

09/09/2015

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	:PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL
ADV.(A/S)	:DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	:DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE ALAGOAS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MATO GROSSO

ADPF 347 MC / DF

PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DA PARAÍBA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO TOCANTINS

ADPF 347 MC / DF

PROC.(A/S)(ES)

:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

ADPF 347 MC / DF**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferir a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, em deferir a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até sessenta dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; em indeferir as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que as deferiam; em indeferir em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, em indeferir a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de

ADPF 347 MC / DF

ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, que reajustou o voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 9 de setembro de 2015.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

27/08/2015**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	:PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL
ADV.(A/S)	:DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	:DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE ALAGOAS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MATO GROSSO

ADPF 347 MC / DF

PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DA PARAÍBA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO TOCANTINS

ADPF 347 MC / DF**PROC.(A/S)(ES)****:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL busca, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, seja reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Afirma alicerçada a inicial em representação formalizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos.

Aponta a adequação da via eleita ante o preenchimento dos requisitos próprios: violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Assevera que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Sustenta que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Consoante assevera, os órgãos administrativos olvidam preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à

ADPF 347 MC / DF

saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição. A União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, apesar de encontrarem-se disponíveis e serem necessários à melhoria do quadro. O Poder Judiciário, conforme aduz, não observa os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos quais é previsto o direito à audiência de custódia. Alega que o procedimento poderia reduzir a superlotação prisional. Sustenta a sistemática ausência de imposição, sem a devida motivação, de medidas cautelares alternativas à prisão, assim como a definição e execução da pena sem serem consideradas as condições degradantes das penitenciárias brasileiras. O Poder Legislativo estaria, influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na sociedade. Faz referência à produção de “legislação simbólica”, expressão de populismo penal.

No tocante ao requisito da subsidiariedade, entende estar preenchido, ante a circunstância de inexistir outro instrumento, no âmbito do controle abstrato de normas, mediante o qual se possa sanar as lesões a preceitos fundamentais veiculadas. Assim, estariam presentes todos os pressupostos próprios ao cabimento da arguição.

Em relação ao mérito, discorre sobre o quadro fático do sistema penitenciário do Brasil. Argumenta serem as prisões “verdadeiros infernos dantescos”. Destaca as seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Salienta ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos.

ADPF 347 MC / DF

Ressalta que essas mazelas comprometem a segurança da sociedade, considerada a “mistura”, ocorrida nos presídios, entre presos com graus diferentes de periculosidade, o que afasta a possibilidade de ressocialização, contribuindo para que as taxas de reincidência cheguem a 70%. Consoante articula, os estabelecimentos prisionais convertem-se em “escolas do crime”. Alude à colocação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos segundo a qual, “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”.

Conforme ressalta, as autoridades públicas e a sociedade têm conhecimento da situação. Assevera que a Câmara dos Deputados, mediante a “CPI do Sistema Carcerário”, e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a partir de mutirões carcerários, já produziram relatórios a revelarem o quadro dramático e inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Relembra a declaração do Ministro de Estado da Justiça, José Eduardo Cardozo, de que as prisões brasileiras são verdadeiras “masmorras medievais” e de que prefere morrer a ficar em uma delas.

Evocando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, menciona trechos do voto do ministro Teori Zavascki nos quais consignado que “em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis” e, na prática, “os presos não têm direitos”. O ministro Luís Roberto Barroso teria assentado que “mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação”.

Cita intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a condenação do Brasil a tomar medidas que erradiquem “situações de risco e a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país”.

Explicita estar se agravando o drama descrito, em virtude do

ADPF 347 MC / DF

crescimento significativo da população carcerária, que, de cerca de 90.000 presos, em 1990, chegou, em maio de 2014, a 563.000, sem contar os mais de 147.000 em regime de prisão domiciliar. Argumenta que, hoje, o número deve ultrapassar 600.000, possuindo o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Se somadas as prisões domiciliares, o Brasil passaria a Rússia. Em 25 anos, verificou-se majoração de mais de 650%. O déficit seria de, pelo menos, 206.307 vagas, o qual aumentaria para 730 mil vagas, se fossem cumpridos todos os mandados de prisão expedidos.

Destaca que outro fato a contribuir para a superlotação é o uso abusivo da prisão provisória. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 41% dos presos brasileiros estão nessa condição. Alega a banalização da adoção da medida constritiva antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, evidenciando-se uma “cultura do encarceramento”. Aponta, mais, inexistir separação, nos presídios, entre os presos provisórios e os definitivos.

Ressalta o sofrimento das mulheres encarceradas ante a ausência de estabelecimento próprio e adequado, não havendo berçários, locais destinados à gestante e à parturiente ou creches para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. Afirma a falta de cuidados com a saúde das gestantes presas – não sendo assegurado acompanhamento médico, no pré-natal e no pós-parto, ou ao recém-nascido –, bem como a carência de ginecologistas e de fornecimento regular de absorventes íntimos e de outros materiais de higiene.

Enfatiza comporem as minorias sexuais outro grupo a sofrer com o encarceramento inadequado. Consoante realça, esses indivíduos ficam expostos, constantemente, a abusos sexuais, inclusive a servidão, contraindo doenças sexualmente transmissíveis.

Sustenta que o cenário implica a violação de diversos preceitos fundamentais da Constituição de 1988: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e das sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), assim como o dispositivo que

ADPF 347 MC / DF

impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII), o que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e o que prevê a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII), os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça. Articula com a inobservância de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país – 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.

Assevera que a situação retratada decorre de falhas estruturais em políticas públicas, de modo que a solução do problema depende da adoção de providências por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Menciona que o quadro configura o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de “estado de coisas inconstitucional”, sendo, ante a gravidade, indispensável a intervenção do Supremo, no exercício do papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis.

Conforme esclarece, a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, argumenta que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes. Afirma que essas condições estão presentes e são notórias no sistema prisional brasileiro, a legitimar a atividade do Supremo por meio desta arguição.

Alega que medidas judiciais não implicam ofensa ao princípio democrático, nem pressupõem o conhecimento especializado em políticas

ADPF 347 MC / DF

públicas. Diz não ofender a democracia a atuação judicial voltada à proteção de direitos fundamentais, principalmente quando envolvidas minorias impopulares, como são os presos. Sustenta que os poderes políticos não possuem qualquer motivação para resolver o problema ante a antipatia da opinião pública relativamente à população carcerária. Enfatiza, mais uma vez, a “falência total das políticas públicas existentes para a questão prisional”. Esclarece não estar formulando pedidos cujo deferimento implicará determinações judiciais rígidas e soluções ditadas pelo próprio Tribunal, e sim a intervenção judicial por meio de ordens flexíveis que, baseadas no diálogo e na cooperação entre os diversos Poderes estatais, atribuam ao Governo e ao legislador a possibilidade de formulação de planos de ação para a superação do “estado de coisas inconstitucional”. Aponta caber ao Supremo, ou quem lhe faça as vezes, o monitoramento da fase de implementação, devidamente auxiliado por entidades dotadas do indispensável conhecimento, inclusive com a participação deliberativa da sociedade civil. Dessa forma, o Tribunal interviria sem abrir mão “do potencial institucional dos outros poderes”.

Salienta que o argumento de escassez de recursos não pode prevalecer, por tratar-se da satisfação do mínimo existencial dos presos, o que afasta a limitação pela reserva do possível, assim como “a posição de garante do Estado em relação aos presos”. No mais, alega que, a médio e longo prazos, a solução pretendida poderá gerar a redução de gastos públicos, considerado o custo médio mensal de cada preso, que ultrapassa dois mil reais.

No tocante ao Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, criado, pela Lei Complementar nº 79/1994, e regulamentado mediante o Decreto nº 1.093/1994, para fazer frente ao financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro, anota a ausência de destinação dos valores aos fins próprios. Destaca haver saldo de R\$ 2,2 bilhões ante o contingenciamento orçamentário pela União. Menciona pesquisa na qual identificado o uso, em 2013, de menos de 20% dos recursos do referido Fundo. Afirma o excesso de rigidez e de burocracia da União para liberação de recursos aos demais entes

ADPF 347 MC / DF

federativos. Alega que, evidenciado o “estado de coisas inconstitucional”, o contingenciamento de recursos do FUNPEN revela-se afrontoso à dignidade humana de centenas de milhares de pessoas.

Conclui que, presente cenário de forte violação de direitos fundamentais dos presos e falência do conjunto de políticas públicas voltado à melhoria do sistema carcerário, o Supremo deve impor aos poderes públicos, em síntese, as seguintes medidas: elaboração e implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; realização das audiências de custódia; fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, a fim de reduzir o número de prisões provisórias; consideração do “estado de coisas inconstitucional” quando da aplicação e execução da pena.

Sob o ângulo do risco, aponta estar caracterizada a necessidade de adoção urgente de providências a equacionar o problema relatado, inclusive em prol da segurança de toda a sociedade. Postula o deferimento de liminar para que seja determinado:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;

c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

ADPF 347 MC / DF

d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;

e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;

f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal;

g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar 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 pleiteadas nas alíneas “e” e “f”;

h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

No mérito, além da confirmação das medidas cautelares, pede que:

a) haja a declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro;

b) seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o

ADPF 347 MC / DF

encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro;

c) o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, 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 tocante 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 gênero, 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; (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT;

d) o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas;

e) o plano seja submetido 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 desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas;

f) o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor

ADPF 347 MC / DF

providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

g) uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do “estado de coisas inconstitucional” na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma;

h) sejam submetidos 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, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar e da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do artigo 22, inciso II, do Regimento Interno do Supremo;

i) o Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

j) o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e

ADPF 347 MC / DF

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.

A requerente cumpriu o disposto no artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.882, de 1999. O processo encontra-se concluso para apreciação do pedido de medida acauteladora.

É o relatório.

27/08/2015**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O pedido é voltado a obter do Supremo o reconhecimento de o sistema prisional brasileiro caracterizar-se como o denominado “estado de coisas inconstitucional” ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, resultante de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, considerado o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país. O requerente pede que o Tribunal determine a esses Poderes a adoção de providências, de conteúdo e natureza diversos, para afastar lesões de preceitos fundamentais.

O tema das condições inconstitucionais dos presídios brasileiros está na ordem do dia do Tribunal.

No Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, da relatoria do ministro Teori Zavascki, o Supremo decidirá se o Estado deve indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes. O relator votou pela responsabilidade estatal, sendo acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes. Em voto-vista, o ministro Luís Roberto Barroso também assentou o dever de indenizar, apontando, contudo, o cabimento da remição de dias de pena, em vez de pagamento em pecúnia. O exame foi interrompido por pedido de vista da ministra Rosa Weber.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil formalizou ação direta de inconstitucionalidade, de nº 5.170/DF, versando o mesmo tema. O pedido é de emprestar interpretação conforme à Constituição aos artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, a fim de ser declarada a

ADPF 347 MC / DF

responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos submetidos a condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação carcerária. A relatora é a ministra Rosa Weber.

No Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, relator ministro Gilmar Mendes, o Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao direito de o condenado, estando em regime semiaberto, poder cumprir a pena em regime aberto ou prisão domiciliar, quando ausente acomodação adequada no sistema prisional. Para subsidiar o julgamento, o relator designou audiência pública. Conforme notícia do sítio do Supremo, Sua Excelência declarou ter assistido a relatos que deram conta dos problemas graves do sistema carcerário brasileiro, vindo a concluir só haver três formas de alcançar soluções “para a falência do sistema prisional: comprometimento federativo, alocação de recursos financeiros e integração institucional”.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.356/MS, relator ministro Luiz Edson Fachin, impugna-se lei estadual por meio da qual foi estabelecida a obrigação de instalar bloqueadores de sinais de radiocomunicação nos estabelecimentos prisionais.

Tem-se o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual o Tribunal assentou, sob o ângulo da repercussão geral, a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e os estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, constatada violação da dignidade da pessoa humana e inobservância do mínimo existencial dos presos.

Esta arguição envolve a problemática do dever de o Poder Público realizar melhorias em presídios ou construir novos com a finalidade de reduzir o déficit de vagas prisionais. Vai além: versa a interpretação e a aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, implantar a forma eficiente de utilização dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e o dever de elaboração, pela União, estados e Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a

ADPF 347 MC / DF

violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura.

Por isso, entendo de relevância maior a apreciação do pedido de implemento de medida cautelar. Não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar.

PRELIMINAR

O autor sustenta a adequação da via eleita, porque estariam preenchidos os requisitos de violação de preceitos fundamentais, de impugnação de atos do Poder Público e de inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade. Tenho-os como satisfeitos.

Os direitos apontados como ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Há relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado. O afastamento do estado de inconstitucionalidades, conforme se pretende nesta ação, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial.

ADPF 347 MC / DF

Quanto ao disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 – a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade –, entendo estar atendido, porquanto inexistente, no âmbito do controle abstrato de normas, instrumento diverso mediante o qual possam ser impugnados de forma abrangente, linear, os atos relacionados às lesões a preceitos fundamentais articuladas.

Assento a adequação do instrumento.

MÉRITO**A situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro**

O autor aponta violações sistemáticas de direitos fundamentais dos presos decorrentes do quadro revelado no sistema carcerário brasileiro. O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”. A analogia não poderia ser melhor.

Dados da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, cuja representação ao autor deu origem a este processo, confirmam o cenário descrito pelo requerente.

Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a

ADPF 347 MC / DF

Rússia.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas 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”.

Consta, na representação da Clínica UERJ Direitos, que, nos presídios e delegacias, por todo o país, as celas são abarrotadas de presos, que convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, “dentro” das paredes, em pé, em banheiros, corredores, pátios, barracos ou contêineres. Muitas vezes, precisam se revezar para dormir.

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas

ADPF 347 MC / DF

vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual.

Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha.

Quanto aos grupos vulneráveis, há relatos de travestis sendo forçados à prostituição. Esses casos revelam a ausência de critério de divisão de presos por celas, o que alcança também os relativos a idade, gravidade do delito e natureza temporária ou definitiva da penalidade.

O sistema como um todo surge com número insuficiente de agentes penitenciários, que ainda são mal remunerados, não recebem treinamento adequado, nem contam com equipamentos necessários ao desempenho das próprias atribuições.

O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro.

A violação de diversos direitos fundamentais e o aumento da criminalidade

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento

ADPF 347 MC / DF

degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.

Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Também a legislação interna é transgredida: a Lei nº 7.210, de 1984, a chamada “Lei de Execução Penal”, na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo a cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro.

Importa destacar que a forte violação dos direitos fundamentais dos

ADPF 347 MC / DF

presos repercute além das respectivas situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade. Segundo as palavras da professora Ana Paula de Barcellos, “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência” (BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público]).

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas.

A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.

A responsabilidade do Poder Público

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e

ADPF 347 MC / DF

incapacidade das autoridades públicas em superá-lo.

Apesar de muitos dos direitos violados serem assegurados na Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal – e na Lei Complementar nº 79/94 – Lei do Fundo Penitenciário Nacional –, assiste-se à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações estabelecidas em favor dos presos. Verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro.

A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos – as leis, versando-os, simplesmente “não pegaram”, não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso. É possível citar, por exemplo, o fato de, mesmo instalada a mencionada Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, constatadas as inconstitucionalidades decorrentes de sistema carcerário e notificadas diversas autoridades a respeito, não foram envidados esforços e propostas para modificá-lo.

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.

É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a

ADPF 347 MC / DF

condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada “cultura do encarceramento”.

Verifica-se a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado, evidenciada a inadequada assistência judiciária. Não é por menos que os mutirões carcerários do Conselho Nacional de Justiça – CNJ tiveram como resultado a libertação, desde 2008, de dezenas de milhares de presos que já haviam cumprido pena. Os reclusos, muitas vezes, não possuem sequer informações sobre os processos criminais. É certo que o Judiciário e a Defensoria Pública contam com número insuficiente de Varas de Execuções Penais, implicando o encarceramento acima do que determinado judicialmente. A violação aos direitos fundamentais processuais dos presos agrava ainda mais o problema da superlotação carcerária.

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais.

Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade.

ADPF 347 MC / DF

Trata-se do que a doutrina vem designando de “litígio estrutural”, no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas.

A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário). A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C) institucional para o conserto (com S) do quadro inconstitucional.

Importante identificar qual papel pode o Supremo desempenhar para viabilizar esse novo arranjo.

O possível papel do Supremo

O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de “estado de coisas inconstitucional”. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, *Sentencia* nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998; *Sentencia* SU – 250, de 26 de maio de 1998; *Sentencia* T-590, de 20 de outubro de 1998; *Sentencia* T – 525, de 23 de julho de 1999; *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998; *Sentencia* T – 025, de 22 de janeiro de 2004).

A formulação da tese do requerente me fez lembrar passagem do voto do ministro Aliomar Baleeiro, proferido, em 23 de agosto de 1967,

ADPF 347 MC / DF

como relator, no Recurso Extraordinário nº 62.731, originário do antigo Estado da Guanabara, envolvida a constitucionalidade da disciplina da “purgação da mora em contratos de locação comercial” por meio de decreto-lei (o de nº 322, de 7 de abril de 1967). O Presidente da República havia formalizado o ato com base na faculdade, versada no artigo 58, inciso I, da Carta de 1967, de disciplinar “assuntos de segurança nacional” por esse instrumento. Ante a dificuldade em definir todos os casos que poderiam ser alcançados pelo conceito de segurança nacional, o ministro Aliomar Baleeiro disse: “por exclusão, podemos dizer o que é ‘segurança nacional’[...]: bola de futebol não é segurança nacional, batom de moça não é segurança nacional, cigarro de maconha não é segurança nacional”. Locação também não seria segurança nacional. Sua Excelência assentou uma zona de certeza negativa do conceito para concluir pela inconstitucionalidade do uso do decreto-lei a versar locação, no que foi acompanhado pela maioria.

O raciocínio lógico do ministro Aliomar Baleeiro vale para este processo, apenas sendo preciso considerar o sentido inverso. Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”.

Independentemente de rótulos, importa esclarecer quais implicações, presentes os limites de atuação do Supremo, surgem a partir do reconhecimento de se encontrarem satisfeitos os pressupostos próprios desse estado de coisas. Qual papel o Supremo está legitimado a desempenhar ante o estágio elevadíssimo de inconstitucionalidades?

Com relação aos problemas causados pela chamada “cultura do encarceramento”, do número de prisões provisórias decorrente de

ADPF 347 MC / DF

possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo.

Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

ADPF 347 MC / DF

Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático.

No caso dos presos, os bloqueios ou desacordos políticos encontram razões tanto na sub-representação parlamentar como na impopularidade desses indivíduos. A primeira decorre do fato de os condenados criminalmente ficarem impedidos de votar e serem votados. Têm os direitos políticos suspensos enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal). Então, não gozam de representação política direta.

A segunda é ainda mais problemática, configurando os presos minoria socialmente desprezada. Conforme apontou Ana Paula de Barcellos, os cidadãos livres acreditam, recusando a dimensão ontológica da dignidade humana, que o criminoso perde o direito à vida digna ou mesmo a condição humana, não sendo titular de quaisquer direitos fundamentais (BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo* nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público]). Com tais conceitos disseminados, a opinião pública não aceita seja dada prioridade, no tocante aos gastos públicos, à melhoria das instalações prisionais. Muitos até acreditam que as condições desumanas das prisões consubstanciam retribuição aos crimes praticados pelos detentos.

Em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. Essa preocupação é tanto maior quanto mais envolvida matéria a atrair a atenção especial do público. Questões criminais são capazes de gerar paixões em um patamar que outros temas

ADPF 347 MC / DF

e áreas do Direito não conseguem. A sociedade não tolera mais a criminalidade e a insegurança pública, e isso implica ser contrária à preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento.

Essa rejeição tem como consequência direta bloqueios políticos, que permanecerão se não houver intervenção judicial. Pode-se prever a ausência de probabilidade de os poderes políticos, por si sós, tomarem a iniciativa de enfrentar tema de tão pouco prestígio popular. Em casos assim, bloqueios costumam ser insuperáveis.

Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não paute a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional.

É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais. A história possui vários exemplos de agentes políticos haverem acionado cortes constitucionais, visando encontrar soluções a casos moralmente controvertidos e impopulares e, assim, evitar choques com a opinião pública. Os poderes majoritários apostam no perfil contramajoritário das cortes constitucionais ou supremas: condenadas judicialmente a atuar, autoridades públicas se escudam no Estado de

ADPF 347 MC / DF

Direito e no consectário dever de observar ordens judiciais para implementar aquilo que teriam feito voluntariamente se não temessem custos políticos.

Não se quer dizer com isso que o Tribunal não deva atenção à opinião pública. Mesmo o Judiciário não pode prescindir da confiança popular acerca da legitimidade das decisões que produz. Juízes e Tribunais não podem permitir que o público perca a fé na instituição “Judiciário” e no sistema de justiça penal. A credibilidade moral da justiça criminal é relevante como fator de respeito difuso às leis e às instituições e de prevenção a iniciativas de “justiça com as próprias mãos”. Consoante ressaltei na apreciação do 26º Agravo Regimental na Ação Penal nº 470, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa – com acórdão, redigido pelo ministro Luís Roberto Barroso, publicado no Diário da Justiça de 17 de fevereiro de 2014 –, é sempre salutar a “harmonia entre os pronunciamentos do Tribunal e os anseios legítimos – não os ilegítimos – da sociedade na busca de rumos”. O Direito – afirmei à época – “é, acima de tudo, bom senso e está ao alcance do próprio leigo”, de forma que os Ministros devem ter presente a percepção da sociedade em relação ao Supremo.

Todavia, essa atenção não pode implicar desprezo aos mais relevantes princípios e regras da Carta Federal. A opinião pública não possui diploma de bacharel em Direito. Como destaquei no julgamento no qual o Supremo assentou a aplicação da anualidade eleitoral à Lei da Ficha-Limpa – a Lei Complementar nº 135, de 2010 –, apesar de ser “muito bom quando há coincidência entre o convencimento do juiz e o anseio popular”, o magistrado não pode se deixar impressionar se a necessária observância da Constituição pressupor rumo diverso do desejado pela opinião pública. A “cadeira vitalícia” de Ministro do Supremo assegura a atuação “segundo a ciência e a consciência possuídas”, com insulamento político e social suficiente para diferenciar anseios sociais legítimos da influência opressiva da opinião pública contra princípios e direitos fundamentais da ordem constitucional (Recurso Extraordinário nº 633.703/DF, relator ministro Gilmar Mendes,

ADPF 347 MC / DF

apreciado em 23 de março de 2011).

Isso significa que se atua, no Supremo, por meio de códigos distintos perante a opinião pública, comparados aos dos Poderes Legislativo e Executivo. Deve-se rejeitar o populismo judicial, ainda mais consideradas as esferas de liberdade e dignidade dos indivíduos, sempre envolvidas nos processos penais. Juízes e Tribunais devem buscar credibilidade popular, mas mediante os motivos juridicamente adequados das decisões. No sistema carcerário brasileiro, conforme já consignado, são violados diversos preceitos constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e vários direitos sociais no patamar do mínimo existencial. Promove-se, indiretamente, o aumento da criminalidade. Tanto do ponto de vista liberal da dignidade inerente a todos os seres humanos, quanto sob o ângulo utilitarista da maximização do bem-estar dos membros da sociedade, a atitude certa é a de buscar soluções para a tragédia diária dos cárceres brasileiros, pouco importando a opinião majoritariamente contrária.

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.

No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas

ADPF 347 MC / DF

instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca

ADPF 347 MC / DF

a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador” (GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 39).

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo.

Das medidas cautelares pleiteadas

A fundamentação desenvolvida alcança todo o conjunto de pedidos formulados pelo requerente. Entretanto, a apreciação, neste momento, deve-se limitar aos oito pedidos de natureza cautelar: sete versando a interpretação e aplicação da legislação penal e processual penal e um tratando de medida orçamentária da União.

Os dois primeiros dirigem-se à redução do número de prisões provisórias e, conseqüentemente, do déficit de vagas do sistema prisional.

O requerente pede seja determinado a juízes e tribunais, em casos de formalização ou manutenção de prisão provisória, que lancem a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Consubstancia reivindicação antiga para modificação do artigo 310 do aludido Código. Como se sabe, a prisão provisória, que deveria ser excepcional, virou a regra, ficando os indivíduos meses ou anos detidos, provisoriamente, sem exame

ADPF 347 MC / DF

adequado das razões da prisão. Banaliza-se o instituto, olvida-se o princípio constitucional da não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII) e contribui-se para o problema da superlotação carcerária. Tenho como adequado o pedido.

O segundo pleito concerne à audiência de custódia, instrumento ao qual o ministro Ricardo Lewandowski, como Presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vem dando atenção especial, buscando torná-lo realidade concreta, no Judiciário, em diferentes unidades federativas e combatendo a cultura do encarceramento. A imposição da realização de audiências de custódia há de ser estendida a todo o Poder Judiciário do país. A medida está prevista nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já internalizados no Brasil, o que lhes confere hierarquia legal. A providência conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a custódia cautelar – o custo médio mensal individual seria, aproximadamente, de R\$ 2.000,00. A pretensão também merece acolhimento.

Ante o quadro dramático do sistema prisional, devem ser deferidos os pleitos voltados à observância do estado de inconstitucionalidades apontado, quando da concessão de cautelares penais, da aplicação da pena, durante o processo de execução penal e ao tempo da escolha de penas alternativas à prisão definitiva.

O requerente formula dois últimos pedidos da espécie, envolvendo o tempo de prisão: o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, uma vez constatadas as condições desumanas do sistema carcerário, e o abatimento do tempo de prisão pelo mesmo motivo. Tenho-os como insubsistentes.

Em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais. Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, falta previsão legal para tanto.

Indeferidos esses pleitos, o mesmo deve ser feito, por prejuízo,

ADPF 347 MC / DF

relativamente ao que envolve a atuação do Conselho Nacional de Justiça visando o implemento das medidas.

O último pedido diz respeito a escolha orçamentária da União e volta-se à imediata liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e à proibição de a União realizar novos contingenciamentos.

O Fundo foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 1994, sendo destinado, segundo a cabeça do artigo 1º, a “proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”. A gestão desses recursos cabe ao Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

Narra-se que esses valores têm sido, desde a criação do Fundo, muito mal aplicados. Relatórios do próprio Departamento dão conta de que a maior parte é contingenciada ou, simplesmente, não utilizada. Para o ano de 2013, por exemplo, a dotação foi de R\$ 384,2 milhões, tendo sido empenhados R\$ 333,4 milhões. Todavia, apenas R\$ 73,6 milhões foram usados: R\$ 40,7 milhões do orçamento do ano e R\$ 32,8 milhões de restos a pagar. Isso significa que mais de 80% dos valores deixaram de ser utilizados. De acordo com a organização Contas Abertas, o saldo contábil do Fundo, no ano de 2013, chegou a R\$ 1,8 bilhão. Segundo o requerente, ao fim de 2014, o saldo já era de R\$ 2,2 bilhões.

