seria até agravado, em razão da dinâmica de crescimento exponencial da população prisional.

55. Porém, tanto a questão da capacidade institucional, como o respeito ao espaço legítimo de deliberação democrática, indicam que, em casos como o presente, a melhor solução para o estado de coisas inconstitucional é alcançada por meio de técnicas decisórias mais flexíveis,⁴³ baseadas no diálogo e cooperação entre os diversos poderes estatais. Foi o que se deu em casos referidos no item anterior, julgados por outros tribunais constitucionais e internacionais: ao invés de a solução para o problema constitucional diagnosticado vir pronta do tribunal, atribuiu-se ao governo a possibilidade de formulação de plano para a sua superação, com prazo certo e recursos assegurados. Os planos, nessa hipótese, devem ser aprovados pelo Judiciário, que depois monitora a sua implementação, contando para tanto com a assessoria de

⁴³ Veja-se, a propósito, Charles F. Sabel e William H. Simon. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”. *Harvard Law Review* 117, 2004, pp. 1016 ss. Os autores narram e defendem a tendência, presente na atual jurisprudência norte-americana a propósito de litígios estruturais sobre direitos humanos, à adoção de decisões que traduzem *intervenções experimentalistas*, no lugar de remédios mais rígidos e tradicionais, do tipo *command- and -control*.

entidade independente dotada da necessária *expertise*, e se beneficiando também da participação da sociedade civil durante o processo.

56. Em tese de doutorado dedicada ao assunto, Carlos Alexandre de Azevedo Campos assim sintetizou a questão:

“(...) nos litígios estruturais, que compõem a essência do estado de coisas inconstitucional, são os Poderes Legislativo e Executivo que possuem as ferramentas institucionais apropriadas para tocar as políticas públicas, embora, por razões diversas, não as estejam utilizando ou, ao menos, não eficazmente. Daí a necessidade de cortes, do ponto de vista pragmático, e não só democrático, determinarem a formulação e a implementação de políticas públicas sem abrir mão do potencial institucional dos outros poderes.

Como alcançar esta fórmula dialógica, de participação conjunta e coordenada em litígios estruturais? (...) Tradicionalmente, juízes proferem decisões contendo ordens muito detalhadas e rígidas, sujeitas à execução forçada se não cumpridas. (...) Decisões da espécie merecem críticas, porque, embora juízes tenham a capacidade de realizar desbloqueios políticos e institucionais, realmente carecem da expertise e informações necessárias para detalhar o conteúdo das políticas públicas.

Ao formular ordens flexíveis, juízes buscam o equilíbrio entre fazer valer os direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e do Executivo. (...) Remédios flexíveis são modelados pelas cortes para serem cumpridos, implementados, mas deixando margens de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros poderes de forma a permitir que efetivamente cumpram estas ordens.

As ordens flexíveis são melhor cumpridas se a fase de implementação da decisão recebe o monitoramento da própria corte. Os juízes (...) devem reter a jurisdição sobre o sucesso dos meios escolhidos. O acompanhamento permite aos juízes, uma vez devidamente informados, tomarem medidas capazes de assegurar a implementação das ordens, o que contribui para soluções superiores comparadas a eventuais decisões unilaterais. O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, permite aos juízes saber se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram”⁴⁴

57. Vale salientar que esta técnica não é de todo estranha à jurisdição brasileira. Em recente decisão proferida em ação civil pública, em que se discutia a falta de vagas em

⁴⁴ Carlos Alexandre de Azevedo Campos. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. *Op. cit.*, pp. 207-208.

creches no Município de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo obrigou o ente federativo a criar, no mínimo, 150.000 vagas novas até 2016 e a incluir em seu orçamento recursos suficientes para tal providência⁴⁵. Mas, diante da falta de *expertise* da Corte para definir o modo de cumprimento da obrigação, condenou também o referido município a formular, em 60 dias, um plano para ampliação de vagas e construção de novas unidades de educação infantil, e a apresentar semestralmente relatórios sobre as medidas adotadas em cumprimento do plano. O Tribunal determinou, ainda, que a execução do julgado fosse monitorada com o auxílio da Coordenadoria de Infância e Juventude daquela corte, em articulação com a sociedade civil, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

58. Na presente ADPF, como se verá, há pedidos mais “tradicionais”, que não envolvem formulação e implementação de políticas públicas. Mas há também pedidos flexíveis, de condenação da União e dos Estados à formulação de planos voltados à melhoria de diversos aspectos do quadro prisional brasileiro, a serem submetidos à aprovação e monitoramento jurisdicional. A conjugação destas providências se afigura essencial para a efetiva garantia dos direitos fundamentais dos presos brasileiros, com a superação do dantesco estado de coisas inconstitucional do nosso sistema prisional.

- 5 -

GASTOS, MÍNIMO EXISTENCIAL E DEVER DE GARANTIA

59. O equacionamento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro envolverá a realização de despesas voltadas à criação de novas vagas prisionais, à melhoria das condições dos estabelecimentos existentes e dos serviços prestados atinentes aos direitos fundamentais dos presos. A médio e longo prazo, porém, tal equacionamento poderá gerar o resultado inverso, de *redução de gastos públicos*.

60. É que existe um custo significativo envolvido na manutenção do preso. Estimativas apontam para um custo médio mensal de cada preso de cerca de R\$ 2 mil, além daquele envolvido na construção de nova vaga, que ultrapassa R\$ 40 mil, no regime fechado,

⁴⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, Câmara Especial, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, julgado em 16/12/2013.

e R\$ 20 mil no semiaberto. Ora, a superação do estado de coisas inconstitucional envolve necessariamente a contenção da dinâmica de hiperencarceramento hoje verificada, resultando na redução do número de detentos, especialmente dos provisórios. Como se verá ao final, alguns dos pedidos formulados nesta ADPF, se acatados, terão esta consequência. Daí que, a médio e longo prazo, o equacionamento da questão prisional tende a gerar, como efeito colateral positivo, a *economia de recursos públicos*, e não o aumento de gastos.

61. Mas, mesmo considerando o curto prazo, a escassez de recursos não pode ser invocada como justificativa legítima para a denegação dos direitos mais básicos dos presos, por duas razões: tais direitos se enquadram no *mínimo existencial*, que não se sujeita à limitação pela reserva do possível; e a posição de *garante* do Estado em relação aos presos retira a legitimidade deste argumento.

62. O mínimo existencial se identifica com as condições materiais básicas indispensáveis para a vida digna. Como consignou Luís Roberto Barroso,⁴⁶ o mínimo existencial está no núcleo essencial da própria ideia de dignidade da pessoa humana. Não há dúvida de que integram o mínimo existencial das pessoas presas aspectos como celas não superlotadas com condições adequadas de higiene, segurança e salubridade, o acesso à água potável, à alimentação decente, ao atendimento de saúde, à assistência jurídica etc. A denegação destes bens e serviços essenciais – realidade inquestionável da maior parte dos estabelecimentos prisionais do país - representa gravíssima afronta ao mínimo existencial.

63. A doutrina majoritária tem enfatizado que a garantia do mínimo existencial se reveste de natureza absoluta⁴⁷. Daí porque, o Estado não pode condicionar a sua efetivação à chamada *reserva do possível*. Mesmo os autores que não atribuem ao mínimo existencial natureza absoluta, afirmam que a sua proteção e promoção têm peso excepcional na ponderação com outros interesses contrapostos, de modo que prevalecem quase sempre em casos envolvendo colisões com outros princípios constitucionais.

⁴⁶ Luís Roberto Barroso. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 84-87.

⁴⁷ Neste sentido, *e. g.* Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 103 e ss; Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mittidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, pp. 570-576; Paulo Gilberto Cogo Leivas. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 123 ss.

64. O STF, em reiterada jurisprudência, vem enfatizando que o Estado não pode invocar a ausência de recursos ou de autorização orçamentária para o inadimplemento de prestações ligadas ao mínimo existencial. Veja-se, nesta linha, uma recente decisão:

“ RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183-818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA ‘RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES’ (OU DA ‘LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES’) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’ – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DO RETROCESSO, VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE, PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOCTRINA E PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/121-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”⁴⁸

⁴⁸ Ag. Reg. no R.E, com Ag. 745.745, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02/12/2014.

65. Além disso, a posição do Estado em face dos presos é razão adicional para deslegitimar a invocação de falta de recursos ou de autorização orçamentária para a não realização das despesas necessárias à garantia da dignidade nas prisões. Afinal, se o Estado priva alguém da liberdade, ele assume a obrigação de garantir que o encarceramento não se dê em condições desumanas e degradantes. Forma-se uma *relação especial de sujeição* entre o Estado e o detento, que, se por um lado importa em múltiplas restrições aos direitos do preso, por outro, torna o Poder Público um *garante* dos direitos fundamentais que não foram limitados.

66. Nesta linha, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao examinar o caso *Menores Detenidos*, salientou:

“O Estado, ao privar de liberdade uma pessoa, se coloca em uma especial posição de garante de sua vida e integridade física. Ao momento de deter um indivíduo, o Estado o introduz em uma ‘instituição total’, como é a prisão, na qual os diversos aspectos da sua vida se submetem a uma regulação fixa e se produz um distanciamento do seu entorno natural e social, um controle absoluto, uma perda de intimidade, uma limitação do espaço vital e, sobretudo, uma radical diminuição das possibilidades de autoproteção. Tudo isso faz com que o ato de reclusão implique um compromisso específico e material de proteger a dignidade humana do recluso enquanto esteja sob custódia.”⁴⁹

67. Até a Suprema Corte norte-americana, que, em geral, não reconhece direitos sociais, no caso das prisões tem orientação diferente, exatamente em razão das características peculiares da relação entre o Estado e o preso. Veja-se, neste sentido, o que afirmou no caso *Brown vs. Plata*⁵⁰:

“Ao encarcerar, a sociedade retira dos prisioneiros os meios necessários para que satisfaçam suas próprias necessidades. Prisioneiros são dependentes do Estado para comida, vestuário e o necessário cuidado médico. (...) Assim como um prisioneiro pode passar fome se não alimentado, ele pode morrer se não receber adequado tratamento médico. Uma prisão que que priva os detentos do seu sustento básico, incluindo o adequado serviço médico, é incompatível como conceito de dignidade humana e não tem lugar numa sociedade civilizada. Se o Estado falha ao cumprir esta obrigação, as cortes têm a obrigação de remediar sua falha.”

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n° 41/99, Caso 11.491, 10/03/1999.

⁵⁰ 563 U.S. 2011.

68. Esta obrigação especial do Estado de garantir os direitos daqueles que mantêm encarcerados é também reconhecida pela jurisprudência do STF. É ela que está subjacente à jurisprudência da Corte em matéria de responsabilidade civil do Estado por ato omissivo: entende-se que, diante da omissão estatal, a regra geral é a responsabilidade subjetiva, mas em relação a danos ocorridos na prisão – como o homicídio de um detento por outro – ela se torna objetiva. Neste sentido, decidiu nossa Corte Suprema:

“Recurso Extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade, em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”⁵¹

69. Assim, não cabe alegar a ausência de recursos ou falta de previsão orçamentária para obstar a concessão judicial de medidas tendentes à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. A uma, porque, a médio e longo prazo, ao reduzir o número de presos, tais medidas podem gerar economia e não aumento de gastos públicos. A duas, porque as medidas que importam em gastos são atinentes ao mínimo existencial, que não se sujeita à invocação de reserva do possível. E a três, porque a posição do Estado de garante especial dos direitos do preso não se compadece com este tipo de argumentação.

- 6 -

O ABISMO ENTRE NORMA E REALIDADE

70. A Constituição brasileira de 1988 é pródiga em dispositivos que visam a assegurar a proteção da dignidade humana de todos os indivíduos, presos ou libertos. Ditos mandamentos constitucionais são densificados, por sua vez, por diversas normas

⁵¹ R. E. 272.839-0, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 08/04/2005.

infraconstitucionais e internacionais. A seguir, demonstrar-se-á o gigantesco abismo existente entre o que prescrevem estas normas e a nefasta realidade carcerária do país.

6.1. Superlotação

71. Talvez o mais grave problema do sistema prisional seja a superlotação. A ocupação dos presídios para muito além das suas capacidades máximas inviabiliza completamente a garantia das condições mínimas de higiene, saúde, segurança, privacidade e conforto para os presos. De acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos,

“A superlotação (...) gera fricções entre os reclusos e incrementa os níveis de violência dos cárceres; dificulta que os presos disponham de um mínimo de privacidade; reduz os espaços de acesso aos chuveiros, banheiros, pátio etc; facilita a propagação de enfermidades; cria um ambiente em que as condições de salubridade, sanitárias e de higiene são deploráveis; e impede o acesso às –geralmente escassas – oportunidades de estudo e trabalho, constituindo uma verdadeira barreira para o cumprimento dos fins da pena privativa de liberdade”⁵²

72. O encarceramento em celas superlotadas viola a dignidade humana, consistindo em tratamento cruel e degradante, que atinge gravemente a integridade física e psíquica dos detentos. O ambiente das prisões superlotadas, ademais, frustra o objetivo de ressocialização da pena, e contribui para a instauração de um ambiente extremamente violento nas instituições prisionais, que fatalmente transborda para as ruas, comprometendo a segurança de toda a sociedade.

73. São múltiplas as causas da superpopulação, valendo destacar (a) a falta de investimentos na criação de novas vagas; (b) o uso excessivo das prisões processuais; (c) a demora na tramitação de ações penais com réus presos e dos incidentes na execução penal; (d) os equívocos em políticas criminais que apostam no endurecimento penal como meio de resolução de problemas sociais.

⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Americas*, 2011, p. 175. (doc. 7). Disponível também em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>

74. A ONU definiu “Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros”⁵³ e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu “Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas”.⁵⁴ Tais documentos contêm importantes parâmetros internacionais atinentes a aspectos como as condições, tamanho, uso, capacidade, salubridade, lotação e ocupação de unidades prisionais e celas, os quais são sistematicamente inobservados no Brasil.

75. No plano infraconstitucional, a Lei de Execuções Penais e diversas resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP trataram da matéria. O art. 85, *caput*, da LEP dispõe que o “*estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade*”. O art. 88 da mesma Lei determina ainda que o condenado deve ser alojado em cela individual que contenha dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

76. Apesar da existência dos limites apontados e de outros, a superlotação e as péssimas condições nas celas e unidades configuram a regra nos presídios brasileiros. Como já destacado, o Diagnóstico de Pessoas Presas, divulgado pelo CNJ, em junho de 2014, afirmou que então havia 563.526 detentos em nossas prisões, construídas para comportar apenas 357.219 indivíduos, o que representa um déficit de, pelo menos, 206.307 vagas. Além disso, o diagnóstico demonstrou que, se houvesse maior eficácia no cumprimento de mandados de prisão em aberto, o déficit aumentaria para quase 730 mil vagas.⁵⁵

77. A CPI da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário afirmou, em seu Relatório, que a superlotação “*é a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário*”. A Câmara pintou o quadro em cores fortes, mas realistas:

⁵³ Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento dos Infratores, Genebra, 22 agosto a 3 setembro 1955: relatório elaborado pelo Secretariado (Publicação das Nações Unidas. Edição n. 1956.IV.4). Anexo IA alterado pelo Conselho Econômico e Social por meio da Resolução 2076 (LXII).

⁵⁴ Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas de 2009 (OEA Documentos Oficiales; OEA Ser.L), OEA/Ser.L/V/II.131 doc. 38.

⁵⁵ O Conselho Nacional de Justiça divulgou em junho de 2014 o “Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil”, 2014. O pior Estado nesse quesito é Pernambuco, com 3,3 presos por vaga e um déficit de vagas de quase 230%. Outro caso emblemático é o do Estado de São Paulo, onde há um déficit de 91.706 vagas, o que representa cerca de 74% das vagas já existentes. CNJ. *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais*, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>.

“[C]elas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas (...) Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade.”⁵⁶:

78. O CNJ, nas suas inspeções, vem constatando o mesmo quadro deplorável. Em inúmeros presídios, o CNJ encontrou celas amontoadas de gente, com presos espremidos, às vezes sem camas ou colchões, dormindo em esquema de revezamento, no chão, em redes suspensas no teto, e até em “tocas” incrustadas nas paredes⁵⁷ ou de pé⁵⁸. Em muitos deles, as celas não eram suficientes para abrigar todos os detentos e o cumprimento das penas se dava em banheiros, corredores, pátios, barracos improvisados e até mesmo em um canil⁵⁹. Em um dos casos mais aterradores, na Penitenciária Coronel Odenir Guimarães, em Goiás, uma cela com capacidade para 2 detentos abrigava 35⁶⁰. No Espírito Santo, por conta da completa falta de espaço para cumprirem suas penas, presos ficaram amontoados em contêineres metálicos sujeitos a elevadíssimas temperaturas.⁶¹

79. As iniciativas dos Poderes Públicos voltadas ao equacionamento deste problema não prosperam, por falta de vontade política ou de competência. Em 2011, o governo federal lançou o Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, que tinha o

⁵⁶ Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009. p. 244. Câmara dos Deputados. (doc. 6). Disponível também em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>.

⁵⁷ CNJ. Mutirão carcerário Pernambuco. 2014. p. 14. (doc. 9). Disponível também em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/Relatorio_Mutirao_Curado_PE_2014_alterado.pdf>

⁵⁸ CNJ. “Mutirão constata déficit de 15 mil vagas em presídios de Pernambuco”. Nov. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17054-mutirao-constata-deficit-de-15-mil-vagas-em-presidios-de-pernambuco>>.

⁵⁹ Ibid. p. 97.

⁶⁰ Ibid. p. 120.

⁶¹ UOL notícias. “Espírito Santo deve responder por abusos cometidos em celas-contêineres, diz ONG”. Set. 2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/09/06/apos-desativar-celas-containers-espírito-santo-deve-responder-por-abusos-cometidos-diz-ong.htm>>.

objetivo de criar 45.934 vagas novas em todo o país até o final de 2014, para reduzir a superlotação – número, de resto, absolutamente insuficiente. Até agora, *nenhuma* das vagas foi criada. A União celebrou convênios com os estados visando à realização de 99 obras. Destas, consta que 46 nem começaram, 33 estão paralisadas e só 20 estão em andamento, ainda que com grande atraso⁶².

80. Pior, o número de presos no Brasil vem aumentando de forma exponencial ao longo dos anos. Tem havido um crescimento vegetativo de mais de 7% ao ano da nossa população carcerária. Mantido esse índice, será necessária a abertura de mais de 340 mil vagas para novos presos até 2020, a um custo adicional estimado de R\$ 12 bilhões.⁶³ Assim, a construção de novos presídios não é solução suficiente para o problema da superpopulação, pois, se outras medidas não forem adotadas, a tendência é de que as novas vagas eventualmente criadas se tornem rapidamente insuficientes em face do aumento incessante da população prisional.

6.2. Presos provisórios

81. Intimamente relacionado ao problema da superlotação está a questão dos presos provisórios. No sistema constitucional brasileiro, a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória deve ser medida excepcional,⁶⁴ haja vista o princípio de presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF), que impede que as medidas constritivas de liberdade sejam empregadas como antecipação da pena.⁶⁵ Elas só se justificam quando estiverem presentes os requisitos necessários à tutela cautelar. E só podem ser concedidas por meio de decisões judiciais criteriosamente motivadas, que realizem um cuidadoso juízo de proporcionalidade, no qual se atribua peso superlativo à liberdade individual, em razão da relevância deste bem jurídico em nosso sistema constitucional.

⁶²Cf. *O Globo*, de 27.04.2015, p. 3, matéria intitulada “Plano para presídios trava: lançado por Dilma em 2011, programa para construir prisões ainda não concluiu nenhuma”.

⁶³ Dados do Depen contidos no voto-vista proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso no RE 580.525.

⁶⁴ Cf. Aury Lopes Jr. *Direito Processual Penal*. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, pp. 601-603; Antonio Magalhães Gomes Filho. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

⁶⁵ Neste sentido tem se orientado a jurisprudência atual do STF, cf. HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009; HC 83.868, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 16/04/2009.

82. O Direito Internacional dos Direitos Humanos aponta na mesma direção. Neste sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*⁶⁶, ao tratar das prisões provisórias, ressaltou que a “*sua aplicação deve ter caráter excepcional, limitado pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, de acordo com o que seja estritamente necessário em uma sociedade democrática*”. No mesmo diapasão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, depois de destacar que normas internacionais vinculantes “*são muito claras ao reconhecer a presunção de inocência e a excepcionalidade da prisão preventiva*”, ressaltou que “*o uso excessivo desta medida é contrário à essência mesmo do Estado democrático de direito*”⁶⁷.

83. Nada obstante, o uso da prisão antes do trânsito em julgado no Brasil vem sendo banalizado por decisões judiciais. Em 1990, o percentual de presos provisórios dentre a população carcerária era de 18%, sendo hoje de cerca de 41%. Neste interregno, o número total de presos provisórios cresceu no país mais de 1.450%! Como destacou Gilmar Ferreira Mendes, “*houve no Brasil, nas últimas décadas, um notório incremento no uso da prisão cautelar, o que bem evidencia a banalização*”⁶⁸.

84. Não bastasse, pesquisa do IPEA e do Ministério da Justiça publicada em 2014⁶⁹ revelou ainda que mais de 37% dos réus submetidos à prisão provisória não são sequer condenados à pena privativa de liberdade ao fim do processo, o que “*revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país*”⁷⁰. Trata-se de mais uma eloquente comprovação da trivialização destas prisões, evidenciando o que o Ministro Ricardo Lewandowski designou de “*cultura do encarceramento*”, cuja incompatibilidade com a nossa Constituição S. Exa. destacou, com absoluta propriedade:

⁶⁶ Caso Barreto Leiva v. Venezuela, Sentença de 17/11/2009.

⁶⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Americas*, 2013, p. 2.

⁶⁸ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 586.

⁶⁹ Ministério da Justiça e IPEA. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*, 2014. (doc. 10). Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicacao-de-penas-e-medidas-alternativas>>.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 7.

“(...) nós temos hoje cerca de 600 mil prisioneiros encarcerados, e, o que é pior, 40% deste número representa presos provisórios. Mais de 240 mil brasileiros encontram-se sob a custódia do governo, do Poder Executivo do Estado Brasileiro, de forma provisória, de forma cautelar, sem ter muitas vezes se defrontado com um juiz e sem ainda ter sido condenados definitivamente, numa afronta evidente ao princípio da não culpabilidade, dos principais valores exibidos na nossa Carta Magna”⁷¹

85. Os presos provisórios têm o direito de ficar separados dos condenados que cumprem pena (art. 84 da Lei de Execução Penal e art. 10.2, “a”, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos). Todavia, é muito comum que eles sejam custodiados juntamente com os condenados, ou, pior ainda, obrigados a permanecer – às vezes por meses – em delegacias de polícia, cujas condições tendem a ser ainda mais degradantes do que as dos presídios.

86. Nas palavras de Aury Lopes Jr, *“toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração”⁷²*. Não obstante, é bastante comum que presos provisórios permaneçam vários anos na prisão, antes de que se conclua o julgamento do processo em que são acusados. Em caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, um cidadão foi mantido encarcerado por treze anos sem sentença transitada em julgado, tendo, nesse meio tempo, contraído doença pulmonar grave e perdido a visão de ambos os olhos em uma rebelião.⁷³

87. Por isso, faz-se necessária a implementação de medidas que contribuam para reduzir o uso das prisões cautelares, de modo a assegurar os direitos fundamentais dos acusados e minorar a superlotação das instituições prisionais. Dentre essas medidas estão a adoção das audiências de custódia, previstas no art. 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica e 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU, e imposição de expressa motivação judicial para a não aplicação a casos concretos de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade, que serão abordadas adiante.

6.3. Acesso à justiça

⁷¹ Discurso proferido em 14.04.2015, acessível em <<http://s.conjur.com.br/dl/discurso-ricardo-lewandowski-durante.pdf>>.

⁷² Aury Lopes Jr. *Direito Processual Penal*. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, pp. 597-598.

⁷³ STJ, REsp 802.435, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, julg. 19.10.2006, DJ 30.10.2006.

88. Os presos têm direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF). A Constituição prevê o dever estatal de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV), determinando, ademais, que “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de **advogado***” (art. 5º, LXIII).

89. Nada obstante, este direito é sistematicamente violado na prática. Com efeito, em 65% dos presídios não há qualquer serviço de assistência jurídica prestado na própria unidade.⁷⁴ Tampouco há presença de defensores nas delegacias, por ocasião da formalização das prisões em flagrante.

90. Uma das razões para este quadro se deve ao fato de que a Defensoria Pública, instituição essencial à justiça nos termos do art. 134 da Constituição, possui um enorme déficit de defensores. Segundo dados do IPEA, a Defensoria Pública está presente em apenas 28% das comarcas brasileiras⁷⁵. No Estado de São Paulo, por exemplo, que concentra a maior população carcerária do país, a Defensoria não está presente em 231 das 272 comarcas existentes.

91. A falta de defensores leva a que pessoas – invariavelmente as mais pobres - acabem sendo injustamente presas, bem como a que não obtenham acesso a benefícios a que fariam jus durante a execução penal.

92. Ligada ao problema de acesso à justiça está a questão da falta de informações, por parte do preso, sobre o cumprimento da sua pena. O acesso a estas informações é fundamental, para que o detento possa se inteirar sobre um aspecto fundamental em sua vida, e programar o seu futuro. Além disso, é também importantíssimo para que ele tenha melhores condições para pleitear eventual progressão de regime, além de outros benefícios previstos na Lei de Execução Penal. Nesse sentido, a Lei nº 10.713/2003 incluiu o inciso X no artigo 66 da

⁷⁴ Conselho Nacional do Ministério Público. Relatório “A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro”. Brasília: CNMP, 2013. (doc. 11) Disponível também em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CSP/Relat%C3%B3rio_Vis%C3%A3o_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%BAblico_no_Sistema_Prisional_Edi%C3%A7%C3%A3o_2013.PDF>

⁷⁵ Anadep e IPEA. *Mapa da Defensoria Pública do Brasil*, 2013. (doc. 12) Disponível também em <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdefensores>>.

LEP, estabelecendo que compete ao juiz da execução penal emitir anualmente atestado de pena a cumprir para cada detento, medida que foi regulamentada pela Resolução do CNJ nº 113/2010. Não obstante, este direito também vem sendo descumprido com enorme frequência.

93. As consequências destas falhas são dramáticas. Para que se tenha uma ideia, apenas no âmbito dos Mutirões Carcerários, o CNJ beneficiou, desde 2008, pelo menos 78 mil presos, que tiveram acesso à progressão de pena e à liberdade provisória, dentre outros direitos. Destes, 41 mil foram libertos, pois tiveram reconhecida a extinção da sua pena, passaram a cumpri-la em regime domiciliar ou sob condicional.⁷⁶ Estes presos eram privados de direitos a que faziam jus, por falhas no acesso à justiça.

94. Este cenário é agravado por sérios problemas na organização judiciária. Em todo o país, faltam varas e juízes atuando na execução penal, pois o tema não é tratado como prioridade. Com efeito, segundo pesquisa de âmbito nacional, o número de varas existentes é absolutamente incapaz de atender a demanda.⁷⁷ No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, existe apenas *uma* vara de execuções penais, para uma população carcerária que já chega a 45 mil presos.