A situação levou a senadora Ana Amélia, do Rio Grande do Sul, a apresentar projeto de lei complementar – PLC nº 25, de 2014 – voltado a proibir o contingenciamento, versado de forma genérica na Lei de Responsabilidade Fiscal, dos recursos do mencionado Fundo. Em um dos raros exemplos de preocupação de um agente político com o ocaso do sistema penitenciário brasileiro – outro é a própria formalização desta arguição por partido político –, a parlamentar justifica a proposta na necessidade de serem criados meios de garantir “a segurança da população, ao mesmo tempo em que se possibilite a reinserção social daqueles que um dia cometeram um erro”.

Não obstante a iniciativa, o que revela tentativa interna de ultrapassar os bloqueios políticos existentes no Congresso, a situação dramática não pode esperar o fim da deliberação legislativa. Protocolado

ADPF 347 MC / DF

em 6 de fevereiro de 2014, o projeto, sem parecer, encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, aguardando a designação de novo relator. A existência de propostas legislativas não significa deliberação e decisão política sobre o tema.

A violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais. Essa prática explica parte do fracasso das políticas públicas existentes. Como assevera o professor Eduardo Bastos de Mendonça, “políticas públicas são definidas concretamente na lei orçamentária, em função das possibilidades financeiras do Estado”, de forma que “a retenção de verbas tende a produzir, na melhor das hipóteses, programas menos abrangentes”. Segundo o autor, a medida mostra-se ainda mais problemática tendo em conta “que os cortes têm atingido programas relacionados a áreas em que, para além de qualquer dúvida, a atuação do Estado tem sido insatisfatória ou insuficiente”, como é o caso do sistema penitenciário nacional (MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 97-98).

Os valores não utilizados deixam de custear não somente reformas dos presídios ou a construção de novos, mas também projetos de ressocialização que, inclusive, poderiam reduzir o tempo no cárcere. No mais, é de todo duvidosa a possibilidade de limitar despesas dessa natureza ante o disposto no § 2º do artigo 9º da Lei Complementar nº 101, de 2000:

Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e

ADPF 347 MC / DF

movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

[..]

§ 2º. Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

A cabeça do dispositivo trata da situação em que o Governo deixa de executar, parcialmente, o orçamento, vindo a contingenciar os valores ordenados a despesas, ao passo que, no § 2º, consta exceção consideradas obrigações decorrentes de comandos legais e constitucionais. Tratando o Funpen de recursos com destinação legal específica, é inafastável a circunstância de não poderem ser utilizados para satisfazer exigências de contingenciamento: atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos (artigo 5º, inciso III, alínea “b”, da Lei Complementar nº 101, de 2000).

Ante o exposto, defiro, parcialmente, a medida liminar requerida, determinando:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;

c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de

ADPF 347 MC / DF

concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;

e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL

ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA PARAÍBA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

INTDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S) : ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

Decisão: O julgamento foi suspenso após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que deferia parcialmente a medida liminar requerida para determinar: a) aos juízes e tribunais - que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais - que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais - que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes - que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e e) à União - que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Falaram, pelo requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, o Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmento, OAB/RJ 73.032; pela União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelo Estado de São Paulo, o Dr. Thiago Luiz Santos Sombra, OAB/DF 28.393, e pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 27.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes

à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

03/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, ilustres Pares, eminente representante do Ministério Público Federal, Doutor Eugênio Aragão, eminentes Advogados, permito-me, inicialmente, realçar o brioso voto com que, com a sua lucidez habitual, o eminente Relator Ministro Marco Aurélio já trouxe a matéria para esse exame, expondo, no relato, na fundamentação e nas conclusões, a essência do tema. Permito-me, ainda, adiantar que vou subscrever parte substancial das premissas do voto de Sua Excelência, o Relator, e pedir vênia para divergir apenas no que diz respeito às conclusões.

Eu estou apresentando, Senhor Presidente, um voto de cerca de duas dezenas de páginas que vou juntar ao feito e tomo a liberdade, neste momento, de apenas sumariar a apreciação que faço das preliminares, especialmente suscitadas do cabimento da ADPF, e depois o exame dos oito pedidos, tais como foram formulados. E adianto desde logo que, desses oito pedidos, em sede cautelar, eu estou aqui, pedindo vênia para divergir do eminente Relator, deferindo três, e cinco, reputando-os imbricados ao mérito.

Portanto, para começar o exame, tomo a liberdade de assentar o seguinte.

(Lê voto).

03/09/2015

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL

VOTO

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

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

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

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

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

d) reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a

ADPF 347 MC / DF

preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão;

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

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

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

felizmente os pedidos ao Supremo praticamente não tem limites; e infelizmente os pedidos ao Supremo praticamente não tem limites.

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

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

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

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

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

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

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

A guarda da Constituição pelo STF pode e deve ser provocada por aqueles assim legitimados pela Constituição (art. 103, CRFB). A legitimação de partido político (art. 103, VIII) existe para possibilitar que os representantes do povo acessem e provoquem o STF a exercer a guarda

ADPF 347 MC / DF

da Constituição. Essa legitimação de partido político é importante porque permite que tanto a representação majoritária (maiorias) quanto à representação minoritária (minorias) tenham acesso ao STF. Ou seja, possibilita que as maiorias provoquem o STF, mas também propicia que as minorias se façam presentes e audíveis.

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

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

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

ADPF 347 MC / DF**Dos pressupostos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**

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

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

ADPF 347 MC / DF

os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confiram densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.” (ADPF 33, rel. min. Gilmar Mendes, DJ 06.08.2004)

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

“Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação

ADPF 347 MC / DF

geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (arts. 5º e s.)

(...)

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

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

Do pressuposto da subsidiariedade

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

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

ADPF 347 MC / DF**Da Medida Cautelar - do estado de coisas inconstitucional e da situação dos estabelecimentos prisionais no Brasil**

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

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

O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a

ADPF 347 MC / DF

uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções. Como disse Libardo José Arida, ao mal funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de “igual ou similar alcance” [13]. Para a solução, são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais.”[2][2]

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

A realidade prisional no Brasil mostra números alarmantes, conforme último relatório divulgado do Infopen[3][3], que transcrevo:

Brasil- 2014	
População prisional	607.731
Sistema penitenciário	579.423
Secretárias de Segurança/Carceragens	27.950
de delegacias	
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Segundo a pesquisa:

ADPF 347 MC / DF

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

(...)

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

(...)

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

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

Tais dados revelam uma realidade assombrosa de um Estado que pretende efetivar direitos fundamentais. Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objective - um dia - reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência.

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

(Zaffaroni)”[\[4\]\[4\]](#).

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

A pergunta a ser feita é se o ordenamento jurídico pátrio permite esta recolocação do condenado na sociedade e sua consequente ressocialização ou se funciona eminentemente como fator de marginalização, tendo em vista que a situação de precariedade dos estabelecimentos penais fomenta a escola do crime[\[5\]\[5\]](#). Seguindo os ensinamentos do Professor Juarez Tavares no elucidativo Parecer anexado à inicial da presente Arguição:

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

(...)

Ademais, as tarefas de prevenção de delito mediante pura e

ADPF 347 MC / DF

simples segregação não podem descurar-se da proteção dos direitos fundamentais do encarcerado, que não pode ser tratado como uma coisa inservível nas prateleiras bolorentas dos almoxarifados ou de um arquivo morto.

(...)

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

Avista-se um estado em que os direitos fundamentais dos presos, definitivos ou provisórios, padecem de proteção efetiva por parte do Estado [\[6\]\[6\]\[7\]\[6\]\[7\]](#). Nesta toada, ao discorrer sobre o estado de coisas inconstitucional, Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma:

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

(...)

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

ADPF 347 MC / DF

pressuposto, o da violação massiva de direitos.” [8]

Outras recomendações já foram recebidas da Organização dos Estados Americanos (OEA) para adoção de soluções efetivas para a crise dos presídios nacionais[9][9].

Dos pedidos cautelares

Passo a analisar os pedidos cautelares veiculados na peça inicial.

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

No termo de cooperação técnica[11][11], a cláusula primeira estabelece que:

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

ADPF 347 MC / DF

Compulsando o sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, é possível visualizar no Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil^{[12][12]} número expressivo de **Estados com a audiência implementada**, dos quais cito São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Paraná, Rio Grande do Sul, Goiás, Mato Grosso, Tocantins, Maranhão, Pernambuco, Paraíba, Amazonas. Paralelamente, outros estados **aguardam implantação da audiência**, tais como: Santa Catarina, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal, Bahia, Piauí, Ceará, Pará, Amapá, Roraima, Acre, Rondônia. Por fim, Sergipe, Alagoas e Rio Grande do Norte são Estados com **interesse em implantar a audiência de custódia**.

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

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

A iniciativa reúne juízes que percorrem os estados para analisar a situação processual das pessoas que cumprem pena, além de inspecionar unidades carcerárias, com o objetivo de evitar irregularidades e garantir o cumprimento da Lei de Execuções Penais.

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

O Conselho concede ainda o Selo Começar de Novo a empresas, órgãos e instituições que possuem ações de destaque na área de ressocialização de detentos. Paralelamente a esses projetos, o DMF realiza o Projeto Eficiência, que aprimora as rotinas de trabalho das Varas de Execução Penal.”[\[13\]](#)[\[13\]](#)

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

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

Um ponto, todavia, merece esclarecimento. É que, ao estabelecer o

ADPF 347 MC / DF

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

“Destaca-se como principal instrumento financeiro o Funpen (Fundo Penitenciário Nacional), criado pela Lei Complementar 79, de 7 de janeiro de 1994[5], fundo de natureza contábil que integra o orçamento fiscal da União, e principal fonte de recursos para as ações governamentais de grande parte dos entes federados, por meio de transferências voluntárias, via convênios e, no caso de obras públicas, por contratos de repasse[6]. Faz dos fundos e transferências intergovernamentais voluntárias os instrumentos por excelência que permitem operacionalizar o financiamento desta política pública de forma mais eficiente em nosso federalismo cooperativo.

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

Creio que, dessa forma, o Supremo Tribunal Federal está, em cognição sumária, reconhecendo a impossibilidade de que se mantenha o atual estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário; reconhecendo a importância da proteção internacional dos direitos humanos; dando indicações ao Poder competente para que tome medidas, desde logo, aptas a dar início a um processo de mudança da atual situação de violação massiva de direitos fundamentais dos encarcerados e deixando para analisar mais detidamente o caso e os demais pedidos requeridos quando da devida análise do mérito.

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

1 – reconhecer a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em

ADPF 347 MC / DF

até 24 horas contadas do momento da prisão (**alínea “b”**);

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

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

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

É como voto.

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

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

[dahttp://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/06/presidios-brasileiros-sao-verdadeiras-escolas-do-crime-diz-ministro-da](http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/06/presidios-brasileiros-sao-verdadeiras-escolas-do-crime-diz-ministro-da). Acesso em 24.08.2015.

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

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

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

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

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

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

[12][12] Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Conselho Nacional de Justiça. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/08/5d2c0b47>

ADPF 347 MC / DF

[0e4888d07bfdaf2c86261e20.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/08/5d2c0b470e4888d07bfdaf2c86261e20.pdf)<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/08/5d2c0b470e4888d07bfdaf2c86261e20.pdf>. Acesso em 17.08.2015.

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

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

03/09/2015

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A minha visão sobre este assunto, Presidente, é decorrente das minhas próprias pesquisas e observações, é decorrente de um belíssimo artigo da Professora Ana Paula de Barcellos sobre o tema, intitulado “25 anos da Constituição de 88 e Dignidade Humana: algo mudou para os presos?” - indaga ela. Em terceiro lugar, do excelente voto, notável voto do eminente Ministro Marco Aurélio sobre esta matéria, que enfrentou abertamente todas as complexidades que estão aqui envolvidas.

Eu não vou, Presidente, repetir nem as violações rotineiras, nem as estatísticas assombrosas do sistema penitenciário brasileiro, que já são de conhecimento geral e, em parte, estão no voto do Ministro Marco Aurélio.

Eu gostaria, em um voto breve e oral, de fazer brevíssimas reflexões, um pouco em diálogo com a sociedade que, como o Ministro Marco Aurélio observou no seu voto, não tem este tema como um dos seus campeões de audiência. Portanto, a primeira observação que eu faria em diálogo com a sociedade, porque acho que - isso é importante e esse ponto foi perpassado no voto do Ministro Marco Aurélio -, ao enfrentar este problema do sistema penitenciário, nós não estamos cuidando apenas da defesa de uma minoria, o que já seria um bom papel a ser desempenhado por este Tribunal. Mas a observação de todo pertinente de que a deficiência do sistema penitenciário reverte consequências gravíssimas e dramáticas para a própria sociedade brasileira, pela incapacidade do sistema de tratar essas pessoas com o mínimo de humanidade, o que faz com que os índices de reincidência no Brasil sejam dos mais altos do mundo, simplesmente porque o sistema não é capaz de ressocializar, de humanizar e de dar um mínimo de preparo para essas pessoas quando elas saem do sistema.

ADPF 347 MC / DF

Outra razão pela qual o sistema penitenciário é deletério para a sociedade é que os indivíduos muitas vezes agravam os seus crimes e as suas condutas para escaparem do sistema - como observou a professora Ana Paula de Barcellos. O sujeito sai para um furto, mas ele se torna, por exemplo, um homicida, porque o desespero de não ingressar no sistema faz com que ele muitas vezes se torne um criminoso mais perigoso. Então, essa é a primeira observação que eu faria para esse diálogo com a sociedade. Não estamos apenas cuidando de direitos fundamentais de uma minoria; estamos cuidando de um fenômeno que é retroalimentador da criminalidade e da violência que hoje em dia, em grau elevado, apavora a sociedade brasileira.

Uma segunda observação, Presidente - ainda em diálogo com a sociedade -, é que um sistema penal mais duro e eficiente, sobretudo mais eficiente, envolve o dispêndio de recursos. Tornar o sistema penal mais eficiente e, por exemplo, cumprir os mais de 200 mil mandados de prisão que estão na rua, significa ter que botar mais dinheiro no sistema. A sociedade brasileira precisa levar isso em conta.

Quando se fez, e se está fazendo, no Brasil hoje, o debate sobre a redução da maioridade penal - que é um debate importante, e o Congresso é o lugar próprio de fazê-lo -, é preciso considerar quanto de recursos públicos teremos que investir no sistema para reduzirmos a maioridade penal; quanto teremos que investir no sistema para prendermos os jovens separadamente dos grandes bandidos das facções - ou pretendemos também cometer o crime de botar os meninos de 16 anos com os facínoras que muitas vezes lá estão? Portanto, qualquer movimento relativo ao sistema penal e penitenciário envolve um debate público de qualidade e uma reflexão sobre a necessidade de se investirem recursos.

E, por fim, Presidente, uma outra observação (também em diálogo com a sociedade): a sociedade brasileira, com justa razão, é atormentada por duas linhas de criminalidade: a criminalidade que importa violência e a criminalidade que ela associa à corrupção - corrupção *lato sensu*, desde corrupção ativa, passiva até fraudes em licitações. Pois,

ADPF 347 MC / DF

interessantemente, a clientela preferencial do sistema penitenciário não é uma nem outra. A maior parte das pessoas que está presa no Brasil não está presa nem por crime violento, nem por criminalidade de colarinho branco. Mais da metade da população carcerária brasileira é de pessoas presas por drogas ou presas por furto. E o índice de pessoas presas por colarinho branco - é até constrangedor dizer - é abaixo de 1%, nessas estatísticas globais. Estou fazendo esse argumento um pouco pra demonstrar que prendemos muito - para usar um lugar-comum -, mas prendemos mal. Para não ficar apenas na retórica da frase, estou procurando demonstrar que não prendemos aqueles que a sociedade brasileira considera os seus grandes vilões. O índice de apuração de homicídios no Brasil - esta, sim, uma criminalidade violenta e grave - é de menos de 10%. É uma ínfima quantidade de pessoas que é efetivamente condenada por crimes violentos.

Desse modo, essas modificações que foram deflagradas pela excepcional petição da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, endossada pelo PSOL e endossada pelo Ministro Marco Aurélio, tem esse papel de um diálogo com a sociedade para ela participar deste debate coletivo sobre como interferir de maneira legítima nesse sistema.

As pessoas olham o sistema penitenciário e frequentemente fecham os olhos na crença de que jamais passarão por aquilo. Essa é a pior forma de insensibilidade nessa vida, que ocorre quando a gente tem certeza de que não vai passar por aquela situação. E, assim, a gente perde a empatia, perde a humanidade na capacidade de se colocar no lugar do outro.

E uma última observação que eu faria é que, nessa matéria, o diálogo institucional não precisa, em grande escala, ser com o Legislativo, porque nós não temos problemas de aprovação de Convenções Internacionais nessa matéria, todas estão internalizadas, nem temos grandes problemas de legislação - a legislação brasileira é bastante razoável nessa matéria, inclusive a Lei de Execução Penal.

Portanto, nós aqui temos outros problemas. Há um problema filosófico apontado pela Professora Ana Paula de Barcellos, e destacado no voto do Ministro Marco Aurélio, que é essa visão equivocada de que

ADPF 347 MC / DF

as pessoas perdem a sua dignidade pelo que elas fazem; as pessoas têm dignidade pelo que elas são, pela sua condição humana. E, assim, esse desprezo de tratar essas pessoas como se fossem lixo humano é uma forma de negar a elas dignidade.

Desse modo, as pessoas foram condenadas a serem presas. E, em certos casos, devem permanecer presas. Mas não foram condenadas a sofrerem violência físicas, a sofrerem violências sexuais, a não terem sabonete, pasta de dente, escova de dente, papel higiênico, nem lugar para fazer as suas necessidades básicas, como se encontra relatado no voto louvável, sob todos os aspectos, do eminente Ministro Marco Aurélio.

Eu passo a enfrentar, Presidente, brevemente, a questão suscitada da tribuna, e aqui devo realçar três sustentações magníficas: a do Professor Daniel Sarmento, a do Advogado-Geral da União e a do Doutor Thiago Sombra, cada um, do seu ponto de observação, trazendo elementos relevantes em defesas consistente das suas diferentes posições.

Eu enfrento brevemente a questão do cabimento desta Ação, porque considero que esta matéria já foi adequadamente tratada. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como nós sabemos, pela legislação, exige-se, em primeiro lugar, que haja preceitos fundamentais violados, e aqui ninguém hesitaria em reconhecer que há a violação da dignidade humana, da integridade física e moral dos presos - para citar apenas dois desses preceitos.

Em segundo lugar, e há um conceito importante veiculado na inicial, encampado pelo Ministro Marco Aurélio - que eu mesmo já havia sustentado quando discutimos aqui a questão dos precatórios, depois quando discutimos aqui a questão da indenização dos presos -, que é o estado de coisas inconstitucional. Trata-se de um conceito importado da Corte Constitucional colombiana, em uma situação muito parecida com a brasileira. Portanto, não há aqui, como de praxe, na ADPF, a indicação de um ato específico do Poder Público. Existe um conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema. Desse

ADPF 347 MC / DF

modo, também não excitaria em reconhecer como presente esse segundo elemento, que é um ato do Poder Público, na verdade, aqui um conjunto de ações e de inações.

Por fim, para enfrentar um argumento suscitado da tribuna, a questão da subsidiariedade da arguição de preceito fundamental, e o Supremo tradicionalmente tem interpretado como sendo a impossibilidade de se ajuizarem outras ações constitucionais. Portanto, caberá à ADPF, pelo fato de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade, não cabe ação declaratória de constitucionalidade e nem cabe ação de inconstitucionalidade por omissão. Assim, por exclusão, acho que cabe, sim, esta Ação e não teria nenhuma dúvida em acompanhar tanto o eminente Relator, como agora o Ministro Luiz Edson Fachin nesse particular.

Enfrento, Presidente, brevemente também, um outro tópico que me parece de destacada relevância aqui, que é o de determinar se há ou não legitimidade do Poder Judiciário para atuar nessa matéria. Não é necessário maior aprofundamento, porque é notório o fato de que os presos são uma minoria invisível, uma minoria não representada politicamente, uma minoria incapaz de vocalizar, em qualquer foro relevante, as suas demandas, as suas necessidades. Como consequência, são pessoas que têm seus direitos fundamentais mais elementares vulnerados. Portanto, a essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional no mundo é precisamente a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, os direitos fundamentais da minoria. Por fim, a justificar a atuação do Judiciário, o preso está preso por uma decisão do Estado, ele está sob um relação especial de sujeição para com o Estado. Portanto, o Estado tem deveres mínimos de proteção em relação a esse indivíduo.

Portanto, Presidente, não tenho nenhuma hesitação em sustentar aqui não apenas o cabimento da ADPF, como também a legitimidade da atuação do Poder Judiciário nessa matéria. Como disse, vou juntar um voto escrito. As premissas do meu convencimento estão expostas de maneira mais do que satisfatórias para mim no voto do Ministro Marco

ADPF 347 MC / DF

Aurélio. Assim, não vou me alongar na discussão sobre as premissas teóricas que, a meu ver, legitimam esse tipo de atuação.

Passo a enfrentar a questão das medidas cautelares solicitadas, requeridas pelo autor da ação. E aqui, Presidente, vou me mover com algum grau de cautela, sem trocadilho, nessas cautelares, reservando algumas questões para uma reflexão um pouco maior, e vou chegar a um conjunto de decisões cautelares muito próximas das que foram enunciadas pelo Ministro Luiz Edson Fachin.

A primeira medida cautelar, Presidente, requerida, a da letra "a", é a que pede ao Tribunal que cautelarmente imponha o dever de os juízes e Tribunais motivarem por que não aplicaram as medidas cautelares alternativas à prisão. Eu estou de pleno acordo com esse pedido, mas ele já decorre necessariamente da legislação. É o que decorre, a meu ver, do art. 93, IX, da Constituição, do art. 315 do Código de Processo Penal e do art. 282, § 6º, também do Código de Processo Penal. Desse modo, o pedido cautelar me motiva a explicitar e reiterar que os juízes tem esse dever de motivação. Mas não me anima a conceder uma medida cautelar para determinar aos juízes que cumpram a Constituição e as Leis, sob pena - aqui não é propriamente uma jurisprudência defensiva, mas é um argumento lógico - de caber eventualmente reclamação de toda e qualquer decisão que aplique pena de prisão, pelo fundamento de que a motivação não foi satisfatória. Acho que esse é um risco que o Tribunal não precisa correr, porque já decorre da Lei esta necessidade de motivação. Não acho, porém, irrelevante que o pedido tenha sido feito para dar oportunidade ao Tribunal de reiterar a existência desse dever, mas penso que o Tribunal não precisa dar uma cautelar em ação abstrata para determinar que os juízes cumpram a Constituição e a Lei. Portanto, sem prejuízo de reavaliar a matéria ao final dos debates, ou quando julgarmos o mérito, eu não estou deferindo o pedido cautelar da letra "a".

O pedido cautelar da letra "b" é o de realização de audiências de custódia. Como nós já discutimos aqui previamente, e como o Ministro Marco Aurélio faz constar do seu voto, já é direito interno no Brasil, por força de Decreto que internalizou o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos das

ADPF 347 MC / DF

Nações Unidas e a Convenção Americana de Direitos Humanos - o Pacto de São José da Costa Rica -, a realização desta chamada audiência de custódia ou audiência de apresentação, o *arraignment*, como lembrava o Ministro Celso de Mello recentemente. Penso, ainda, que o prazo de vinte quatro horas que se pede na cautelar pode ser extraído do art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal. Portanto, Presidente, eu estou deferindo a medida cautelar requerida na letra "b".

A medida cautelar referida na letra "c" pede que se determine aos juízes que considerem o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro, no momento da concessão de cautelares penais, no momento da aplicação da pena, e durante o processo de execução penal. Também aqui, Presidente, eu interpreto este pedido cautelar da letra "c" como uma boa e necessária recomendação aos órgãos do Poder Judiciário. É preciso levar em conta que o sistema está sobrecarregado, que o Sistema não ressocializa, que o sistema embrutece. Porém, acho que já decorre do sistema jurídico esse dever dos juízes, e também não veria razão para verter essa determinação em uma ordem cautelar. É certo que, muitas vezes, os juízes não levam isso em conta, pois estou aqui reafirmando que devem levar isso em conta, mas não sob a forma de medida cautelar vinculante, ensejadora de reclamações.

Em relação à letra "d", os juízes devem aplicar, sempre que viável, penas alternativas à prisão. Penso que há uma certa semelhança com a letra "a" e, pelas mesmas razões, eu não estou deferindo essa cautelar. Reitero, todavia, que estou de acordo com a proposição que nela se contém de que, muitas vezes, o condenado cumpre pena em condições mais gravosas do que seria tolerável.

Para reparar isso, numa ação de reparação de dano, da Relatoria do eminente Ministro Teori Zavascki, eu propus que o modelo de indenização fosse um modelo que se materializasse em diminuição da pena, em remição de pena, em vez do pagamento de valores pecuniários. A Ministra Rosa Weber pediu vista para estudar mais adequadamente essa complexa questão. Desse modo, em relação à letra "d" e também às letras "e" e "f", penso que o eventual abatimento de tempo só poderia se

ADPF 347 MC / DF

dar a título de remição de pena, como observou o Ministro Marco Aurélio. Quer dizer, o Juiz não pode, como regra geral, fugir das regras de progressão de regime e de fixação de pena que constam da legislação. Porém, eu repito, havendo pedido de reparação que, a meu ver, deve ser feito perante o Juízo da execução penal, acho, sim, que, a título de reparação, o juiz pode eventualmente reduzir a pena.

Estou concedendo, Presidente, a medida liminar da letra "g". Na verdade, eu a estou estendendo ligeiramente, porque acho que os mutirões carcerários devem ser conduzidos pelo Conselho Nacional de Justiça e também pelos Tribunais de Justiça dos Estados - talvez antes, e acima mesmo, do Conselho Nacional de Justiça. De modo que eu apoio a ideia dos mutirões carcerários, tanto os conduzidos pelo Conselho Nacional de Justiça, e, de ofício, estou acrescentando que também os Tribunais de Justiça estaduais devem ter este cuidado e este zelo.

Presidente, em relação à letra "h", que pede o descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional, também estou determinando cautelarmente que não se faça mais esse contingenciamento. E aqui, pedindo vênias ao Ministro Marco Aurélio, também vou aderir a esse espaço de sessenta dias proposto pelo Ministro Luiz Edson Fachin, porque todas as questões que envolvam orçamento nesse momento de crise fiscal, penso que haja a necessidade mínima de organização no âmbito do Poder Executivo. Eu sei que há uma prática inconstitucional, muito embora o Advogado-Geral da União tenha dito, em alto e bom som da tribuna por duas vezes, que 92% da verba do Fundo Penitenciário tenha sido efetivamente executado. Tomara que esta seja uma liminar inócua, porque o dinheiro já esteja sendo gasto.

Portanto, Presidente, estou dando a cautelar, penso que coincidentemente como o eminente Ministro Luiz Edson Fachin, em relação à audiência de custódia, em relação aos mutirões carcerários, acrescentando que também os Tribunais de Justiça devem realizá-los, e estou concedendo a cautelar relativamente ao descontingenciamento, outorgando sessenta dias ao Poder Público para se organizar.

Por fim, há, Presidente, uma última questão que eu trago para

ADPF 347 MC / DF

reflexão, que é um pedido, mas esse não é um pedido cautelar. Existe um pedido definitivo feito na inicial no sentido de determinar ao Governo que elabore e encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, no prazo máximo de três meses, um plano nacional visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de uma janela de tempo de três anos. Eu considero esse pedido particularmente importante, porque nós estamos julgando aqui apenas as medidas cautelares.

Ministro Marco Aurélio, eu gostaria de fazer essa sugestão em interlocução com Vossa Excelência, que é o Relator. Há um pedido definitivo que é um pedido de apresentação de um plano, pelo Governo Federal, no prazo máximo de três meses. Eu penso que, até para nós julgarmos o mérito desta Ação, quando chegar a hora, nós precisamos de informações vindas do Governo Federal: um diagnóstico adequado do sistema; um diagnóstico - que pode ser até que exista, mas não está nos autos - que diga respeito ao número de vagas faltantes; que diga respeito aos custos; que diga respeito a sabermos quanto disso é obrigação ou possibilidade da União Federal; quanto disso caberá aos Estados, já que, em última análise, enfrentar esse problema adequadamente exigirá que os Estados também apresentem planos de enfrentamento e superação do problema. Portanto, eu estou dando de ofício uma liminar. Ministro Marco Aurélio, eu gostaria de fazer essa interlocução com Vossa Excelência, que é o Relator. Há um pedido, que é o pedido de apresentação de um plano. Esse é um pedido definitivo, mas, se nós julgarmos isso, vamos imaginar, daqui a seis meses ou daqui a um ano, quando Vossa Excelência possa trazer e o Presidente possa pautar, nós teremos perdido um ano.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Estou convencido, adiro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nós teremos perdido um ano na coleta desses dados.

ADPF 347 MC / DF

Portanto, eu gostaria de dar uma medida liminar de ofício, uma cautelar de ofício, para determinar ao Governo Federal que encaminhe - e aí eu acho que três meses é um prazo muito curto; eu acho que um prazo de um ano, talvez 18 meses, mas eu imaginaria um ano - ao Relator um diagnóstico da situação em termos quantitativos e em termos pecuniários, para que tenhamos elementos adequados para, quando chegar a hora, podermos julgar o pedido definitivo.

De modo que, além das três cautelares que eu estou deferindo, Presidente, eu estou acrescentando esta quarta, de ofício, para determinar ao Governo Federal que encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de um ano, um diagnóstico da situação do Sistema Penitenciário e as propostas de solução que cogita para a solução desses problemas, em harmonia com os Estados-membros da Federação.

Eu gostaria de reiterar que as medidas cautelares que eu não estou conferindo, sobretudo, as medidas cautelares "a", "d" e "e", não significam propriamente uma negativa do fundamento que elas trazem em si, mas uma concordância com os pedidos, mas na firme convicção que eles já decorrem do sistema jurídico, e, portanto, já impõem ao sistema jurídico esse dever de motivação da não aplicação das penas alternativas em lugar da pena de prisão e o dever que o juiz tem de levar em conta o estado drástico do sistema na fixação das penas.

Portanto, Presidente, eu estou, em essência, acompanhando as concessões de cautelar do Ministro Luiz Edson Fachin, sem divergir propriamente das que foram concedidas pelo Ministro Marco Aurélio em relação aos outros itens, mas na crença de que já decorrem do sistema e pela suposição de que a concessão de medida cautelar produziria uma enxurrada de reclamações. Além disso, estou propondo uma cautelar de ofício para que o Governo Federal, no prazo de um ano, após a publicação do acórdão, apresente ao Tribunal e, notadamente, ao Relator, um diagnóstico e um plano de ação nessa matéria.

Agradecendo a atenção de todos, Presidente, é como voto.

03/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, essa é mais uma das várias ações que, nos últimos tempos, têm chegado à deliberação do Supremo Tribunal Federal, envolvendo esse gravíssimo problema que todos nós reconhecemos existente do Sistema Penitenciário brasileiro, pintado com cores vivas no voto do Ministro Marco Aurélio. Embora se saiba que há exceções elogiáveis, o quadro dramático e caótico não pode ser desconhecido.

Por outro lado, à falta de um outro instrumento adequado a chamar na intervenção do Supremo Tribunal Federal naquilo que o Supremo Tribunal Federal puder contribuir para a solução desse problema, parece-me adequado - também foi justificado largamente pelo voto do Ministro Marco Aurélio - o cabimento da ADPF nessas circunstâncias.

É importante salientar que aqui estamos em julgamento da liminar apenas cuja concessão supõe alguns requisitos. Claro que esses requisitos devem ser adequados também às circunstâncias do caso, que apresenta peculiaridades enormes. De qualquer modo, um dos requisitos é a relevância do direito. E a mim parece que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro revela a presença desse requisito.

De qualquer modo, no exame das medidas liminares, é preciso que a posição do Supremo Tribunal Federal seja responsável no sentido de que a medida eventualmente deferida possa ser efetivamente cumprida. Por outro lado, é preciso também considerar que o seu cumprimento pode ser exigido por via de reclamações. É muito importante que a medida liminar não fique, assim como a própria decisão definitiva num caso como este, apenas no plano simbólico, ou no plano retórico, ou no plano acadêmico. Se o Supremo Tribunal Federal vai se dispor a contribuir, ele tem que

ADPF 347 MC / DF

contribuir eficazmente e responsavelmente. De modo que esse aspecto me parece importante no exame dessas medidas cautelares.

Concordo com o Ministro Barroso e com o Ministro Fachin que há alguns pedidos de medida cautelar que realmente não parecem adequados.

Todas as determinações a juízes e tribunais, por exemplo, de como devem interpretar a lei, ou de como devem aplicar a lei, são determinações que, a rigor, decorrem do próprio sistema normativo. Por exemplo, o poder de fundamentar as decisões decorre da Constituição, e a Constituição, obviamente, tem a mesma força vinculante e determinativa que uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Eu diria que a Constituição tem uma força muito maior do que uma decisão do Supremo. Aliás, a liminar numa circunstância dessa, além de não contribuir em nada no plano da efetividade, encontraria também o empecilho da subsidiariedade, uma vez que a eventual decisão imotivada comporta recurso e, talvez, com uma eficiência e uma imediatidade muito maior do que uma reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, não penso que o caos carcerário decorra propriamente da falta de motivação das decisões judiciais. Penso que não há essa relação entre o estado de coisas inconstitucional e essa espécie de deficiência nas decisões judiciais.

De modo que, por essas razões - primeiro, porque se trata de medidas que já compõem o sistema normativo; segundo, porque se trata de uma medida que tem mecanismos próprios de correção, que são os recursos ordinários -, eu indeferiria as determinações das letras "a", "c", "d", "e" e "f".

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência pode repetir, por gentileza? Vossa Excelência está afastando?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - São as mesmas que foram indeferidas pelo Ministro Fachin e acho que pelo Ministro Barroso

ADPF 347 MC / DF

também.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência está acompanhando o voto dos Ministros Fachin e Barroso, na mesma extensão?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Relativamente a essas, sim.

Agora, se Vossa Excelência me permite, eu vou examinar as outras.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Nas minhas anotações, Vossa Excelência e o Ministro Fachin deferiam a cautelar na letra "b", na letra "g" e na letra "h", nas cautelares; relativamente a letra "c", que seria uma decisão de mérito, Vossa Excelência, de ofício, com a anuência também do Ministro Marco Aurélio, deferiu também aquele estudo a ser feito pelo Ministério da Justiça com prazo de um ano.

Então, Ministro, eu me perdi um pouquinho, peço escusa a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu gostaria de me pronunciar sobre as outras. Por enquanto, eu indeferi essas que foram referidas.

Quanto à da letra "b", Senhor Presidente, quanto às audiências de custódia, a questão aparentemente não está em fixar esse prazo de noventa dias, porque, quanto à obrigação de realizar essas audiências de custódia, parece-me que o Tribunal já reconheceu a sua obrigação. De modo que, sob certo aspecto, essa determinação também significaria determinar que o juiz cumpra o que já é obrigado a cumprir.

A questão aqui está em saber se os tribunais e se os órgãos judiciais do País estão em condições de atender a essa medida. Nós temos que evitar por uma questão de responsabilidade do Supremo, determinar alguma coisa que não possa ser cumprida na prática. Nós vamos acabar

ADPF 347 MC / DF

trazendo para o Supremo uma série de reclamações por falta de audiência de custódia, que fatalmente pode acontecer se uma determinação assim não for cumprida.

Quanto a isso - Vossa Excelência é o Presidente do CNJ e poderia esclarecer -, não sei se não seria o caso, e aqui eu coloco à consideração dos Colegas, se, antes de haver um pronunciamento definitivo sobre este prazo, não seria o caso de ouvir o CNJ formalmente, porque o art. 5º da Lei que regulamenta a ADPF, quando fala da liminar, diz:

"Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, **ad referendum** do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias."

Eu penso que talvez fosse o caso de ouvirmos o Conselho Nacional de Justiça para que, nesse prazo, manifestasse-se sobre a...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite uma sugestão?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Pois não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu, inclusive aqui acompanhando com muito interesse o Doutor Luis Lanfredi, que é o coordenador do DMF, órgão responsável pela fiscalização dos presídios, e que também manifestou uma certa preocupação quanto ao prazo de noventa dias. Realmente, esse prazo é

ADPF 347 MC / DF

um pouco exíguo, tendo em conta a extensão continental do Brasil, o número de juízes criminais que nós temos, o fato de que no interior as varas em geral - o Ministro Fux sabe disso muito bem - são cumulativas, ou seja, não são apenas restritas a varas criminais. O juiz faz de tudo, é corregedor dos cartórios, dos presídios menores etc., além de decidir as questões mais vastas possíveis, familiares, comerciais etc. Se, em vez de noventa dias, nós disséssemos aqui: "*que se realize segundo o cronograma estabelecido pelo CNJ*". Porque nós pretendemos baixar uma resolução brevemente normatizando isso. O que estamos fazendo hoje? Nós estamos estabelecendo - e já temos implantados experimentalmente em dezesseis Estados, mediante convênios ou termos de cooperação com o Poder Executivo, que é uma parte importante nesse processo, porque ele precisa fornecer as viaturas, as escoltas. Estamos implantando primeiramente nas capitais, onde existem varas especializadas, varas de execução penal etc. Então, o importante é dar esse primeiro passo e fincar uma bandeira no que diz respeito a essa tese. Assim, já que Vossa Excelência aventou essa questão, se se deixasse isso para o CNJ, que tem todo o interesse, segundo, enfim, realize em prazo a ser regulamentado pelo CNJ ou estabelecer um prazo máximo, talvez prazo de um ano...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É por isso que me ocorreu de ouvir o CNJ, justamente para que se produza aqui uma decisão responsável neste sentido de que ela seja factível.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O CNJ se pronunciará desde logo que não tem dados concretos, porque cada Estado tem a sua própria realidade. O Amapá, por exemplo. Nós iremos agora sexta-feira para Roraima, onde as distâncias são fenomenais entre uma comarca e outra. Quer dizer, dificilmente nós teremos um diagnóstico tão pronto assim, como exigiria uma decisão de natureza cautelar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro

ADPF 347 MC / DF

Teori, aproveitando a sugestão do Presidente, eu gosto da ideia de delegar ao CNJ. Talvez pudéssemos fixar um prazo máximo de um ano. Parece razoável?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu acredito que sim. Um ano. O nosso Juiz, Coordenador do DMF, que já circulou este País várias vezes, exatamente implantando e ajudando a implantar e buscando conhecer as realidades locais, aponta com a cabeça que esse prazo seria razoável, o prazo máximo de um ano. O CNJ regulamentaria isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Prazo máximo de um ano? CNJ? Eu imaginei, aqui, apresentação do preso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, quer dizer que o prazo regulamentaria num prazo que não ultrapassasse um ano para implantação em todo País das...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Porque isso daria a ideia de que o preso pode esperar um ano já custodiado, até que seja apresentado. Aí também torna o comando dessa ação completamente ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É que nós nos deparamos com aquela questão, enfim, daquele brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur*, ainda que nós estabeleçamos o prazo de 90 dias, na prática, não há possibilidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, acho que o Ministro Teori levantou um ponto que eu considero muito importante. Quer dizer, se o Supremo vai se meter nesse assunto - e esta é a posição do Ministro Marco Aurélio; portanto, nós estamos avançando -, eu acho que a gente não deve correr o risco de dar ordens que não vão ser cumpridas, eu acho que nós temos que ter essa cautela.

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O que o Tribunal não tem feito quanto ao Poder Legislativo, no que assina prazo para o Congresso legislar!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, eu apoiaria essa ideia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu vejo que, recentemente, nos casos dos precatórios, este Plenário decidiu outorgar ao CNJ que regulamentasse aspectos que nós não podíamos regulamentar aqui desde logo, porque não conhecíamos a realidade de todo o País. E nós estamos já em vias de cumprir essa determinação do CNJ. Temos uma comissão, ouvimos todos os Estados, incorporamos agora a representante da Procuradoria das Fazendas Públicas também, que eram as partes interessadas. Já temos algo a oferecer para este Plenário em poucos dias.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A ideia do Ministro Fux, então, quer dizer, no menor prazo possível, observado o prazo máximo de um ano.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Quando nós votamos a audiência de custódia, aqui, que legitimamos aquela audiência pela Convenção do Pacto de São José da Costa Rica, a apresentação se dará 24 horas depois da prisão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso continua, claro!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Muito bem. Aí, o CNJ já estava trabalhando sobre essa audiência de custódia imediata.

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu acho que no bojo desse documento daria para se fazer esse trabalho também em relação aos já custodiados, os números, não é?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Em outubro, nós teremos já feito, implantado isso em todo o País até outubro. Então, esse é o nosso cronograma: até o final de outubro, os 27 Estados, os 26 Estados e o Distrito Federal terão implantado um projeto-piloto de audiência de custódia.

Então, a partir das várias experiências, porque cada Tribunal baixa uma resolução, nós pretendemos pegar os aspectos positivos de cada resolução dos entes federados e fazemos uma resolução nacional.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, até Vossa Excelência citou o fato de nós termos aqui a experiência do interior, na magistratura do interior. Acho que o problema se dá nas grandes capitais, porque, nas comarcas do interior, o número de presos é bem menor, é possível ao juiz fazer essa apresentação nesse prazo de 90 dias com muita facilidade - nas comarcas do interior, mas na capital

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bem, essa ordem, então, ela seria dirigida, na verdade, ao Tribunais de Justiça. E se não forem cumpridas? Essa ordem da implantação em 90 dias das audiências de custódia, e também a Justiça Federal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas aí nós estamos seguindo a proposta de o CNJ regulamentar para ele fixar o prazo de cumprimento pelos Tribunais de Justiça.

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois é, eu acho, com todo o respeito, que talvez essa seria a melhor solução, e seria adequado - evidentemente porque o Supremo Tribunal Federal é um órgão superior ao CNJ - que o Supremo Tribunal Federal fixasse um prazo máximo para que isso ocorresse.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: ...em ordem a **permitir** que o CNJ **atue**, em virtude dessa delegação, **como verdadeira “longa manus”** desta Corte Suprema.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso mesmo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Fica melhor, porque nós estaríamos dando uma ordem ao CNJ e não correríamos o risco de termos aqui uma enxurrada de reclamações, caso não se faça audiência de custódia em determinado lugar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim, até nulidade da prisão. Porque, se nós determinarmos aqui 90 dias, que é uma ordem judicial do Supremo Tribunal Federal, e alguém é preso em flagrante, e não se faz audiência de custódia nesse prazo, pode até gerar nulidade do auto de prisão em flagrante.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – A mim parece que essa consciência nós temos que ter.

Sem falar que nós não vamos dar conta de examinar todos os casos de audiência de custódia, que não serão feitos.

É importante ter essa visão, uma visão de responsabilidade daquilo que o Tribunal está determinando. E também que não fique só no plano retórico. Temos que encontrar a exata medida dessa determinação.

Eu diria a mesma coisa, Senhor Presidente, em relação à questão dos

ADPF 347 MC / DF

mutirões carcerários. Está-se pedindo uma ordem ao Conselho Nacional de Justiça para que promova mutirões carcerários; coordene um ou mais mutirões a fim de promover a pronta revisão de todos os processos de execução em curso no País.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, todos, eu não dei, não; foi só no limite de realizar mutirões carcerários.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É, mas eu estou lendo o que está sendo pedido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Realizar mutirões carcerários, o CNJ e os Tribunais.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - E que determine ao Conselho Nacional que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução em curso no País que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Isso já foi feito na gestão do Ministro Gilmar Mendes, como Presidente do Conselho Nacional de Justiça, sem necessidade, inclusive, de ordem do Supremo. Eu não vejo dificuldade nisso. Naquele período, juntaram-se, o CNJ, os juízes, a Defensoria Pública, o Ministério Público, porque se não forem feitos esses esforços concentrados, não sairá nada. Aqui é viável, porque já foi feito. Essa não é uma realidade nova.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não estou dizendo que seja viável ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E os mutirões carcerários, historicamente ...

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu não estou dizendo que não seja viável, nem que não seja necessário.

Eu comecei o meu voto dizendo que talvez fosse o caso de ouvirmos o CNJ.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, porque Vossa Excelência disse como se não fosse possível - desculpe-me, talvez a minha compreensão tenha sido equivocada. Já foi possível em 2010.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministra Cármem, eu salientei aqui é que o pedido é para que seja imediatamente ... todos os casos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Estou dizendo, porque na década de 80 ...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ministro Teori, Vossa Excelência me permite?

O pedido foi deduzido, o mutirão carcerário, para a adequação das penas aos pedidos deduzidos em alíneas anteriores, que foram indeferidas, e, por essa razão, é que o eminente Relator votou no sentido de que estava prejudicado, porque o pedido era consequência ... O eminente Ministro Luis Edson e o Ministro Luís Roberto é que deferiram em parte, apenas para implementação dos mutirões.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque há muitas pessoas, Ministra Rosa, que estão presas, quando já deveriam estar soltas. Portanto, a minha ideia de mutirão carcerário não é mudar o critério de aplicação de pena, é liberar quem está indevidamente mantido no cárcere.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E o mutirão não é realizado em abstrato, o mutirão é realizado para influir no processo, claro! Mas o

ADPF 347 MC / DF

mutirão pega o nome do custeado, pega o processo dele; o mutirão é documentado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mais do que isso, Ministro, na década de 80, o então Desembargador José Fernandes Filho fez mutirões, nem existia a Constituição da República de 1988. Notou-se que havia uma desordem. No caso, estou tomando o exemplo de Minas, mas que devia ser um retrato do Brasil inteiro. E isso foi feito a partir da decisão do Desembargador Fernandes Filho, então Presidente do Tribunal de Justiça de Minas.

Estou chamando atenção para isso, Ministro, entendendo perfeitamente e concordando até com Vossa Excelência quanto às preocupações muito nobres, e muitíssimo razoáveis, para dizer que é possível. Não há coisa, fora a morte, que o ser humano queira e que ele não faça; se quiser fazer, faz, sem se esquecer que somos dezoito mil juízes no País.

Estou dizendo isso por conta do esforço que nós fizemos juntos com os juízes agora, durante este ano, para cuidar da questão da violência doméstica; fazia-se em média 17 júris; numa semana, nós conseguimos realizar 218 com um pedido; sem nada, sem um documento, sem nada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministra Cármen, e “periódico” é uma cláusula aberta. Quer dizer, se, em cinco anos não tiver feito nenhum, violou. Mas, se vai ser de ano em ano, de dois em dois anos, de seis em seis meses, quem vai avaliar é o Tribunal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O que não é possível é continuar neste estado de coisas inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pois, então, mas a ordem é para que faça periodicamente, mas nós não estamos ditando qual é a periodicidade.

ADPF 347 MC / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu só aparteei. Pedi um aparte, que o Ministro Teori gentilmente me concedeu.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Permita-me uma rápida intervenção?

Historicamente - é uma pena o Ministro Gilmar Mendes não estar aqui -, os mutirões surgiram a partir do CNJ, porque os Estados não tinham condições de fazê-lo adequadamente. Há Estados em que há poucos juízes da execução. Então, o trabalho se acumula, e o CNJ entendeu de convocar juízes da execução penal de todos os Estados e fazer um esforço concentrado num determinado Estado, para resolver a questão onde o problema se apresentasse mais agudo.

Então, o mutirão é isto: o mutirão é trazer juízes de vários Estados, especializados na execução penal, para ajudar num determinado Estado que esteja em mora no que tange, enfim, o exame dos processos de progressão de pena e outros benefícios de natureza prisional.

Nós precisamos saber se essa ordem, para quem ela é dirigida, se ela é dirigida ao CNJ - e aqui eu queria informar que os mutirões são permanentes, os mutirões não acabaram, eles estão sendo acelerados - ou se essa ordem é dirigida aos Tribunais de Justiça dos Estados. Se for aos Tribunais de Justiça dos Estados, de repente, ela é inócua, porque os mutirões surgiram, exatamente, em função da incapacidade de os Tribunais realizarem eficientemente essa tarefa.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, não há nenhuma dificuldade em deferir o pedido como está aqui, porque o pedido diz assim: coordene um ou mais mutirões carcerários.

Todavia, penso que do ponto de vista prático, seria mais interessante ouvir o CNJ - essa era a minha ideia inicial - para que ele apresente um plano concreto de realização disso, porque determinar simplesmente que ele "coordene um ou mais mutirões, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos" é uma determinação absolutamente inexecutável na prática, suponho eu, nessa extensão que está sendo pedida.

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu gostaria de explicitar o meu voto para dizer que não é para rever todos os processos. É para fazer o mutirão carcerário para rever situações de inadequação, podemos pensar uma fórmula, mas rever tudo, eu estou de acordo que não é viável. Quer dizer, um mutirão para constatar as situações de irregularidade ou alguma coisa nessa linha.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Quem sabe o Tribunal defere uma liminar para que, em cinco dias, o CNJ apresente uma proposta, um plano, e nós determinamos a realização do mutirão, já que isso demanda certamente mobilização de juízes, de recursos. Ao que consta, os mutirões anteriores demandaram uma movimentação geral de juízes pelo Brasil inteiro. Isso é uma providência que não é realizável de pronto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas no mutirão, não há uma visita aos presídios. Mutirão, ele é antecedido da relação dos presos daquele estabelecimento, a situação prisional deles, e, aí, então, se vai lá conferir e faz-se o mutirão carcerário exatamente para liberar quem já está preso há mais tempo do que o devido. Não é uma visita ao presídio. É uma coisa burocratizada. É bem burocratizado o mutirão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, com isso, Vossa Excelência quer significar que dá ou não dá a sua posição?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não sei, acho que seria importante ouvir o CNJ.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Dá para fazer.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Se Vossa Excelência, como Presidente do CNJ, entende que uma determinação do Supremo para que coordene um ou mais mutirões para rever eventuais excessos na

ADPF 347 MC / DF

execução da pena.....

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O que eu posso afirmar a Vossa Excelência é que os mutirões não pararam. E agora nós estamos inclusive lançando um novo programa que se chama cidadania nos presídios, que seria o segundo passo depois das audiências de custódia, que implica não só na aceleração dos mutirões carcerários, com a colaboração dos Tribunais de Justiça, mas também o acompanhamento do preso quando ele passa do semiaberto para o aberto e, depois para o aberto, ele é liberado. Então, nós mobilizamos a sociedade civil, pretendemos fazê-lo para que encontremos emprego e, enfim, para reinseri-lo na sociedade. Esse plano já está praticamente definido, seria a segunda fase.

Se o Supremo Tribunal Federal houver por bem em determinar a apresentação de um plano em alguns meses ou, enfim, nós estamos prontos a fazê-lo.

Agora, realmente o Ministro Fux lembrou bem. Os mutirões implicam a mobilização não só de pessoas, mas de recursos, voos, diárias, enfim, a permanência de magistrados em Estados diferentes de sua origem, de sua residência. É uma mobilização, é quase que uma operação de guerra. Mas nós achamos que isso é prioritário.

E eu até louvo a preocupação do Relator, eu o acompanharia, talvez com uma ou outra observação nas conclusões que fez.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Alguém falou que o Relator considerou prejudicado esse pedido?

Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Considerou prejudicado, sim, Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não está sendo deferido, esse pedido?

ADPF 347 MC / DF

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - O Ministro-Relator, não; só pelos Ministro Luiz Edson e Ministro Luís Roberto, em parte.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Exatamente, era essa a observação que eu queria fazer.

Na verdade, como, no pedido, a parte final busca adequar os mutirões às letras "e" e "f", e essas letras, pelo que retive, o Ministro-Relator não as defere de pronto, ele também não deferiu a medida da letra "g". Eu sugeri suprimir a parte final e deferir o restante. Foi exatamente isso que a Ministra Rosa está agora a observar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A premissa, segundo a inicial, dos mutirões seria, justamente, a possibilidade de se alterar a legislação quanto à outorga de benefícios, os períodos necessários para essa outorga. Então, me limitei ao pedido.