95. Ademais, é frequente que os juízes que cuidam da execução penal deixem de cumprir os deveres impostos pela Lei de Execução Penal, como o de interditar estabelecimentos prisionais que funcionem em condições inadequadas (art. 66, VIII, LEP), e o de analisar de ofício a progressão do regime prisional e a concessão de outros direitos dos presos. Desnecessário frisar que esta postura inerte prejudica sobretudo os mais pobres, que não contam com assistência jurídica adequada.

6.4. Infraestrutura, organização e pessoal dos presídios

⁷⁶ CNJ. Mutirão Carcerário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>.

⁷⁷ Confira-se tabela disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/estatistica-presos-presidios-brasil.pdf>>.

96. Instalações em condições adequadas são imprescindíveis para que o preso possa viver na prisão, tendo acesso a serviços necessários para garantir sua sobrevivência digna, em conformidade com a Constituição.

97. Nesse sentido, conforme preceituam as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, cada preso “disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente” (art. 8, § 2º); as celas “deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação disposições sobre leitos, estrutura das celas” (art. 9º); e deverá haver “instalações sanitárias adequadas” (art. 10, III).⁷⁸.

98. Nessa linha, as Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal trazem parâmetros arquitetônicos para a acomodação de pessoas presas, prevendo regras para a estruturação das celas individuais, sua área mínima (6 m²) e elementos essenciais, como cama, lavatório e aparelho sanitário, além de espaço para circulação⁷⁹.

99. Não obstante, o relatório “A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro” apontou que, dos 1.598 locais visitados pelo CNMP, 780 não contavam com camas e 365 não ofereciam colchões para todos os detentos. Em 1.099 estabelecimentos, os presos não dispunham de água quente para banho e, em 636, não eram fornecidos produtos de higiene pessoal. Além disso, em 66% dos estabelecimentos não eram fornecidas toalhas de banho e em 42% não havia distribuição de preservativos. Faltavam também bibliotecas e espaço para prática esportiva em, respectivamente, 60% e 47% das instituições prisionais. Em 10% delas, faltavam locais para banho de sol.

⁷⁸ Resolução CNPCP n. 14 de 11 de novembro de 1994. Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Art. 10º. “O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar: I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural; II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão; III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade. IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.”

⁷⁹ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Resolução nº 9 de 2011, Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: CNPCP, 2011. p. 21.

100. Na maioria absoluta dos relatórios de inspeções realizadas nos presídios pelo CNJ por ocasião dos Mutirões Carcerários, o ambiente foi caracterizado como degradante, insalubre e inadequado à existência humana⁸⁰. No geral, verificou-se que tais estabelecimentos possuem dependências, grades, instalações sanitárias e elétricas em péssimo estado de conservação, carecendo de ampla reforma⁸¹.

101. Foram detectadas graves falhas também em relação à separação de presos. Esta, além de essencial para o processo de ressocialização, é um imperativo diretamente extraível da Constituição Federal, notadamente quando estabelece que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII)⁸².

102. Em harmonia com a Constituição, a LEP determina que o preso provisório fique separado do condenado por sentença transitada em julgado; e que o preso primário cumpra pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes (art. 84).

103. Não obstante, segundo o CNMP, em 79% dos 1.269 estabelecimentos inspecionados não há separação entre presos provisórios ou definitivos; em 67% inexistente separação em função dos regimes de pena; em aproximadamente 78% não há separação entre presos primários e reincidentes; em 68% não há separação em função da periculosidade ou da natureza do delito; e em 65% os presos de diferentes facções criminosas convivem sem qualquer separação.

104. A CPI do Sistema Carcerário denunciou que o sistema de separação dos presos praticamente inexistente dentro das prisões brasileiras. Na maioria dos casos, apenas se indaga ao recém-ingresso se pertence a alguma facção criminosa⁸³. Como consequência, de acordo com

⁸⁰ CNJ. Mutirão carcerário Espírito Santo. 2010. p. 34. (doc. 13) Disponível também em <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/espirtosanto.pdf>>.

⁸¹ CNJ. Mutirão carcerário Paraíba. 2011. p. 144. (doc. 14). Disponível também em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/paraiba_final.pdf>.

⁸² No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelece, conforme já referido, que pessoas sob acusação deverão ser separadas dos condenados e submetidas a um regime distinto (art. 10.2.a), e que os delinquentes jovens deverão ser separados dos adultos, como forma de assegurar a sua recuperação social (art. 10.3).

⁸³ Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, *Op. Cit.*, pp. 276 e 277.

a CPI, “*infelizmente, presos de baixa periculosidade são misturados a monstros de carreira*”.^{84 85}

105. Há também problemas gravíssimos e generalizados em relação ao pessoal que trabalha nos estabelecimentos prisionais. Existe estreita e evidente correlação entre o adequado funcionamento dos estabelecimentos prisionais e a atuação destes profissionais, mas o que se observa, também nesta questão, é um cenário desolador.

106. A Resolução CNPCP nº 1 de 2009 exige a proporção mínima de um agente penitenciário para cinco presos (art. 1º). Determina, igualmente, que seja obedecida a seguinte proporção de profissionais da equipe técnica por 500 detentos: 1 Médico Clínico; 1 Enfermeiro; 1 Auxiliar de Enfermagem; 1 Odontólogo; 1 Auxiliar de Consultório Dentário; 1 Psicólogo; 6 Estagiários de Psicologia; 1 Assistente Social; 6 Estagiários de Assistente Social; 3 Defensores Públicos; 6 Estagiários de Direito; 1 Terapeuta Ocupacional; 1 Pedagogo; e 1 Nutricionista (art. 2º).

107. Tais parâmetros são generalizadamente descumpridos no país, em que o número de profissionais é muitíssimo inferior ao que seria necessário para o atendimento da população prisional.

108. Ademais, há problemas no recrutamento dos agentes penitenciários. Em certos Estados, não há sequer concurso público para o ingresso na função e, em outros, são policiais militares sem qualquer treinamento específico que desempenham a atividade.

109. Em geral, os agentes penitenciários não possuem plano de carreira e são obrigados a desempenhar uma infinidade de funções - algumas, inclusive, que deveriam ser exercidas por pessoal especializado, como a administração de medicamentos. A remuneração costuma ser muito baixa. Os cargos de direção dos estabelecimentos penais muitas vezes são

⁸⁴ Ibid. pp. 277, 279 e 278.

⁸⁵ O mesmo problema foi abordado pelo Relatório do Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU - SPT, em visita ao Brasil em 2011. ONU, Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Subcomitê de Prevenção da Tortura - SPT. Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 2012, p. 14. (doc. 15). Disponível também em < http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/relatorio_SPT_2012.pdf >.

ocupados por indivíduos em razão de indicações políticas, sem qualquer preocupação com a necessária competência técnica.

110. Outro problema diz respeito às condições de trabalho dos agentes penitenciários. Em regra, eles são responsáveis por guardar um número excessivo de presos, muito acima das suas capacidades materiais. Em diligência realizada ao Presídio Aníbal Bruno, em Recife (PE), a CPI sobre o sistema prisional colheu relato de agente que afirmava que: “*a unidade tem capacidade para 1400 mas abriga mais de 4000 presos. Neste plantão somos 5 agentes. Portanto, eles fingem que estão presos e nós fingimos que estamos vigiando*”.⁸⁶ Em presídios femininos, muitos agentes são homens e há registros de frequente assédio sexual sobre as presas. Em certos presídios, são os próprios presos que atuam como “chaveiros”, guardando as chaves das celas e controlando o espaço prisional.⁸⁷

111. Nesse contexto calamitoso, frequentemente os agentes estão envolvidos em casos de tortura e violações de direitos humanos. Por outro lado, eles também são vítimas constantes de homicídios e de outras formas de violência.

6.5. Assistência material ao preso

112. A Lei de Execução Penal, concretizando a Constituição, dispõe que a assistência material ao preso consiste no “*fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas*” (art. 12). A esse respeito, as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil preveem o fornecimento de água potável e alimentação “*preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso*” (art. 13, caput e parágrafo único). A referida resolução estabelece também que o preso “*deverá dispor de, pelo menos, uma hora ao dia para realização de exercícios físicos adequados ao banho de sol*” (art. 14).

113. A Portaria DEPEN nº 63/2009 determina que a alimentação fornecida aos presos deve consistir em quatro refeições, atendendo aos critérios nutricionais para

⁸⁶ Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário. *Op. Cit.*, p. 413.

⁸⁷ *Ibid.* p. 119.

manutenção da saúde e no fornecimento de água potável em quantidade suficiente (art. 3º). Além disso, prevê que o preso, ao ingressar na penitenciária, deve receber roupa íntima e de cama, a serem substituídas duas vezes por semana para fins de higienização (art. 4º). Dispõe, ainda, acerca da necessidade de que lhes seja fornecido material de higiene pessoal básico com reposição periódica (art. 5º).

114. Tais parâmetros são absolutamente desrespeitados no cotidiano dos presídios. Falta água para banho e até para consumo. Em geral, a alimentação é de péssima qualidade e muitas vezes está estragada. O Relatório da CPI da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário revelou que *“em diversos estabelecimentos, os presos bebem em canos improvisados, sujos, por onde a água escorre. Em outros, os presos armazenam água em garrafas de refrigerantes, em face da falta constante do líquido precioso. Em vários presídios, presos em celas superlotadas passam dias sem tomar banho por falta de água. Em outros, a água é controlada e disponibilizada 2 ou 3 vezes ao dia”*⁸⁸.

115. O fornecimento de uniformes é irregular: não é incomum que os presos dependam das roupas providenciadas por parentes ou por instituições de caridade, ou que fiquem seminus, quando não têm acesso àquelas⁸⁹. Tampouco é regular a disponibilização de material de higiene básica. Na Cadeia Pública Feminina de Colina, em São Paulo, por exemplo, durante um ano inteiro, as presas receberam cerca de 4 rolos de papel higiênico, e não lhes foi entregue nenhuma escova de dentes e nenhum absorvente íntimo, o que as obrigou a utilizar miolos do pão servido na cadeia para a contenção do fluxo menstrual⁹⁰.

116. Infelizmente, esta não é uma situação excepcional. Com efeito, o CNMP verificou que, dos estabelecimentos analisados, 66% não fornecem toalhas de banho aos detentos, 57% não proveem roupas de cama, 54% não concedem uniforme e 40% não oferecem nenhum material de higiene pessoal, em flagrante violação à ordem jurídica.

6.6. Assistência à saúde

⁸⁸ Ibid. pp. 194-195.

⁸⁹ Ibid. pp. 197 e 198.

⁹⁰ Folha de S. Paulo. “Presas usam miolo de pão como absorvente, afirma Defensoria”. Jan. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/90491-presas-usam-pao-como-absorvente-afirma-defensoria.shtml>>.

117. O direito fundamental à saúde (art. 6º e 196, CF) também é, por óbvio, titularizado pelo preso. Em harmonia com a Constituição, a Lei de Execução Penal estabelece que a assistência à saúde deve assumir caráter tanto preventivo, quanto curativo, compreendendo atendimentos médico, farmacêutico e odontológico (art. 14), aos quais o Manual de Assistência do Sistema Penitenciário Federal acrescenta atendimento de enfermagem, de psicologia e de serviço social (art. 8º).⁹¹

118. Para a prestação de assistência à saúde, as normas em vigor exigem, em primeiro lugar, a existência de instalações adequadas. A Resolução CNPCP nº 14/1994 prevê que os estabelecimentos prisionais devem ser dotados de (i) uma enfermaria com cama, material clínico e instrumental adequado, (ii) dependência para observação psiquiátrica e cuidados toxicômanos, e (iii) unidade de isolamento para doenças infectocontagiosas (art. 16). Nos termos da Portaria DEPEN nº 63/2009, o serviço de saúde deverá contar ainda com consultórios médicos, odontológicos, psicológicos e de assistência social e espaços para enfermaria e farmácia (arts. 10, 34, 35 e 36).

119. A definição do número de profissionais de saúde também é objeto de regulamentação por diversos atos normativos. A Resolução CNPCP nº 14/2003, que firma Diretrizes Básicas para as Ações de Saúde nos Sistemas Penitenciários, dispõe que os presídios devem ter equipes para atendimento ambulatorial para atendimento de 500 presos, compostas por 1 médico clínico, 1 médico psiquiatra, 1 odontólogo, 1 assistente social, 1 psicólogo, 2 auxiliares de enfermagem e 1 auxiliar de consultório dentário, e, nas unidades femininas, 1 médico ginecologista, todos com carga horária de 20 horas semanais.⁹²

120. Há, ainda, diversos parâmetros para exames médicos e demais ações de saúde dentro dos presídios. A Resolução CNPCP nº 14/94 determina a realização de exame médico obrigatório do preso (i) no momento de seu ingresso no estabelecimento, e (ii) posteriormente, quando necessário para (a) determinar a existência de enfermidade física ou mental, (b)

⁹¹ Portaria DEPEN nº 63/2009.

⁹² Já a Resolução CNPCP nº 1/2009 prevê que, para cada 500 detentos, deve-se ter 1 médico, 1 enfermeiro, 1 auxiliar de enfermagem, 1 odontólogo, 1 auxiliar de consultório dentário, 1 psicólogo, 6 estagiários de psicologia, 1 assistente social e 6 estagiários de assistência social.

assegurar o isolamento de presos suspeitos de sofrerem doença infectocontagiosa, (c) determinar a capacidade física de cada detento para o trabalho, e (d) assinalar as deficiências físicas e mentais que possam constituir um obstáculo para sua reinserção social (art. 18), inclusive atribuindo ao médico o dever de realizar visitas diárias aos presos que necessitem (art. 19).⁹³ A Portaria DEPEN n° 63/2009, corrobora essa orientação (art. 11) e dispõe, ainda, que o médico deverá fazer visitas diárias aos presos que se encontrarem em cumprimento de sanção disciplinar de isolamento (art. 12) e visitas frequentes aos detentos enfermos, para o respectivo diagnóstico e tratamento (art. 13).