Como indeferi a pretensão de ter-se a diminuição dos prazos fixados em lei – porque não posso atuar como legislador, mesmo diante da situação degradante das penitenciárias –, por consequência lógica, cheguei ao prejuízo do pedido alusivo aos mutirões.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, do meu ponto de vista, penso que os mutirões são uma providência importantíssima; a história já mostrou isso; talvez tenha sido a providência mais importante do CNJ como contribuição para solução do sistema carcerário brasileiro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro Teori, faço justiça ao subscritor da inicial. Não formalizou pedido de determinação de mutirões em geral, de forma linear, porque esses mutirões já vêm sendo implementados pelo Conselho Nacional de Justiça.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

ADPF 347 MC / DF

(PRESIDENTE) - Permanentemente. E os mutirões, eu acho realmente, o Ministro Teori tem razão, eles contribuem não só..., evidentemente têm o efeito prático de acelerar os benefícios prisionais, mas eles descomprimem a tensão que existe nos presídios. Quando o presidiário, o detento sente que o processo dele vai andar, evidentemente, ele tem uma expectativa de que poderá progredir mais rapidamente, até deixar o presídio num prazo mais curto. É uma medida muito importante.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Se a medida já existe, não há por que determinar novamente. Então, realmente me parece que o pedido estaria prejudicado se a medida já está sendo implementada. Parece que o Ministro Barroso e o Ministro Fachin determinariam a continuação dessas medidas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Nós estamos prevendo dois mutirões mais até o final do ano. Temos aqui a informação: organizados em todos os Estados, dois, até o final do ano. E agora, inclusive, até o nosso Luis Lanfredi está me lembrando, nós vamos ter mutirões eletrônicos para economizar a ida dos juízes de outros Estados para um determinado ente federativo, porque, como o Ministro Fux bem lembrou, isso não implica necessariamente a ida do magistrado à penitenciária. É um processo, na verdade. Então, digitalizados esses processos, como estamos pretendendo digitalizar e estamos fazendo de fato, esses mutirões podem ser feitos de Brasília ou de qualquer ponto no País. É um procedimento que está sendo adotado em caráter permanente pelo CNJ. Enfim, se o Supremo determinar qualquer medida nesse sentido, aceleração, nós faremos.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Observe, Senhor Presidente, que a Lei nº 12.106/2009 criou, no âmbito do CNJ, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Sócioeducativas (DMF).*

ADPF 347 MC / DF

Esse diploma legislativo, **ao definir** as atribuições do DMF, **deu-lhe** competência **para acompanhar e propor** soluções **pertinentes** às irregularidades e deficiências **verificadas** no sistema penitenciário (art. 1º, III).

Vê-se, desse modo, que os encargos ora delegados por este Tribunal ao CNJ **poderão ser desempenhados** por órgão, **o DMF**, *que já se acha posicionado* na própria estrutura administrativa do Conselho Nacional de Justiça.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas, pelo que estou concluindo desse ilustrativo debate, o pedido da letra "g" parece desnecessário. Primeiro, porque já está sendo atendido; segundo, porque já está obtendo resultados concretos; e terceiro, porque já existe até uma determinação legal, como agora colocou o Ministro Celso.

Então, quanto à determinação de mutirões carcerários, não se atenderia aqui o requisito da necessidade neste momento, portanto, não haveria razão para deferir esse pedido.

Finalmente, a questão do descontingenciamento, que, aliás, é a única providência cautelar pedida que não envolve o próprio Poder Judiciário. Todas as outras medidas cautelares pedidas e as que estão deferidas envolvem providências ao próprio Poder Judiciário. De modo que significa que, de alguma forma o Poder Judiciário também tem um campo grande de atuação, de contribuição para amenizar essa grave situação do sistema penitenciário brasileiro.

A questão do descontingenciamento: o que significa descontingenciar? É fazer o contrário de contingenciar. O conceito de contingenciamento está no art. 9º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que diz:

"Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão,

ADPF 347 MC / DF

por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias."

Ou seja, o que tem aqui é uma previsão orçamentária de um determinado valor, que, não havendo a arrecadação compatível, tem que ser contingenciado, por força da lei. O que está sendo pedido é que não haja esse contingenciamento em relação à verba do FUNPEN. Quer dizer, se não houver dinheiro para cobrir orçamento, que não se corte verba desse fundo.

Essa me parece uma medida razoável, nas circunstâncias, embora, como ficou dito da tribuna, aparentemente, o problema não esteja propriamente no contingenciamento, mas na falta de projetos. Não adianta liberar os recursos orçamentariamente, se não há como aplicá-lo por falta de projetos. Mas eu concordo que se trata de uma medida adequada nas circunstâncias.

Convém registrar que esse e todos os demais pedidos de cautelar, Senhor Presidente, têm escassa compatibilidade com aquilo que está deduzido como pedido definitivo nesta ação. O cerne do pedido definitivo é o seguinte:

"c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao Supremo, no prazo 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."

Ou seja, o pedido principal: primeiro, é que se determine que se realize em três meses um plano apto a, em três anos, acabar com os problemas do sistema penitenciário.

Segundo:

"d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho

ADPF 347 MC / DF

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."

Terceiro:

"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."

Depois:

"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 (...)"

Depois:

"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."

Depois:

"h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para

ADPF 347 MC / DF

homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias (...)"

Finalmente:

"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"

Esse é o pedido principal. Se formos examinar com cuidado, há uma quase integral falta de relação ou de compatibilidade entre o que foi pedido em liminar e o que está sendo pedido como definitivo.

Eu falo isso, porque, em relação ao descontingenciamento de recursos, seria muito mais lógico que se tratasse de provisão de recursos depois de haver aprovação do plano que constitui o pedido definitivo. Mas, enfim, estou concordando em descontingenciar para, se houver algum projeto já aprovado, que não seja por falta desse descontingenciamento que sua execução deixe de ser implementada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite um rapidíssimo aparte?

Vossa Excelência enunciou seu voto, dizendo que esta medida cautelar, esta ADPF se insere num conjunto de decisões que o Supremo está tomando para resolver o sistema carcerário. O descontingenciamento é muito importante, porque acabamos de decidir que o Ministério, mediante ações civis públicas, pode, evidentemente desde que o Judiciário assim o determine, obrigar o Estado a fazer reformas.

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É de destacar o julgamento plenário, por esta Corte, **do RE 592.581/RS**, no qual Vossa Excelência, como Relator, **proferiu notabilíssimo voto**.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Muito obrigado.

Na medida em que nós liberamos essa verba, vamos viabilizar exatamente aquela decisão anterior, porque o Ministério Público, sabendo que tem verbas disponíveis, que não estão contingenciadas, pode pedir ao juiz que se faça determinadas obras de caráter emergencial.

Essa é um medida, *data venia*, talvez das mais importantes, e o Ministro-Relator Marco Aurélio teve muito sensibilidade em deferir esta cautelar, porque esse é o ponto nodal; ou seja, a falta de recursos impede que o sistema avance em melhorias que todos desejamos.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Esse é meu voto, Senhor Presidente. Eu defiro a letra "b", realização de audiência e custódia num prazo o mais breve possível, segundo os critérios do CNJ, e a letra "h", julgando prejudicado a letra "g" e indeferindo os demais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Em suma, Vossa Excelência está deferindo a letra "b", embora não fixe o prazo, o prazo é o mais breve possível, e também o descontingenciamento.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL

ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA PARAÍBA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

INTDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S) : ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

Decisão: O julgamento foi suspenso após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que deferia parcialmente a medida liminar requerida para determinar: a) aos juízes e tribunais - que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais - que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais - que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes - que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e e) à União - que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Falaram, pelo requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, o Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento, OAB/RJ 73.032; pela União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelo Estado de São Paulo, o Dr. Thiago Luiz Santos Sombra, OAB/DF 28.393, e pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 27.08.2015.

Decisão: O julgamento foi suspenso após o voto do Ministro **Edson Fachin**, que concedia a cautelar em relação à alínea "**b**" da inicial; que, em relação à alínea "**g**" da inicial, concedia em parte a cautelar para determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa, mas afastando a necessidade de adequação dos pedidos contidos nas alíneas "**e**" e "**f**"; que, em relação à alínea "**h**" da inicial, concedia em parte a cautelar para acolher a determinação do descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, devendo a União providenciar a devida adequação para o cumprimento desta decisão, fixando o prazo de até 60 (sessenta) dias a contar da publicação desta decisão, deixando de conceder a cautelar em relação aos pedidos contidos nas alíneas "**a**", "**c**", "**d**", "**e**" e "**f**" da inicial, que propõe sejam

analisadas por ocasião do julgamento do mérito; após o voto do Ministro **Roberto Barroso**, que, em relação à alínea "**b**" da inicial, concedia em parte a cautelar, determinando que o prazo para a realização das audiências de custódia seja regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça; que, em relação à alínea "**h**", concedia a cautelar nos termos do voto do Ministro Edson Fachin; que, em relação à alínea "**g**" da inicial, concedia a cautelar e, de ofício, estendia a condução dos mutirões carcerários aos Tribunais de Justiça estaduais; que indeferia a cautelar quantos aos demais pedidos; e que concedia cautelar de ofício para determinar ao Governo Federal que encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de 1 (um) ano, diagnóstico da situação do sistema penitenciário e propostas de solução dos problemas, em harmonia com os estados membros da Federação, no que foi acompanhado pelo Relator; e após o voto do Ministro **Teori Zavascki**, que concedia em parte a cautelar quanto à alínea "**b**" da inicial, determinando que o prazo para a realização das audiências de custódia seja regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça; que concedia a cautelar quanto à alínea "**h**"; que julgava prejudicada a cautelar quanto à alínea "**g**", acompanhando o Relator, e indeferia a cautelar quanto às demais alíneas. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da Conferência Global sobre Dinheiro e Política, promovida pelo Tribunal Eleitoral do México e pelo Instituto Internacional para a Democracia e a Assistência Eleitoral (IDEA Internacional). Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 03.09.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

09/09/2015

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, Senhores Ministros, como já amplamente relatado e debatido nas sessões anteriores, e apenas para rememorar, lembro que se trata de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob a relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, arguição essa submetida a este Plenário para exame das medidas acauteladoras buscadas.

A ação objetiva o reconhecimento de que o sistema prisional brasileiro configura o que se convencionou chamar de "estado de coisas inconstitucional", expressão também encampada pela Corte Constitucional Colombiana. E esse estado de coisas inconstitucional resultaria da violação massiva de direitos fundamentais dos detentos, que se diz provocada por ações e omissões dos poderes públicos, na órbita federal/estadual, e objetivando ainda a ação a adoção de providências de ordem diversa, providências essas distribuídas em oito pedidos cautelares. E esses pedidos, em sede cautelar, é que estão sendo objeto de exame no momento e de mais dez pedidos para serem apreciados afinal.

Assim como o Relator e os Ministros que me antecederam e pelas razões já explicitadas por todos, eu conheço da ação. Entendo presente o requisito pertinente à subsidiariedade, nos moldes do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

Eu acompanho, Senhor Presidente, o judicioso voto do eminente Relator, a quem parabenizo, em todas as premissas ensejadoras do reconhecimento, ainda que em juízo de delibação do estado de coisas inconstitucional. Eu subscrevo, na íntegra, os fundamentos de Sua Excelência com relação às premissas ensejadoras do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Há oito pedidos, e não vou acompanhar o eminente Relator em todos eles. Por isso, vou me permitir examinar os que defiro, os que indefiro e o que julgo prejudicado.

ADPF 347 MC / DF

De qualquer maneira, apenas para enfatizar, com relação a esse estado de coisas inconstitucional, permito-me o registro de que a metáfora, lembrada da tribuna e também invocada pelo Ministro Fachin, Inferno de Dante me parece absolutamente adequada quando se trata do sistema prisional brasileiro, ainda que - e digo isso em função de uma observação muito pertinente do Ministro Teori - haja exceções. Mas o Inferno de Dante também tem seus nove círculos, e o primeiro é o Limbo, ocupado na imagem de Dante sequer por pecadores. Então, há exceções sim, mas essas exceções não nos permitem não reconhecer o estado caótico e dramático das prisões brasileiras e proclamar, repito, ainda que em sede de juízo delibação, o estado de coisas inconstitucional.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhor Presidente, trata-se, como relatado, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com vista ao reconhecimento de que o sistema prisional brasileiro configura o chamado "estado de coisas inconstitucional", na expressão cunhada pela Corte Constitucional Colombiana, ora submetida a este Plenário para apreciação das medidas acauteladoras buscadas, distribuídas em oito pedidos assim deduzidos:

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

f) reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições do efetivo cumprimento da pena foram significativamente e 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.

Observo de início que, excluído o do item “e”, acima, todos os demais pedidos focam direta ou indiretamente o Judiciário.

Indefiro o postulado no item “a”, uma vez que a exigência que veicula já decorre, explícita ou implicitamente, do ordenamento jurídico. Enquanto o artigo 93, IX, da Constituição impõe sejam as decisões judiciais fundamentadas, pena de nulidade, o art. 282, § 6º, do CPP, incluído pela Lei 12. 403, de 2011, prescreve que a *prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP)*. As razões que impossibilitam a aplicação das

ADPF 347 MC / DF

medidas cautelares alternativas à privação de liberdade objeto do art. 319 do Código de Processo Penal não de constar expressamente, pois, do decreto de prisão provisória por força do arcabouço legal vigente, a tornar inócuo o deferimento.

Acompanho o relator quando defere o pleito de **b** para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do entendimento de que mais adequada seria a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, consideradas as dimensões continentais do país e as peculiaridades de cada região.

Indefiro os pedidos dos itens **c**, **d**, **e** e **f**. Inócuo se me afigura o que neles pretendido, presentes os termos da legislação em vigor, em que a privação de liberdade como pena definitiva é exceção (quando não substituída por penas restritivas de direito) e só cabe a prisão preventiva quando não substituível por outra medida cautelar (art. 282, § 6º, do CPP, antes transcrito). Ademais, em juízo de delibação não me parecem adequadas exortações nem a imposição de regime de execução penal não previsto em lei.

Tenho por prejudicado o pedido do item “g”. O mutirão carcerário já é uma realidade, a partir de programa promovido pelo CNJ, funcionando a contento.

O pedido do item “h” merece acolhida. O descontingenciamento das verbas existentes no FUNPEN se impõe. Acompanho o Relator para efeito de determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, com comando ainda de que se abstenha de realizar novos contingenciamentos. Razoável, contudo, a fixação do prazo de até sessenta dias, a contar da publicação da presente decisão, para que a União proceda às adequações necessárias ao cumprimento da medida, tal como proposto pelo Ministro Edson Fachin, a quem acompanho no

ADPF 347 MC / DF

aspecto.

Endosso, por fim, a proposta do Ministro Roberto Barroso, com o reajuste final, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

É o voto, na explicitação que ainda se impunha, com renovado pedido de vênia a todos que entendem de forma diversa.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Perdão, Ministra, só porque estou seguindo. Vossa Excelência considera prejudicados o "d" e "h"?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, não, eu defiro o "h". Eu defiro o "b" e defiro o "h". O "h" é o contingenciamento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É o contingenciamento...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu fiquei com alguma dúvida com relação ao item "b", porque acho que, na verdade, as audiências de apresentação, graças, inclusive, a todas essas medidas adotadas e às iniciativas, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, por meio da atuação de Vossa Excelência, inclusive, Senhor Presidente, e pelo CNJ, já estão regradas. Mas, depois do debate que fizemos e entendemos razoável, eu resolvi deferir o item "b".

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - "b" e "h"?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - "b" e "h".

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ok, obrigada.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - O "g" é o prejudicado e os demais são os indeferidos, Ministra Cármem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Obrigada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - "b" e "h". Com sessenta dias, não é?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Interessante, Ministra Rosa Weber, é apenas uma observação que não diz respeito ao voto de Vossa Excelência diretamente.

Com relação ao item “d”, existe, na doutrina e na criminologia moderna, hoje, uma noção de que os juízes, ao determinarem a prisão, devem observar o que se chamou de *numerus clausus*. Ou seja, eles não podem determinar a prisão quando não há mais espaço nas prisões. Eles têm que observar estritamente o espaço físico das prisões, porque senão, se o juiz determinar a prisão para uma penitenciária, uma cadeia pública, para uma cela onde cabem vinte pessoas e já existem cem pessoas, evidentemente que este mandado será cumprido em uma situação muito mais gravosa do que a própria sentença determina. Mas é um conceito que está sendo maturado pela doutrina que se debruça sobre essas questões importantes.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - E daí, Senhor Presidente, se me permite, a extrema importância desta arguição e de todas essas outras ações que têm sido propostas perante essa Corte - o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, relacionou-as -, que mostram justamente esses escaninhos, esse caos do nosso sistema prisional, porque muitas vezes o juiz, quando ele decreta a prisão, na verdade, ele não está lidando lá exatamente com a prisão para saber qual é a população carcerária, se naquele momento tem alguma vaga, não tem... Então esse é um tema que merece uma reflexão conjunta e um debate.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Porque, se Vossa Excelência me permite, há um certo autismo do juiz criminal, porque ele manda prender independentemente do espaço físico existente para o cumprimento da pena privativa de

ADPF 347 MC / DF

liberdade. Isso é uma completa dissociação entre a atividade jurisdicional e a atividade administrativa. Inclusive, um dia desses, o eminente decano estava dizendo que há uma disposição da Lei de Execução Penal que obriga que o juiz vá mensalmente, salvo melhor juízo, ao presídio, enfim, sob a sua jurisdição, para que verifique as condições físicas nas quais os presos se encontram. Mas isso não acontece na realidade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A Lei de Execução Penal, **ao definir** as atribuições do Juiz da Execução, **outorgou-lhe competência para inspecionar, mensalmente,** os estabelecimentos penais, **tomando e ordenando providências para o adequado** funcionamento do sistema penitenciário **e promovendo, quando for o caso,** a apuração de responsabilidade (art. 66, VII).

Esse mesmo diploma legislativo, *por sua vez*, **conferiu** poder ao magistrado para, *até mesmo*, “**interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas**”(grifei) **ou, então, quando** referido estabelecimento penitenciário **infringir** dispositivos da própria Lei de Execução Penal (art. 66, VIII).

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, também tenho notado que alguns juízes têm determinado transferência, ao invés de adotar outra pena, que não corresponderia àquela para a qual foi condenado, e que deveria estar sendo cumprida. Na falta de condições naquele estabelecimento, ele pode determinar a transferência, por exemplo, para o presídio mais próximo, mantendo as outras condições, o mais próximo possível da família etc. Isso tem sido feito, por exemplo, em algumas localidades, o que é uma alternativa sem precisar alterar o regime e o **quantum** da pena.

09/09/2015

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados e estudantes presentes.

Senhor Presidente, hodiernamente, o que se tem verificado em várias cortes constitucionais é exatamente esse ativismo judicial-dialógico que visa a implementar esses direitos fundamentais previstos na Carta dos respectivos países. Então, aqui, cita-se como exemplo a corte colombiana, que efetivamente é uma corte que tem dado ênfase a essa implementação de políticas públicas. Entendo que cabe, sim, ao Judiciário, num estado de inércia e de passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, interferir. E me recordo, por exemplo, que na Índia, na África do Sul, na Colômbia, enfim, em todos esses países, as cortes supremas, elas, digamos assim, determinam a prática de uma política pública e acompanham e coordenam essas práticas. Mas, aqui, já há um passo adiante. Aqui o que se alega é que já há uma previsão constitucional e uma previsão legal, e que essas previsões constitucionais, em primeiro lugar, eclipsadas em direitos fundamentais, elas estão sendo descumpridas.

Eu verifiquei - e peço vênica por essa minha ótica - que aqui muitos votaram no sentido de que, como há uma lei obrigando o juiz a motivar a decisão, então a ação de descumprimento de preceito fundamental, nesse particular, tem que ser indeferida. Mas o que essa ação de descumprimento de preceito fundamental afirma? Que há um preceito na Constituição que não é cumprido e por isso precisa de uma decisão na ação de descumprimento de preceito fundamental. E, **a fortiori**, se a lei obriga o juiz a motivar, e ele não motiva, há um estado de coisa inconstitucional, porque, também na Constituição, está determinado que os juízes motivem as prisões, motivem as prisões preventivas, apliquem

ADPF 347 MC / DF

as medidas cautelares.

De sorte que, no que eu pude colher, que não é do direito estrangeiro, mas é de um único autor brasileiro que eu conheço, que se dedicou ao tema - é até um colega da nossa congregação -, Carlos Alexandre Azevedo, que já foi examinado, inclusive, pelo Professor e Ministro Luís Roberto Barroso. Ele afirma: *"Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, (...). Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades"*.

Portanto, veja Vossa Excelência: nós deparamos diuturnamente, nas Turmas, com prisões sem fundamentação, prisões mal decretadas e todas essas perplexidades que foram narradas na ação de descumprimento de preceito fundamental. Então, o fato de haver uma lei que obriga o juiz a motivar, que o obriga a proceder dessa maneira, não esvazia a ação de descumprimento de preceito fundamental; pelo contrário, nós estamos reconhecendo esse "estado de coisas inconstitucional", exatamente porque os juízes não motivam, eles não fundamentam as suas prisões.

Por outro lado, no meu modo de ver, a jurisdição constitucional não se esgota só nas ponderações de valores e, às vezes, até na técnica de subsunção de um caso à lei. Eu entendo que a Suprema Corte, que é a última palavra do Judiciário - quer queira ou quer não, está previsto na Constituição - tem que ter um efeito pedagógico. Assim, por exemplo, nas Turmas, nós já chegamos a discutir sobre a necessidade de nós municiarmos a Justiça de um conhecimento técnico para que ela possa fundamentar suas decisões, para que ela possa aplicar as medidas alternativas, para que possa haver essa vigília constante em relação ao sistema penitenciário.

Nós julgamos aqui não tem duas semanas - e foi, inclusive, de minha relatoria - sobre aquela audiência de custódia. Isso vai resolver uma série de problemas e vai evitar aquelas prisões precipitadas, as prisões

ADPF 347 MC / DF

arbitrárias que, de alguma maneira, interferem na população carcerária. Mas o fato de existir a norma obrigando o juiz a fazer alguma coisa, e se ele não faz - por isso o estado de coisas é inconstitucional -, nos impõe que, além de ponderação e subsunção, a jurisdição constitucional também tenha um efeito pedagógico. E não há efeito pedagógico melhor do que, num acórdão do Supremo Tribunal Federal, constar textualmente aquilo que os juízes devem fazer e não estão fazendo. Logo, o efeito pedagógico dessa ação de descumprimento de preceito fundamental, no meu modo de ver, é extremamente didático para nós colocarmos as coisas no seu devido lugar.

Por isso, eu já adianto que vou acompanhar integralmente o eminente Relator. Vários argumentos aqui já foram expostos e eu não serei repetitivo, mas eu gostaria talvez de espantar algo que paira como um fantasma na decisão desta ação de descumprimento fundamental, que é o problema da utilização epidêmica de uma reclamação se esses ditames não forem obedecidos. Então, eu fiz um paralelo com o que ocorreu na Reclamação nº 10.793, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, do Tribunal Pleno de 2011, em cujo julgado está dito basicamente o seguinte: *A reclamação não é sucedâneo do recurso cabível, **mutatis mutandis**, é uma nova fisionomia da Súmula nº 267. Mandado de segurança não é substitutivo de recurso, reclamação não é substitutivo de recurso.*

Então, observe Vossa Excelência: se nós, em uma ação de preceito fundamental, determinarmos que os juízes motivem, que apliquem penas alternativas, que cumpram o Pacto de São José da Costa Rica, fazendo a apresentação dos presos, e, se eles não fizerem, estarão cometendo um vício de ilegalidade da decisão. O erro é **in procedendo**. Como se corrige o **error in procedendo**? Não é com a reclamação. Corrige-se o erro através do recurso. Então, o que fará o Tribunal? Cassará aquela decisão do juiz para poder determinar a ele que profira uma decisão fundamentada ainda que, utilizando seu poder geral de cautela, possa manter o preso encarcerado em razão do **periculum in mora** para toda a coletividade.

Então, eu verifiquei que há uma preocupação muito grande no não atendimento de preceitos que estão previstos na lei, mas a ação é de

ADPF 347 MC / DF

descumprimento de preceito fundamental, que está na Constituição, e quiçá preceitos que estão na lei. O fato de a lei dizer, de o Código de Processo Penal impor uma obrigação e de o juiz não cumprir reforça o estado de coisas inconstitucional. De sorte que eu entendo que a proposta do Ministro Marco Aurélio vai além da função da jurisdição constitucional, que é de julgar casos concretos mediante a técnica de subsunção ou de aplicar um direito fundamental, ou de eleger um valor moral, uma razão pública, na técnica de ponderação.

Agora, aqui há um *plus*. A jurisdição constitucional, além de exercer a sua exclusiva função e a sua obrigação, vai poder proferir uma decisão de caráter geral e de cunho pedagógico, vai impor ao juiz, porque eles vão ler este acórdão, eles vão tomar conhecimento que o Supremo Tribunal Federal reconhece que há um estado de coisas inconstitucional, porque eles não motivam as suas decisões, não aplicam a lei das medidas cautelares e com isso abarrotam os presídios. De sorte que, no meu modo de ver, esta decisão servirá como exemplo para toda a magistratura, suprimindo inclusive a necessidade de se fazer encontros para explicar aos colegas, que são dedicados, mas que neste particular as coisas não estão andando bem. Não haverá necessidade de encontros para explicar isso, porque o acórdão do Supremo vai sair amanhã nos jornais, avisando os juízes que o Supremo Tribunal Federal está preocupado, mais do que preocupado, e determinou que agora se proceda desta forma. Muito bem. E se eles não procederem desta forma, no meu modo de ver, Senhor Presidente, a hipótese é de **error in procedendo**, passível de correção pelo tribunal superior por via de recurso.

Então, além de acompanhar integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio, que diz que os juízes e tribunais que lancem, em caso de determinação ou manutenção de prisão provisória, têm que motivar expressamente por que o fazem. Eles têm que adotar medidas cautelares e dizer por que não aplicam as medidas cautelares, tendo em vista que a não aplicação abarrotam os presídios. Os juízes e tribunais têm que obedecer à questão da audiência de custódia. Já decidimos isso aqui, o que já foi um passo maravilhoso do Supremo Tribunal Federal. O

ADPF 347 MC / DF

Supremo Tribunal Federal, nessa onda que aduz ativista - só que nós não agimos **ex officio**, somos provocados e isso aqui é um exemplo disso -, tem ido muito além do que já foi. O Supremo Tribunal Federal agora ocupa um papel de destaque até mesmo na garantia da governabilidade sob vários aspectos, porque, em várias ocasiões, essas políticas públicas não são enfrentadas. E enfrentá-las politicamente pode gerar um preço social muito grande para aqueles a quem compete decidir sobre essas matérias. Então, empurra-se para o Poder Judiciário - cujos juízes não são eleitos, são indicados, mas são concursados, e o próprio Poder Judiciário de primeiro grau -, porque ali evidentemente não há compromisso com um eleitorado e ele resolve as questões. É o que tem acontecido hoje com o Supremo Tribunal Federal. Esse ativismo, essa suposta judicialização de questões que, segundo alguns, não nos dizem respeito, nos diz respeito na medida em que a Constituição Federal nos obriga a prover tão logo provocado. Se nós tivéssemos nos Estados Unidos, talvez a Suprema Corte de lá pudesse se pronunciar ou não - "não julgo, acho que a sociedade não está preparada". Lá, há a denominada reserva do possível, Professor Cass Sunstein, enfim... Mas, aqui, não. Aqui, nós estamos diante de uma ação que vai permitir ao Poder Judiciário estabelecer regras de como devem agir os juízes, pedagogicamente, com eficácia **erga omnes** e sem prejuízo de nós não nos assustarmos com o cabimento de reclamação, porque, eu repito, e até sugiro que se expeça um entendimento sumular no sentido de que a reclamação não é meio substitutivo de recurso. Porque, a partir do momento em que houver transgressão a essas regras de proceder pelos juízes, eles estarão cometendo uma ilegalidade passível de solução, através do recurso cabível.

De sorte que a ideia que eu procurei, exatamente, conciliar com esta, que exsurgiu da Reclamação nº 10.793, foi exatamente que não cabe reclamação como substitutivo do recurso cabível por descumprimento de decisão na ação de descumprimento de preceito fundamental. Só a redação, nós temos total condição de elaborar ao tempo certo, até agora, depois de ouvir os demais colegas. Mas esse enunciado é

ADPF 347 MC / DF

importantíssimo, porque nós não podemos ficar podados de agirmos nesse âmbito, de pelo menos dar concretude ao que o nosso Poder Judiciário... Aqui não é violação da cláusula de Separação de Poderes, nós estamos avisando aos membros do Poder Judiciário. É uma decisão da Suprema Corte, que está hierarquicamente abaixo, e eles devem respeitar a jurisprudência e as decisões do Supremo Tribunal Federal.

De sorte que não vai abarrotar de reclamação como na ADI, porque isso não é ADI, isso aqui é uma ação de descumprimento de preceito fundamental na qual, de forma **sui generis**, nós estamos estabelecendo regras **in procedendo** para os juízes, que, se não as cumprirem, se submeterão às cassações inerentes aos recursos quando se veicula o vício da ilegalidade.

Então, com essas considerações, Senhor Presidente, eu vou procurar redigir essa proposição e vou acompanhar integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio com relação a todos os itens que ele aqui chancelou. E eu não me recordo se Vossa Excelência fez uma adequação final diante de uma observação do Ministro Barroso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É que, na última sessão, houve uma sugestão do Ministro Barroso, salvo melhor juízo, no sentido de que se concedesse uma liminar, de ofício, para determinar ao Governo Federal que encaminhe ao STF, no prazo de um ano, o diagnóstico da situação do sistema penitenciário e plano de ação para solução dos problemas, em harmonia com os Estados-membros da federação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, ontem, recebi o diretor do DEPEN, que disse, eminente Ministro-Relator, que está coligindo os dados, inclusive dos projetos existentes, para encaminhar ao Relator. Portanto, independentemente da liminar, Ministro Marco Aurélio, o diretor do DEPEN, Doutor Renato De Vitto - um defensor público de São Paulo extremamente operoso -, disse que há projetos e que ele encaminharia ao relator para que nós todos pudéssemos ter essas informações de diagnósticos e propostas que já existem. Portanto, a cautelar...

ADPF 347 MC / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Acho que nem precisaria, talvez, Ministro, se Vossa Excelência me permite, dar um prazo tão longo, porque eles têm isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acho que poderíamos abreviar o prazo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Talvez pudesse ser no prazo mais rápido possível, e eles talvez atualizem, porque já existe isto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso. Interessante, Ministra Cármem, ele está cumprindo um pouco a cautelar de ofício. Então, eu fiquei feliz de saber.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É, o doutor Renato Campos Pinto de Vitto, que Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ele disse que já havia providências, e que ele gostaria de trazer.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, permite-me? Foi puro esquecimento: eu acompanho essa proposta de cautelar de ofício do Ministro Barroso, que foi encampada, inclusive, pelo eminente Relator, e não explicitiei no meu voto. Eu acompanho.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, eu estou acompanhando integralmente o Ministro Marco Aurélio, que encampou, no seu voto, a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, poderia apenas dizer que acompanho também, integralmente, o voto preciosíssimo - e aqui não é, absolutamente, como em geral não é, de nenhum de nós, um elogio retórico ao voto do Ministro Marco Aurélio. E faço a inclusão, aí, do detalhamento que foi feito por Sua Excelência, neste tema, que é um tema tão sensível, um nervo exposto, que nós temos nessa área de cumprimento do Direito e da punição de quem deva ser, eventualmente, punido; portanto, de dar cumprimento a decisões judiciais.

Conheço, como fez o Ministro Marco Aurélio e todos os que o seguiram, desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerando que há um estado de coisas inconstitucionais nesta área, e não é de hoje.

Apenas pediria licença para fazer uma ou duas referências realçando o que foi dito, em parte, no voto do Ministro Marco Aurélio, mas também o que foi suscitado pelo Ministro Barroso, da necessidade de haver o que Vossa Excelência chamou, Ministro Barroso, de um diálogo com a sociedade a respeito deste tema.

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

ADPF 347 MC / DF

necessidade de afastamento. Então nós temos, em números de dezembro de 2014, no sistema penitenciário estadual, 579.423 (quinhentos e setenta e nove mil, quatrocentos e vinte e três) presos, e, em secretarias de segurança, carceragens em delegacias, 27.950 (vinte e sete mil novecentos e cinquenta) mais os 358 (trezentos e cinquenta e oito) do sistema penitenciário federal. Há um total que dá, em termos de vagas, 376.669 (trezentos e setenta e seis mil, seiscentos e sessenta e nove), com um déficit de 231.062 (duzentos e trinta e uma mil e sessenta e duas) vagas. Só esses números seriam capazes de mostrar o estado de coisas inconstitucional, porque essas pessoas estão encarceradas.

Por outro lado, fiz um estudo do que significa o descontingenciamento, e é certo que, na minha compreensão e acompanhando o que disse o Ministro Marco Aurélio, precisa, sim, ser determinado. Mas também tenho de afirmar que - e o Ministro Barroso também deve ter tido essa experiência como Procurador de Estado -, muitas vezes, se fazem convênios dos estados com a União que só oneram o estado. Porque uma coisa é construir paredes, outra coisa é administrar, é ter o carcereiro, é ter o assessor que fica por conta do Estado, e isso tem, realmente, agravado o problema, porque os Estados ficam com todo o ônus correspondente aos servidores, às rebeliões, à falta de alternativas que a União tem. Portanto, parece-me que todo esse quadro é realmente muito grave.

Outro dado que chama a atenção, Presidente, nesta arguição, é que se suscitou, entre os preceitos constitucionais que teriam sido descumpridos, o da dignidade da pessoa humana em face do que dispõe o artigo 5º, em relação a todo ser humano, mais ainda em relação ao preso. Curiosamente o que talvez nós devêssemos estar discutindo além disso, como cidadãos, não como juízes, é a referência constitucional muito pouco estudada por nós, no Direito Constitucional, que é o da existência digna, que está expressa no artigo 170 da Constituição, que embora se refira à ordem econômica, refere-se expressamente não apenas a

ADPF 347 MC / DF

dignidade, mas o existir. Qualquer que seja a condição daquele que existe há de ser com dignidade.

E como o princípio da dignidade da pessoa humana está estampado no artigo 1º, fala-se pouco na existência digna. Entretanto, quando a gente faz visita à penitenciária, o que há é uma ausência do existir digno e não uma experiência digna que nem os presos, nessa altura, de alguma forma, esperam.

Por outro lado, também me chama a atenção a circunstância de que tudo que se pediu nesta arguição, e que, como antecipei, estou concordando nos cinco itens que o Ministro Marco Aurélio aceitou e deferiu, diz respeito ao Estado. E a luta que nós temos nos trabalhos sociais feitos com isso é que o artigo 144 da Constituição, e o Ministro Barroso fez referência exatamente ao que o Ministro Gilmar também tem feito muito, é que isso diz respeito a nós como juízes, porque mandamos cumprir, e a nós como cidadãos, porque se trata de uma questão que se refere à segurança pública. E o artigo 144 da Constituição brasileira afirma que a segurança pública é dever do Estado e de toda a sociedade.

Todavia, quando se tenta mudar o modelo, sem nenhum embaraço ou embargo da obrigação principal do Estado quanto a essa matéria, há uma enorme má vontade da sociedade com relação ao tema. E digo isso porque uma das poucas experiências diferentes que nós temos, é das APACs, criadas há 30 anos e que tem sido extremamente difícil ser implantada porque as comunidades não as querem.

Essa experiência começou em Minas, com atuação muito forte da Igreja, do Dom Serafim Fernandes, três décadas anos para se constituir, e nós não conseguimos implantar em outras comunidades, porque as pessoas nas cidades não querem lá. E, aí, é feito, não vou dizer da ressocialização, porque há poucos dias um preso me disse que - e de uma forma muito corajosa e muito verdadeira - essa história de ressocialização

ADPF 347 MC / DF

é para professor - eu frequento os presídios como professora -, porque ninguém fica fora de uma sociedade. Então, ele me disse: "Se me tiram de uma sociedade e me põem lá dentro, é claro que eu vou me socializar com quem estiver lá, com outro criminoso." E está certo, porque ele está vivendo a situação. O que nós podemos cogitar é de inseri-lo de novo no modo de vida com trabalho e dignidade, que não é apenas pensar que se tira da sociedade e depois se ressocializa. Esse preso me disse: "Não senhora, eu estou aqui socializado. Só mudei o grupo com quem eu andava. Eu não vivo isolado." Então, é preciso que se repense mesmo o modelo da sociedade, porque lamentavelmente é preciso que todo mundo acredite que Beccaria morreu. O que ele propôs e que nós estamos executando até hoje, há de avançar para se atualizar avance. Queria chamar um pouco a atenção para isso.

Também, Presidente, começou-se a ter experiência - e há experiência em Minas Gerais - da parceria público-privada para penitenciária. Sei que há muitos, muitos problemas na experiência de Minas Gerais, mas visito essa penitenciária e é completamente diferente de tudo que se tem em termos de penitenciária, pelo menos de todas que visito.

Tenho dito, Ministro Marco Aurélio, que há um dado que é pouco estudado nesse tema, a não ser pelos órgãos especializados do Ministério da Justiça. Nós temos, hoje, 8% da população carcerária feminina, e 92% é masculina. E há uma diferença do viver na penitenciária das mulheres e dos homens. E começa-se a ter, pela primeira vez, o centro de referência da mulher grávida. A mulher que foi presa grávida, por exemplo, em BH nós temos o centro de referência e as condições são de cumprimento da Constituição. Quando elas voltam, elas voltam para esse estado de coisa inconstitucional flagrantemente, e há uma desagregação psicológica dessa pessoa, porque, além da separação do filho recém-nascido, ela volta para uma penitenciária em que não se tem o cumprimento da pena no regime estabelecido e em condições de mínimo respeito à dignidade humana.

ADPF 347 MC / DF

Então, não sei o que vai dar ainda esse tipo de experiência, mas digo que quem tiver a possibilidade de fazer uma visita haverá de ver. Estou reafirmando, esta PPP de Minas, inclusive, tem muitos, muitos, muitos problemas, mas é uma penitenciária que cumpre, acho, os itens fundamentais da Constituição. Não sou capaz de listar todos os problemas administrativos, de licitação, de tudo mais que tenha acontecido, mas pelo menos é uma tentativa completamente diferente de tudo mais que tenho visitado neste País.

E por isso, acho que é preciso - o Ministro Marco Aurélio chegou a lembrar - não apenas fazer mais prédios com o mesmo modelo, mas fazer uma grande revolução, porque morreu, faliu, esse tipo de penitenciária que vem sendo feita.

Em 1982, Darcy Ribeiro fez um célebre discurso em que ele desafiava o Governo, avisando que se não tivesse a construção de muitas escolas no Brasil, nós iríamos, um dia, trazer ao Supremo julgamentos para mandarem construir penitenciárias aos montes e não caberia todo mundo. E parece que o presságio está se cumprindo.

Então, acho que é preciso realmente que a gente repense esse modelo e a forma de se cumprir a Constituição. E nessa arguição de descumprimento de preceitos fundamentais, claro, nós estamos julgando o que é pedido para tentar superar de imediato uma situação de urgência. Isso, a meu ver, precisa ser devidamente repensado para que a gente tenha uma grande transformação e dê cumprimento à lei. E há modelos novos para se dar cumprimento à lei, não faltam leis.

Também é preciso levar em consideração que há diferenças entre as penitenciárias; algumas com situação de atrocidade - não vou nem dizer de perversidade. A gente sai de lá, ao visitar, literalmente doente, tais as coisas que a gente vê. Quer dizer, não cabe mesmo o número de presos nos locais designados para constrição de liberdade, e o Ministro Marco

ADPF 347 MC / DF

Aurélio deu exemplo: um terço fica deitado, enquanto dois terços dos presos ficam de pé para dormir, num rodízio que nem a animais se aplica... Lembrei-me, Ministro Marco Aurélio, quando Vossa Excelência votava, do célebre **habeas** de Sobral Pinto, que pedia que se aplicasse a Lei de Proteção aos Animais às pessoas que estavam sendo torturadas e que não recebiam tratamento sequer igual ao dos animais. Daqui a pouco, aparecerá outro Sobral Pinto que virá aqui para pedir isso, que é o que precisamos vencer e que esse estado de coisas inconstitucional nos faz lembrar.

Os dados de que dispõe o Ministério da Justiça, hoje, são - e que serão entregues de uma forma atualizada - extremamente graves porque demanda um encontro da federação. Os estados têm as suas obrigações que têm que cumprir, e a União tem a sua obrigação que tem que cumprir. E a União também não cumpre, com suas quatro penitenciárias com 358 (trezentos cinquenta e oito) presos, num contingente que, como lembrei, supera os seiscentos mil presos. Claro, essas penitenciárias como a de Catanduvas, tem pouquíssimos presos porque a guarda que precisa ser feita, a vigilância, no nível de segurança que precisa ser dado, faz com que muitos outros crimes não sejam cometidos. Mas, em outras penitenciárias, há situações como essa, em que sabemos que grupos de criminosos dominam os presos e fazem dos presos verdadeiros sabujos, numa hierarquia em códigos de honra que nada têm a ver com o Estado, têm a ver com tribos, em situação não de tribos civilizadas, com seus marcos civilizatórios, mas com marcos de perversidade que são gravíssimos.

Por tudo, Presidente, essa arguição de preceito fundamental cumpre - como diz o Ministro Fux - um papel fundamentalíssimo que compete ao Supremo discutir. O Ministro Gilmar Mendes tem repetido, algumas dezenas de vezes, que este é um problema nosso, porque o Judiciário manda prender, o Judiciário manda soltar, o Judiciário tem a obrigação de fiscalizar, e o Judiciário é o responsável, representa o Estado que tem essa

ADPF 347 MC / DF

pessoa sob a sua guarda. Portanto, é preciso haver uma grande transformação. Não sei como isso se faz, sei apenas que não há milagre a ser feito nessa área - e eu não faço milagre, faço Direito.

Estou acompanhando o Ministro Marco Aurélio, Presidente, que deferiu cinco das oito medidas, declarando prejudicada apenas uma, em decorrência da circunstância de que juízes não podem levar em consideração as condições para diminuição de penas ou regime de cumprimento - esses dois itens são os que não aceitamos -. Portanto, estou votando acompanhando exatamente os itens por ele deferidos, com a encampação que fez à sugestão do Ministro Barroso. Apenas acho que não precisaria ser um ano, mas que, com a maior urgência possível, tenho certeza que haverá boa vontade para o encaminhamento imediato desses dados ao Supremo Tribunal Federal.

É como voto, Presidente.

.....

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, também, gostaria de ressaltar o belíssimo voto proferido pelo eminente Relator, o ministro Marco Aurélio e registrar a bela peça trazida aqui, da lavra do advogado Daniel Sarmiento, em nome do Partido Socialismo e Liberdade - PSol, como já amplamente destacado, traz, talvez, um desses temas mais desafiadores da atual realidade institucional brasileira, um daqueles temas diante do qual nós, em geral, nos capitulamos, porque gerações e gerações sobrevivem sem que o tema seja adequadamente encaminhado.

Por outro lado, percebe-se que é extremamente difícil fazer-se tratar do tema de maneira isolada, como já foi destacado nas várias falas. O tema é de prisão, o tema é do sistema repressivo, mas o tema, também, é de segurança pública, o tema é da funcionalidade ou disfunção do próprio Poder Judiciário. O tema aguarda, portanto, intrincadas relações com as expectativas do cidadão, que se vê às voltas com um quadro de grande insegurança.

Início, Presidente, apenas para ser dogmático, falando sobre o cabimento da ADPF. Ninguém vai dar uma palavra para discordar de que estamos aqui a discutir preceitos fundamentais. O texto constitucional de 88, de uma maneira muito clara, inclusive quebrando, de alguma forma, a rotina, ou a sequência, com seus paradigmas, enfatizou esses direitos penais e processuais de caráter civil e penal. Não é por acaso que o texto constitucional tem, pelo menos a metade de suas disposições voltadas a esse núcleo temático, garantias processuais e garantias penais - a partir do art. 5º, inciso 35, temos um elenco - e, especialmente, o direito do preso, como já foi aqui destacado e, às vezes, se fala do direito do preso, quando

ADPF 347 MC / DF

em verdade está se falando do direito do acusado. Mas temos regras quanto à necessidade de dar tratamento digno, a distinção entre preso provisório e preso definitivo, as condições de prisão da mulher; em suma, todos os temas estão amplamente elencados no texto constitucional.

Seguindo, portanto, essas premissas, não há dúvida de que podemos até ter polêmica sobre como interpretar a cláusula de preceito fundamental, mas ninguém dúvida de que os direitos e garantias fundamentais são preceitos fundamentais e, portanto, estão aqui albergados. Não há, então, nenhuma dúvida em relação a isto.

Quanto ao segundo aspecto, o objeto, que é importante analisar e o requerente traz a fórmula desse estado de coisa inconstitucional. E vou me permitir relembrar de uma evolução que tivemos no direito pátrio, para lembrar que, em situações, se não assemelhadas, pelo menos análogas, temos encaminhado solução com base em nosso próprio instrumentário.

Começo a lembrar a evolução, Presidente, que tivemos - e Vossa Excelência é um dos grandes estudiosos desse tema - no âmbito da intervenção federal, especialmente da representação interventiva. Veja que, na origem, entre 34 e 46, especialmente entre 34 e 37 e, depois, em 46, pensávamos na representação interventiva como controle de normas, de ato normativo. Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional 16, que cria o chamado controle de 65, o controle abstrato de normas, ficou um pouco ambígua essa relação e se pensava se teria havido até uma absorção, pela ação direta, agora mais ampla, dessa chamada representação interventiva.

Sobre 88, essa perplexidade se afunilou. Por quê? Porque a Constituição continuou mantendo a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, tendo como parâmetro os princípios sensíveis, agora adensados até como direitos da pessoa humana, mas

ADPF 347 MC / DF

ampliou-se, também a ADI, com muitos autores possíveis, em relação à lei ou ato normativo estadual ou federal. Portanto, o espaço para uso da representação interventiva sofreu, aparentemente, uma restrição, ou houve até uma absorção, uma obsolescência - cheguei a dizer em um momento - da representação interventiva. Eis que - e o Direito é interessante nesse aspecto - surge um caso muito curioso, hoje pouco citado, da relatoria do ministro Nery da Silveira, a chamada Intervenção Federal 114, que nós, do mundo acadêmico, conhecemos como caso de Matupá.

De que se cuidava? Esse caso, Presidente, é interessante. Por quê? Um grupo de malfeitores, aparentemente, atuava no norte de Mato Grosso, nessa região, nesse município chamado Matupá, e foi surpreendido pela Polícia. Trazido ao presídio local, nas condições existentes, teria havido uma sublevação da população e essas pessoas foram trazidas a uma praça pequena, e foram submetidas a linchamento. Não havia ninguém que se habilitasse ao salvamento, à preservação dessas vidas, mas alguém aparece e filma aquela cena macabra. E isso corre Brasil afora. E as pessoas ficam chocadas. E o Procurador-Geral de então, hoje digno advogado Aristides Alvarenga, traz ao Supremo a Representação Interventiva 114, da relatoria de meu ilustre antecessor, o eminente ministro Nery da Silveira. E o debate que se travou aqui, nesta Casa, nós estamos falando, portanto, dos idos de 1991, foi exatamente sobre o cabimento da representação interventiva. Porque, até então, estávamos afeiçoados à ideia de que a representação interventiva era para ato do poder público, especialmente ato normativo estadual. Era essa concepção. Mas a questão se colocou e o Tribunal disse: "Houve uma mudança no quadro e não podemos deixar de arrostar esse desafio." E conheceu da ação, contra a dogmática vigente. E, a partir desse processamento, claro, esse assunto se encaminhou, tomando-se as medidas adequadas: designação de promotor especial, juízes, em suma, medidas que foram tomadas dentro dos padrões civilizatórios. Esse é um caso importante para mostrar que a própria representação interventiva já

ADPF 347 MC / DF

foi utilizada em casos análogos aqui, tendo como base a omissão estatal, que resulta em atos concretos, deletérios e invasivos da dignidade da pessoa humana.

Transcrevo uma passagem da manifestação do ministro Pertence, antes do próprio Procurador-Geral, que dizia: Se for o caso, a representação fundada na violação dos princípios constitucionais sensíveis, violação que tanto pode dar-se por atos formais, normativos ou não, quanto por ação material ou omissão de autoridade estatal - esse já era o pedido. E o ministro Pertence disse o seguinte: Já não há agora o obstáculo que a literalidade das constituições de 34 e 46 representava para que a representação interventiva, que no passado era exclusivamente uma representação por inconstitucionalidade de ato, sirva hoje à verificação de situações de fato. É claro que isso imporá adequações, se for o caso, do procedimento desta representação à necessidade da verificação, não da constitucionalidade de um ato formal, mas da existência de uma grave situação de fato - estamos falando de 1971, portanto, e essa era a doutrina no caso Matupá - atentatória à efetividade dos princípios constitucionais, particularmente, aos direitos humanos fundamentais.

Esse é um caso interessante, em que se mostra que - fica evidente - o Tribunal já se deparou com situação semelhante e entendeu que a omissão inconstitucional, a omissão administrativo-inconstitucional deveria ser cobrada, por exemplo, em sede de representação interventiva. Esta é a doutrina que deflui do caso Matupá.

Posteriormente, tivemos outro caso pouco falado, porque, também, não teve um desfecho espetacular, que é o chamado – impropriamente, talvez - caso Arruda, no Distrito Federal, em que, hão de se lembrar todos, tínhamos um quadro de corrupção no âmbito do Poder Executivo e, também, no âmbito da Câmara Legislativa. E, por muitos dias, talvez semanas, vivemos uma situação de impasse, como cogitar, por exemplo,

ADPF 347 MC / DF

de *impeachment* do governador se a Câmara estava profundamente envolvida naquela rede de corrupção. E, aí, é isso que o Procurador-Geral, doutor Gurgel, lança mão do Pedido de Intervenção Federal 1.579, dizendo comprometidos os princípios basilares do estado de direito democrático. E essa ação que, posteriormente, foi até julgada improcedente ou até prejudicada, já não tenho presente, mas, a partir dessa ação, deflagrou-se um processo político que solucionou o impasse desenhado. De novo, uma situação de um estado de fato, absolutamente incompatível com a situação jurídica e desejada pelo texto constitucional.

Posteriormente, Presidente, tivemos a propositura de outra ação que guarda relação com o tema que estamos aqui a desenvolver, a Intervenção Federal 5.129 - na sequência, desculpe-me, esta ação até antecede à do caso Arruda -, que é o emblemático por todos os títulos, que envolve o presídio de Rondônia de Uso Branco, que ainda não teve desenvolvimento ou sequência, mas que tinha como base, inclusive, as censuras que organismos internacionais - doutora Ela certamente tem acompanhado esse termo - têm feito em relação ao sistema prisional brasileiro, especialmente de alguns presídios, no caso, esse presídio que se tornou, infelizmente, internacionalmente célebre, o de Urso Branco.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Objeto de uma ação da Corte Interamericana de Justiça.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Interamericana de Justiça. Veja, o procurador-geral Antônio Fernando, manejou, portanto, uma representação interventiva com esse objetivo, pedindo a intervenção federal nesse âmbito.

É claro que, na evolução que tivemos - e agora já passando ao tema da ADPF -, é importante assinalar, claro, que a ADPF ficaria com um objeto muito restrito se estivesse afeita tão-somente a atos normativos. Por isso, dentro do quadro de subsidiariedade, nesse momento gostaria

ADPF 347 MC / DF

de referenciar e reverenciar a memória do professor Celso Bastos, que foi um dos grandes inspiradores do desenvolvimento desta ação da arguição de descumprimento de preceito fundamental nos moldes que a temos na Lei nº 9.882. A ideia básica era ter um modelo mais amplo, que fosse abrangente do direito pré-constitucional, como resultou; do direito já eventualmente revogado; até de atos pré-legislativos. Eventualmente, o ministro Celso tem decisões a propósito dessa temática: em que medida, por exemplo, seria possível proceder-se a controle de veto por inconstitucionalidade - vários temas que se colocam -, de decisões judiciais. E nós tivemos um exemplo aqui, num caso sempre célebre citado, que é o da importação dos pneus usados, em que se pediu que o Tribunal se manifestasse para suspender - tendo, portanto, como objeto também - as decisões judiciais que autorizavam, por liminar sobretudo, a importação de pneus contra a orientação geral emanada do CONAMA.

Mas, nesse contexto, tem-dr ressaltado que é possível, sim, proceder-se ao controle de situações decorrentes de uma omissão. É verdade que o texto constitucional, com alguma ambiguidade, tratou da omissão de maneira, às vezes mais ampla, às vezes mais restrita, mas contemplou, também, a situação da omissão de providências administrativas, como todos nós sabemos, como objeto da ação direta por omissão. Mas tendo em vista a própria estrutura dessa ação direta, é claro que ela não serviria a abranger todas as situações que estão focadas numa ação de complexidade como aqui está colocado. Daí, poder-se dizer que, a rigor, o tipo de comando que se pretende é mais abrangente do que aquele que poderíamos obter numa eventual ação direta por omissão.

Vejam, portanto, Senhores Ministros, Senhor Presidente, que pretendemos que a própria ação do Poder Judiciário tenha algumas balizas – especialmente, nos pedidos de liminares, isso está claro -, que haja normas de organização e procedimento do sistema prisional, que haja um monitoramento do sistema. Tudo isso não seria bastante. Claro, não se cogitaria de uma ADI, não se cogitaria de uma ação direta por

ADPF 347 MC / DF

omissão, ainda que haja problemas relativos a providências administrativas e daí, talvez, reconhecer o cabimento da ADPF, tendo em vista esse seu objeto plástico e amplo.

Então, Presidente, não tenho dúvida quanto ao cabimento dessa ação, ainda que eu não me animasse, desde já, a subscrever a ideia ou a aceitação da tese do estado de coisa inconstitucional. Bastaria que nós indicássemos a existência de uma omissão administrativa sistemática, tal como já aponte em escritos, para que se aceitasse, na espécie, a ação proposta.