121. Sobre o tema, elaborou-se, ainda, o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), aprovado pela Portaria Interministerial n° 1777/2003, dos Ministérios da Justiça e da Saúde, que estabeleceu ações e serviços voltados à promoção da saúde da população prisional e ao controle e/ou redução dos agravos mais frequentes que a acometem, assim como prioridades a serem seguidas pelos estabelecimentos prisionais para tanto. Dentre elas, destacam-se (i) a equipagem das unidades prisionais para a prestação de serviços ambulatoriais para atenção de necessidades básicas, (ii) a organização do sistema de saúde da população penitenciária, (iii) a implantação de ações de promoção da saúde, (iv) a implementação de medidas de proteção específica, como a vacinação contra hepatites, influenza, tétano, e (v) ações para a prevenção de tuberculose, hanseníase, diabetes, hipertensão, hepatites, DST/AIDS e dos agravos psicossociais decorrentes do confinamento, bem como a distribuição de preservativos e insumos para a redução de danos associados ao uso de drogas.

122. Essas normas e parâmetros, infelizmente, têm mínima efetividade. De acordo com o CNMP, dos estabelecimentos inspecionados, cerca de 55% não possuem farmácias e em aproximadamente 6% sequer é prestado atendimento médico emergencial.

⁹³ O CNPCP também editou a Resolução no 07/2003 que firma as Diretrizes Básicas para as Ações de Saúde nos Sistemas Penitenciários e recomenda a adoção de um elenco mínimo de ações de saúde que deve ser implantado para a valorização da cidadania dos presos e para a redução de tensões inerentes às condições carcerárias. Entre outras, cabe ressaltar a necessidade de: (i) ações mínimas de prevenção e controle da tuberculose, doenças sexualmente transmissíveis e AIDS, hanseníase, hipertensão arterial e diabetes além do câncer cérvico uterino e de mama; (ii) ações dirigidas à saúde mental, à saúde bucal, à realização de pré-natal e à imunização para hepatite B e Tétano; e (iii) avaliação médica no ingresso do apenado na prisão e acompanhamento das condições clínicas e de saúde dos apenados registrado em prontuário.

123. Não faltam episódios revoltantes a respeito do atendimento à saúde do preso. No Rio Grande do Sul, por exemplo, um apenado contraiu tuberculose, e, por falta de tratamento, teve de realizar cirurgia de extração de parte do pulmão. A insalubridade da cela levou a que o corte, feito na cirurgia, infeccionasse e o tecido humano apodrecesse. Em 2013, o preso tinha um orifício tão grande em seu tórax que por ele era possível observar o seu coração pulsando.⁹⁴

124. Em síntese, os presos sofrem com a absoluta precariedade da assistência à saúde nos presídios.

6.7. Educação

125. A Constituição dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205) e que a educação básica, composta pelos ensinos fundamental e médio, é direito público subjetivo (art. 208, § 1º).

126. Em sintonia com a Constituição, a Lei de Execução Penal previu a assistência educacional como um dos deveres do Estado (art. 11, III). De acordo com a LEP, a assistência educacional é composta pela instrução escolar e pela formação profissional do preso (art. 17). Ela prevê que o estabelecimento penal deve contar com uma biblioteca (art. 21) e salas de aulas para cursos do ensino básico e profissionalizante (art. 83, *caput* e § 4º). A LEP consagra, ademais, a possibilidade de o preso em regime semiaberto ou fechado remir parte do tempo de execução da pena por estudo, à proporção de 1 dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em 3 dias (art. 126, *caput* e §1º, inc. I).

127. A realidade do sistema prisional brasileiro também nesse quesito está muito distante das normas e parâmetros vigentes. Segundo dados do DEPEN de 2012, apenas cerca de 9,2% dos presos encontram-se envolvidos em atividades educacionais. Além disso, tais dados demonstram a baixíssima oferta de cursos profissionalizantes. De acordo com o

⁹⁴ Representação da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a violação de direitos humanos no presídio Central de Porto Alegre, 10 jan. 2013.

DEPEN, apenas 2.377 presos estariam, em 2012, recebendo educação técnica em todo o sistema prisional brasileiro.⁹⁵

128. De acordo com o CNMP, 61% dos estabelecimentos prisionais inspecionados não possuem bibliotecas e quase 60% deles não desenvolvem qualquer atividade cultural ou de lazer. Já o Relatório da CPI da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário assinala que, nas diligências realizadas, foram constatados graves problemas na prestação da assistência educacional, como a falta de espaço físico destinado às atividades educacionais, falta de material pedagógico, profissionais mal pagos e desestimulados, e a escassez de escolas⁹⁶.

129. Evidencia-se, portanto, a ausência de estrutura, material e atividades educacionais nos presídios brasileiros em afronta ao que determina a Constituição de 1988.

6.8. Trabalho do preso

130. Outro direito do preso amplamente violado no sistema prisional brasileiro é o direito ao trabalho. A Constituição reconheceu expressamente o trabalho como direito social (art. 6º), destacando-o como um dos fundamentos da República (art. 1º, VI).

131. No sistema prisional, o trabalho configura um direito do preso. O Estado é, portanto, obrigado a disponibilizar trabalho aos detentos, que deverá ter finalidade educativa e produtiva⁹⁷ (art. 28, *caput*) e levar em conta as aptidões físicas, mentais, intelectuais e profissionais de cada condenado (art. 31)⁹⁸. Ademais, o trabalho confere ao preso em regime

⁹⁵ Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Formulário Categorias e Indicadores Preenchidos. Referência: 06/2012. (doc. 16). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/departamento-penitenciario-nacional/sistema-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-dez-2012.xls/view>>.

⁹⁶ Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário. *Op. Cit.*, p. 232.

⁹⁷ As Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Prisioneiros ressaltam que o trabalho penitenciário “não deve ser penoso” e deve ser oferecido suficientemente a todos os presos condenados, proporcionando-lhes “treinamento profissional em profissões úteis aos presos que dele tirem proveito, especialmente aos presos jovens” (art. 7.1).

⁹⁸ Também no âmbito interno, as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil (Resolução CNPCP n. 14/94) definem que o trabalho, além de remunerado e de índole educativa e produtiva, não deverá ter caráter aflitivo (art. 56)

fechado ou semiaberto a possibilidade de remir parte do tempo de execução da pena, à razão de um dia de pena a cada três de trabalho (art. 126).

132. Contudo, segundo dados do DEPEN de 2012, apenas 20,4% dos presos estão envolvidos em atividade laboral no País⁹⁹. Os números disponibilizados explicitam o enorme déficit de postos de trabalho para a população carcerária, bem como a escassez de oportunidades de labor externo (dos presos que trabalham, menos de 20% exercem trabalho externo¹⁰⁰) e a predominância da oferta de atividades de apoio ao estabelecimento penal, como a limpeza e a cozinha (que correspondem a cerca de 35% de todos os postos¹⁰¹)¹⁰².

133. Além da ociosidade dos presos, a CPI da Câmara dos Deputados sobre o sistema prisional constatou a brutal exploração dos apenados pelo Estado em atividades de manutenção dos estabelecimentos penais, sem qualquer remuneração e muitas vezes com jornadas abusivas e ilegais¹⁰³.

134. Em síntese, falta trabalho disponível no sistema penitenciário brasileiro. Quando ele existe, com frequência as suas condições são precárias e sua remuneração é inexistente ou indigna, o que configura exploração ilegal do trabalho do preso e grave violação de seus direitos fundamentais.

6.9. Tortura, sanções ilegítimas e uso da força

⁹⁹ Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Formulário Categorias e Indicadores Preenchidos. Referência: 06/2012. *Op. Cit.*

¹⁰⁰ De acordo com os dados do DEPEN, apenas 21.085 dos 111.909 presos que trabalham exercem trabalho externo. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Formulário Categorias e Indicadores Preenchidos. Referência: 06/2012. *Op. Cit.*

¹⁰¹ De acordo com os dados do DEPEN, 38.945 dos 111.909 presos que trabalham exercem atividades de apoio ao estabelecimento prisional. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Formulário Categorias e Indicadores Preenchidos. Referência: 06/2012. *Op. Cit.*

¹⁰² No mesmo sentido, cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil. Capítulo IV. Disponível também em: <<http://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm>>.

¹⁰³ Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário. *Op. Cit.*, pp. 249-250.

135. A Constituição Federal assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, e proíbe a tortura, as penas cruéis e o tratamento desumano ou degradante. Ela chega a qualificar a tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, III, XLIII, XLVII, *al. e*, e XLIX), tamanho o repúdio que manifesta contra esta prática odiosa.

136. A LEP, por sua vez, proíbe as sanções sem previsão legal prévia ou que possam colocar em perigo a integridade física e moral do condenado, vedando o emprego de cela escura e de sanções coletivas (art. 45); determina que o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos aplicados aos presos que cometerem faltas disciplinares não poderão exceder a 30 dias (art. 58); e estabelece que deverá ser instaurado procedimento para apuração de falta disciplinar, sendo assegurado o direito de defesa do preso (art. 59).¹⁰⁴

137. Estas normas, contudo, são sistematicamente inobservadas no sistema penitenciário brasileiro. O CNMP aponta que há registros de maus tratos aos presos por parte dos servidores em todas as regiões do país e que em cerca de 92% dos estabelecimentos prisionais há aplicação de sanções sem instauração de prévio procedimento disciplinar.¹⁰⁵

138. O Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, em Relatório sobre sua visita ao Brasil, publicado em fevereiro de 2012, revelou grande preocupação com os relatos recebidos de diversos detentos, que se queixaram de “abusos e maus-tratos envolvendo insultos, sanções arbitrárias e humilhação por parte dos guardas das prisões” e narraram casos de espancamentos. Segundo o documento, houve relatos de maus tratos e condições desumanas também durante o transporte de presos e da prática de métodos como “trancar um grande número de detentos

¹⁰⁴ Na mesma linha, a Resolução CNPCP nº 14/94, ao tratar da ordem e da disciplina nos presídios, dispõe peremptoriamente que “[n]ão haverá falta ou sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar” (art. 23), que “[a]s sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e a dignidade pessoal do preso”. Proíbe, ainda, que “os castigos corporais, clausura em cela escura, sanções coletivas, bem como toda punição cruel, desumana, degradante e qualquer forma de tortura” sejam utilizados como sanções disciplinares (art. 24) e que “correntes, algemas e camisas-de-força” sejam utilizados como instrumentos de punição (art. 25). Também nos termos dessa resolução, a norma regulamentar que estabelecer a sanção disciplinar deverá determinar (i) a conduta que constitui infração disciplinar; (ii) o caráter e a duração das sanções disciplinares; e (iii) a autoridade que deverá aplicar as sanções (art. 26), sendo que aos presos deve ser assegurado o direito de defesa, prévio à punição (art. 27) e as medidas coercitivas “serão aplicadas, exclusivamente, para o restabelecimento da normalidade e cessarão, de imediato, após atingida a sua finalidade” (art. 28).

¹⁰⁵ Conselho Nacional do Ministério Público. Relatório “A visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro”. Brasília: CNMP, 2013. (doc. 11)

*em posições desconfortáveis, algemados e sem ventilação, abrir as portas para espirrar spray de pimenta nos detentos e depois fechar o veículo”.*¹⁰⁶

139. Casos emblemáticos não faltam. No presídio Urso Branco, em Rondônia, em retaliação a uma rebelião ocorrida na unidade, consta que agentes penitenciários teriam conduzido todos os internos à quadra de futebol da unidade, trajando apenas roupas íntimas, e os feito passar seis dias dormindo ao relento, obrigados a fazer as suas necessidades fisiológicas no local. Diversos presos teriam sofrido queimaduras de segundo e terceiro grau devido à exposição ao sol escaldante, com termômetros marcando 40°C.¹⁰⁷ No presídio Regional de Joinville, em Santa Catarina, há relatos consistentes de que dezenas de detentos teriam sido colocados nus no pátio e obrigados a passar mais de duas horas sem se mexer, sendo alvos de balas de borracha, gás de pimenta, bombas de efeito moral, além de violentos chutes por parte de agentes penitenciários¹⁰⁸. No Instituto Penal Plácido de São Carvalho, no Rio de Janeiro, consta que detentos também teriam sido obrigados a ficar nus enquanto eram agredidos com chibatadas de cinto no rosto e com porretes pelos agentes.¹⁰⁹

140. Analisando as estatísticas e os relatos apresentados, é possível constatar o abismo que separa as normas da realidade. A prática da tortura ainda é presente no dia-a-dia dos presídios do país. O mesmo pode ser observado com relação à utilização abusiva de instrumentos de coação e de sanções disciplinares aplicadas sem o devido processo legal.

6.10. Mulheres encarceradas

¹⁰⁶ Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da ONU. “Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”, p. 23/24. Fevereiro, 2012. (doc. 15)

¹⁰⁷ Observatório de Segurança. Relatório “Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie”, p. 31. Out. 2007. Disponível em <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Relatorio_Presidio_Urso_Branco-a_institucionalizacao_da_barbarie_2007.pdf>. Rondoniagora. “PGR pede intervenção federal em Rondônia”. Out. 2008. Disponível em <<http://www.rondoniagora.com/noticias/pgr-pede-intervencao-federal-em-rondonia;-confira.htm>>.

¹⁰⁸ Consultor Jurídico – Conjur. “Polícia investigará tortura em presídio de Joinville”. Fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-05/policia-civil-investigara-tortura-presidio-regional-joinville>>.