Por outro lado, esta decisão que se requer ao Tribunal é daquelas que desafia as próprias técnicas decisórias. Não basta uma liminar de caráter suspensivo, temos de nos embrenhar nas técnicas de caráter mais flexível. E, talvez, o modelo que mais se aproxime do caso que agora estamos a enfrentar, em termos de paradigma no Direito Constitucional, pelo menos mais recente, talvez, seja, inegavelmente, o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, o célebre caso que deflagra o modelo de dessegregação racial dos Estados Unidos, em que, como se sabe, o *justice* Warren vai ter um papel importantíssimo nessa etapa de dessegregação. Este, portanto, é um caso, sem dúvida nenhuma, paradigmático e que chama a atenção, inclusive, à responsabilidade da Corte neste caso, porque não se trata apenas, ministra Rosa, de expedir uma liminar que suspenda determinados atos, ou expedir determinadas orientações, mas há uma exigência de que haja acompanhamento, sob pena de o esforço que se está a fazer aqui resultar pouco significativo. Então, é extremamente importante que estejamos atentos a isso. E, claro, vamos ter oportunidade de, já agora, em sede de cautelar e, depois, na própria decisão de mérito, proceder à análise para realmente encontrar um encaminhamento.

Lembro-me de um professor alemão, hoje muito conhecido, mundialmente conhecido, o professor Hoffmann-Riem que, em escritos

ADPF 347 MC / DF

antigos, dizia que, nesses modelos em que há omissão, a decisão do juiz é - especialmente estava-se referindo ao modelo da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade -, a decisão do juiz é um estímulo. Mas ela precisa de uma atitude de cooperação dos demais órgãos envolvidos na superação do estado de inconstitucionalidade. E estamos a ver que, pelas providências delineadas e enunciadas, são múltiplas as atividades que se requerem às diversas instituições, especialmente, ao Poder Judiciário que, como se destacou, participa, no que diz respeito à prisão, à soltura das pessoas. E conversávamos há pouco, o ministro Celso e eu, a propósito de toda a supervisão e execução penal, que é da competência, em nosso sistema, do Judiciário. Portanto, isso é inegável. De modo que isso vai exigir, realmente, uma decisão de caráter plástico, de caráter bastante criativo.

Chamo a atenção, também, para casos que têm chegado ao Tribunal relativos ao sistema prisional, lembrando do Tema nº 365, da relatoria do ministro Teori Zavascki, em que se discute a responsabilidade civil do Estado em relação ao preso submetido a condições carcerárias inadequadas. A ADI nº 5.170, da relatoria de Vossa Excelência, ministra Rosa Weber, buscando dar interpretação conforme aos dispositivos relativos à responsabilidade civil do Estado para afirmar que a violação de direitos fundamentais dos presos por más condições carcerárias deve ser indenizada a título de danos extrapatrimoniais. No Tema nº 220, Presidente, da relatoria de Vossa Excelência, o RE nº 592.581, em que se discutiu a possibilidade de o Judiciário determinar obras em estabelecimentos prisionais para assegurar direitos fundamentais dos reclusos, há pouco julgado. No Tema nº 453, da minha relatoria, representado no Recurso Extraordinário nº 641.320, no qual estamos avaliando as consequências da inexistência de vagas nos estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto. Portanto, estamos sendo desafiados por uma série de ações que reclamam, desta Corte, prestação jurisdicional complexa envolvendo essa temática.

ADPF 347 MC / DF

Partindo-se dos parâmetros constitucionais que asseguram a dignidade e a integridade física e moral dos presos – art. 1º, III, e art. 5º, III, XLIV, XLVII, alínea “e”, XLVIII, XLIX e LVII –, requer-se provimento judicial que assegure esses direitos. O que se pede na petição inicial é que o Supremo mande respeitar os direitos dos presos de forma coletiva.

Em princípio, busca-se a tutela de obrigação de fazer, respeitar diversos direitos das pessoas privadas da liberdade. Pede-se a tutela específica da obrigação, mediante elaboração e implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital de superação do estado atual do sistema penitenciário e liberação dos recursos do FUNPEN. Por outro lado, pedem-se providências que assegurem resultado prático equivalente, consistentes em determinações que, alterando o ordenamento jurídico, tornem o encarceramento mais difícil – consideração do estado precário do sistema nos decretos de prisão preventiva, na análise do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade pelo juiz da ação penal, nos benefícios e no tempo de pena pelo juiz da execução. Essas medidas, muito embora também mireem-se na tutela específica da obrigação, o fazem por via transversa, tornando-se mais difícil decretar a prisão e menor tempo de encarceramento, busca-se reduzir a lotação carcerária e, em consequência, melhorar as condições do sistema.

O atendimento do pedido, por um lado, modifica a legislação penal e processual, estabelecendo normas de Direito Penal e Processual não previstas até o momento. Por outro lado, determina a adoção de políticas públicas significativas para atender aos ditames da Constituição. Quanto ao cumprimento da decisão, pede-se que o Supremo Tribunal retenha a jurisdição, fiscalizando sua execução.

Como lembrei, a Suprema Corte norte-americana valeu-se dessa prerrogativa em *Brown v. Board of Education*, de 1954, quando reiterou a inconstitucionalidade da discriminação racial nas escolas públicas e

ADPF 347 MC / DF

determinou que as leis federais, estaduais e municipais fossem ajustadas a essa orientação. Confiou-se a execução do julgado aos tribunais de distrito que deveriam guiar-se por princípios de equidade, tradicionalmente caracterizados “pela flexibilidade prática na determinação de remédios e pela facilidade de ajustar e conciliar as necessidades públicas e privadas”. Todavia, esses tribunais deveriam exigir das autoridades escolares “um pronto e razoável” início da execução - esse é um desafio que temos nesse caso -, competindo-lhes verificar a necessidade de que se outorgasse prazo adicional à conclusão das reformas exigidas.

Em 2011, analisando recurso proveniente de julgamento por colegiado judicial da Califórnia nas ações coletivas movidas por Coleman, Plata e outros contra os governadores Brown e Schwarzenegger, a Suprema Corte confirmou decisão local. Considerou que as reiteradas violações a direitos à assistência médica dos presos estavam ligadas à superpopulação carcerária. Em consequência, determinou que o Estado da Califórnia elaborasse, em prazo curto, plano de redução da superpopulação, de forma a reduzir a ocupação - e aqui realmente é uma situação limítrofe - a um máximo de 137,5% (centro e trinta e sete vírgula cinco por cento) do número de vagas. Admitiu, portanto, esse excesso de 37,5% em relação às vagas existentes. Como sabemos, no Brasil, falamos da existência de 360 mil vagas e já estimamos em 600 ou 700 mil presos. Portanto, estamos para além de 200%. E, certamente, se formos tomar por unidade, temos um quadro ainda mais gravoso.

Estas medidas, portanto, não são heterodoxas, tendo em vista nossa tradição constitucional. Isso é possível de realizar. E nós sabemos que no Supremo já adotamos algumas decisões nesse sentido. Eu me lembro das questões de ordem nas ações diretas 4.357 e 4.425, referentes à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade do regime de pagamentos de precatórios previsto pela Emenda Constitucional 62/2009, concluído em 25.3.2015. O Tribunal conferiu ao Conselho Nacional de

ADPF 347 MC / DF

Justiça poderes para fazer diagnóstico do sistema de pagamentos dos precatórios pelas diversas unidades da federação. Deliberou que as propostas do CNJ deveriam ser analisadas, em sessão jurisdicional, prosseguindo o julgamento da questão de ordem na ação de controle concentrado, pelo próprio STF.

No presente caso, tenho que é necessário adotar solução semelhante. Em suma, independentemente da adoção da doutrina do estado de coisas inconstitucional, os fundamentos da ação são sólidos. O Tribunal deve prosseguir com a análise de seu mérito. No que se refere ao reconhecimento do estado de fato, que é causa de pedir da presente ação penal, furto-me a aprofundar comentários. A situação de penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga, será expletivo e, claro, vergonhoso para todos nós. E como tenho destacado, nós não temos, no âmbito do Judiciário, sequer a desculpa de dizer que isso é culpa da Administração, porque somos administradores do sistema. Como destacou há pouco o ministro Celso, temos grande responsabilidade na manutenção desse quadro caótico.

Passo à análise das medidas postuladas.

No presente caso, partindo-se dos parâmetros constitucionais referidos, requer-se provimento judicial que, indiretamente, assegure esses direitos. Portanto, o que se busca é a tutela, em linhas gerais, de obrigação de fazer. A edição de algumas normas de organização e procedimento e providências de índole administrativa.

E eu lembro que, ao lado das normas que disciplinam a cautelar em sede de ADPF, nunca é demais recordar, também, do disposto no 461 do CPC, ministro Fux, que dá ao julgador o poder de conceder a “tutela específica da obrigação” e determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. E, claro, tem aplicação subsidiária em casos que tais. Pede-se a tutela específica da

ADPF 347 MC / DF

obrigação, mediante elaboração e implementação do plano nacional e de planos estaduais e distrital e liberação dos recursos do FUNPEN. O atendimento ao que a Constituição e a lei exigem da Administração, em termos de estrutura carcerária, que depende de expressivos gastos e de tempo a sua implementação. Por isso, pedem-se providências que assegurem resultado prático e equivalente, consistentes em determinações que, alterando o ordenamento jurídico, tornem o encarceramento mais difícil – consideração do estado precário do sistema nos decretos de prisão preventiva, na análise do cabimento da substituição da pena e assim por diante.

Em outras palavras, ao postular a realização de audiências de apresentação de flagrados ou a especial consideração da situação carcerária na avaliação da necessidade das prisões processuais ou cabimento da aplicação das penas alternativas, não se está buscando melhorar a situação de um preso em particular, mas reduzir a população prisional e, com isso, melhorar o respeito à coletividade dos presos.

Analiso as medidas requeridas: As alíneas “a”, “c” e “d” são conexas, pelo que as analiso em conjunto. Determinação aos juízes e tribunais que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal. O relator deferiu essas medidas endereçadas diretamente a juízes e tribunais. Tenho que, na linha do que defendido pelo ministro Edson Fachin, não há dúvida de que os juízes já devem considerar a situação prisional ao expedir ordens de prisão. Como reforço ou incentivo, a medida até poderia ser positiva. No entanto, a exigência de motivação escrita nas decisões acerca da situação carcerária representaria mais um capítulo nas decisões judiciais. Em muitos casos, seria um capítulo genérico, sem efetivo cotejo da situação com o caso concreto. Daí, adviria o aumento do número de reclamações que o Supremo Tribunal Federal receberá - ou receberia - sem contar que

ADPF 347 MC / DF

prisões necessárias acabariam desconstituídas por falha do magistrado em acrescentar considerações formais à decisão.

Para reduzir a cultura do encarceramento, talvez fosse mais recomendável atuar no campo da formação, conscientizando os magistrados acerca do estado de coisas e de suas consequências. A ENFAM, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados pode ser chamada a protagonizar essa transformação, oferecendo treinamentos que contemplem a situação prisional e as medidas alternativas ao encarceramento. Por ora, não proporia a medida como ordem, mas pura sugestão ou recomendação.

Assim, acompanho a divergência e indefiro a medida cautelar às alíneas “a”, “c” e “d”. Proponho a expedição de ofício à ENFAM, recomendando a elaboração *de plano* de trabalho para oferecer treinamento a juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas.

Na Turma, temos feito essa observação, ministro Teori e notado que, a despeito de todo o novo aparato do artigo 319, do Código de Processo Penal, os juízes sequer prestam atenção a essa disposição e, talvez, um pouco por conta da cultura da prisão provisória que precisa de ser modificada. E, talvez, aqui, esteja o papel relevante a ser desempenhado pela Escola Nacional de Formação de Magistrados.

Claro que há outras reclamações. Muitos juízes, por exemplo - e é um ponto que tocara aqui -, apontam que não podem lançar mão, em determinados estados, do uso da tornozeleira eletrônica, por exemplo, que seria uma alternativa, porque delas não dispõem, o sistema não está à disposição. Portanto, em crimes com alguma gravidade, em que poderiam usar essa alternativa, acabam por não o fazer, valendo-se, então, da prisão preventiva.

ADPF 347 MC / DF

A alínea “b” diz com a implementação da audiência de apresentação de presos em flagrante. Determinação aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9 e 3 do Pacto de Direitos Civis e Políticos e 7 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo de 24 horas, contados do momento da prisão.

Aqui já foi destacado o voto percuciente do ministro Fux na ADI 5.240, apoiado por todo o Tribunal e eu, no RE 635.659, já defendera a universalização da audiência de custódia em flagrantes da lei de drogas.

O requerimento constante da petição inicial é direcionado diretamente a tribunais. Acrescentaria que a realização das audiências de apresentação envolve providências, também, do Poder Executivo, na medida em que deverá apresentar o preso, pelo que o comando a ser expedido é obrigatório para a Administração.

Quanto à implementação, como já assinalou o Ministro Presidente, deveríamos contar com a coordenação central do Conselho Nacional de Justiça, que já vem acumulando *know-how* em projetos-piloto espalhados por diversos tribunais.

Estou de acordo com o prazo de vinte e quatro horas para apresentação. Claro que pode haver situações excepcionais em que poderá não ser cumprido. Imagine-se, por exemplo, o flagrado que é ferido, ou está gravemente intoxicado, por ocasião do flagrante. Ou que o preso, às 7:45 h da manhã, venha a ser apresentado às 8 h do dia seguinte, logo na abertura do fórum. No entanto, essas situações poderão ser bem equacionadas nas instâncias ordinárias.

Também, faço registro da importância que o Ministério Público e a Defensoria Pública terão no sucesso das audiências de apresentação. É

ADPF 347 MC / DF

fundamental que esses órgãos se comprometam com o projeto, seja coletivamente, seja por parte de cada um de seus membros.

Por fim, ainda, quanto às prisões preventivas, registro reflexão acerca dos mecanismos de revisão da medida.

A Resolução 66/2009, do CNJ, prevê que o cartório deve providenciar a imediata conclusão dos processos com réu preso parados por mais de três meses, art. 3º, e o julgador deverá prestar contas do atraso, art. 5º. No entanto, fora dos casos em que o processo permanece parado por longo tempo, não há uma previsão de revisão periódica do próprio decreto de prisão.

A Corte Europeia dos Direitos do Homem reconhece direito à revisão periódica das prisões processuais, incorporado nas legislações dos países daquele continente.

Nosso ordenamento já prevê a possibilidade de pleitear liberdade durante o processo em qualquer tempo e mesmo de forma reiterada. Ainda assim, o grande número de prisões processuais que se prolongam no tempo, sem julgamento, parece indicar que os instrumentos de que dispomos são insuficientes. E esse é um ponto que podemos discutir, talvez, até mesmo em sede de mérito desta ação, se não nos ocorrer nada mais adequado em sede de cautelar.

A alínea “e” diz com a expedição de ordem aos juízes da execução penal para que antecipem benefícios aos presos submetidos a situações carcerárias violadoras de seus direitos – progressão de regime, livramento condicional e suspensão condicional da pena.

Em relação ao ponto, o eminente Relator e os ministros Edson Fachin e Roberto Barroso foram deferentes à legislação penal, no que estabelece tempos mínimos para benefícios a sentenciados.

ADPF 347 MC / DF

Como já mencionei antes, não podemos mais continuar a falar da existência desse sistema prisional como se estivéssemos a reclamar do frio ou do calor, como se não tivéssemos nenhuma influência na lamentável situação a que chegamos - isso anotei na Execução Penal, Agravo Regimental. Nós temos, sim, algo a ver com isso.

A despeito da gravidade da situação, ao menos em sede cautelar, a meu ver, seria prematuro deferir o requerimento, tal qual posto. Essa é medida que modifica a legislação penal de forma substancial. No entanto, tenho que deve ser deferida em menor extensão. A Lei 12.714/12 determina que os “dados e as informações da execução da pena, da prisão cautelar e da medida de segurança deverão ser mantidos e atualizados em sistema informatizado de acompanhamento da execução da pena”. Esse sistema deve “informar tempestiva e automaticamente, por aviso eletrônico, as datas” previstas para “progressão de regime” e “livramento condicional”. Além disso, deve avisar o “enquadramento nas hipóteses de indulto ou de comutação de pena”.

Estamos falando, portanto, de direito positivo, a Lei 12.714, que tenta generalizar as chamadas varas de execução eletrônica cujas experiências positivas existem em todo o país. Então, isso está positivado. Em tese, os sistemas deveriam ter sido instalados pelas unidades da Federação em setembro de 2013, final da *vacatio legis* de um ano (art. 6º). Ou seja, a administração está em mora.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro, apenas um esclarecimento a Vossa Excelência, e Vossa Excelência participa também desse processo.

O primeiro passo que o CNJ está dando é fazer o levantamento dos presos no Brasil todo, que nós não temos. Estamos pedindo auxílio e vamos firmar um termo com o Tribunal Superior Eleitoral para fazer a biometria dos presos, a identificação biométrica dos presos, utilizando os equipamentos que são usados pelos eleitores.

ADPF 347 MC / DF

O segundo passo, que já está bastante avançado, é um sistema nacional de cumprimento das penas e também dos benefícios prisionais.

É um sistema que está sendo elaborado por um especialista, um juiz do trabalho, por incrível que pareça, mas um especialista em informática. Isso deverá estar implantado até o final deste ano. Nós vamos purgar essa mora o mais brevemente possível.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas, Presidente, é importante que...Veja que a própria legislação... E, aqui, há um dado curioso, porque assim como é avançada nossa Lei de Execução Penal, de 1984, a legislação tem avançado, mas os passos, na execução, continuam falhos.

Muito embora a Lei 12.714/12 não mencione o Conselho Nacional de Justiça, o papel do Conselho na informatização da execução penal é consagrado pela Lei 12.106/09, que cria o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, em seu âmbito, que foi apontado aqui, na última sessão, na manifestação do ministro Celso de Mello. É um dos objetivos do DMF acompanhar a implantação e o funcionamento do sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias – art. 1º, § 1º, VII.

Com um sistema informatizado, seria possível que os benefícios dos presos fossem decididos a seu devido tempo. Teríamos, aí, grande avanço. As vagas do sistema prisional são recurso escasso, diretamente administrado pelos juízes. Extinção de pena, progressão de regime, livramento condicional são judicialmente concedidos e abrem vagas no sistema. Além disso, seria possível liberar a força de trabalho das varas de execuções para decidir outros incidentes relevantes. Não bastasse isso, a utilização da tecnologia da informação na execução penal traria outros benefícios colaterais. Para começar, teríamos estatísticas confiáveis, em

ADPF 347 MC / DF

tempo real, da situação prisional do país. Hoje, os esforços do Ministério da Justiça em tabular os dados demandam energia desproporcional e produzem estatísticas incompletas e defasadas.

Em junho de 2015, foi concluído e divulgado o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias relativo a junho de 2014, um ano de defasagem. Esse relatório é feito com base em questionários submetidos pelo Ministério às secretarias de segurança pública dos estados. O sucesso da compilação depende da boa vontade das unidades da Federação em fornecer dados. No último relatório, São Paulo simplesmente omitiu-se - registre-se -, ou seja, não há dados sobre a maior massa carcerária do país - isso é grave.

Outro benefício seria a possibilidade de verificação da situação do sistema em tempo real e de otimização do manejo de vagas. Isso foi feito, Presidente, no estado do Paraná, pela Secretária de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos Maria Teresa Uille Gomes, que criou centrais de vagas - o ministro Fachin certamente tem conhecimento - e monitoramento em tempo real dos presos, usando ferramentas de administração, BI - *business intelligence*. A prática participou da edição de 2014 do prêmio Innovare e melhorou substancialmente a administração penitenciária daquela unidade federada. Também, o projeto de reforma da Lei de Execução Penal, da autoria do senador Renan Calheiros, que está tramitando no Senado, prevê a utilização da tecnologia da informação para que os benefícios a sentenciados sejam automatizados e o despacho somente seja necessário para negá-lo - recentemente, tivemos uma decisão nesse sentido.

Falo, então, dessas questões e digo: Assim, no presente momento, proponho a notificação da União e dos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal para que, em seis meses, coloquem em funcionamento os sistemas de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, na forma da Lei 12.714. A medida

ADPF 347 MC / DF

deverá ser diretamente fiscalizada pelo CNJ, que deverá prestar contas a este Tribunal. O CNJ, deverá, outrossim, regulamentar o sistema eletrônico e, se entender pertinente, desenvolver sistema único a ser adotado e fornecido aos tribunais.

Na alínea "f", requer-se ordem aos juízes da execução para que abatam da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas. No Tema 365 da repercussão geral - RE 580.252 -, estamos debatendo essa questão, a responsabilidade civil do Estado em relação ao preso submetido a condições carcerárias inadequadas. Os três votos até o momento são favoráveis à responsabilização do Estado, havendo divergência quanto à forma de indenização. Acompanhei o ministro Teori Zavascki. Já o ministro Roberto Barroso propôs a medida que postulava que, preferencialmente, o preso seja indenizado com a remição de dias de pena. O julgamento está suspenso pelo pedido de vista da ministra Rosa Weber. Como já defendi naquele caso, tenho que as violações a direitos dos presos devem ser indenizados em pecúnia, não em tempo de pena. Por isso, reportando-me às considerações que fiz, indefiro o requerimento neste item.

Na alínea "g", requer-se, Presidente, determinação de que o Conselho Nacional de Justiça coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f". Como se sabe, em minha gestão no CNJ, iniciamos os mutirões carcerários. Isso foi em 2008. Já é mais do que o momento de cumprir a lei, seja a Lei de Execuções Penais, seja a Lei 12.714, para que, nos valendo da tecnologia da informação, os benefícios a sentenciados sejam aplicados em tempo oportuno.

Mesmo que as providências das alíneas "e" e "f" tenham sido indeferidas, tenho por importante que essa prática prossiga, a dos

ADPF 347 MC / DF

mutirões, até que a garantia dos direitos dos sentenciados a benefícios carcerários seja observada de forma generalizada. Além disso, como bem observado pelo ministro Roberto Barroso, os mutirões não precisam de ser conduzidos apenas pelo CNJ; os próprios tribunais de justiça podem e devem adotar iniciativas semelhantes. Recentemente, noticiou-se na imprensa que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro estava organizando mutirão na Vara de Execuções Penais para revisão da situação dos sentenciados em regime semiaberto. Assim, defiro a medida, nos termos propostos pelo ministro Roberto Barroso.

O último requerimento, alínea "h", é para que a União libere verbas do Fundo Penitenciário, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Esse tema tem sido objeto de múltiplas considerações no Tribunal e realça o absurdo de termos falta de vagas e contingenciamento de recursos destinados a superar esse quadro.

Eu, então, estou anotando que há outros problemas que têm sido destacados nessa relação, inclusive a burocracia no processo de liberação de recurso, mas entendo que essa medida é de ser apoiada com toda ênfase.

Ainda, acrescentaria a seguinte observação, Presidente: fica um apelo ao Ministério da Justiça e ao Colégio Nacional dos Secretários de Segurança Pública, ao Conselho Nacional do Ministério Público e ao CNJ, para que articulem maior coordenação da questão.

Indo além, a instituição das parcerias público-privadas pode surgir como alternativa de financiamento de infraestrutura carcerária. A ministra Cármen já falou, aqui, da boa experiência de Minas com as APAC. Também, há registro, em Minas Gerais, de um modelo de construção de PPP no Complexo Penal de Ribeirão das Neves. O modelo tem vantagem expressiva, especialmente no âmbito da redução e da estimativa de custos. E, aí, faço algumas considerações sobre essa

ADPF 347 MC / DF

temática e, portanto, tendo em vista os impasses que se verificam, acho extremamente importante que se considerem modelos alternativos a enfrentar essa situação.

Faço referências, também, às APAC, lembrando que recebeu menção honrosa, em 2014, embora a APAC que a tenha recebido não seja a de Minas Gerais, mas a de ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Em Minas, nós temos quatro, não temos só uma.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas foi inspirada em Minas Gerais, que é a de São José dos Campos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E por isso, Ministro, se Vossa Excelência me permite um aparte, eu comecei dizendo que o Ministro Barroso tinha razão ao tentar que conversemos com a sociedade, porque as APACs dependem dela, e estamos entrando numa fase, ou já entramos, extremamente difícil, porque a sociedade não aceita, não quer participar das medidas que poderiam conduzir à melhoria do sistema. E, hoje, para se implantar qualquer APAC, há uma rejeição da comunidade; sem ela não se tem o processo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E, Ministro Gilmar, a APAC funciona melhor, segundo eu apurei na reunião com o DEPEN, porque ela tem limite de lotação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É, verdade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ao passo que do sistema puramente público, eles vão entupindo gente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É claro. São unidades realmente pequenas. Inclusive esse papel de eventual

ADPF 347 MC / DF

ressocialização ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A ideia da APAC, hoje, é a da chamada justiça restaurativa. Portanto, a sociedade toda tem de estar presente. Se ela não quiser, não entra, não depende só do Estado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, por fim, o ministro Roberto Barroso propôs expedir requisição à União para que, em um ano, forneça diagnóstico da situação do sistema carcerário, abordando o número de vagas, custos e responsabilidade da União e dos estados. Tenho que a medida tem caráter instrutório e altamente salutar, até para que o Tribunal possa exercer esse papel de coordenação de execução dessas medidas.

Mas, em resumo, Presidente, acompanho a divergência para indeferir as medidas cautelares requeridas nas alíneas "a", "c" e d". Acompanho o Relator para deferir a medida cautelar requerida na alínea "b", determinando às autoridades competentes a apresentação, sem demora, dos presos em flagrante à autoridade judiciária, nos termos assim estabelecidos.

Peço vênia ao Relator para deferir a medida cautelar requerida na alínea "e" em menor extensão para determinar a notificação da União e dos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal para que, em seis meses, coloquem em funcionamento os sistemas de acompanhamento de execução das penas da prisão cautelar e da medida de segurança, na forma da Lei nº 12.714. E, isso, determinaria que a medida deveria ser diretamente fiscalizada pelo CNJ.

Acompanho o Relator para indeferir a medida cautelar requerida na alínea "f"; acompanho a divergência para deferir a medida cautelar requerida na alínea "g", nos termos propostos pelo ministro Roberto Barroso; acompanho o Relator para deferir a medida cautelar requerida na alínea "h"; acompanho o ministro Roberto Barroso para determinar a

ADPF 347 MC / DF

expedição de requisição à União para que, em um ano, forneça o diagnóstico já referido.

Proponho, outrossim, a expedição de ofício à ENFAM, solicitando a criação de plano de trabalho para oferecer treinamento a juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas ao encarceramento.

É como voto, Presidente.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Gilmar Mendes, aqui, nesse aspecto que Vossa Excelência muito bem lembrou, a questão cultural e a questão mesmo de formação dos juízes, nós firmamos um pré-acordo, um pré-termo de entendimento com a Comissão Interamericana de Justiça, que elaborará um curso à distância para todos os juízes brasileiros, conscientizando-os em relação aos direitos fundamentais e com foco também no sistema prisional.

Isso, em novembro, deverá ser definido, e, a partir do ano que vem, esse curso estará no ar, em todo o Brasil, para todos aqueles que queiram se inscrever.

Agradeço a observação de Vossa Excelência, foi muito oportuna, e nada impede que a ENFAM também, paralelamente, junte esforços às iniciativas tomadas pelo CNJ.

09/09/2015

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. Admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental na hipótese de omissão lesiva a preceito fundamental

Cabe destacar, desde logo, **a admissibilidade** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **em face** da plena legitimidade do controle jurisdicional de omissões inconstitucionais **em que haja incidido** o Poder Público.

O Supremo Tribunal Federal **tem acentuado** *ser lícito ao Poder Judiciário, em face* do princípio da supremacia da Constituição, **adotar, em sede jurisdicional, medidas** destinadas a tornar efetiva a **implementação** de políticas públicas, *se e quando* se registrar, *como sucede no caso*, situação configuradora *de inescusável omissão estatal*.

A omissão do Estado – **que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, **eis que, mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam *e também impede*, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos postulados e princípios da Lei Fundamental, *tal como tem advertido* o Supremo Tribunal Federal:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

ADPF 347 MC / DF

– O **desrespeito** à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do Poder Público, **que age ou edita normas em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.**

– **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...).**

(ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, pois, que, na tipologia das situações inconstitucionais, inclui-se, também, aquela que deriva do descumprimento, por inércia estatal, de norma impositiva de determinado comportamento atribuído ao Poder Público pela própria Constituição.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial derivada de insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado, como a que se registra no caso ora em exame, qualifica-se, perigosamente, como um dos processos de vulneração da autoridade da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”,

ADPF 347 MC / DF

tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir *integralmente* ou, então, de apenas executá-la *com o propósito subalterno* de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das consequências lesivas, derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em *lúcido magistério*, por PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.), em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo.

O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia

ADPF 347 MC / DF

constitucional, pois reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“**Teoria de la Constitución**”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), **coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional**, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, **como já ressaltado**, pelo Supremo Tribunal Federal, **em diversos julgamentos, como resulta**, exemplificativamente, da seguinte decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

“A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA)

– O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um **comportamento ativo** do Poder Público, **seja** quando este **vem a fazer** o que o estatuto constitucional **não lhe permite**, **seja**, ainda, quando **vem a editar** normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um **‘facere’** (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**.

– **Se o Estado**, no entanto, **deixar de adotar** as medidas **necessárias à realização concreta** dos preceitos da Constituição, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir** o dever de prestação que a própria Carta Política **lhe impôs**, incidirá em **violação negativa** do texto constitucional. Desse **‘non facere’** ou **‘non praestare’**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total** (quando é **nenhuma** a providência adotada) ou **parcial** (quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público). **Entendimento** prevacente na **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal: **RTJ 162/877-879**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Pleno**).

ADPF 347 MC / DF

– A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO
CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO
FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA

– O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

– A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (...)."

(RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É importante enfatizar, desse modo, que, mesmo em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representa um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados

ADPF 347 MC / DF

pela própria Constituição da República, **mas cujo exercício está sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia** do aparelho estatal (**RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220**).

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, **colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e viabilizando, desse modo, o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção** do Poder Público.

Vale lembrar, ainda, por necessário, que as regra constitucionais – que têm por destinatários os entes políticos **que compõem, no plano institucional**, a organização federativa do Estado brasileiro – **não podem converter-se em promessa constitucional inconsequente**, sob pena de o Poder Público, **fraudando justas expectativas** nele depositadas pela coletividade, **substituir, de maneira ilegítima**, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto **irresponsável de infidelidade governamental ao que determina** a própria Lei Fundamental do Estado (**RE 273.834-AgR/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

2. A interpretação judicial como instrumento apto a conferir sentido de contemporaneidade à Constituição

Mostra-se importante enfatizar **que a interpretação judicial** desempenha um papel **de fundamental** importância, **não só na revelação** do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, **mas, sobretudo, na adequação** da própria Constituição às **novas** exigências, necessidades e transformações **resultantes** dos processos sociais, econômicos e políticos **que caracterizam** a sociedade contemporânea.

ADPF 347 MC / DF

Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS (“Direito Constitucional”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), **cujo magistério** enfatiza, **corretamente**, que, **no poder de interpretar** os textos normativos, **inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los**, **em face** de novas e cambiantes realidades **sequer** existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas.

Importante rememorar, neste ponto, **a lição** desse eminente publicista, **para quem** “*O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte*” (grifei).

Cumpre referir que o poder de interpretar o ordenamento normativo do Estado, **ainda** que disseminado **por todo** o corpo social, **traduz** prerrogativa essencial daqueles que o aplicam, **incumbindo**, *ao Judiciário*, **notadamente** ao Supremo Tribunal Federal – **que detém**, em matéria constitucional, “*o monopólio da última palavra*” –, **o exercício** dessa relevantíssima atribuição de ordem jurídica.

A regra de direito – *todos o sabemos* – **nada mais é**, na revelação do seu conteúdo, **do que a sua própria interpretação**.

Na realidade, a interpretação judicial, **ao conferir** *sentido de contemporaneidade à Constituição*, **nesta vislumbra** um documento vivo a ser **permanentemente** atualizado, **em ordem a viabilizar a adaptação** do “*corpus*” constitucional às **novas** situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais **surgidas** em um dado momento histórico, **para que**, mediante esse processo de “*aggiornamento*”, o estatuto fundamental **não se desqualifique** em sua autoridade normativa, **não permaneça** vinculado a superadas concepções do passado, **nem seja** impulsionado, *cegamente*, pelas forças de seu tempo.

ADPF 347 MC / DF

Ou, em outras palavras, a interpretação emanada dos juízes e Tribunais será tanto mais legítima quanto mais fielmente refletir, em seu processo de concretização, o espírito do tempo, aquilo que os alemães denominam “Zeitgeist”.

Dá a correta observação feita pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, ao reconhecer “que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional”, para enfatizar, a partir dessa constatação, que “A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo” (grifei).

3. O sistema penitenciário brasileiro: expressão visível (e lamentável) de um “estado de coisas inconstitucional”

A petição inicial do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, primorosamente elaborada por seus ilustres Advogados, mais do que uma peça processual, constitui verdadeiro e terrível libelo contra o sistema penitenciário brasileiro, cuja situação de crônico desaparelhamento culmina por viabilizar a imposição de inaceitáveis condições degradantes aos sentenciados, traduzindo, em sua indisfarçável realidade concreta, hipótese de múltiplas ofensas constitucionais, em clara atestação da inércia, do descuido, da indiferença e da irresponsabilidade do Poder Público em nosso País.

ADPF 347 MC / DF

Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável “estado de coisas inconstitucional” **resultante** – tal como denunciado pelo PSOL – **da omissão** do Poder Público **em implementar** medidas eficazes de ordem estrutural **que neutralizem** a situação de absurda patologia constitucional **gerada**, **incompreensivelmente**, **pela inércia** do Estado **que descumpre** a Constituição Federal, **que ofende** a Lei de Execução Penal **e que fere** o sentimento de decência dos cidadãos desta República.

O quadro de distorções revelado pelo clamoroso estado de anomalia de nosso sistema penitenciário **desfigura, compromete e subverte**, de modo grave, a **própria** função de que se acha impregnada a execução da pena, **que se destina** – segundo determinação da Lei de Execução Penal – “a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º).

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

Daí a advertência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, **em um de seus** “Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas” (2011), **no sentido** de que **sempre** que o sistema penitenciário de um País **não merecer** a atenção necessária **e os recursos essenciais** a serem providos pelo Estado, **a função** para a qual esse mesmo sistema está vocacionado **distorcer-se-á e, em vez** de os espaços prisionais proporcionarem proteção e segurança, eles se converterão em escolas de delinquência, **propiciando e estimulando** comportamentos antissociais **que dão origem** à reincidência **e, desse modo, afastam-se, paradoxalmente**, do seu objetivo de reabilitação.

ADPF 347 MC / DF

Os sentenciados **que cumprem** condenações penais a eles impostas **continuam** à margem do sistema jurídico, **pois ainda subsiste**, quanto a eles, a grave constatação, **feita** por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, **de que as condições intoleráveis e degradantes em que vivem** os internos nos estabelecimentos prisionais **constituem** a pungente e dramática revelação de que “os presos não têm direitos” **em razão do estado de crônico e irresponsável abandono, por parte do Poder Público, do seu dever de prover condições minimamente adequadas** ao efetivo e pleno cumprimento dos preceitos fundamentais **consagrados** em nossa Constituição e cujo **desrespeito** dá origem a uma situação **de permanente e inadmissível violação** aos direitos humanos.

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

A questão penitenciária, em nosso País, já há muitos anos, **transcendendo** a esfera **meramente** regional, **tornou-se** um problema *de dimensão eminentemente nacional*, **tal a magnitude** que *nesse campo* assumiu **o crônico** (e lesivo) inadimplemento das obrigações estatais, **de que tem derivado, como efeito perverso, o inaceitável desprezo** pelas normas que compõem a própria Lei de Execução Penal.

ADPF 347 MC / DF

Não hesito em dizer, por isso mesmo, Senhor Presidente, a partir de minha própria experiência como Juiz desta Suprema Corte **e, também,** como **antigo** representante do Ministério Público paulista, **tendo presente a situação dramática e cruel constatada** no modelo penitenciário nacional, **que se vive, no Brasil, em matéria de execução penal, um mundo de ficção que revela** um assustador universo de cotidianas irrealidades **em conflito e em completo divórcio** com as declarações formais de direitos que – **embora** contempladas no texto de nossa Constituição **e, também,** em convenções internacionais e resoluções das Nações Unidas, **notadamente** aquelas emanadas de seu Conselho Econômico e Social – **são**, no entanto, **descumpridas pelo Poder Executivo, a quem incumbe viabilizar** a implementação **do que prescreve e determina, entre outros importantes documentos legislativos, a Lei de Execução Penal.**

O fato preocupante, Senhor Presidente, é que o Estado, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes, fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

O Poder Executivo, **a quem compete construir** estabelecimentos penitenciários, **viabilizar a existência** de colônias penais (agrícolas e industriais) e de casas do albergado, **além de propiciar** a formação de patronatos públicos **e de prover os recursos necessários ao fiel e integral cumprimento da própria Lei de Execução Penal, forjando** condições que permitam a consecução dos **fins precípuos** da pena, **em ordem a possibilitar “a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEP, art. 1º, “in fine”), não tem adotado as medidas essenciais ao adimplemento** de suas obrigações legais, **muito embora** a Lei de Execução Penal **preveja**, em seu art. 203, **mecanismos destinados a compelir** as unidades

ADPF 347 MC / DF

federadas a projetarem a adaptação e a construção de estabelecimentos e serviços penais previstos em referido diploma legislativo, **inclusive** fornecendo os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento.

Não foi por outra razão que o Plenário desta Corte Suprema, **no precedente** que venho de referir (RE 592.581/RS), **formulou tese** – que guarda *inteira pertinência* com a controvérsia ora em exame – **segundo a qual se revela lícito** ao Poder Judiciário “(...) *impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes*” (grifei).

No exame da grave questão ora submetida ao nosso exame, é **preciso não** desconsiderar *a função contramajoritária* **que cabe** ao Supremo Tribunal Federal **exercer** no Estado democrático de Direito **e que legitima, precipuamente, a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis, sob pena** de comprometimento *do próprio coeficiente de legitimidade democrática* das ações estatais.

Já se sustentou, bem por isso, **com acerto**, nesta Suprema Corte, em peça emanada *do Grupo Arco-Íris da Conscientização Homossexual*, **essa relevante função** do Supremo Tribunal Federal:

“O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas – suprimindo direitos necessários à

ADPF 347 MC / DF

participação política de determinados cidadãos – é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana (...).

Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das majorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais." (grifei)

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, muitas vezes, **decisões de caráter nitidamente contramajoritário**, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, **objetivam preservar**, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam os grupos minoritários expostos** a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que**, por efeito de tal condição, **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, **deve compor a agenda** desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, **inclusive de grupos minoritários**, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

ADPF 347 MC / DF

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias e aos grupos vulneráveis, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, inclusive os condenados que compõem o universo penitenciário, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

ADPF 347 MC / DF

4. O significado da defesa da Constituição

Impõe-se ao Supremo Tribunal Federal, **tornado fiel depositário** da preservação da autoridade e da supremacia da nova ordem constitucional, **por deliberação soberana** da própria Assembleia Nacional Constituinte, **reafirmar**, a cada momento, o seu respeito, o seu apreço e a sua lealdade **ao texto sagrado** da Constituição democrática do Brasil.

Nesse contexto, **incumbe** aos magistrados e Tribunais, **notadamente** aos Juízes da Corte Suprema do Brasil, **o desempenho** do dever que lhes é inerente: **o de velar** pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, **o de repelir** condutas governamentais abusivas, **o de conferir** prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, **o de fazer cumprir** os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias **e o de neutralizar** qualquer ensaio de opressão estatal.

O Supremo Tribunal Federal **possui** a exata percepção dessa realidade **e tem**, por isso mesmo, **no desempenho** de suas funções, **um grave compromisso** com o Brasil e com o seu povo, **e que consiste** em preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, **sendo o garante** de sua integridade, **impedindo** que razões de pragmatismo governamental **ou** de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos **prevaleçam e deformem** o significado da própria Lei Fundamental.

Torna-se de vital importância reconhecer, por isso mesmo, que o Supremo Tribunal Federal – **que é o guardião** da Constituição **por expressa delegação do poder constituinte** – **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, **pois, se** a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, **a integridade** do sistema político, **a**

ADPF 347 MC / DF

proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.

Nenhum dos Poderes da República **pode submeter** a Constituição *a seus próprios* desígnios, **ou** a manipulações hermenêuticas, **ou**, *ainda*, a avaliações discricionárias **fundadas em razões** *de conveniência política* **ou de pragmatismo institucional**, **eis que** a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição **há de ser**, *necessariamente*, **uma relação de incondicional respeito**, *sob pena* de juízes, legisladores e administradores **converterem** o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma palavra vã e em um sonho frustrado pela prática autoritária do poder.

Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, *porque nada recompõe os gravíssimos efeitos* que derivam do gesto **de infidelidade** ao texto da Lei Fundamental.

É por isso que se pode proclamar que o Supremo Tribunal Federal – que **não se curva** a ninguém, **nem tolera** a prepotência dos governantes, **nem admite** os excessos e abusos **que emanam de qualquer** esfera dos Poderes da República – **desempenha** as suas funções institucionais **e exerce** a jurisdição que lhe é inerente **de modo compatível** com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição.

Isso significa reconhecer *que a prática da jurisdição, quando provocada* por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência, *pela omissão governamental* e pelo abuso, **não pode ser considerada** – **ao contrário** do que muitos **erroneamente** supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência da Suprema Corte **na esfera orgânica** dos demais Poderes da República.

ADPF 347 MC / DF

5. Legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas, inclusive em matéria penitenciária, e a reserva do possível

Tenho para mim que o eminente Relator **bem examinou**, em seu primoroso voto, a **controvérsia** suscitada na presente causa, **cabendo assinalar** que a abordagem do tema por ele efetuada **ajusta-se**, quanto ao seu conteúdo, à **jurisprudência constitucional** que esta Corte Suprema **construiu a respeito da legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas**.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional de que se acham investidos os órgãos do Poder Judiciário, **tem enfatizado** que os juízes e Tribunais **não podem demitir-se** do gravíssimo encargo **de tornar efetivas** as determinações **constantes** do texto constitucional, **inclusive** aquelas fundadas em normas de conteúdo programático (RTJ 164/158-**161**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É que, se tal não ocorrer, **restarão comprometidas a integridade e a eficácia** da própria Constituição, **por efeito de violação negativa** do estatuto constitucional **motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento** de prestações positivas **impostas** ao Poder Público, **consoante já advertiu** o Supremo Tribunal Federal, **por mais de uma vez**, em tema de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É certo – tal como observei no exame **da ADPF 45/DE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Informativo/STF** nº 345/2004) – **que não se inclui, ordinariamente, no âmbito** das funções institucionais do Poder

ADPF 347 MC / DF

Judiciário – e nas desta Suprema Corte, *em especial* – **a atribuição** de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois**, *nesse domínio*, **como adverte a doutrina** (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “Direito Administrativo e Políticas Públicas”, 2002, Saraiva), **o encargo reside, primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, *no entanto*, que tal incumbência **poderá** atribuir-se, *embora excepcionalmente*, **ao Poder Judiciário**, *se e quando* os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem *em caráter vinculante*, **vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade** de direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **como sucede** na espécie ora em exame.

Não deixo de conferir, *por isso mesmo*, **assentadas** tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente à “*reserva do possível*” (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), **notadamente em sede de efetivação e implementação** (*usualmente onerosas*) de determinados direitos cujo **adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste**, prestações estatais **positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais **e/ou** coletivas.

Não se mostrará lícito, contudo, *ao Poder Público* **criar obstáculo artificial que revele** – a partir **de indevida manipulação** de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – *o arbitrário, ilegítimo e censurável*

ADPF 347 MC / DF

propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004), **a significar**, portanto, **que se revela legítima** a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da “reserva do possível”, **considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”, segundo a qual – como observa** LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (“Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) – **as limitações a direitos fundamentais, como o direito de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso.**

Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda., v.g.), **que a cláusula** da “reserva do possível” – **ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, *dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.*

Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, **a advertência** de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo

ADPF 347 MC / DF

magistério, a propósito da limitada discricionariade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala:

*“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador **está vinculado** às políticas públicas **estabelecidas** na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua **margem de discricionariade é mínima**, não contemplando o não fazer.*

.....
*Como demonstrado no item anterior, o **administrador público está vinculado** à Constituição e às normas infraconstitucionais **para a implementação** das políticas públicas **relativas** à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.*

.....
***Conclui-se**, portanto, que o administrador **não tem discricionariade** para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de **implementação** de políticas públicas **discriminadas** na ordem social constitucional, **pois tal restou deliberado pelo Constituinte** e pelo legislador que elaborou as normas de integração.*

.....
*As dúvidas sobre essa margem de discricionariade devem ser dirimidas pelo Judiciário, **cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade** do ato administrativo (omissivo ou comissivo), **verificando** se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a **concretização** da ordem social constitucional.” (grifei)*

Resulta claro, pois, que o Poder Judiciário **dispõe** de competência para exercer, *no caso concreto*, **controle de legitimidade** sobre a omissão do Estado **na implementação** de políticas públicas cuja efetivação lhe incumbe **por efeito de expressa determinação constitucional**, sendo certo, ainda, que, **ao assim proceder**, o órgão judiciário competente **estará agindo**

ADPF 347 MC / DF

dentro dos limites de suas atribuições institucionais, **sem incidir** em ofensa ao princípio da separação de poderes, **tal como tem sido reconhecido**, por esta Suprema Corte, *em sucessivos julgamentos* (RE 367.432-AgR/PR, Rel. Min. EROS GRAU – RE 543.397/PR, Rel. Min. EROS GRAU – RE 556.556/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, *v.g.*):

“8. Desse modo, não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas. (...)”

(RE 574.353/PR, Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei)

6. Escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas”

Não se desconhece que a destinação de recursos públicos, *sempre tão dramaticamente escassos*, **faz instaurar situações de conflito, quer** com a execução de políticas públicas **definidas** no texto constitucional, **quer, também,** com a própria implementação de direitos sociais **assegurados** pela Constituição da República, **daí resultando contextos de antagonismo que impõem ao Estado o encargo** de superá-los **mediante** opções por determinados valores, **em detrimento** de outros *igualmente* relevantes, **compelindo** o Poder Público, *em face dessa relação dilemática causada pela insuficiência* de disponibilidade financeira e orçamentária, *a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”* (GUIDO CALABRESI/PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices – The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources”, W.W. Norton & Company, Inc., 1978; GUSTAVO ALMEIDA PAOLINELLI DE CASTRO, “Direito à Segurança Pública: Intervenção, Escassez e Escolhas Trágicas”; SÔNIA FLEURY, “Direitos Sociais e Restrições Financeiras: Escolhas Trágicas sobre Universalização”, *v.g.*), **em decisão governamental** cujo parâmetro, **fundado** na dignidade da pessoa humana, **deverá ter em perspectiva a**

ADPF 347 MC / DF

intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas positivadas na própria Lei Fundamental.

É por essa razão que DANIEL SARMENTO, ao versar o tema pertinente ao controle judicial de políticas públicas (“Reserva do Possível e Mínimo Existencial”, “in” “Comentários à Constituição Federal de 1988”, p. 371/388, 371/375, 2009, Gen/Forense), expendeu considerações que vale reproduzir:

“Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.

Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se freqüentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro ‘leva a sério’ os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. (...).

ADPF 347 MC / DF

Neste quadro de escassez, não há como realizar, 'hic et nunc', todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. E a escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras 'escolhas trágicas', pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. (...).

.....

As complexidades suscitadas são, contudo, insuficientes para afastar a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. Com a consolidação da nova cultura constitucional que emergiu no país em 1988, a jurisprudência brasileira deu um passo importante, ao reconhecer a plena justiciabilidade dos direitos sociais. No entanto, essas dificuldades devem ser levadas em conta. Vencido, com sucesso, o momento inicial de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais, é chegada a hora de racionalizar esse processo. Para este fim, cumprem importante papel, como parâmetros a orientar a intervenção judicial nesta seara, duas categorias que vêm sendo muito discutidas na dogmática jurídica: a reserva do possível e o mínimo existencial, que serão analisadas abaixo. Há outras, todavia, que também têm importância capital neste campo, como o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de vedação à proteção deficiente, e o princípio da proibição do retrocesso social.”
(grifei)

Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar **da escassez de recursos** – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas **“escolhas trágicas”** (em virtude das quais **alguns** direitos, interesses e valores **serão priorizados “com sacrifício”** de outros) –, o fato de que, **embora invocável** como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, **a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação** na exigência constitucional de preservação **do mínimo existencial**, que representa, no

ADPF 347 MC / DF

contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta** do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, **tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional** desta Suprema Corte:

“CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL **CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM 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 (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO **QUE QUALIFICA** O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. 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. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS **DELINEADAS****

ADPF 347 MC / DF

NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.”
(AI 583.553/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia acentuar, por oportuno, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa – considerada a centralidade desse postulado essencial (CE art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, 2008, Renovar, v.g.).

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CE art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cujas concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à

ADPF 347 MC / DF

assistência social, **o direito** à moradia, **o direito** à alimentação, **o direito** à segurança **e o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado.**

Vale lembrar, finalmente e por oportuno, **em face** do direito fundamental do sentenciado **de receber** tratamento penitenciário digno **quando** da execução da pena, que, em 2011, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), **ao julgar** o caso “*Brown v. Plata*”, **reputou ofensivo** à 8ª Emenda à Constituição americana (que veda o “*cruel and unusual punishment*”) **o excesso populacional** no sistema penitenciário do Estado da Califórnia (que chegava a 200% de sua ocupação máxima), **ordenando-lhe que reduzisse**, no prazo de 02 (dois) anos, *ao índice de 137,5% (calculado sobre a capacidade total então existente)* a sua população carcerária.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **acompanho** o eminente Relator, **exceto** quanto à alínea “g”, **pois**, nesse ponto, **defiro** o pedido de medida cautelar. De outro lado, **acolho** a proposta **formulada** pelo Ministro ROBERTO BARROSO, **para determinar**, de ofício, que a União e os Estados-membros, **notadamente** o Estado de São Paulo, **encaminhem** a esta Corte **informações** sobre a situação **de seus respectivos sistemas penitenciários**.

É o meu voto.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Com prazer...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A exemplar senadora Ana Amélia apresentou projeto de lei voltado a proibir, nesse campo, o contingenciamento.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Essa iniciativa da eminente Senadora Ana Amélia *reveste-se de grande importância*, pois tem por finalidade **impedir** que a mera vontade administrativa da Chefia do Executivo **culmine por frustrar**, em decorrência da manipulação **do contingenciamento** de verbas orçamentárias, *a função primária* da pena, **tal como definida na própria** Lei de Execução Penal (art. 1º).

A situação de absoluta precaridade a que *notoriamente* se acha reduzido o sistema penitenciário nacional **mostra-se incompatível com qualquer** medida administrativa **de contingenciamento** de recursos destinados ao Fundo Penitenciário Nacional.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Agradeço o voto de Vossa Excelência, um denso voto, uma verdadeira aula magna sobre o tema. E cumprimento também o eminente Relator adiantando, desde logo, que o acompanhamento integralmente, não apenas nos fundamentos, mas também nas conclusões, talvez acrescentando um item na medida cautelar, no que se refere ao deferimento da medida cautelar em parte e também acompanhando a proposta do eminente Ministro Barroso.

Eu queria salientar, porque não tenho mais muito a acrescentar, que esta Corte, pioneiramente, acolhe o argumento do estado de coisas inconstitucional. Salvo engano, jamais se cogitou desse tema no presente Plenário, e é uma proposta que foi desenvolvida pioneiramente pela Corte Constitucional da Colômbia, e que reconheceu, numa determinada situação, um quadro insuportável e permanente de violação massiva de direitos fundamentais, que não poderia subsistir e que exigia, sem dúvida nenhuma, uma intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e que demandava, inclusive, medidas de natureza orçamentária.

Essa matéria foi muito discutida na doutrina, Sua Excelência, o Ministro e Professor Luís Roberto Barroso também adentrou nessa matéria, com a pertinência e com a profundidade que lhe é peculiar, parece-me que a Corte deu um grande salto ao reconhecer, ao acolher este argumento que é veiculado agora pelo PSol.

Então, eu queria justamente sublinhar esse fato, e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, que já vinha de certa maneira sendo embrionariamente cogitado pela Suprema Corte Brasileira, segundo nos demonstrou o Ministro Gilmar Mendes, agora encontra, a meu ver, um acolhimento total e justifica, inclusive, esta medida, aparentemente um

ADPF 347 MC / DF

tanto quanto drástica, que é justamente a interferência do Poder Judiciário nesta aparente discricionariedade no manejo do fundo penitenciário nacional.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Essa intervenção jurisdicional **revela-se plenamente legítima** sob perspectiva constitucional, **tal como** esta Corte Suprema tem **reiteradamente** julgado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perfeitamente. Legítima porque esse estado insuportável se tornou permanente, tendo em conta ações e omissões das autoridades públicas responsáveis pelo Sistema Penitenciário Brasileiro.