¹⁰⁹ Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relatório Anual do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, 2012. Disponível em <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/01/RELAT%C3%93RIO-ANUAL-MEPCT-RJ-2012.pdf>

141. Um dos grupos que mais padece em função do tratamento prisional inadequado é o de mulheres, que apesar de representar apenas 6,4% da população carcerária brasileira total, vem tendo um crescimento proporcionalmente muito maior do que a masculina nos últimos anos.

142. A Lei de Execução Penal estabelece, de forma genérica, em seu artigo 82, §1º, que a mulher deve ser recolhida em "*estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal*". Dispõe, ainda, que "*os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até 6 (seis) meses de idade*" (art. 83, §2º). Determina, ademais, que a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente, e de creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos (art. 89). A preocupação com a saúde das gestantes fica evidenciada, ainda, pela previsão contida no artigo 14, §3º, que prevê que "*será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido*".

143. Considerando a falta de efetividade das normas introduzidas na LEP, o Grupo de Trabalho Interministerial de Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino formulou algumas propostas urgentes a serem observadas na matéria, que incluem, dentre outras medidas, a construção de berçários e creches, para assegurar o convívio de mães e filhos, melhorias no tratamento de saúde, inclusive pré-natal, e fornecimento de material de higiene, sobretudo absorventes íntimos.¹¹⁰

144. Não obstante, dados de 2012 revelam que tem havido, desde 2007, uma queda no número de creches e berçários em estabelecimentos prisionais femininos.¹¹¹ Os números

¹¹⁰ Grupo de Trabalho Interministerial - Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino. Relatório Final. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B0D583EE2-5A22-41A1-A16A-17304AE40849%7D&ServiceInstUID=%7B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%7D>>

¹¹¹ Comparação de dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen de dez. de 2007 e jun. de 2012. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Formulário Categorias e Indicadores Preenchidos. Referências: 12/2007 e 06/2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-dez-2007.pdf/view>> e <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-jun-2012.xls/view>>

evidenciam ainda o descaso com a saúde das mulheres presas: em dezembro de 2007, para as 40 penitenciárias femininas existentes no Brasil, havia apenas 36 módulos de saúde para gestantes e parturientes. Até 2012, foram construídos apenas mais *três* desses módulos no país inteiro, apesar do crescimento de quase 36% da população carcerária feminina no período e do aumento do número de penitenciárias femininas de 40 para 53.

145. Em dezembro de 2012, havia tão somente 15 ginecologistas para 79 estabelecimentos prisionais femininos, embora a Resolução nº 7/2003 do Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias estabeleça em seu artigo 1º, IV que nas unidades femininas deve haver *sempre pelo menos um* ginecologista.

146. A realidade é que muitas presas passam toda a gravidez sem realizar um único exame laboratorial ou de imagem, o que impede o conhecimento de doenças, que muitas vezes só são descobertas na hora do parto,¹¹² os quais às vezes ocorrem nas celas ou nos pátios das penitenciárias.

147. Há, ainda, diversas denúncias de mulheres que, ao conseguirem chegar ao hospital para dar à luz – quase sempre em viaturas policiais, e não em ambulâncias – são obrigadas a parir algemadas pelas mãos e pelos pés, motivo pelo qual, recentemente, o Estado de São Paulo foi condenado judicialmente a pagar uma indenização por danos morais.¹¹³

6.11. População prisional LGBT

148. Outro grupo socialmente estigmatizado que enfrenta graves violações de direitos humanos no ambiente prisional é o das minorias sexuais.

¹¹² Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional - CEJIL, et. al. *Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil*. Fev. 2007. p. 32. (doc. 17) Disponível também em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fcarceraria.org.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2013%2F02%2FRelato%25CC%2581rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf&ei=qkXCVLCEPcXSggT_uIPADw&usg=AFQjCNGSI2uDMcAM_ZRdx9nR7-iX0QFOxQ&bvm=bv.84349003,d.eXY>

¹¹³ Ibid.

149. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e o Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD/LGBT editaram a Resolução Conjunta nº 1 de 15 de abril de 2014, prevendo uma série de medidas importantes sobre a questão, como a criação de alas especiais para os presos LGBT, de adesão voluntária (art. 1º), a permissão do uso de roupas adequadas à identidade de gênero, e de manutenção de cabelos compridos para o travesti ou transexual em privação de liberdade (art. 5º); o direito à visita íntima para a população LGBT (art. 6º); e o acesso a tratamento hormonal, no âmbito da assistência à saúde do preso (art. 7º).

150. Tais regras, contudo, são sistematicamente descumpridas.

151. Nas prisões brasileiras, as minorias sexuais sofrem, com frequência, abusos sexuais, que vão desde o relacionamento habitual forçado com outro preso até o estupro.¹¹⁴ Como revelou em entrevista o secretário de Assuntos Penitenciários da Paraíba, há casos como o da travesti violentada por 20 homens em uma só noite¹¹⁵ e, ainda, o do “leilão de travestis”, em que estas eram usadas como “moeda de troca” entre os presos para se tornarem escravas sexuais¹¹⁶. Além da violência sexual, tais pessoas costumam ser obrigadas por outros detentos a desempenhar tarefas reputadas “femininas”, tais como cozinhar e lavar pratos e roupas¹¹⁷.

152. Da parte dos poderes públicos, há outras graves violações de direitos como a recusa à utilização do nome social nos registros e prontuários, o impedimento ao recebimento de visita íntima, a imposição do uso de roupas inadequadas e do corte de cabelo, a negativa de concessão do auxílio-reclusão para o (a) cônjuge ou companheiro(a), e o não fornecimento de

¹¹⁴ Entrevista com Dr. Dráuzio Varela. Presídios criam celas especiais para população LGBT. Abr. 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/04/1436759-presidios-criam-celas-especiais-para-populacao-lgbt-assista.shtml>>

¹¹⁵ Ala especial em presídio da PB ajuda travestis a não sofrer preconceito. Nov. 2013. Disponível em <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2013/09/ala-especial-em-presidio-da-pb-ajuda-travestis-nao-sofrer-preconceito.html>>

¹¹⁶ ONG denuncia ‘leilão’ de travestis em penitenciária de MT. Mar. 2012. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=79404>

¹¹⁷ Ala especial em presídio da PB ajuda travestis a não sofrer preconceito. Nov. 2013. Disponível em <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2013/09/ala-especial-em-presidio-da-pb-ajuda-travestis-nao-sofrer-preconceito.html>>

tratamento hormonal para travestis e transexuais. Ademais, a população LGBT, em função dos abusos e da vedação em alguns presídios à entrada de preservativos, está mais sujeita a contrair doenças sexualmente transmissíveis.

6.12. Uso do Fundo Penitenciário Nacional

153. O Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, criado Lei Complementar nº 79/1994, e regulamentado pelo Decreto nº 1.093/1994, conta com recursos destinados ao financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro.¹¹⁸ O FUNPEN é composto por diferentes verbas, dentre as quais 50% das custas judiciais recebidas em favor da União e 3% dos recursos arrecadados com loterias e sorteios federais. A gestão dos recursos do FUNPEN é atribuição do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, órgão vinculado ao Ministério da Justiça.

154. Porém, apesar da situação calamitosa do sistema penitenciário brasileiro, a maior parte dos recursos disponíveis do FUNPEN não é efetivamente gasta. Segundo informações do DEPEN, atualmente o saldo contábil do fundo corresponde a cerca de R\$ 2,2 bilhões.¹¹⁹ Um dos entraves para o uso destes recursos é o contingenciamento orçamentário realizado pelo governo federal, visando a atingir as metas fiscais.¹²⁰ No ano de 2013, calcula-se que menos de 20% dos gastos orçamentariamente autorizados do referido fundo foram efetivamente realizados. Veja-se, neste sentido, o gráfico abaixo, elaborado pelo *site* “Contas Abertas”:

¹¹⁸ Os recursos do fundo destinam-se para a melhoria do sistema penitenciário por meio das seguintes medidas (i) construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais; (ii) manutenção dos serviços penitenciários; (iii) formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário; (iv) aquisição de material permanente, (v) equipamentos e veículos especializados; (vi) implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do internado; (vii) formação educacional e cultural do preso e do internado; (viii) elaboração e execução de projetos voltados à reinserção social de presos, internados e egressos; (ix) programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes; (x) programa de assistência às vítimas de crime; (xi) programa de assistência aos dependentes de presos e internados; (xii) participação de representantes oficiais em eventos científicos sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica; (xiii) publicações e programas de pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica; (xiv) custos de sua própria gestão, excetuando-se despesas de pessoal relativas a servidores públicos já remunerados pelos cofres públicos; e (xv) manutenção de casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica.

¹¹⁹ Dado contido no voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso proferido no RE 580.525.

¹²⁰ Nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado PLS 25/2014, da Senadora Ana Amélia (PP-RS) visa a proibir o contingenciamento pelo governo de recursos do FUNPEN.

Orçamento Geral da União 2001 - 2013
Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN

Valores Constantes (atualizados pelo IGP-DI, da FGV)							
Ano	Autorizado	Empenhado	Pago	RP Pago	TOTAL PAGO	TOTAL PAGO / AUTORIZADO %	TOTAL DE RP A PAGAR
2001	726.225.853,81	668.144.945,58	548.386.197,02	101.279.066,07	649.665.263,10	89,46%	-
2002	685.232.477,45	294.336.570,01	166.610.366,09	103.772.324,19	270.382.690,28	39,46%	-
2003	390.436.164,31	219.425.468,71	134.301.930,45	66.405.932,62	200.707.863,07	51,41%	99.076,12
2004	274.489.593,35	241.410.498,42	183.224.299,02	67.432.037,63	250.656.336,65	91,32%	10.283.813,84
2005	349.366.731,76	247.199.984,49	122.984.837,11	32.753.879,33	155.738.716,43	44,58%	27.557.282,66
2006	558.233.669,90	465.113.839,14	183.244.813,77	116.071.217,87	299.316.031,64	53,62%	16.954.820,86
2007	628.496.254,80	293.302.079,63	57.176.765,82	275.092.159,06	332.268.924,88	52,87%	3.320.659,12
2008	753.614.554,28	297.218.763,69	25.832.595,35	85.898.894,43	111.731.489,77	14,83%	125.891.143,67
2009	282.210.028,86	130.456.629,26	34.024.613,68	266.607.225,41	300.631.839,09	106,53%	105.732.460,27
2010	308.486.297,08	110.339.719,74	29.907.429,92	108.098.962,17	138.006.392,08	44,74%	79.198.104,78
2011	303.457.689,08	102.562.013,02	33.697.058,47	69.014.686,06	102.711.744,53	33,85%	65.590.697,60
2012	839.145.713,28	441.767.483,71	27.278.545,90	70.090.302,72	97.368.848,62	11,60%	40.167.331,11
2013*	384.205.588,00	333.466.560,08	40.779.944,97	32.849.099,85	73.629.044,82	19,16%	373.107.030,87
TOTAL	6.483.600.615,96	3.844.744.555,49	1.587.449.397,56	1.395.365.787,41	2.982.815.184,97	46,01%	373.107.030,87

Fontes: SIAFI / Siga Brasil - Elaboração: Contas Abertas

* De 2001 a 2013 até 31/12. Em 2013, consulta realizada em 09/01/2014, com o ano ainda não encerrado oficialmente no SIAFI. As eventuais alterações até o encerramento não costumam ser relevantes.

155. Outro problema no FUNPEN é o excesso de rigidez e de burocracia da União para liberação de recursos aos demais entes federativos, para que desenvolvam medidas voltadas à melhoria do sistema carcerário. Nas palavras do Conselheiro Guilherme Calmon, supervisor do monitoramento e fiscalização do sistema carcerário do CNJ, “a subutilização destes recursos nos 20 anos em que estão sendo recolhidos é causada pelas exigências rígidas do governo federal aos estados para liberar recursos”.¹²¹

156. No atual cenário de estado de coisas inconstitucional, não é admissível o contingenciamento de recursos do FUNPEN, que deveriam ser usados para remediar a situação de descalabro do sistema prisional, que envolve grave lesão à dignidade humana de centenas de milhares de pessoas. O uso de recursos necessários à garantia do mínimo existencial não pode se submeter à pura discricionariedade governamental. Pela mesma razão, é indispensável que se adotem medidas visando a desburocratizar a liberação de tais recursos

¹²¹ Cf. Contas Abertas. “Fundo Penitenciário completa 20 anos sem atingir suas finalidades” Acessível em <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/7530>>. Cf. Documento anexo nº 18 – Dados sobre o Fundo Penitenciário Nacional.

para os Estados, sem prejuízo da manutenção dos mecanismos necessários ao controle do uso de verbas públicas.

- 7 -

**MUDAR É POSSÍVEL:
MEDIDAS QUE O STF DEVE IMPOR AOS PODERES PÚBLICOS**

157. Os fatos e dados expostos acima evidenciam um cenário terrível, de dramáticas violações a direitos fundamentais de centenas de milhares de pessoas, que tende a se agravar ainda mais, em razão do crescimento exponencial da população prisional. A seguir, serão indicadas medidas que visam à superação deste cenário.

7.1. Elaboração e implementação de planos pela União e Estados, sob monitoramento judicial

158. Como já salientado, são extremamente complexos os problemas que atingem o sistema carcerário brasileiro, e o seu equacionamento demanda uma série de medidas, de vários órgãos da União e dos Estados.

159. Por isso, e considerando tanto déficit de *expertise* do Poder Judiciário para formulação de políticas públicas, como o próprio princípio democrático, convém atribuir primariamente aos governos da União Federal, do Distrito Federal e dos Estados a incumbência de elaborar cada um o seu plano, visando ao enfrentamento do problema prisional ora vivenciado. Tais planos devem estabelecer medidas objetivas, prever metas e prazos para a sua implementação, bem como reservar os recursos necessários para tanto, de modo a buscar o equacionamento de questões como a superlotação dos estabelecimentos prisionais, a precariedade das suas instalações, a carência e falta de treinamento adequado de pessoal nos presídios, o excesso do número de presos provisórios, a prática sistemática de violência contra os detentos, a falta de assistência material, de acesso à justiça, à saúde, à educação e ao trabalho dos presos, bem como as discriminações diretas e indiretas praticadas contra mulheres, minorias sexuais e outros grupos vulneráveis nas prisões.

160. É importante que esses planos, depois de discutidos no âmbito do processo constitucional, sejam submetidos à aprovação da Corte, de forma a vincular quem os formulou. Caso os planos não sejam apresentados, ou os seus termos sejam considerados inadequados ou insuficientes, caberá ao STF, evidentemente, impor as medidas substitutivas ou adicionais que considerar apropriadas para a superação do estado de coisas inconstitucional.

161. Aprovados os planos, não deve se encerrar aí a jurisdição do STF. Pelo contrário, é fundamental que ocorra, em seguida, o *monitoramento* da sua implementação, como se deu no caso dos *desplazados*, julgado pela Corte Constitucional colombiana, a fim de assegurar a efetividade das soluções propostas.

162. Tanto para análise dos planos como para o subsequente monitoramento da sua implementação, o STF poderá se valer da *expertise* de órgão independente, com atuação na área, como decidiu fazer recentemente, na decisão proferida na Questão de Ordem das ADIs 4.357 e 4.425, em que se socorreu do CNJ. Também no presente caso, o Conselho Nacional de Justiça é a instituição que detém melhores condições para desempenhar dito papel, seja pela sua absoluta independência em relação aos demais poderes estatais, seja pela sua aptidão técnica na área prisional. Afinal, o CNJ atua nesta questão há bastante tempo, e conta com um competente Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas.

163. O primeiro plano a ser apresentado e aprovado deve ser o nacional, uma vez que o adequado tratamento da questão prisional em cada Estado pressupõe atuação concertada com a União Federal. Tal plano não deve se limitar às medidas relacionadas aos presídios federais. Trata-se de um plano nacional, e não apenas federal, voltado à superação do estado de coisas inconstitucional em todo o sistema carcerário brasileiro. Sugere-se que seja determinada à Presidência da República a elaboração e submissão ao STF do referido plano, em prazo de até 3 meses, e o mesmo deve visar ao equacionamento do problema carcerário brasileiro em um período máximo de 3 anos.

164. Apresentado o plano nacional, o STF deve ouvir o CNJ, o PGR, a Defensoria Geral da União, o Conselho Federal da OAB e o CNMP, facultando-se a manifestação de outros órgãos e interessados. Deve, ainda, realizar audiência pública para discuti-lo com a

sociedade civil.

165. Após a deliberação sobre o plano nacional, com a eventual imposição de medidas substitutivas ou adicionais, deve o STF determinar aos governos de cada Estado da Federação e do Distrito Federal que também submetam à Corte, no prazo máximo de 3 meses, os seus próprios planos, visando ao equacionamento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário naquela unidade federativa. Os planos estaduais e distrital, que devem se harmonizar com o plano nacional, também devem conter medidas objetivas, metas, prazos e indicação de recursos. Eles devem trabalhar com o horizonte temporal de 2 anos para equacionamento do problema prisional na respectiva unidade da federação, de modo que, no prazo máximo de três anos da data da apresentação do plano nacional, o estado de coisas inconstitucional possa ser revertido em todo o país.

166. Os planos estaduais e distrital também devem ser objeto de análise, aprovação e subsequente monitoramento pelo STF, que, para isso, pode, mais uma vez, se valer da assistência do CNJ, através do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. É de todo recomendável que as audiências públicas relativas a cada plano estadual ou distrital sejam realizadas nas capitais das respectivas unidades federativas, de modo a viabilizar a participação da sociedade civil local nos debates correspondentes. A condução destas audiências pode ser delegada pelo Ministro Relator aos seus juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, aplicando-se ao caso o art. 22, II, do Regimento Interno do STF.

167. Essa técnica decisória mais flexível, baseada no diálogo e cooperação entre poderes, usada com frequência no Direito Comparado – como se viu acima -, pode se revelar mais efetiva para o equacionamento do estado de coisas inconstitucional do nosso sistema prisional do que a adoção de decisões de perfil mais tradicional e ortodoxo.

7.2. Audiência de custódia

168. Como já salientado, um dos mais graves problemas do sistema prisional brasileiro é o excesso de presos provisórios. Há consenso de que muitas destas pessoas não deveriam estar presas. Existe, no Brasil, uma banalização na decretação das prisões processuais, o que, além de violar os direitos à liberdade e à presunção de inocência, agrava

significativamente o quadro de superlotação do nosso sistema carcerário. Uma medida que pode aliviar significativamente este quadro é a imposição da realização de audiências de custódia a todo o Poder Judiciário brasileiro. Tal providência, aliás, *sequer depende* do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do nosso sistema prisional.

169. A audiência de custódia consiste na pronta apresentação do preso ao juiz, para que este decida sobre a juridicidade da prisão. Além de aprimorar o controle sobre a legalidade da prisão, evitando constrições desnecessárias ou abusivas à liberdade, ela permite que se detectem eventuais maus-tratos praticados contra o preso, o que se afigura fundamental, especialmente em um país em que a tortura ainda é prática corriqueira.¹²² Como observou a Diretora do Humans Rights Watch – Brasil, Maria Laura Canineau, “*o risco de maus-tratos é frequentemente maior durante os primeiros momentos que seguem a detenção quando a polícia questiona o suspeito*”¹²³. Daí porque, a não apresentação imediata do preso ao Judiciário, nas suas palavras, “*torna os detentos mais vulneráveis à tortura e outras formas graves de maus-tratos cometidas por policiais abusivos*”.

170. O direito à audiência de custódia está expressamente previsto no art. 9.3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, que determina que “*qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz*”. A audiência também foi consagrada pelo art.7. 5, do Pacto de San José da Costa Rica, segundo o qual “*toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz*”. Tais preceitos não são meras proclamações retóricas, ou simples exortações ao Poder Legislativo. Eles foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, quando os tratados em questão foram internalizados, e vigoram no Brasil com hierarquia *supralegal*, de acordo com a jurisprudência do STF.¹²⁴

¹²² A Anistia Internacional, em documento intitulado “Combateando a Tortura. Manual de Ação”. London: Amnesty International, 2003, ressaltou: “*A exigência de apresentar os detentos a uma autoridade judicial (...) após a prisão é uma salvaguarda essencial para que se preservem os direitos humanos dos prisioneiros. É um meio de garantir que as detenções sejam legais e necessárias. É também uma salvaguarda contra a tortura: um juiz pode verificar se há algum sinal perceptível de maus-tratos e pode ouvir algo que o prisioneiro queira dizer. É ainda uma maneira de supervisionar a detenção por meio de controle judicial, eliminando o poder absoluto sobre um prisioneiro, que, do contrário, os funcionários poderiam exercer*” (p. 11).

¹²³ Maria Laura Canineau. “O direito à ‘audiência de custódia’ de acordo com o Direito Internacional”. In: *Informativo Rede Justiça Criminal*, Edição 05, 2013, p. 3.

¹²⁴ R. E. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006.

171. É certo, por outro lado, que a audiência de custódia constitui uma garantia de direito fundamental. Portanto, ela desfruta de aplicabilidade imediata, nos termos inequívocos do art. 5º, § 1º, da Constituição, não dependendo de edição de lei para a produção de efeitos. Não se ignora que tramita no Congresso o Projeto de Lei nº 554, de iniciativa do Senador Antonio Carlos Valadares, instituindo e regulamentando a audiência de custódia. A aprovação do projeto, conquanto positiva, não se afigura, contudo, condição necessária para a imediata aplicação do instituto no país, haja vista a natureza autoaplicável dos direitos fundamentais consagrados no Pacto dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

172. O STF vem reconhecendo que direitos fundamentais previstos em tratados internacionais têm aplicabilidade imediata e preponderam sobre a legislação infraconstitucional conflitante. É o que a Corte afirmou em relação à vedação de prisão do depositário infiel, estabelecida no Pacto de San Jose da Costa Rica. Como registrou o Ministro Gilmar Mendes, em julgamento sobre a matéria, “*diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante*” (grifos no original).¹²⁵

173. Nada obstante, a jurisprudência brasileira vem se orientando no sentido contrário à aplicação imediata da garantia convencional da audiência de custódia. As decisões judiciais por vezes até mencionam o art. 7.5 da Convenção Interamericana. Porém, afirmam que, diante da inexistência de lei no mesmo sentido, a audiência não seria exigível. Como se tratados internacionais sobre direitos humanos, devidamente internalizados, fossem inteiramente desprovidos de força normativa (!).¹²⁶

¹²⁵ R.E. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006.

¹²⁶ Nesse sentido, *e.g.*, TRF da 1ª Região, 3ª Turma, HC 0038979-75.2014.4.01.0000, Rel. Des. Fed. Ney Bello, j. 23/09/2014; TJRJ, 4ª Câmara Criminal, HC 0005208-38.2015.8.19.0000, Rel. Des. Antônio Eduardo F. Duarte, j. 10/03/2015; TJSP, 12ª Câmara Criminal, HC 2224179-92.2014.8.26.0000, Rel. Des. Angélica de Almeida, j. 04/03/2015. (doc. 19)

174. Saliente-se, por outro lado, que a simples comunicação da prisão ao juiz, nos termos previstos no art. 306 do Código de Processo Penal, não basta para a satisfação do direito à audiência de custódia. É necessário que haja o *comparecimento pessoal* do preso, que deve ter a oportunidade de se dirigir ao magistrado. É o que vem decidindo reiteradamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso *Acosta Calderón v. Equador*, em que averbou que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o preso deve comparecer pessoalmente e dar a sua declaração perante o juiz”¹²⁷. Na mesma linha, no caso *Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez v. Equador*¹²⁸, a Corte Interamericana destacou que “para satisfazer a exigência do artigo 7.5 de ‘ser levado’ ante um juiz, a autoridade judicial deve ouvir pessoalmente o preso e valorar todas as explicações que este forneça, para decidir se procede a libertação ou a manutenção da privação de liberdade”.

175. É por isso que deve ser louvada a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, capitaneada pelo seu Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski, de buscar a implementação das audiências de custódia nos tribunais nacionais, por intermédio do “Projeto Audiência de Custódia”.¹²⁹ É certo, todavia, que a realização das audiências de custódia não pode depender da aceitação deste belo projeto pelos tribunais, nem ocorrer por meio de implementação progressiva, através de projetos-piloto¹³⁰. Trata-se, afinal, de um direito fundamental, de aplicabilidade imediata. Portanto, é necessário universalizar prontamente o instituto, de modo a viabilizar a sua efetiva fruição por todos os presos.

176. Inclusive porque, a experiência até agora com as audiências de custódia, decorrente da feliz iniciativa do CNJ, tem relevado que se trata de medida extremamente

¹²⁷ *Acosta Calderón v. Equador*. Sentença de 25.06.2005.

¹²⁸ *Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez v. Equador*. Sentença de 21.11.2007.

¹²⁹ Cf. Termo de cooperação técnica celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa acerca das audiências de custódia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/termoAudCustodia.pdf>>

¹³⁰ No procedimento de controle administrativo 0000810-77.2015.2.00.0000, o próprio CNJ afirmou a adesão facultativa dos tribunais ao referido projeto, bem como a sua implementação progressiva por meio de projetos-piloto: “(...) a adoção do projeto é progressiva e escalonada, e leva em consideração a necessidade de disponibilização de recursos humanos e estrutura física para a sua implementação. Ademais (...) a adesão dos Tribunais ao referido projeto será voluntária, não tendo o referido projeto, portanto, caráter impositivo” (doc. 20). Disponível também em <www.jota.info/cnj-rejeita-suspender-audiencias-de-custodia>.

eficaz para a tutela dos direitos fundamentais dos presos, que pode ter um impacto significativo sobre os problemas da banalização da prisão provisória e da superlotação dos presídios brasileiros.¹³¹

177. Não há uma definição exata do que seja a “condução sem demora” do preso à presença de autoridade judiciária competente. A Corte Interamericana já decidiu, no caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores v. México*,¹³² que a apresentação do preso ao juiz em prazo de 5 dias se afigurava incompatível com a “condução sem demora”. Um prazo adequado, que vem sendo adotado pelo CNJ no Projeto Audiência de Custódia, é o de 24 horas. Este prazo já foi considerado compatível com o Pacto de San José da Costa Rica pela Corte Interamericana,¹³³ e tem a vantagem de coincidir com o que foi definido pelo legislador para a submissão da prisão em flagrante à apreciação judicial (art. 306, §1º, CPP), bem como com o que está previsto no PL 554, em trâmite no Congresso Nacional.

178. Assim, deve-se postular ao STF que afirme a aplicabilidade imediata do direito à audiência de custódia, prevista no Pacto dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, impondo a sua realização por todo o Poder Judiciário brasileiro.

7.3. Consideração do estado de coisas inconstitucional na decisão sobre a prisão provisória. Necessidade de fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão.

179. A cultura do encarceramento, presente no Judiciário brasileiro, encontra-se tão entranhada na mentalidade dos juízes e na prática forense que consegue sabotar a eficácia de inovações legislativas consentâneas com a Constituição. É o caso da Lei nº 12.403/2011, que alterou o art. 319 do Código de Processo Penal, para introduzir medidas cautelares penais alternativas à prisão, como a monitoração eletrônica. Esta lei, que concretiza o princípio da proporcionalidade no campo processual penal, infelizmente “não pegou”: os juízes

¹³¹ De acordo com notícia publicada no jornal O Estado de São Paulo, cerca de 40% das prisões em flagrante realizadas pela Polícia foram invalidadas pelo TJ/SP, no primeiro dia de experiência com a audiência de custódia naquele tribunal. Cf. <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,audiencia-de-custodia-revoga-40-das-prisoas,1655034>.

¹³² Caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores v. México*. Sentença de 26 de novembro de 2010.

¹³³ Caso *López Álvarez v. Honduras*. Sentença de 1º de fevereiro de 2006.

continuam adotando como regra a decretação da prisão, à revelia da Constituição, da lei e das normas internacionais, desprezando a possibilidade de adoção de providências alternativas. É o que registrou com propriedade Gilmar Ferreira Mendes:

“Sobre o modelo da prisão provisória, travamos uma luta intensa no Conselho Nacional de Justiça, concebendo, inclusive, o projeto de lei que resultou na Lei 12.403/2011, para que aprovássemos as medidas cautelares alternativas à prisão provisória. Até hoje, contudo, não se identificam os reflexos dessa alteração.

A toda hora nos deparamos, no STF, com situações de prisão provisória que poderia ter sido substituída por alguma medida alternativa. Há uma série de medidas cautelares previstas na referida Lei, entre elas, o monitoramento eletrônico, medida, contudo, ainda pouco utilizada e que, se adequadamente implantada, poderia reduzir, significativamente, a superlotação carcerária.”¹³⁴

180. Se, em cenário de normalidade, a prisão provisória já deveria ser empregada com grande parcimônia, haja vista o peso superlativo da liberdade e da presunção de inocência na escala dos valores constitucionais, a moderação se impõe com intensidade ainda maior no presente contexto, em que as prisões são verdadeiros infernos dantescos.

181. É que o processo de interpretação e aplicação de normas jurídicas não pode se desvincular da realidade empírica sobre a qual incide. Por isso, ao prestarem a jurisdição penal, os juízes não podem fechar os seus olhos para a realidade, em que o aprisionamento sabidamente importa em gravíssima lesão à dignidade dos detentos, que são confinados em masmorras superlotadas, sem qualquer separação dos presos definitivos. Neste cenário, a prisão provisória só é admissível em hipóteses extremas, em que a medida não apenas se afigure indispensável, como também assegure benefícios à sociedade que sobrepujem as seríssimas restrições aos direitos do preso que ela enseja – que são, na prática, muito mais graves do que aquelas previstas pela ordem jurídica.

182. Tal contexto, além de justificar a extrema moderação no recurso à prisão provisória, demanda também que haja um maior cuidado no que toca à respectiva fundamentação, exigindo-se um elevado ônus argumentativo para a sua justificação. É

¹³⁴ Gilmar Ferreira Mendes. “Segurança Pública e Justiça Criminal”. *Op. cit.*, p. 2.

essencial, ademais, que haja motivação em cada caso de não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão.

183. Esta é uma exigência que deriva da imposição constitucional de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). O dever de motivação, inerente ao Estado de Direito, é ainda mais intenso em caso de decisões que acarretem graves restrições a direitos fundamentais, como ocorre na prisão provisória.

184. Pela fundamentação, deve ser possível aferir e controlar a compatibilidade da prisão com o princípio da proporcionalidade, o que pressupõe o exame da suficiência ou não de medidas alternativas menos gravosas, previstas pelo próprio legislador. Porém, esta imposição não vem sendo observada pelos juízes brasileiros, que, ao decretarem prisões provisórias, no mais das vezes nem cogitam da aplicação de medidas cautelares alternativas.

185. Não foi por outra razão que o Ministro Ricardo Lewandowski encaminhou, em janeiro de 2014, proposta ao Ministério da Justiça sugerindo ao governo a apresentação de projeto de lei ao Congresso Nacional, modificando o Código de Processo Penal para prever expressamente a necessidade de fundamentação judicial para a não aplicação das medidas cautelares alternativas, em cada caso de decisão sobre prisão provisória. Ao apresentar a sua proposta, o Ministro Lewandowski consignou que ela é *“baseada na jurisprudência desta Suprema Corte – a qual considera a prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, medida excepcional, que somente pode ser decretada se cabalmente demonstrada a sua necessidade, com base nos elementos do caso concreto”*, acrescentando ainda que a medida *“poderá contribuir para solucionar o grave problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais em nosso País”*.¹³⁵

186. A apresentação da proposta foi uma excelente iniciativa e a aprovação pelo Congresso da medida sugerida seria uma ótima notícia para a agenda dos direitos humanos e da segurança pública no país. Sem embargo, a alteração em questão apenas explicitaria o que já decorre do sistema constitucional e da jurisprudência do próprio STF, como bem revelou a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski. Na verdade, o dever constitucional de

¹³⁵ Ofício 0015/2014 GP, de 31 de janeiro de 2014. (doc. 21). Disponível também em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Oficio00152014GP.pdf>>.

motivação das decisões judiciais, o princípio da proporcionalidade e a excepcionalidade da prisão provisória já são suficientes para que se reconheça a necessidade de fundamentação para a não aplicação das cautelares alternativas à prisão, em cada caso em que seja esta decretada ou mantida, antes do trânsito em julgado da condenação criminal.

187. Daí porque, deve-se postular ao STF o reconhecimento de que (a) no atual cenário, em que a prisão envolve quase sempre gravíssimas lesões aos direitos fundamentais do detento, a sua decretação, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, só se justifica em casos absolutamente excepcionais; e (b) de que os juízes são obrigados a fundamentar a não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, a cada vez que decretam ou mantêm prisões antes da condenação penal definitiva. Tais providências independem do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

7.4. Consideração do estado de coisas inconstitucional na aplicação e execução da pena

188. No Estado Democrático de Direito, que leva sério os direitos fundamentais, as penas devem se conformar ao *princípio da humanidade*. São vedadas as penas “cruéis”, como proclama a Constituição (art. 5º, XLVII, “e”), e o exame desta crueldade não deve se limitar ao plano formal e abstrato. Afinal, a Constituição não é mera peça retórica, mas objetiva regular a realidade social subjacente, que o intérprete não pode ignorar no momento de aplicação dos seus preceitos.

189. É por isso que, como consignou Juarez Cirino dos Santos, “*o princípio da humanidade não se limita a proibir a abstrata cominação e aplicação de penas cruéis ao cidadão livre, mas proíbe também a concreta execução cruel de penas legais ao cidadão condenado*”, tais como “*as condições desumanas e indignas, em geral, da execução das penas na maioria absoluta das penitenciárias e cadeias públicas brasileiras*”¹³⁶. Em outras palavras, ao avaliar a crueldade das penas, os juízes devem olhar não apenas os seus

¹³⁶ Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal. Parte Geral*. 6ª ed., Curitiba: ICPC, 2014, p. 31.

contornos abstratamente previstos nos textos legais, mas o contexto concreto da sua aplicação¹³⁷.

190. Outro princípio básico do Direito Penal, que tem fundamento direto na Constituição e na própria ideia de justiça, é o de que as penas devem ser *proporcionais* à gravidade do ilícito cometido. Tal exigência também constitui decorrência inarredável do Estado de Direito e do princípio da dignidade da pessoa humana. Como afirmou o Tribunal Constitucional alemão, “*cada punição deve observar uma relação razoável com a gravidade do crime e a culpa do agente. (...) O Estado não pode converter o criminoso em objeto da prevenção criminal, em detrimento do seu direito constitucionalmente protegido ao respeito e valor social*”.¹³⁸ A proporcionalidade da pena, tal como a humanidade, não deve ser aferida apenas de modo abstrato. Pena proporcional é aquela cujo efetivo cumprimento - nas suas concretas condições – guarda equivalência com a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal e com a culpabilidade do agente¹³⁹.

191. O sistema prisional brasileiro está em colapso e as penas privativas de liberdade são sistematicamente cumpridas em condições degradantes, como se afirmou tantas vezes nesta peça. Esta é uma realidade que não pode ser ignorada na aplicação das normas penais.

192. A consideração dessa realidade não traduz mera faculdade judicial. Trata-se antes de exigência constitucional, que deve ser reconhecida pelo STF e imposta aos juízes e tribunais brasileiros. É que, de acordo com lição doutrinária de Luís Roberto Barroso, “*o princípio [da proporcionalidade] pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto*”.¹⁴⁰

¹³⁷ Veja-se, neste sentido, o alentado estudo de Marcus Alan de Melo Gomes. *Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da Pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹³⁸ 45 BVerfGE 187.

¹³⁹ Cf. Marcus Alan de Melo Gomes. *Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da Pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁴⁰ Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2013, p. 329.

193. Na hipótese, a consideração da realidade carcerária impõe aos juízes que, na aplicação da pena, deem absoluta preferência às sanções alternativas à prisão. Afinal, por imperativo constitucional cumpre evitar a submissão de pessoas a tratamentos desumanos e degradantes – e é isso que quase sempre ocorre nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Se, no presente cenário, enviar uma pessoa para a prisão é submetê-la muito provavelmente a tratamento que viola a sua dignidade, e não apenas a restrições juridicamente autorizadas à sua liberdade, o Estado não deve fazê-lo, a não ser em casos excepcionais, e sempre pelo mínimo de tempo necessário.¹⁴¹

194. Mas não é só. Como se sabe, a lei penal comina em abstrato as penas mínima e máxima para cada infração criminal, partindo de uma premissa implícita: supõe-se que as penas serão cumpridas na forma prescrita pelas normas vigentes. A equação legislativa se assenta em um juízo abstrato de proporcionalidade, no qual se busca uma certa correspondência entre a gravidade da sanção a ser infligida e o desvalor da ação do agente.

195. Porém, quando se altera radicalmente essa premissa implícita, a equação se desfigura. Em outras palavras, uma pena abstratamente proporcional pode se tornar manifestamente desproporcional quando cumprida em condições muito mais gravosas do que aquelas estabelecidas pelo ordenamento. Certamente é uma sanção muito mais severa, por exemplo, passar cinco anos trancafiado em uma “masmorra medieval” imunda e superlotada, do que cumprir o mesmo tempo de pena privativa de liberdade numa instituição que observe escrupulosamente as regras da Lei de Execução Penal. Esse desajuste precisa ser recalibrado judicialmente, sob pena de ofensa à proporcionalidade da sanção.

196. Não se trata de desprezar os termos e limites da lei penal. Mas, para que a própria proporção sancionatória vislumbrada pelo legislador seja *mantida*, o aumento fático da *intensidade* da pena – isto é, o agravamento das condições reais em que se dá o seu cumprimento, em comparação com o que prevê a legislação – demanda que a respectiva *duração* seja diminuída, de forma correspondente. A matemática é elementar.

¹⁴¹ Esta afirmação nada tem de radical. Pelo contrário, se a dignidade humana for concebida como um princípio absoluto, como proclama parte da doutrina, nenhuma pena privativa de liberdade poderia ser decretada, até que se assegurassem condições dignas para o seu cumprimento.

197. O Professor Juarez Tavares, no magnífico parecer acostado a esta ADPF, tratou o tema com a acuidade de costume:

“75. Em suma, impõe-se reconhecer que o valor máximo de imputação de culpa somente pode se dar em decorrência direta do desvalor do injusto, ou seja, da extensão da lesão ao bem jurídico e do grau de autonomia do indivíduo. Em outras palavras, não é admissível que o valor concreto da afirmação da culpabilidade ultrapasse o desvalor resultante da ação típica e ilícita.

76. Por outro lado, tal valor máximo não pode ser tomado de maneira definitiva, uma vez que, em desfavor do sentenciado, concorrem características estruturais de funcionamento do sistema de justiça criminal e, cumulativamente, podem igualmente ser considerados propósitos preventivos (sempre) minimizadores da punição.
(...)

78. Nesse sentido, agregar em tal equação as condições concretas de cumprimento da pena corresponde a um legítimo confronto empírico das categorias doutrinárias tradicionais. Para tanto, pode-se valer de duas considerações, ou estratégias teóricas, as quais, em suma, resultam em uma mesma conclusão.

79. A primeira estratégia corresponde à apartação de dois conceitos de pena: uma “pena ficta” – isto é, tal como cominada abstratamente ou traduzida em concreto pelo Poder Judiciário – e uma “pena real”.

80. A pena ficta, conforme se pode inferir, possui um valor numérico, o qual reflete, primariamente, um valor abstrato decorrente da avaliação discricionária do Poder Legislativo e, secundariamente, uma medida da intensidade lesiva – na melhor das hipóteses – da conduta realizada.

81. Em se considerando, no entanto, que a prática penitenciária não pode agregar ao sentenciado um sofrimento maior do que a própria privação de liberdade representa, não se mostra crível, na quadra atual de dismantelo do sistema carcerário brasileiro, considerar que o valor nominal da pena guarda plena correspondência com a realidade. O discurso jurídico-penal, para legitimar-se, deve ser confrontado empiricamente. Assumir, portanto, que a pena aplicada em concreto, ou cominada em abstrato, possui um caráter aflitivo intrínseco a priori corresponderia ao reconhecimento implícito de que, com a pena criminal, se lesiona, exclusiva e simplesmente, a liberdade do sentenciado, o que, evidentemente, é uma afirmação falsa.

82. Note-se: o cumprimento de dez anos de pena em regime fechado, nas condições descritas na primeira seção deste parecer, pode ser equiparado à prisão em estabelecimento adequado pelo mesmo período de tempo? É inequívoco que o caráter aflitivo de ambas as situações hipotéticas é empiricamente distinto, dado de realidade esse que deve ser incorporado pelo discurso jurídico-penal, sob o risco de se perpetuar a ilegitimidade de sua reprodução.

*83. Assim, vale reconhecer a existência de um outro conceito de punição, isto é, a **pena real**. Tal conceito deve assimilar realisticamente as*

condições locais de cumprimento da privação de liberdade, tais quais a superlotação, as deficiências infraestruturais, a escassez de recursos, a falta de pessoal especializado, etc. Esse reconhecimento, pois, implica um necessário redimensionamento do valor nominal da pena, ou seja, uma redução proporcional desse valor, de forma a equiparar a aflição ficta à aflição real. Há precedentes nesse sentido. A Corte Suprema de Israel, por exemplo, já decidiu que uma pessoa condenada por roubo, que teve que ficar em isolamento, em razão de sua condição de transgênero, deveria ter sua pena diminuída em 1/3 do total da condenação, haja vista a rudeza excepcional das condições carcerárias”.

198. O juízo da execução penal é o que tem as melhores condições para aquilatar a desproporção entre a pena em cumprimento e a lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. É que, embora os problemas existentes no sistema carcerário brasileiro sejam generalizados, existem instituições prisionais em que as condições são muito piores do que outras. O juízo da execução, por deter a informação sobre o local ou locais em que cada condenado cumpriu e cumpre a sua pena, está aparelhado para fazer esta avaliação da proporcionalidade *in concreto*.

199. Daí porque, presente o desajuste entre as condições de efetivo cumprimento da pena e aquelas impostas pela ordem jurídica - e pressupostas pela sentença condenatória -, deve ser reconhecido ao juízo da execução o poder-dever de, concretizando o princípio da proporcionalidade, abrandar as exigências temporais para a fruição de certos benefícios, como a progressão de regime prisional, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, bem como para reconhecer o cumprimento antecipado da pena

200. Pode-se considerar, por exemplo, que as condições de uma instituição são tão degradantes, que cada 3 dias cumpridos naquela prisão equivalem a 4 dias de pena. Mas, em relação a outro estabelecimento prisional, cujas condições sejam razoavelmente adequadas ao que prescreve a legislação, tal providência não se justificaria.

201. Os juízes da execução penal, por outro lado, têm o dever de ofício de inspecionar mensalmente os estabelecimentos prisionais da região em que exercem a sua jurisdição (art. 66, VII, LEP), possuindo, portanto, aptidão para aferir as respectivas condições. De todo modo, também podem se socorrer de avaliações já existentes sobre cada estabelecimento prisional, que são periodicamente realizadas no âmbito do Conselho Nacional

de Justiça¹⁴². Tais avaliações do CNJ, conquanto não vinculantes, fornecem parâmetros que não só podem facilitar esta atividade dos juízes da execução penal – especialmente quando lidarem com presos transferidos de outras regiões – como também auxiliar o eventual controle jurisdicional das respectivas decisões.

202. Em julgamento ainda em curso, atinente à responsabilidade civil do Estado em razão do encarceramento de detentos em condições degradantes, o Ministro Luis Roberto Barroso empregou raciocínio similar, para sugerir que, ao invés de a reparação ao preso ocorrer em dinheiro, ela deveria se dar, prioritariamente, pela remição da pena. Confira-se:

“110. (...) o tempo de pena cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas em lei. Parece nítido que a situação calamitosa dos cárceres brasileiros agrava a pena imposta ao preso e atinge de forma mais intensa a sua integridade física e moral. Nesse sentido, a redução do tempo de prisão nada mais é do que o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo detento.

111. Essa lógica não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, trata-se da mesma ratio adotada na concessão de aposentadoria especial a quem tenha trabalhado em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Nesses casos, por autorização constitucional expressa (arts. 40, § 4º, III e 201, § 1º, CF), adotam-se critérios diferenciados para a contagem do tempo de contribuição de modo que os segurados possam se aposentar mais cedo, afastando-se das atividades nocivas. A concessão do benefício previdenciário justifica-se exatamente pela presunção que a exposição a agentes biológicos, físicos e químicos causa um desgaste maior a esses trabalhadores, de modo que, como já decidiu esta Corte, “não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo”. O benefício configura, portanto, uma “compensação legal”, que se presta a reparar o segurado sujeito a condições laborais inadequadas. Como se vê, trata-se de lógica muito semelhante, se não idêntica, à da remição da pena como forma de compensar os danos morais sofridos”¹⁴³

¹⁴² Tais avaliações estão disponíveis em <<http://www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1024&h=768&pular=false>>.

¹⁴³ Voto-vista no R.E. 580.252.

203. Na sessão do STF em que o referido voto foi proferido, uma crítica dirigida por alguns ministros à engenhosa solução proposta pelo Ministro Barroso ligou-se à dificuldade de se conceder, em ação de reparação civil de danos, um benefício no âmbito da execução penal. Essa crítica, todavia, não se aplica ao presente caso, em que também se propõe a redução do tempo de pena em razão das condições indignas do seu cumprimento. É que o presente processo é objetivo, e não busca viabilizar a reparação dos danos morais infligidos aos presos, mas sim, neste ponto, obter medida que enseje a conformação da pena privativa de liberdade, tal como efetivamente cumprida, ao princípio constitucional da proporcionalidade.

204. Para evitar abusos e impor alguma padronização a esse controle de proporcionalidade *in concreto* da pena durante o seu cumprimento, o STF pode estabelecer balizas para a atuação dos juízes da execução penal. No voto acima referido, o Ministro Barroso propôs a instituição de um critério para a redução da pena, valendo-se de analogia com o tratamento dado à remição na Lei de Execução Penal: o máximo de 1 dia de pena para 3 dias de encarceramento, e o mínimo de 1 dia para 7, a depender do grau de degradação das condições da prisão.¹⁴⁴ Este ou algum outro parâmetro semelhante pode ser imposto pelo STF, que tem ainda a possibilidade de delegar ao CNJ a formulação de proposta de critério, para a sua posterior aprovação.

205. Vale ressaltar que a ideia de considerar as condições degradantes do cumprimento da pena, para reduzi-la em fase de execução, não é inédita no Direito Comparado. Ela foi empregada na Itália, em cumprimento à decisão emanada da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Torregiani et autres c. Italie*¹⁴⁵, já anteriormente citada. No referido caso, a Itália fora condenada em razão da superpopulação e das condições degradantes das suas prisões, a formular e adotar, no prazo de um ano, um conjunto de medidas voltadas ao equacionamento do problema. Dentre as diversas medidas que o governo italiano adotou, figura a previsão de que o juiz da execução penal, a título de compensação, deve abater um dia de pena para cada dez que tenham sido cumpridos por detentos em

¹⁴⁴ O teto de 1 dia de remição para 3 dias de pena foi extraído do art. 126 da LEP, e o piso de 1 dia para 7 foi construído a partir da remição decorrente da leitura pelo detento, disciplinada pela Portaria Conjunta Depen/CJF nº 276/2012.

¹⁴⁵ *Caso Torregiani et autres c. Itália* (Requêtes n.ºs. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), julgado em 8.01.2013.

condições consideradas degradantes, à luz dos parâmetros definidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos.¹⁴⁶

206. Em linha semelhante, a Suprema Corte de Israel, em caso julgado em 2013, reduziu de 15 para 10 meses a pena de prisão por roubo imposta a uma transexual, em razão do fato de que ela estava sendo mantida isolada, como meio de proteção diante das ameaças de outros detentos. A Corte israelense considerou que as condições especialmente severas da prisão justificavam a redução da pena no âmbito da execução penal¹⁴⁷.

207. Ademais, a consideração da realidade prisional na aplicação e execução da pena também se ajusta à teleologia da sanção penal, que não pode ser vista, no Estado Democrático de Direito, como um simples castigo voltado a infligir sofrimento em quem cometeu um ilícito criminal. A pena, ao menos hipoteticamente, além do seu caráter retributivo, destina-se a prevenir a prática de outros crimes e a ressocializar o agente.¹⁴⁸ E, na ordem jurídica nacional, a função de ressocialização deve ter primazia, em razão da determinação constante no art. 5.6 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – que, como sabido, desfruta no país de hierarquia supralegal: “*As penas privativas de liberdade terão como finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*”.

208. Ocorre que, como já exposto, as condições do nosso sistema carcerário retiram do cumprimento da pena qualquer potencial ressocializante.¹⁴⁹ Os presos, em geral, saem do

¹⁴⁶ Tais medidas, narradas pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Gennaro Stella c. Itálie* (Requête nº 49169/09), julgado em 16 de setembro de 2014, foram consideradas suficientes por aquele tribunal internacional.

¹⁴⁷ Fonte: Association for Prevention of Torture. *LGBTI persons deprived of their liberty: a framework for monitoring*, p. 11, acessível em http://www.hrc.co.nz/files/9714/2550/8291/APT_2014_.

¹⁴⁸ Não cabe adentrar, aqui, no complexo debate sobre as finalidades – manifestas e latentes - da pena, versado com profundidade no parecer do Prof. Juarez Tavares, anexo a esta peça. Destaque-se, tão somente, que, segundo a doutrina, o art. 59 do Código Penal, ao prever que o juiz fixará a pena “*conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”, adotou uma teoria unificada sobre as funções da pena, em que se combinam retribuição, prevenção geral e prevenção especial, abrangendo esta última a correção do autor do fato, pela sua ressocialização.

¹⁴⁹ O potencial ressocializador da pena de prisão já é bastante discutível – para dizer o mínimo – em um contexto de normalidade institucional, em que os estabelecimentos prisionais funcionem de acordo com as normas vigentes. No cenário de descalabro hoje vivenciado, ele não passa de quimera. Não por outra razão, Zaffaroni chamou as prisões de “*máquinas de deteriorar*” (Eugenio Raul Zaffaroni. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, pp. 135-137).

cárcere muito mais perigosos do que quando entraram, e marcados por um estigma que os acompanhará pelo resto de suas vidas.

209. Por tais razões, cabe determinar aos juízes e tribunais brasileiros que levem em consideração as dramáticas condições do sistema prisional do país na aplicação e execução das penas. No contexto da aplicação da pena, tais condições devem resultar na atribuição de absoluta prioridade na aplicação de penas alternativas à prisão. No âmbito da execução penal, tal consideração deve ocorrer por meio do abrandamento proporcional dos requisitos temporais para fruição de direitos e benefícios, e na possibilidade de reconhecimento do cumprimento antecipado da pena. Para essa atividade judicial de ajuste da proporcionalidade da pena diante das condições degradantes de encarceramento, o STF pode estabelecer parâmetros para os juízes da execução penal, tais como aqueles sugeridos pelo Ministro Barroso no voto proferido no RE. 580.252, ou então atribuir ao CNJ a sua formulação, para posterior aprovação pela Corte.

- 8 -

DA MEDIDA CAUTELAR

210. Diante do exposto, configurada a verossimilhança das alegações de fato e de Direito constantes nesta ADPF, bem como caracterizada a necessidade de adoção urgente de medidas voltadas ao equacionamento das gravíssimas violações aos direitos fundamentais dos presos brasileiros, em seu proveito e em prol da segurança de toda a sociedade, requer o Arguente, com fundamento no art. 5º da Lei nº 9.882/99, a concessão de medida cautelar, a fim de que esta Corte Suprema, até o julgamento definitivo da ação:

a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção 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 Cívicos 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 de 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.

- 9 -

PEDIDO DEFINITIVO

211. Em face do exposto, espera o Arguente que o Supremo Tribunal Federal promova a oitiva (I) da União Federal, do Distrito Federal e de todos os Estados da Federação, responsáveis pelos atos e omissões acima descritos, que caracterizam o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro; (II) do Advogado-Geral da União e (III) do Procurador-Geral da República.

212. Por fim, espera o Arguente seja julgada procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de modo a:

a) Declarar o *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro.

b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima.

c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos.

O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vii)

contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (viii) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.

O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.

d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas.

e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.

g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e

instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.

h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

j) Nos termos do art. 6º e §§ da Lei 9.882, o Arguente requer, ainda, a produção de toda prova eventualmente necessária ao deslinde desta Arguição, tais como a requisição de informações adicionais e designação de perito ou comissão de peritos.

Deixa-se de atribuir valor à causa em razão da impossibilidade de sua fixação.

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015.

DANIEL SARMENTO

OAB/RJ nº 73.032

MAÍRA FERNANDES
OAB/RJ 134.821

JULIANA CESARIO ALVIM GOMES
OAB/RJ nº 173.555

HUMBERTO LAPORT DE MELLO
OAB/RJ nº 160.391

LETICIA MARQUES OSORIO
OAB/RS nº 31.163

EDUARDO LASMAR PRADO LOPES
OAB/RJ nº 189.700

JULIANA CARREIRO AVILA
OAB/RJ nº 204.305-E

LISTA DE DOCUMENTOS ANEXOS

1. Estatuto do PSOL
2. Ata de Eleição do Presidente do PSOL
3. Procuração para os advogados
4. Representação da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ
5. Parecer do Professor Juarez Tavares
6. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, Câmara dos Deputados, 2009.
7. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2011.
8. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, 2014.
9. Relatório Mutirão carcerário Pernambuco, Conselho Nacional de Justiça, 2014.
10. Relatório Ministério da Justiça e IPEA. A aplicação de Penas e Medidas Alternativas, 2014.
11. A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro, Conselho Nacional do Ministério Público, 2013.
12. Mapa da Defensoria Pública do Brasil, Associação Nacional dos Defensores Públicos e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013.
13. Relatório Mutirão carcerário Espírito Santo, Conselho Nacional de Justiça, 2010.
14. Relatório Mutirão carcerário Paraíba. Conselho Nacional de Justiça, 2011.
15. Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Organização das Nações Unidas,

2012.

16. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Formulário Categorias e Indicadores Preenchidos, Total 2012.

17. Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil. Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional - CEJIL, et. al, 2007.

18. Dados relativos ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

19. Decisões Judiciais que recusaram a realização de audiência de custódia.

20. Decisão CNJ em procedimento de controle administrativo nº 0000810-77.2015.2.00.0000, que considerou a realização de audiências de custódia dependente da vontade dos tribunais.

21. Ofício nº 0015/2014 GP, de 31 de janeiro de 2014, da Presidência do STF para o Ministério da Justiça.