De maneira que eu acompanho Sua Excelência o Relator, entendendo, inicialmente, que é perfeitamente válido, *data venia*, acolher a cautelar solicitada no item "a", determinando-se aos juízes que lancem uma argumentação mais sólida relativamente à manutenção da prisão provisória, explicitando por que não adota as medidas cautelares. Até porque o art. 312 foi modificado pela Lei 12.403/2011, ou seja, há muito tempo já e os juízes vêm procedendo como se essa alteração não tivesse existido, determinando prisões provisórias em termos abstratos, com base no art. 312 de nossa Carta Magna. Trata-se, como disse o Ministro Luiz Fux, de uma medida pedagógica importante de caráter didático, que deve ser mantida.

Com relação ao item "b", estou perfeitamente de acordo. O Ministro Decano agora discorreu longamente sobre a obrigação internacional que o Brasil assumiu, e que foi internalizada como lei ordinária desde 1992, e não vem sendo cumprida. Sua Excelência também salientou os efeitos benéficos da adoção desta medida, ainda não de forma sistemática, mas agora será, em face da determinação da Corte. E nós em breve, agora com o reforço desta determinação exarada pelo Plenário, deixaremos de prender cerca de cento e vinte mil presos até o final do ano, representando uma enorme economia para o erário.

Concordo também com a medida cautelar do item "c". Ou seja,

ADPF 347 MC / DF

aquela que determina aos juízes e tribunais que considerem fundamentadamente o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro, no momento do implemento de cautelares penais na aplicação da pena e durante o processo de execução penal. Eu disse, numa rápida intervenção, no início desta sessão, que a doutrina cogita do chamado *numerus clausus* no que tange às prisões. Ou seja, as prisões não podem comportar o número maior de presos do que fisicamente podem suportar. Nós estamos lançando, Senhoras Ministras, Senhores Ministros, no CNJ, um novo programa, que é o Programa Cidadania nos Presídios, em que nós adaptamos esta expressão latina para o vernáculo e falamos do princípio da capacidade prisional taxativa. Então, nesse programa, que nós baixaremos por resolução, nós determinamos aos juízes da execução que observem o princípio da capacidade prisional taxativa. Ou seja, não se pode mandar para um estabelecimento prisional mais pessoas do que ele comporta. Portanto, estou plenamente de acordo também com a cautelar do inciso "c".

Quanto ao inciso "d", que determina que os juízes estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo, valho-me da lembrança, numa das sessões em que nós julgamos uma questão atinente ao sistema prisional, valho-me da menção que o ilustre Decano fez ao excesso de execução. Realmente, a sentença, quando não considera as condições fáticas das prisões, incorre evidentemente no excesso de execução.

Tal como o Ministro-Relator, não defiro as medidas pleiteadas no item "e", "f", porque isso implicaria numa alteração do direito positivo pátrio, que não é possível por intermédio de uma determinação judicial.

Não defiro a cautelar da letra "g", pelas mesmas razões que o fez o eminente Ministro-Relator, porque ela está condicionada àquelas medidas solicitadas nos itens "e" e "f" que demandam alteração da legislação positiva. Portanto, o que se pede aqui na inicial é que se façam mutirões para justamente adequar.

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E sem prejuízo dos mutirões que estão em andamento no Conselho Nacional de Justiça.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente, os mutirões serão automaticamente levados a efeito. O que não se pode é condicionar a mudança do direito positivo.

Eu adiro também à determinação de Sua Excelência, no sentido de que a União libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Não me oporia à fixação de um prazo, se assim o Plenário entender. E finalmente adiro à sugestão do Ministro Barroso para que se estabeleça um prazo para que a Administração Pública Federal apresente um diagnóstico do sistema prisional.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Aderi imediatamente à colocação do Ministro, que diz respeito ao encaminhamento de planos, que inclusive já existem, ao Supremo. Mas há uma série de itens no pedido quanto ao julgamento de fundo. Por isso é que não abordei inicialmente a questão. Limitei-me ao pleito de cautelar, formalizado pelo autor da ADPF. Mas de qualquer forma a vinda não prejudica o exame final.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, e acho que essas informações vão ajudar a Vossa Excelência e a nós outros a julgarmos o mérito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Para o julgamento final.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu concordei, Presidente, com a sugestão da Ministra Cármen Lúcia de que, em vez de fixarmos o prazo de um ano, colocássemos uma cláusula geral, "o mais breve possível", porque acho que não é preciso tanto tempo, porque não são...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eles já têm isso, tanto que me encaminharam. Eu baseei o meu voto todo em dados deles.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Algumas das informações já existem. Então, eu acho que se a gente puser "no mais breve prazo possível"...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ou "com urgência".

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu ousaria, nesse aspecto, apenas ponderar que a decisão judicial deve fixar um prazo, porque "o mais breve possível" para nós pode significar um determinado lapso temporal e para o Executivo, outro. Isso obrigaria que nós reiterássemos o pedido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Está certo. Não tem problema. É um pouco como a história do descontingenciamento: eles dizem que já estão gastando, então a cautelar vai ser inócua. Eu acho que pode ficar um ano, se já estiver pronto, eles mandam antes. Está bom. Por mim, se a Ministra Cármen estiver de acordo.

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, aí recuo na adesão, porque, para se cogitar do encaminhamento considerada a passagem da unidade de tempo ano, teremos aparelhado o próprio processo para julgamento final. Adentrarei os pedidos sucessivos que foram formalizados pelo requerente da ADPF.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, Ministro Marco Aurélio, é interesse da própria União agilizar a entrega desse material para que a gente possa levar em conta o que eles já estão fazendo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu estou tendo uma informação do coordenador do DMF que está nos assistindo que o Poder Executivo teria condições, dentro de um mês, como a Ministra Cármen acaba de explicitar, de entregar isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quanto ao que já está pronto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Podíamos talvez estabelecer um prazo de três meses, noventa dias.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Lançaria "com a máxima urgência".

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Presidente, eu não tinha me pronunciado sobre essa questão dos dados, eu estou de acordo. Eu apenas faria uma sugestão. Eu creio que os Colegas também devem ter recebido o último levantamento nacional das informações penitenciárias. Eu recebi essa semana. Eu penso que há um diagnóstico

ADPF 347 MC / DF

exatamente como imaginado pelo Ministro Barroso. Não sei se teria alguma outra informação adicional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas tem porque pedi, quando me chegou esse material, informações suplementares, que inclui no voto. Por exemplo: o que fazem as penitenciárias federais, quanto gastam em convênios para passar aos estados, o que fica de obrigação para os estados. Para que todos tenham uma ideia exata desses outros dados. Então, eles realmente teriam pouco a acrescentar em termos de programa, mas, em termos de dados, até para dar transparência a tudo que está acontecendo, seria bom.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - A sugestão que eu ia fazer é a seguinte: esse levantamento não teve os dados do Estado de São Paulo, que possui 1/3 da população carcerária; então eu acho importante que se determine também ao Estado de São Paulo e a todos os Estados interessados que forneçam esses dados. Porque o Ministério da Justiça não conseguiu os do Estado de São Paulo e aqui, segundo informação que ele presta na introdução dessa publicação, refere expressamente: apesar de todos os esforços do DEPEN com prorrogações de prazos, solicitações reiteradas e adequação do formato de entrega dos dados, o Estado de São Paulo não respondeu ao levantamento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então Vossa Excelência sugere que essa determinação vá para todos os Estados também?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então eu penso que seria importante que se fizesse uma determinação específica.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho que o DEPEN tem as informações dos estados em geral - foi o que eu ouvi do Diretor-Geral -, salvo São Paulo. De modo que eu estaria de acordo

ADPF 347 MC / DF

com a explicitação de que São Paulo deve fornecer.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Sim, fazer uma comunicação se for o caso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Relator, Vossa Excelência redigirá, então, a melhor fórmula possível para essa determinação.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É um pouco difícil, Presidente, a tarefa. Penso que a colocação acaba por esvaziar o conteúdo da liminar que trouxe para apreciação no Plenário. Existem, realmente, esses planos; não vamos poder, de imediato, trabalhar em cima deles. Há providências pleiteadas pelo autor da ADPF quanto ao julgamento final.

Reluto sempre muito a evoluir, considerado o voto que elaborei depois de um estudo feito da inicial e dos elementos do próprio processo e aparte de Colega.

Volto à posição primitiva. Fico na concessão da liminar, como constante do voto de que fiz a leitura para o Plenário.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, eu gostaria de acrescentar ao meu voto que estou aderindo, com essa observação, ao fornecimento de dados. Eu gostaria também de acrescentar que estou de acordo com a proposta do Ministro Gilmar; eu achei, do ponto de vista do objetivo que nós estamos perseguindo aqui...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Com as informações que determinaremos sejam apresentadas, teremos esses elementos. Receio que uma providência, em termos de cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental, acabe por prejudicar o conteúdo da própria cautelar que preconizei fosse observada pelos Colegas.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, nós estamos falando exatamente sobre os dados, essa proposta do Ministro Barroso não é apresentar plano, é apresentar dados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Com as informações, esses dados virão.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas eu gostaria, Senhor Presidente, de aderir também à proposta do Ministro Gilmar no sentido de que se determine, no prazo de seis meses - penso que essa foi a proposta de Sua Excelência -, do sistema de acompanhamento previsto na Lei nº 12.714. Esse sistema de acompanhamento da Lei nº 12.714 tem que ser implantado no âmbito do Executivo ou no âmbito do Judiciário?

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Parece-me que o CNJ **está legitimado** a proceder ao acompanhamento **a que alude** a Lei nº 12.714/2012, **a despeito** de esta a ele (CNJ) **não** se referir, **em razão** *do que já dispõe* a Lei nº 12.106/2009.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Entendo que é no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então é uma determinação ao Conselho Nacional de Justiça?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na verdade, não...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A Lei nº 12.106/2009 criou, **no âmbito** do CNJ, **um órgão** – o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Sócioeducativas (DMF) – que **poderá auxiliá-lo no acompanhamento** da execução das penas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há, *portanto*, à **disposição** do CNJ, órgão que nele se acha estruturado, cujas atribuições *certamente auxiliá-lo-ão* no acompanhamento da execução das penas.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não, não é a Lei nº 12.714.

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A Lei nº 12.714 não menciona o Conselho Nacional de Justiça.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ela não menciona. Ela menciona que será...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Agora, a lei que criou o Departamento de Monitoramento é a Lei nº 12.106.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas a proposta de Vossa Excelência é de implantar esse sistema onde? No CNJ?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente no Departamento de Monitoramento que está no CNJ. Foi o que escrevi aqui: Muito embora a Lei 12.714/12 não mencione o Conselho Nacional de Justiça, o papel do Conselho na informatização da execução penal é consagrado pela Lei 12.106/09 que cria o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário. E um dos objetivos do próprio departamento é acompanhar a implantação e o funcionamento do sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismos, sem prejuízo de compartilhamentos.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então Vossa Excelência está propondo que seja implantado pelo CNJ?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso. Ou no CNJ, independentemente do uso de recursos...

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu acho essa proposta bem interessante. Não sei se o CNJ, nesse prazo, teria condições.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Há vários atores no sistema prisional - o governo federal, os governos estaduais e o CNJ, através do DPMF. O CNJ, no entanto, como estabelece a própria Constituição, só tem ação sobre os juízes da execução. Ele não tem ação sobre os demais atores. Portanto, ele não pode obrigar ninguém, fora do Judiciário, a fazer ou deixar de fazer algo. Ele só age sobre os juízes da execução. Mas *sponte propria*, a título de colaboração, nós instituímos um grupo de trabalho - e os trabalhos se encerrarão em dezembro deste ano - cujo objetivo foi estabelecer um sistema de monitoramento eletrônico dos prazos processuais relativos à execução da pena. Inclusive com avisos de quando alguém vai passar do sistema fechado para o semiaberto, do semiaberto para o aberto e, finalmente, para a liberdade, fora os outros benefícios. Isso estará pronto em dezembro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Em síntese, o Conselho Nacional de Justiça vem fazendo a parte que lhe cabe.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vem fazendo a parte que lhe cabe. Inclusive agora nós vamos fazer o recenseamento nacional de presos, porque há muito intercâmbio de presos - alguém que sai de Sergipe e vai cumprir pena no Rio Grande do Sul, depois vai para Mato Grosso e assim por diante - e só é possível controlar esse trânsito, quem é quem, com uma identificação biométrica. Nós estamos ultimando um termo de cooperação com o TSE para fazer a identificação dos nossos 600 mil presos. Vamos começar com um plano piloto, possivelmente, no Distrito Federal. Depois ampliaremos isso para outros estados, até pela facilidade de transportarmos essas

ADPF 347 MC / DF

máquinas, mas é um trabalho que exige não só investimento como também algum tempo para que possa ser concretizado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Porque, na verdade, Presidente, o que é preciso é de uma atividade integrada. A grande queixa que se tem é que, às vezes, tem-se o sistema de acompanhamento, mas não há integração, como acabei até de indicar com a ausência, por exemplo, de São Paulo no fornecimento de dados. A Lei nº 12.714 diz:

"Art. 1º Os dados e as informações da execução da pena, da prisão cautelar e da medida de segurança deverão ser mantidos e atualizados em sistema informatizado de acompanhamento da execução da pena."

Não haveria nada de estranho que isso fosse centralizado no CNJ, tendo em vista inclusive a disposição...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vejam, nem o próprio partido pediu providências quanto ao CNJ, a não ser a que ficou prejudicada, porque não deferimos o que pretendido quanto à alteração dos prazos previstos na legislação. O CNJ vem atuando, e vem atuando bem, a meu ver, no campo penitenciário. O que receio? Torno a repetir: é que, com providências outras, acabemos por esvaziar o alcance da liminar tal como pleiteada pelo autor da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Mas a maioria decide.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quanto à alínea "e"?

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Há um outro fato - meditando sobre o que disse o Ministro Marco Aurélio. Uma medida cautelar - agora numa melhor reflexão, Ministro Barroso - concedida de ofício, de certa maneira, poderia trazer algum tumulto processual, porque a União aportaria informações, a parte contrária teria que ser intimada para se contrapor a essas informações também. A determinação do Ministro-Relator, ou pelo menos a conclusão final de mérito, poderia ser afetada por estas informações, porque a União poderia vir e alegar que já está cumprindo tudo o que foi determinado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, acho que talvez a gente possa ter um meio termo, não planos, porque acho que isso é o pedido final. Porém, diagnósticos e os projetos existentes ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Os diagnósticos virão quando solicitarmos as informações, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pois então, eu acho que se nós explicitarmos, quer dizer, nós gostaríamos, por exemplo ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Agora, em termos de liminar, é fragilizar o que estamos preconizando.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, pela ordem, pelo que eu estou entendendo - e eu acho que o Ministro Marco Aurélio está querendo colocar isso com exatidão -, é que nós estamos trabalhando na liminar no plano da norma, estamos definindo direitos, deveres. Isso em caráter liminar, agora, nós já estamos executando a liminar, quer dizer ...

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, não estamos executando. Nós estamos deferindo liminares expressas em relação à custódia, à audiência de custódia, em relação ao descontingenciamento e penso que majoritariamente em relação aos mutirões, não tenho certeza. E a minha cautelar de ofício - à qual o Ministro Marco Aurélio tinha aderido -, acho que voltando à ideia original, é apenas que a União porte aos autos as informações que têm para que nós possamos formar um juízo, e acho que acrescido da observação do Ministro Teori de que nós não temos os dados de São Paulo. De modo que eu acho que determinar a São Paulo que traga esses dados faz parte da jurisdição cautelar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vamos aguardar a fase própria, que é a das informações, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Como é que nós vamos formar juízos se um ator importante como o Estado de São Paulo não quer dar as informações, entendeu? De modo que eu mantenho a minha proposta ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - De que forma influiria isso já nas decisões que foram adotadas aqui? Quer dizer, vêm as informações da advocacia ainda, não é? Ainda vêm as informações da AGU.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vem. Mas, por exemplo, como é que nós vamos julgar o mérito no momento próprio sem as informações de São Paulo?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas de que pedido? Qual é o pedido? É um esclarecimento ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não é possível o plano nacional do sistema penitenciário sem São Paulo.

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim. Eu não sou contrário ao exercício do poder cautelar genérico, que está embutido na defesa da jurisdição constitucional. Não sou contra o instituto. Eu não estou entendendo porque, agora, nós já temos que nos preocupar com essa parte prática, em relação às medidas que deferimos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, Vossa Excelência me permite? É só ver o cabeçalho da ação. Todos os Estados estão mencionados como interessados. Então, trarão esses dados. Vamos aguardar que os dados venham para julgar, então, o pedido final.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Nas informações.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu sou a favor de determinar que São Paulo forneça, porque se São Paulo não quis fornecer quando a União solicitou, por que eles vão entrar de ofício, nesse processo, para trazer os dados?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bem, Vossa Excelência, de certa maneira, reformula no sentido de determinar, de ofício, que a União envie esforços, ou, enfim, que se valha da autoridade do Supremo Tribunal Federal para exigir as informações de São Paulo, porque realmente o DEPEN não tem força para exigir de um estado-membro da federação que mande alguma informação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, a minha sugestão é diferente, a minha sugestão é que nós obtenhamos da União, do DEPEN, os diagnósticos e propostas que já existem, que eu gostaria de saber, e que nós determinemos a São Paulo que forneça ao Tribunal os dados, sem os quais não é possível construir uma solução.

ADPF 347 MC / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, desejo fazer justiça ao Estado de São Paulo. É o Estado que tem a melhor – não estou cogitando de Brasília – situação penitenciária. Parece que o defeito todo está circunscrito a esse estado-país, dentro do País, que é São Paulo, e não está. Ao contrário.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, se Vossa Excelência e os ilustres pares me permitirem, eu acho que nós estamos amadurecidos para, quem sabe, deliberar sobre a matéria. Eu gostaria de adiantar, além do voto que eu já houvera proferido, que eu estou aderindo à proposição do Ministro Luís Roberto Barroso.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, como, no presente momento, não estou entendendo, diante dos pedidos que eu tenho aqui, qual seria essa influência, porque não estamos executando medida nenhuma, nós estamos mandando cumprir os seguintes preceitos fundamentais, eu vou acompanhar o Relator, a sua proposta original.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não se trata de uma medida de urgência, Presidente. E a liminar é uma medida de urgência.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, vou pedir vênia ao Ministro Barroso e aos que o acompanharam, mas eu vou acompanhar o Relator.

Primeiro, porque, como o Relator, tenho certeza que se não vierem as informações de qualquer estado, ele, evidentemente, requisitará, determinará, para que o processo, quando instruído, venha a julgamento.

Em segundo lugar, porque seria realmente uma novidade essa cautelar de ofício, que só se justificaria numa situação muito específica. E a própria AGU e os próprios estados, que comparecem na situação de interessados, podem trazer.

Então, não vejo necessidade nem para a cautelar, que não foi pedida, nem para que o Relator, que acha conveniente, recomendável, manter-se nos limites do pedido com os elementos que tem e que não prejudica o nosso deferimento ou não neste momento, não tem o meu acompanhamento.

Razão pela qual, pedindo vênia aos que pensam e votam em sentido diverso, acompanho o Relator.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, vou pedir vênia à divergência, vou acompanhar a posição do ministro Barroso.

Eu até tinha dito que não se trata sequer de cautelar de ofício, mas estamos falando de obrigação de fazer e o próprio CPC autoriza esse tipo de medida. Ou se fosse falar de medida de ofício, estamos falando de um tipo de antecipação de uma medida instrutória, necessária para que o próprio Tribunal conduza - é disso que nós estamos falando. Por outro lado, é certo que a própria lei - e tinha chamado a atenção -, a Lei nº 12.714 diz que a União, portanto, o poder público federal e pode estar representado, inclusive, pelo CNJ, vai fazer esse levantamento, esse sistema integrado.

Portanto, o que o ministro Barroso está propondo já está em lei e tinha prazo de *vacatio* - chamei a atenção para isso -, de doze meses. Já venceu, portanto, a rigor, o que se está pedindo é algo que já está determinado na lei. Por isso, a discussão que o ministro Teori colocou é extremamente relevante, porque, a rigor, se combinarmos as duas disposições da Lei nº 12.714 e da lei que cria o Departamento de Monitoramento, essa atribuição poderia ser exercida também pelo... Porque aqui sempre pode entrar disputas de competência etc., mas não interessa, quer dizer, esses dados podem ser compartilhados, pode ser um modelo de cogestão e tudo mais. Mas é inequívoco que o dever é da União, na Lei nº 12.714. Portanto, houve um comando. Se algum estado for rebelar-se, terá de dizer que a lei é inconstitucional. Veja, há um dever legal aqui.

ADPF 347 MC / DF

De modo que a mim me parece que Sua Excelência, o ministro Barroso, está propondo apenas o cumprimento daquilo que está na lei.

Por outro lado, não se trata de medida, a rigor, cautelar *ex officio*. O que Sua Excelência está propondo é medida que está dentro do quadro da obrigação de fazer, de que estamos a cogitar. Por isso, acho extremamente importante, até para que os passos sejam dados.

Estou muito preocupado, quando estamos falando de toda essa temática e me vem, sempre, à mente o caso *Brown vs board of Education*. É que, se não tiver uma certa centralidade na execução, temos um grave problema. E, aí, a importância, inclusive, da atuação de um órgão como o CNJ, que é presidido pelo Presidente do Supremo, portanto, que poderá dar sequência a esse diálogo institucional complexo com os estados-membros, com as secretarias de justiça, com o Ministério da Justiça.

Portanto, a mim me parece que essa é uma medida fundamental, seja na perspectiva, vamos chamar assim, cautelar genérica, seja na de uma instrução antecipada, porque esse processo terá de ser instruído devidamente.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

V O T O
(s/ proposta)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente,
peço vênia para acolher a proposta do eminente Ministro ROBERTO
BARROSO.

É o meu voto.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, o encaminhamento pelo Estado de São Paulo seria ao Tribunal ou ao Executivo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ao Supremo, a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E o que farei, como Relator, com esses dados? Nada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu tenho todo o interesse de saber qual é a situação de São Paulo para formar um juízo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Talvez, seja o caso de preconizar o encaminhamento ao gabinete do ministro Luís Roberto Barroso!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E a todos os demais que têm interesse.

09/09/2015

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu vou pedir vênia. Inicialmente, eu entendi que a providência preconizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso era uma providência útil, e não deixa de ser útil, claro, porque *quod abundat no nocet*, como dizem os romanos. Mas, de qualquer maneira, depois dos argumentos do eminente Relator, eu verifiquei o seguinte: num primeiro momento, defere-se ou não a cautelar. Num segundo momento, vem, aos autos, as informações.

O art. 21 do nosso Regimento Interno, inciso I, estabelece que compete ao Relator ordenar e dirigir o processo. Portanto, se o Relator julgar necessário que venham as informações, de onde quer que devam vir, ele assim o ordenará no momento processual apropriado.

Eu penso, com o devido respeito, que se nós, neste momento, determinarmos a vinda de informações, poderia, como já adiantei, causar um certo tumulto processual, porque, na medida que vêm novos documentos, novos documentos e informações são juntadas ao autos, o que se faz, normalmente? Tem que se dar vista à parte contrária ou a outra parte - se bem que numa ação dessa, não há parte contrária -, enfim, ao proponente da ação, para que ele se informe do que foi julgado, do que há de novo dentro dos autos.

E ademais, eu verifico que não há urgência que dê fundamento a uma medida cautelar dessa natureza, *data venia*.

Portanto, pedindo, com todo o respeito, vênia ao eminente proponente, aqui, ao Ministro Luís Roberto Barroso, entendendo a sua motivação, eu vou acompanhar o Relator, reformulando o meu posicionamento anterior para entender que não é o momento apropriado para a vinda desse tipo de informações aos autos.

ADPF 347 MC / DF

De qualquer maneira, ficou vencedora a posição no sentido de que se determine à União e ao Estado de São Paulo que forneçam informações sobre a situação prisional, seja no âmbito da União e, enfim, no âmbito dos estados a respeito dos quais esse órgão da União tenha informações, e, especificamente, se peça também informações ao Estado de São Paulo, que serão encaminhadas ao Relator.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL

ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA PARAÍBA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

INTDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S) : ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

Decisão: O julgamento foi suspenso após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que deferia parcialmente a medida liminar requerida para determinar: a) aos juízes e tribunais - que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais - que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais - que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes - que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e e) à União - que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Falaram, pelo requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, o Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento, OAB/RJ 73.032; pela União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelo Estado de São Paulo, o Dr. Thiago Luiz Santos Sombra, OAB/DF 28.393, e pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 27.08.2015.

Decisão: O julgamento foi suspenso após o voto do Ministro **Edson Fachin**, que concedia a cautelar em relação à alínea "**b**" da

inicial; que, em relação à alínea "g" da inicial, concedia em parte a cautelar para determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa, mas afastando a necessidade de adequação dos pedidos contidos nas alíneas "e" e "f"; que, em relação à alínea "h" da inicial, concedia em parte a cautelar para acolher a determinação do descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, devendo a União providenciar a devida adequação para o cumprimento desta decisão, fixando o prazo de até 60 (sessenta) dias a contar da publicação desta decisão, deixando de conceder a cautelar em relação aos pedidos contidos nas alíneas "a", "c", "d", "e" e "f" da inicial, que propõe sejam analisadas por ocasião do julgamento do mérito; após o voto do Ministro **Roberto Barroso**, que, em relação à alínea "b" da inicial, concedia em parte a cautelar, determinando que o prazo para a realização das audiências de custódia seja regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça; que, em relação à alínea "h", concedia a cautelar nos termos do voto do Ministro Edson Fachin; que, em relação à alínea "g" da inicial, concedia a cautelar e, de ofício, estendia a condução dos mutirões carcerários aos Tribunais de Justiça estaduais; que indeferia a cautelar quantos aos demais pedidos; e que concedia cautelar de ofício para determinar ao Governo Federal que encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de 1 (um) ano, diagnóstico da situação do sistema penitenciário e propostas de solução dos problemas, em harmonia com os estados membros da Federação, no que foi acompanhado pelo Relator; e após o voto do Ministro **Teori Zavascki**, que concedia em parte a cautelar quanto à alínea "b" da inicial, determinando que o prazo para a realização das audiências de custódia seja regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça; que concedia a cautelar quanto à alínea "h"; que julgava prejudicada a cautelar quanto à alínea "g", acompanhando o Relator, e indeferia a cautelar quanto às demais alíneas. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da Conferência Global sobre Dinheiro e Política, promovida pelo Tribunal Eleitoral do México e pelo Instituto Internacional para a Democracia e a Assistência Eleitoral (IDEA Internacional). Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 03.09.2015.

Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea "b", para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo

máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea "h", por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas "a", "c" e "d", vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea "e", vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea "f"; em relação à alínea "g", por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário