



CADERNOS DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONCRETIZANDO DIREITOS HUMANOS

DIREITOS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA





CADERNOS DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONCRETIZANDO DIREITOS HUMANOS

DIREITOS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA



Coordenação institucional

do projeto

Aline Rezende Peres Osorio
Adriana Alves dos Santos Cruz
Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Patrícia Perrone Campos Mello

Organização da obra e coordenação da série **Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Flávia Piovesan
Mariela Morales Antoniazzi
Patrícia Perrone Campos Mello

Coordenação da obra

1ª Etapa

Siddhartha Legale
Eduardo Manuel Val

2ª Etapa

Vanessa Wendhausen Cavallazzi

Colaboradores

1ª Etapa

Abner Leandro Dia dos Santos
Bruno Dixon de Almeida Maciel
Camila da Fonseca Bonfim Aliandro

Christiana Sophia de Oliveira Alves
Danilo Sardinha Marcolino
Fernanda Queiroz
Luís Henrique Linhares Zouein
Maiele Karen França Morais Veras
Marinna Pessanha Correa
Marina Lowenkron de Martino
Tostes
Roberta Ferraz Acosta
Thainá Mamede
Thiago Souza

2ª Etapa

Andrea Vaz de Souza Perdigão
Bruna Novak
Camila Curado Pietrobelli
Edinaldo Cesar Santos Junior
Flavia Martins de Carvalho
Flavianne Fernanda Bitencourt
Nóbrega
Henriqueta Fernanda C. A. F. Lima
Isabelle Cristine Rodrigues
Magalhães
João Felipe Menezes Lopes
Jônatas Andrade
Natalia Faria Resende Castro
Vanessa Wendhausen Cavallazzi
Vitor Stegemann Dieter

Produção editorial

Renata Helena Souza Batista
de Azevedo Rudolf
Lilian Januzzi Vilas Boas
David Duarte Amaral

Revisão texto e de provas editoriais

Márcia Gutierrez Aben-Athar
Bemerguy
Juliana Silva Pereira de Souza
Lúcia Helena Lopes Fachinetto
Rosa Cecilia Freire da Rocha

Capa e projeto gráfico

Ana Carolina Caetano
Camila Penha Soares
Flávia Carvalho Coelho

Diagramação

Ana Carolina Caetano
Camila Penha Soares

Ficha catalográfica

Luiza Gallo Pestano
Luciana Araújo Reis
Andréia Cardoso Nascimento

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

Direitos das pessoas privadas de liberdades [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal ; Conselho Nacional de Justiça ; Max Planck Institute ; organização da obra: Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi, Patrícia Perrone de Campos Mello ; coordenação da obra: Siddhartha Legale, Eduardo Manuel Val, Vanessa Wendhausen Cavallazzi ; coordenação institucional do projeto: Aline Rezende Peres Osorio, Adriana Alves dos Santos Cruz, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Patrícia Perrone Campos Mello. – Brasília : STF: CNJ, 2024.

eBook (180 p.) -- (Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos / coordenação: Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi, Patrícia Perrone de Campos Mello)

Reúne julgados do Plenário do STF, do período compreendido entre 03/12/2008 e o ano de 2023, com ênfase na interlocução jurisdicional entre o Tribunal e os órgãos que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Trabalho de cooperação entre o STF, o CNJ e o Max Planck Institute, com apoio da rede de pesquisadores ICCAL.

Modo de acesso: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Cadernos_STF_PessoasPrivadasLiberdade.pdf.

e-ISBN : 978-85-54223-86-1.

1. Direitos do preso, Brasil. 2. Pena privativa de liberdade, Brasil. 3. Tribunal supremo, jurisprudência, Brasil. I. Piovesan, Flávia. II. Antoniazzi, Mariela Morales. III. Mello, Patrícia Perrone de Campos. IV. Legale, Siddhartha. V. Val, Eduardo Manuel. VI. Cavallazzi, Vanessa Wendhausen. VII. Osorio, Aline Rezende Peres. VIII. Cruz, Adriana Alves dos Santos. IX. Lanfredi, Luís Geraldo Sant'Ana. X. Título. XI. Série.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente

Ministro Luís Roberto Barroso

Corregedoria Nacional de Justiça

Ministro Luis Felipe Salomão

Conselheiros e Conselheiras

Ministro Guilherme Caputo Bastos

José Rotondano

Mônica Nobre

Alexandre Teixeira

Renata Gil

Daniela Madeira

Giovanni Olsson

Pablo Coutinho Barreto

João Paulo Schoucair

Marcos Vinícius Jardim

Marcello Terto e Silva

Daiane Nogueira de Lira

Luiz Fernando Bandeira

Secretaria-Geral

Adriana Alves dos Santos Cruz

Secretaria de Estratégia e Projetos

Gabriel da Silveira Matos

Diretoria-Geral

Johanness Eck

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Presidente

Ministro Luís Roberto Barroso

Vice-Presidente

Ministro Luiz Edson Fachin

Ministros e Ministra

Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Decano)

Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha

Ministro José Antonio Dias Toffoli

Ministro Luiz Fux

Ministro Alexandre de Moraes

Ministro Kassio Nunes Marques

Ministro André Luiz de Almeida Mendonça

Ministro Cristiano Zanin Martins

Ministro Flávio Dino de Castro e Costa

Secretaria-Geral da Presidência

Aline Rezende Peres Osorio

Gabinete da Presidência

Fernanda Silva de Paula

Secretaria do Tribunal

Eduardo Silva Toledo

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SAF Sul Quadra 2 Lotes 5/6

Brasília/DF – CEP 70070-600

Endereço eletrônico: cnj.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Praça dos Três Poderes

Brasília/DF – CEP 70175-900

Endereço eletrônico: portal.stf.jus.br

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS (DMF)

Conselheiro do CNJ e supervisor do DMF

Jose Edivaldo Rocha Rotondano

Coordenação DMF/UMF

Juiz Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Juízes Auxiliares da Presidência

Edinaldo Cesar Santos Júnior

João Felipe Menezes Lopes

Jônatas dos Santos Andrade

Diretora Executiva

Renata Chiarinelli Laurino

Diretora de Projetos

Carolina C. B. Cooper

UNIDADE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (UMF)

Coordenador de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Interamericano de DH

Vitor Stegemann Dieter

Coordenadora Científica

Flávia Piovesan

Equipe UMF/CNJ

Andréa Vaz de Souza Perdigão

Camila Curado Pietrobelli

Luiz Victor do Espírito Santo Silva.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Secretária-Geral da Presidência

Aline Rezende Peres Osorio

Chefe de Gabinete da Presidência

Fernanda Silva de Paula

Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal

Eduardo Silva Toledo

Secretária de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação

Patrícia Perrone Campos Mello

Coordenadora de Difusão da Informação

Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf

Coordenadora de Pesquisas Judiciárias

Lívia Gil Guimarães

Coordenadora de Gestão da Informação, Memória Institucional e Museu

Ana Paula Alencar Oliveira

Coordenadora da Biblioteca

Luíza Gallo Pestano

Secretária de Comunicação Social

Mariana Araújo de Oliveira

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CC	Código Civil
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPM	Código Penal Militar
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
RE	Recurso Extraordinário
RG	Repercussão Geral
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresento o novo volume da série *Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos*, dedicado aos direitos das pessoas privadas de liberdade. A série de cadernos faz uma seleção dos julgados mais relevantes do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria de direitos fundamentais, busca identificar os principais argumentos adotados pelo Tribunal em suas decisões e destaca, ainda, o diálogo travado entre a Corte e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com destaque para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Tem um duplo objetivo: divulgar a jurisprudência relevante do STF sobre a matéria; e destacar sua interlocução com *standards* e órgãos internacionais sobre o tema.

O trabalho é fruto da cooperação entre o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e o Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Internacional. Conta, ainda, com o apoio da Rede ICCAL Brasil de pesquisadores, que reúne um conjunto de professores de distintas universidades brasileiras. É, também, parte das ações desenvolvidas no âmbito do Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, política institucional de fortalecimento de uma cultura jurídica de proteção e promoção dos direitos humanos, instituída em 2022, com especial enfoque no controle de convencionalidade e no diálogo jurisdicional entre cortes.

Os volumes anteriores desta série trataram de julgados do STF sobre os direitos das pessoas LGBTQIAP+, os direitos das mulheres, o direito à igualdade racial e o direito dos povos indígenas. Este novo volume reúne julgados paradigmáticos do Tribunal sobre a proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade. No Brasil e no plano regional interamericano, um dos desafios contemporâneos da execução penal tem sido a proteção de direitos no contexto prisional, fortemente marcado pela vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade.

De fato, o Brasil detém a terceira maior população carcerária do mundo. A despeito das muitas normas internacionais e domésticas sobre a questão, na prática, a pessoa encarcerada é privada não apenas da liberdade, mas também de outros direitos fundamentais não atingidos pela sentença. Em tais condições, tende a cumprir, em concreto, uma pena mais gravosa do que aquela a que foi condenada. Nessa linha, o caderno trata de temas relevantes, tais como (i) a presunção de inocência e a inconstitucionalidade da execução provisória da pena; (ii) a obrigatoriedade da audiência de custódia; (iii) o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional; (iv) o cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vaga; (v) a constitucionalidade de programa de reinserção social de presos e egressos do sistema carcerário; (vi) a proteção dos direitos à vida e à saúde das pessoas privadas de liberdade; (vii) as diretrizes e os parâmetros para o processamento da execução penal por meio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU); e (viii) o fim da prisão especial cautelar para pessoas com diploma de ensino superior.

Esperamos que esta publicação divulgue os entendimentos proferidos pelo STF, bem como sensibilize a comunidade jurídica e a sociedade para esse grave problema, conquistando mentes e corações que apoiem e busquem um efetivo avanço no tratamento da questão.

Ministro **Luís Roberto Barroso**

Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça

NOTA METODOLÓGICA

Para a seleção de casos paradigmáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF, Tribunal) sobre pessoas privadas de liberdade, bem como para a aferição daqueles que apresentam diálogo travado entre o Tribunal e os órgãos que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), adotaram-se, inicialmente, dois recortes metodológicos: o primeiro, relativo ao órgão julgador; o segundo, ao período de julgamento.

Estabeleceu-se, quanto ao órgão julgador, que apenas decisões do plenário comporiam o objeto da pesquisa, justamente pela visão de aproximação com o perfil de Corte Constitucional que cada vez mais se deseja atribuir ao Tribunal, bem como porque tais decisões são aquelas que indiscutivelmente representam o entendimento do STF como instituição. Foram descartadas, portanto, decisões monocráticas, julgamentos ainda não concluídos e julgados das Turmas¹.

O recorte temporal observou o período compreendido entre 03.12.2008, data da decisão do RE 466.343, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, e o ano de 2023, uma vez que foi a partir de tal caso que o STF passou a reconhecer *status* supralegal aos tratados internacionais, intensificando-se o diálogo com o SIDH.

As decisões foram levantadas com recurso à ferramenta de busca no portal do STF <http://portal.stf.jus.br/>, utilizando-se, para tal, os verbetes: “preso”, “detento”, “sistema prisional”, “pessoa privada de liberdade”, “direitos humanos”, “convenção”,

¹ Entretanto, é importante ter em conta que importantes decisões sobre a matéria também foram proferidas pelas Turmas do STF, razão pela qual um estudo exaustivo sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade, que não é o objeto do presente caderno, deve ser complementado pelos julgados dos órgãos fracionários. Em tal sentido, v., a título ilustrativo: (i) HC 172.136, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 10.10.2020, sobre o direito à saída da cela, por 02 horas diárias, para banho de sol, inclusive no caso de regime disciplinar diferenciado, com extensão dos efeitos do *writ* para todo o país; (ii) HC 143.641, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 20.02.2018, sobre substituição da prisão preventiva pela domiciliar em favor de mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes; (iii) HC 188.820, Segunda Turma, Relator Ministro Edson Fachin, j. 24.02.2021, que determinou a adoção de medidas alternativas à prisão para presos por crimes sem violência ou grave ameaça, como forma de conter a propagação das infecções por coronavírus no interior dos estabelecimentos prisionais.

“americana”, “interamericana” e “corte interamericana”. A pesquisa foi realizada sobre a base geral de jurisprudência do Tribunal, bem como sobre a página notícias, em que são destacados os casos que recebem especial atenção em seu âmbito. Esse último filtro justifica-se pela necessidade de catalogar efetivamente os casos mais emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Na seleção de casos, deu-se preferência àqueles em que se constatou a existência de diálogo com sistemas internacionais de direitos humanos, dado que se trata de uma das preocupações centrais do caderno. Por isso, na última etapa foram descartadas decisões puramente processuais, que não apresentassem impacto específico sobre a temática.

Após a identificação dos acórdãos, procedeu-se à sua leitura. Optou-se por trabalhar com cada acórdão como uma unidade de análise e, dentro dele, com o voto do relator como elemento central de exame. Foram coletados e catalogados diversos dados de cada decisão, como fatores de identificação do caso (sigla, número do processo, requerente, relator e data da decisão), resumo, ementa, tese (sempre que votada expressamente pelo plenário), trechos da fundamentação do voto do relator, trechos em que se referenciam entendimentos ou normas do SIDH ou de outras cortes (item que se denominou “diálogo com o SIDH”, “com Outros Sistemas de Direito Internacional” e/ou “com o Direito Comparado”, conforme o caso) e o dispositivo da decisão. Quando a fundamentação da decisão tratava de múltiplos subtemas, as transcrições de trechos foram subdivididas conforme tais subtemas, refletidos no sumário, a fim de facilitar a consulta.

Ainda no que se refere especificamente ao item “diálogo”, o exame do acórdão foi estendido para além do voto do relator, a fim de identificar alusões a entendimentos e normas integrantes do sistema efetuadas por outros ministros, de modo a melhor capturar o diálogo internacional. Entendeu-se que tal excepcionalidade justificava-se porque um dos objetivos dos cadernos de jurisprudência é justa-

mente dar destaque a esse diálogo. Eventualmente, selecionaram-se, ainda, em tal item, referências a normas e entendimentos de outros sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, dada a sua permeabilidade recíproca com o SIDH. Essas inclusões, que fazem referências expressas ao diálogo internacional, constituem amostras e, portanto, não são exaustivas de todas as menções efetuadas em todos os votos.

Os trechos de votos transcritos no caderno observaram a ortografia original, conforme as regras vigentes à época em que redigidos. Entretanto, não se reproduziram os grifos constantes de tais votos. A opção teve o propósito de proporcionar maior fluidez à leitura e à diagramação.

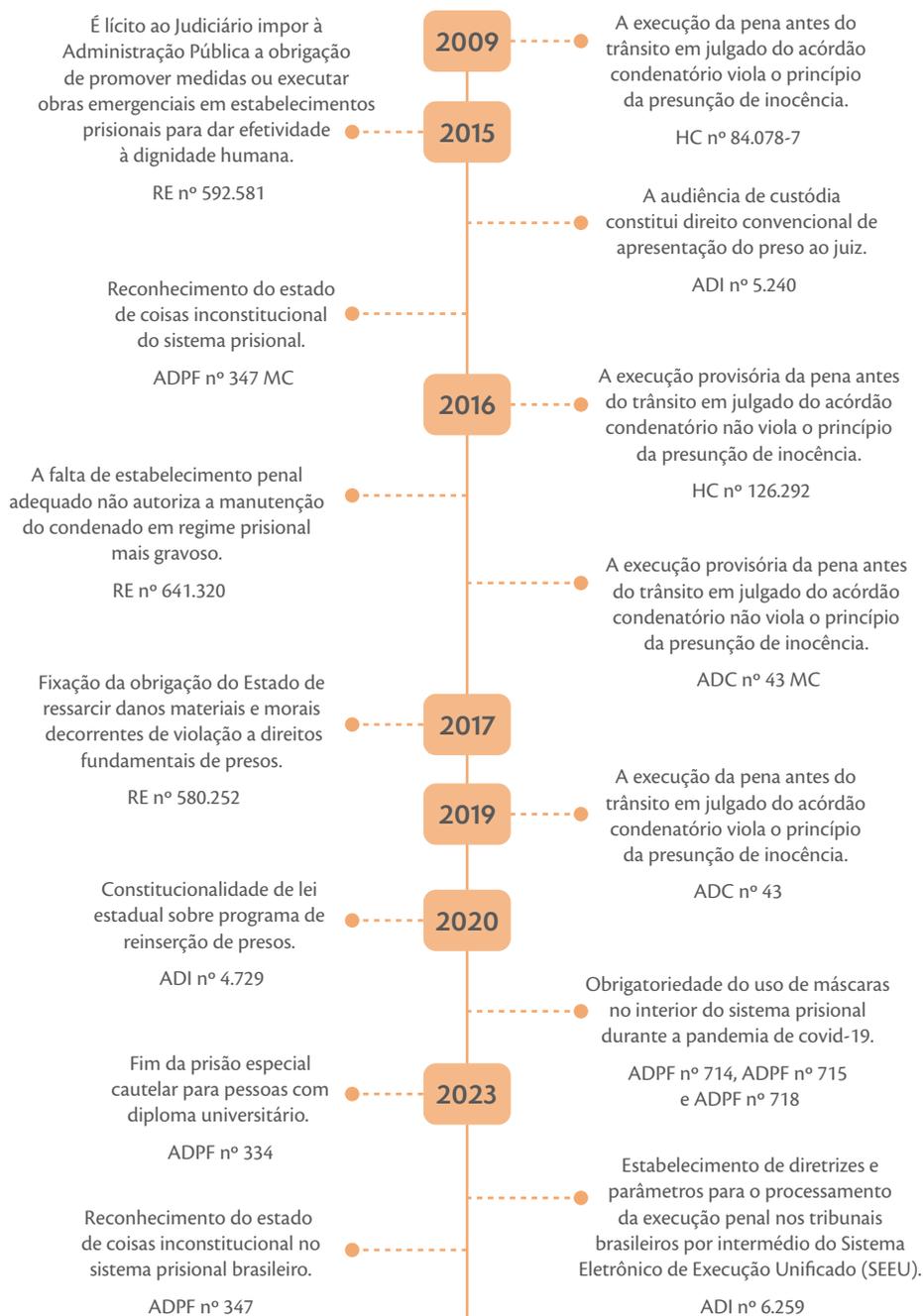
Os múltiplos recortes e filtros descritos acima tiveram o propósito de promover uma seleção de casos com base em critérios predominantemente objetivos, que reflitam a prática do Supremo Tribunal Federal na matéria e possam servir como guia para os demais órgãos julgadores, assim como constituir material para os demais operadores do direito, para a comunidade acadêmica e como elemento de informação para a sociedade em geral.

SUMÁRIO

Linha do tempo – STF e direitos das pessoas privadas de liberdade	15
Resumos.....	17
1. HC nº 84.078-7: execução provisória da pena 1 (inconstitucionalidade)	27
2. RE nº 592.581: determinação judicial de obra em presídios para garantir o respeito do direito à integridade física e moral das pessoas privadas de liberdade	35
3. ADI nº 5.240: audiência de custódia e o direito convencional de apresentação da pessoa privada de liberdade ao juiz	47
4. ADPF nº 347 MC: estado de coisas inconstitucional do sistema prisional por violação massiva e persistente de direitos fundamentais	65
5. HC nº 126.292: execução provisória da pena 2 (constitucionalidade)	79
6. RE nº 641.320: cumprimento da pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas	85
7. ADC nº 43 MC: execução provisória da pena 3 (constitucionalidade).....	95
8. RE nº 580.252: obrigação do Estado de ressarcir danos materiais e morais decorrentes de violação a direitos fundamentais de pessoas privadas de liberdade	103
9. ADC nº 43: execução provisória da pena 4 (inconstitucionalidade)	113
10. ADI nº 4.729: a constitucionalidade de lei estadual que dispõe sobre o Programa de Reinserção Social de Presos e Egressos do Sistema Carcerário e a efetivação dos seus direitos fundamentais	121
11. ADPF nº 714, ADPF nº 715 e ADPF nº 718: a obrigatoriedade do uso de máscaras no interior do sistema prisional durante a pandemia de covid-19 e a proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde	125
12. ADPF nº 334: o fim da prisão especial cautelar para pessoas com diploma de ensino superior	131
13. ADI nº 6.259: constitucionalidade do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU).....	139
14. ADPF nº 347: estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro por violação massiva dos direitos dos presos.....	143

LINHA DO TEMPO

STF E DIREITOS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE



RESUMOS

1. HC nº 84.078-7: execução provisória da pena 1 (inconstitucionalidade)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem em outro *habeas corpus*, por meio do qual se postulava a liberdade de paciente condenado pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o art. 14, todos do Código Penal, pelo Tribunal do Júri, cuja sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. O impetrante alega a inidoneidade dos fundamentos da prisão cautelar e a impossibilidade de execução da sentença quando ainda pendente recurso, mesmo que sem efeito suspensivo, por afronta ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). O Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem ao fundamento de que a prisão do réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória viola os princípios da dignidade humana, da isonomia, da ampla defesa, do devido processo legal e da presunção de inocência.

2. RE nº 592.581: determinação judicial de obra em presídios para garantir o respeito do direito à integridade física e moral das pessoas privadas de liberdade

Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reformou a sentença que determinara a realização de medidas e obras emergenciais em estabelecimento prisional, com o objetivo de garantir a observância dos direitos fundamentais dos presos. O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso, afirmando a eficácia plena e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais daqueles que estão temporariamente sob a custódia do Estado, bem como restabelecendo a obrigação de realizar as obras (art. 5º, § 1º, CF).

3. ADI nº 5.240: audiência de custódia e o direito convencional de apresentação da pessoa privada de liberdade ao juiz

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da sua Corregedoria-Geral de Justiça, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal em favor dos presos. Segundo o requerente, o ato normativo teria caráter inovador e natureza de norma processual penal, violando competência privativa da União para legislar sobre o tema. O Supremo Tribunal Federal entendeu que parte dos dispositivos questionados regulamenta o artigo 7.5. da Convenção Americana de Direitos Humanos, não inovando ou extrapolando os limites legais. Esclareceu, ainda, que normas processuais (arts. 656 e 657 do CPP) têm sua eficácia paralisada naquilo que contrariem a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do caráter supralegal da convenção. Assinalou, por fim, que a audiência de custódia é um direito convencional de apresentação do preso ao juiz. Em conclusão, o STF conheceu parcialmente da ação e julgou improcedentes os pedidos.

4. ADPF nº 347 MC: estado de coisas inconstitucional do sistema prisional por violação massiva e persistente de direitos fundamentais

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, cujo objeto é o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Postula-se, ainda, a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país. Em sede de cautelar, requereu-se ao Supremo Tribunal Federal que: (i) determine que juízes e tribunais motivem as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade (art. 319 do CPP); (ii) reconheça a aplicabilidade imediata do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando que todos os juízes e tribunais passem a realizar audiências de custódia; (iii) determine aos juízes e tribunais que passem a consi-

derar, “o dramático” quadro penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que apliquem, sempre que viável, penas alternativas à prisão; (iv) afirme que o juízo de execução, em situação de cumprimento de pena em condições mais gravosas, tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporários para fruição de benefícios e direitos pelos presos, bem como de abater o tempo de prisão a ser cumprida, visando a preservar a proporcionalidade e a humanidade da sanção; (v) determine ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a revisão de todos os processos de execução penal que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade; (vi) imponha à União o imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e vede a realização de novos contingenciamentos, até que o STF declare a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

5. HC nº 126.292: execução provisória da pena 2 (constitucionalidade)

Trata-se de *habeas corpus* contra decisão do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu pedido de liminar em outro *habeas corpus*, por meio do qual se postulava a liberdade de paciente condenado pela prática do crime de roubo (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal). A impetrante alegou ausência de motivação para a decretação da prisão preventiva, bem como inexistência de trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que não estaria justificada a prisão do paciente. O STF denegou o *writ*, divergindo de seu entendimento anterior¹, sob o fundamento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, cujo alcance deve ser compreendido em equilíbrio com o princípio da efetividade

¹Ver caso 1.

da jurisdição penal (art. 5º, LVII, CF). Observou, ainda, que, com o julgamento implementado em apelação, ocorre a preclusão da matéria de fato, tornando-se incontroversa a ocorrência ou não do ilícito e sua autoria.

6. RE nº 641.320: cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas

Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público estadual, no qual se debate o direito do condenado ao cumprimento de pena em regime menos gravoso, quando não houver vaga no regime originalmente estabelecido pela sentença. A decisão recorrida determinou que, enquanto não existissem vagas no regime semiaberto, a pena privativa de liberdade fosse cumprida em regime de prisão domiciliar. O Ministério Público, por sua vez, defendeu não ser possível conceder o benefício da prisão domiciliar fora das hipóteses legalmente previstas. O STF deu provimento parcial ao recurso extraordinário apenas para determinar que: (i) havendo viabilidade, em vez da prisão domiciliar, observe-se: (i.a) a saída antecipada do sentenciado no regime com falta de vagas; (i.b) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (i.c) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou de estudo após progressão ao regime aberto; (ii) até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado. O Tribunal explicitou, ainda, que: (iii) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; e (iv) os juízes da execução penal podem avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para aferir sua adequada qualificação como tal.

7. ADC nº 43 MC: execução provisória da pena 3 (constitucionalidade)

Trata-se de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo Partido Ecológico Nacional, na qual se postula a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual: “Ninguém

poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”. Na prática, pretende-se a superação de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade de execução provisória da decisão penal condenatória, tal como proclamado no HC nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki. Pede-se, cautelarmente, a não deflagração de novas execuções provisórias, assim como a suspensão das execuções já em curso, até o julgamento final do pedido. O STF indeferiu os pedidos cautelares, sob o fundamento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível (art. 5º, LVII, CF).

8. RE nº 580.252: obrigação do Estado de ressarcir danos materiais e morais decorrentes de violação a direitos fundamentais de pessoas privadas de liberdade

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que rejeitou pedido de indenização por danos morais, formulado por detento, em decorrência de superlotação carcerária e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento penal. O recorrente sustenta ser objetiva a responsabilidade estatal pelo cumprimento de pena em condições incompatíveis com as normas aplicáveis, bem como com o princípio da dignidade humana dos presos (arts. 5º, III, X e XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal). O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso para determinar o pagamento de indenização. Observou que o Estado tem obrigações que garantem aos presos, nos presídios, os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico. Assinalou, ainda, que não se aplica a teoria da reserva do possível contra o dever de assegurar o mínimo existencial.

9. ADC nº 43: execução provisória da pena 4 (inconstitucionalidade)

Trata-se do julgamento do mérito da ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Partido Ecológico Nacional, na qual se postula a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”. Na prática, pretende-se a superação de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade de execução provisória da decisão penal condenatória, quando ainda pendente recurso aos tribunais superiores, tal como proclamado no HC nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki. O STF, neste novo julgamento, superou seus entendimentos imediatamente anteriores no sentido de que a execução provisória da pena não viola o princípio constitucional da presunção de inocência². Nessa linha, julgou procedente o pedido para afirmar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, assentando que a execução da pena está condicionada à irrecorribilidade do título judicial, em respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

10. ADI nº 4.729: a constitucionalidade de lei estadual que dispõe sobre o Programa de Reinserção Social de Presos e Egressos do Sistema Carcerário e a efetivação dos seus direitos fundamentais

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Governador do Estado do Amapá, objetivando o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei estadual nº 1.602/2011, que dispõe sobre o Programa de Reinserção Social de Presos e Egressos do Sistema Carcerário do Estado do Amapá. Alega-se que a norma desrespeita reserva de iniciativa do chefe do Executivo para tratar de temas que envolvem a Administração Pública e usurpa competência da União para legislar sobre contratos administrativos. O Supremo Tribunal Federal

² Ver casos 5 e 7. No caso 9, restabeleceu-se o entendimento do caso 1.

julgou improcedente o pedido, observando que: (i) não houve violação à reserva de iniciativa, dado que a lei não criou cargos ou alterou o regime jurídico aplicável aos servidores do Executivo; (ii) a competência da União para legislar sobre licitação e contratos se refere à elaboração de normas gerais, nada impedindo que os Estados estipulem cláusulas contratuais para atender a determinadas políticas públicas de caráter local; (iii) programas de reinserção de presos são mecanismos de efetivação de direitos fundamentais, que alinham o Brasil com os tratados internacionais dos quais é signatário.

11. ADPF nº 714, ADPF nº 715 e ADPF nº 718: a obrigatoriedade do uso de máscaras no interior do sistema prisional durante a pandemia de covid-19 e a proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde

Trata-se de três arguições de descumprimento de preceito fundamental que postularam a declaração de inconstitucionalidade do veto aposto pelo Presidente da República à lei que determinava a utilização compulsória de máscaras de proteção individual por todos os trabalhadores em estabelecimentos prisionais ou de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço, durante o período de emergência da pandemia de covid-19. Os requerentes alegam, no conjunto das ações, que: (i) o veto seria único e irretratável, não sendo possível que, após sancionar uma lei, o Presidente republicasse o ato, vetando a norma; (ii) a não exigência de máscaras no interior de prisões e estabelecimentos socioeducativos implicaria violação aos direitos fundamentais à vida e à saúde. O Supremo Tribunal Federal julgou as ações procedentes para suspender o veto aposto pelo Presidente da República e, portanto, restabelecer a vigência da norma que determinou o uso de máscaras em tais estabelecimentos.

12. ADPF nº 334: o fim da prisão especial cautelar para pessoas com diploma de ensino superior

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental com o objetivo de ver reconhecida a não recepção do art. 295, inciso VII, do Código de Processo Penal pela Constituição Federal. A norma em questão, anterior à Carta de 1988, garantia às pessoas com diploma de ensino superior o direito de permanecerem em prisão especial quando sujeitos à segregação cautelar. O requerente alegou que a diferenciação entre presos com base no grau de instrução implicaria violação ao princípio republicano e à isonomia. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido, por entender que a discriminação com base no grau de instrução não atende a uma finalidade constitucional legítima, contribuindo para a perpetuação da seletividade socioeconômica no sistema de justiça criminal e implicando violação ao princípio da igualdade e ao Estado Democrático de Direito.

13. ADI nº 6.259: constitucionalidade do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, cujo objeto é a Resolução nº 280/2019 do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre as diretrizes e os parâmetros para o processamento da execução penal nos tribunais brasileiros, por intermédio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), de modo a determinar que todos os processos de execução penal, nos tribunais brasileiros, devam tramitar pelo SEEU. O STF, por maioria dos votos, afastou a preliminar de perda de objeto e, no mérito, julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que cabe ao Conselho Nacional de Justiça a missão constitucional de realizar o controle administrativo dos tribunais brasileiros, nos termos do art. 37 da Constituição Federal.

14. ADPF nº 347: estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro por violação massiva dos direitos dos presos

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental que visa à declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência de um estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema prisional do Brasil, em face de violações massivas de direitos fundamentais, e à adoção pelo Poder Público de medidas voltadas à melhoria da situação carcerária e ao enfrentamento da superlotação. O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo tal estado de coisas inconstitucional. Entre outras medidas, o Supremo Tribunal Federal determinou a elaboração de um plano nacional, bem como planos locais para a superação de tal situação, por meio da atuação cooperativa de diversas autoridades, instituições e comunidade.

1. HC nº 84.078-7: execução provisória da pena 1 (inconstitucionalidade)

1.1 Identificação do caso

HC nº 84.078-7

Impetrante: Omar Coelho Vitor

Relator: Ministro Eros Grau

Julgamento: 05.02.2009

1.2 Resumo

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem em outro *habeas corpus*, por meio do qual se postulava a liberdade de paciente condenado pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o art. 14, todos do Código Penal, pelo Tribunal do Júri, cuja sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. O impetrante alega a inidoneidade dos fundamentos da prisão cautelar e a impossibilidade de execução da sentença quando ainda pendente recurso, mesmo que sem efeito suspensivo, por afronta ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). O Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem ao fundamento de que a prisão do réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória viola os princípios da dignidade humana, da isonomia, da ampla defesa, do devido processo legal e da presunção de inocência.

1.3 Ementa

“*HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que ‘[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença’. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos ‘crimes hediondos’ exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: ‘Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente’.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se ST] e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – ‘a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição’. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.”

1.4 Tese

Não houve fixação de tese.

1.5 Fundamentação

“5. O art. 637 do Código de Processo Penal – decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – estabelece que ‘o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença.’”

“6. A Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 105), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (art. 147). Dispõe, ainda, em seu artigo 164, que a certidão de sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.”

“11. Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade – indubitavelmente mais grave – enquanto sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, além de implicar a aplicação de

tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.”

“16. O modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1984 confere concreção ao chamado princípio da presunção de inocência, admitindo o cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A Constituição de 1988 dispõe de regra expressa sobre esta matéria. Aqui, como observou o Ministro Cezar Peluso em voto na Reclamação 2.311, não é relevante indagarmos se a Constituição consagra, ou não, presunção de inocência. O que conta, diz o Ministro Cezar Peluso, é o ‘enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

“20. Não será certamente demasiada, no entanto, a lembrança do quanto observa o Professor ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, meu colega também na Faculdade de Direito do Largo São Francisco: ‘(a) a vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, sem dúvida, o aspecto mais saliente da disposição constitucional do art. 5º, inc. LVII, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado. Embora não se possa esperar que a simples enunciação formal do preceito traduza modificação imediata e substancial no comportamento da sociedade – e mesmo dos atores jurídicos – em face daqueles que se vêem envolvidos com o aparato judiciário-criminal, não é possível desconhecer que a Constituição instituiu uma verdadeira garantia de tratamento

do acusado como inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória³. E, mais, diz ainda ele em outro texto: '[...] não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental e final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada'.⁴ A admissão da execução provisória no sistema processual penal expressa absoluta incongruência, qual anota SIDNEI AGOSTINHO BENETI, 'porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória'.⁵ E diz FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO: 'se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser executada (art. 105 da Lei de Execução Penal); a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado; não há título a justificar prisão do réu anteriormente a esse julgamento'. 'A prisão – porque prossegue – ou é definitiva ou provisória. Aquela pressupõe sentença condenatória trânsita em julgado; esta pode ser efetivada antes, mas nos casos previstos em lei, desde que necessária [...]'.⁶

"23. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer

³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Significados da Presunção de Inocência. COSTA, José de Faria. SILVA, Marco Antônio Marques (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 326.

⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 6.

⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 283

⁶ TOURINHO FILHO, Antônio da Costa. *Código de processo penal comentado*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2005, p. 465/466.

circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.”

1.6 Diálogo entre STF e SIDH

Não houve diálogo no voto do relator.

Voto do Ministro Menezes Direito: “Tenha-se presente, também, precedente da Primeira Turma, de que Relator o Ministro Celso de Mello (HC nº 72.610/MG, DJ de 6/9/96) em que se assentou que o ‘o Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, não impede – em tema de proteção ao *status libertatis* do réu (Artigo 7º, n. 2) –, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedentes: HC nº 72.366-SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Pleno’, registrando a ementa, ainda, que a ‘Convenção Americana de Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade.”

Voto do Ministro Joaquim Barbosa: “Aliás, não existe uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, tanto é que há processos julgados em única instância por esta Corte; menos ainda haveria direito a um triplo grau! Nem mesmo o Pacto de San Jose da Costa Rica garante a existência de um terceiro grau de jurisdição, como ora se pretende. A garantia está restrita ao direito de recorrer contra a sentença condenatória, como dispõe o art. 8º, nº 10, da Convenção Americana de Direitos Humanos.”

Voto da Ministra Ellen Gracie: “A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, ‘não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade’ (HC 73.151, rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.04.1996). Vejamos seu teor: ‘Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis, de acordo com elas promulgadas’ (artigo 7º, nº 2). Vale dizer, o que a Convenção está a reafirmar é a antiga regra segundo a qual a prisão só se pode efetuar nas hipóteses autorizadas pelas Constituições e na forma e nas condições estabelecidas pela legislação editada em sua conformidade. Sua redação não significa indenidade contra os efeitos de sentenças condenatórias regularmente proferidas e mantidas pelo tribunal, após instrução processual regular em que assegurando o direito de defesa nos termos da legislação interna de cada país.”

“E mais. O Pacto de San José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas sim, o direito de recorrer *tout court*. E seus redatores certamente não tinham em mente a ‘superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos’ (Min. Francisco Rezek, no HC 72.366). Seria demasia, segundo penso, tentar interpretar o Pacto de San José à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste em extravagância exclusiva deste país.”

1.7 Dispositivo da decisão

“Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Menezes de Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 05.02.2009.”

2. RE nº 592.581: determinação judicial de obra em presídios para garantir o respeito do direito à integridade física e moral das pessoas privadas de liberdade

2.1 Identificação do caso

RE nº 592.581

Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Julgamento: 13.08.2015

2.2 Resumo

Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reformou a sentença que determinara a realização de medidas e obras emergenciais em estabelecimento prisional, com o objetivo de garantir a observância dos direitos fundamentais dos presos. O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso, afirmando a eficácia plena e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais daqueles que estão temporariamente sob a custódia do Estado, bem como restabelecendo a obrigação de realizar as obras (art. 5º, § 1º, CF).

2.3 Ementa

“REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I – É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II – Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III – Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV – Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V – Recurso conhecido e provido.”

2.4 Tese

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

2.5 Fundamentação

Determinação judicial de obra em presídios para garantir o respeito do direito à integridade física e moral das pessoas privadas de liberdade

Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais dos presos

Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais dos presos

“Em palavras distintas, indaga-se a esta Suprema Corte se, tendo em conta as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, de um lado, e, de outro, considerada a delicada situação orçamentária na qual se debatem a União e os entes federados, estariam os juízes e tribunais autorizados a determinar ao administrador público a tomada de medidas ou a realização de ações para fazer valer, com relação aos presos, o princípio da dignidade humana e os direitos que a Constituição Federal lhes garante, em especial o abrigado em seu art. 5º, XLIX⁷.”

⁷ Art. 5º, XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à sua integridade física e moral.”

“Com efeito, a partir das incontáveis barbáries cometidas em nome do Estado, especialmente no século passado, indelevelmente tisonado por duas terríveis guerras mundiais, que resultaram em milhões de pessoas mortas, feridas, mutiladas e desenraizadas de seus locais de origem, realizou-se um enorme esforço da comunidade internacional para elevar o princípio da dignidade humana à estatura de um paradigma universal a ser observado por todos os Estados civilizados.”

“Nessa linha, erigiu-se a dignidade da pessoa humana à categoria de um ‘sobrep princípio’ justamente para impor limites expressos à atuação do Estado e de seus agentes, com reflexo direto no *jus puniendi* que ele detém como *ultima ratio* para garantir a convivência pacífica das pessoas em sociedade.”

“Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, se necessário.”

2.6 Diálogo entre STF e SIDH

Voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski: “Com efeito, a partir das incontáveis barbáries cometidas em nome do Estado, especialmente no século passado, indelevelmente tisonado por duas terríveis guerras mundiais, que resultaram em milhões de pessoas mortas, feridas, mutiladas e desenraizadas de seus locais de origem, realizou-se um enorme esforço da comunidade internacional para elevar o princípio da dignidade humana à estatura de um paradigma universal a ser observado por todos os Estados civilizados.”

“Segundo assentei em sede acadêmica, os direitos individuais, institucionalizados há mais de trezentos anos, além de claramente exteriorizados, por meio de normas

de eficácia plena e aplicabilidade imediata, encontram-se protegidos por uma série de garantias bem definidas, que pouco variam de um sistema jurídico para outro⁸.”

“Além disso, existem normas regulamentares constantes da Resolução nº 14 de 1994, do CNPCP/MJ [...]”

“A mencionada Resolução fixa as regras mínimas para o tratamento de presos no Brasil em seus arts. 1º, 3º, 7º, 8º, 9º, 10 e 13. Eis a sua redação:

‘Art. 1º. As normas que se seguem obedecem aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e daqueles inseridos nos Tratados, Convenções e regras internacionais de que o Brasil é signatário devendo ser aplicadas sem distinção de natureza racial, social, sexual, política, idiomática ou de qualquer outra ordem.

[...]

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.”

“Não se ignora, por outro lado, que o art. 5º, § 2º, da Carta Magna consigna que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados em seu texto, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.”

“Isso porque o sistema normativo de proteção aos direitos humanos contempla a complementariedade entre direito interno e o internacional. Conforme explica Fábio Comparato,

[...] o sistema integrado de direitos humanos, nacional e internacional, comporta dois níveis: o do direito positivo e o do direito suprapositivo.

⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *A proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 177.

No primeiro, situam-se os chamados direitos fundamentais, isto é, os direitos humanos declarados pelos estados, seja internamente em suas Constituições, seja internacionalmente por via de tratados, pactos ou convenções. A integração ao ordenamento nacional dos direitos fundamentais, declarados em tratados ou convenções internacionais, tende hoje a generalizar-se. A Constituição brasileira de 1988, como sabido, seguiu essa tendência, com a disposição constante de seu art. 5º, § 2º.

No nível suprapositivo, encontramos os direitos humanos que ainda não chegaram a positivar-se, mas que vigem, efetivamente, na consciência jurídica coletiva, nacional ou internacional⁹.”

“Nesse ponto, observo que tampouco os direitos assegurados aos presos pelas normas internacionais são respeitados.”

“Cito, brevemente, a título exemplificativo, algumas delas, a saber:

‘DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, de 10 de dezembro de 1948.

[...]

Artigo 5

Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo 6

Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

[...]

⁹ Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-papel-do-juiz-na-efetiva%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12/8/2015.

Artigo 8

Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei' [...].

'PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS de 19 de dezembro de 1966, internalizado pelo DECRETO 592 de 6 julho de 1992

[...]

Artigo 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

[...]

Artigo 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana' [...].

'CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, de 22 de novembro de 1969, internalizado pelo DECRETO 678 DE 6/11/1992

[...]

Artigo 5

Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano' [...]."

"Convém lembrar que essas normas, conforme decisão desta Suprema Corte, tomada no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, e 349.703/RS, Rel. Min. Ayres Britto, e dos *Habeas Corpus* 87.585/TO e 92.566/SP, ambos de relatoria do Min. Marco Aurélio, possuem

natureza supralegal. Do trecho da ementa de um desses acórdãos consta peremptoriamente o seguinte:

[...] o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna¹⁰.”

“Menciono, ainda, a existência das Resoluções 663 C (XXIV) e 2076 (LXII)¹¹, aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1957 e 1977, respectivamente, após a realização, em Genebra, do Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, em 1955, que estabelecem Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos [...]”

“Da mesma maneira como ocorre com as regras internas, nenhuma dessas normas internacionais às quais o Brasil aderiu no exercício de sua soberania vêm sendo observadas pelas autoridades penitenciárias em nosso País.”

“Recordo, ainda, que, em consequência da reiterada violação aos direitos humanos dos presos no Brasil, já foram ajuizados contra o País diversos processos perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹². Dentre eles, o de maior repercussão é aquele que envolve a denúncia de mortes e maus-tratos de detentos no Presídio José Mário Alves da Silva, conhecido como ‘Urso Branco’, situado em Porto Velho/RO.”

“Tal caso é considerado internacionalmente um verdadeiro paradigma do descaso com que as autoridades brasileiras tratam do sistema penitenciário. No âmbito

¹⁰ RE 349.703/RS.

¹¹ Íntegra do documento disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>> Acesso em 12/8/2015.

¹² Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 12.08.2015.

interno, rememoro, ele deu ensejo a pedido de intervenção federal no Estado nesta Suprema Corte¹³. Lamentavelmente, a situação do Urso Branco não é o único exemplo de crítica internacional à violação de direitos dos reclusos em nossas penitenciárias.”

“A Corte Interamericana apreciou também a situação do Complexo do Tatuapé – FEBEM, em São Paulo/SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara/SP, e da Unidade de Internação Socioeducativa, em Cariacica/ES, determinando medidas a serem cumpridas pelo Estado brasileiro voltadas à proteção da vida e da integridade física dos reclusos e daqueles que trabalham ou frequentam aqueles estabelecimentos¹⁴.”

“Vale sublinhar, nesse passo, que, a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações neles pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo.”

“Quanto a tal ponto vale trazer à baila a seguinte lição de Flávia Piovesan:

[...] os princípios federativo e da separação dos Poderes não podem ser invocados para afastar a responsabilidade da União em relação à violação de obrigações contraídas no âmbito internacional. Como leciona Louis Henkin: ‘A separação dos poderes no plano nacional afeta a forma de responsabilização do Estado? No que se refere à atribuição de responsabilidade, não faz qualquer diferença se o órgão é parte do Executivo, Legislativo ou Judiciário. Não importa ainda se o órgão tem, ou não, qualquer responsabilidade em política internacional.

[...]

¹³ IF 5.129/RO.

¹⁴ Para informações mais detalhadas ver: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/jurisprudencia>>.

Estados Federais, por vezes, têm buscado negar sua responsabilidade em relação a condutas praticadas por Estados ou Províncias. Um Estado Federal é também responsável pelo cumprimento das obrigações decorrentes de tratados no âmbito de seu território inteiro, independentemente das divisões internas de poder. Exceções a esta regra podem ser feitas pelo próprio tratado ou em determinadas circunstâncias¹⁵ [...].”

“A própria possibilidade de federalização de violações aos direitos fundamentais, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004, tem como escopo evitar a impunidade no combate às ofensas mais graves a esses valores, ao mesmo tempo em que reafirma o primado da dignidade humana como um dos pilares da República¹⁶.”

“E já adiantando a direção do meu voto, ou o Judiciário, impulsionado pelo Ministério Público ou pela sociedade civil, mediante ações civis públicas, começa a intervir de modo, ainda que modesto, nessa realidade trágica que nós enfrentamos. E aliás trago também no meu voto aqui condenações da Corte Internacional de Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica, em que nós somos instados, por uma Corte Interamericana, portanto, supranacional, a promover medidas corretivas urgentes em vários presídios do País, e nada é feito.”

“Então, feitas essas considerações, que faço até com certo ar de desabafo, porque, eu, como Presidente do CNJ, tenho acompanhado essa situação. Nós estamos minorando esses problemas na medida que estamos instituindo – já instituímos em dez Estados, e até outubro instituiremos nos vinte e sete Estados da Federação, vinte e seis mais o Distrito Federal – as audiências de custódia em que, pela primeira vez, desde de 1992, quando o Pacto de São José da Costa Rica foi internalizado no Brasil, nós estamos fazendo com que o Estado cumpra aquele dispositivo, desse

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 299-300.

¹⁶ Sobre o tema vide: CAZETTA, Ubiratan. *Direitos humanos e federalismo: o incidente de deslocamento de competência*. São Paulo: Atlas, 2009.

Pacto, que obriga que qualquer cidadão preso em flagrante seja apresentado ao juiz em 24 horas. E, com isso, nós temos conseguido já uma média de 50% de decisões que determinam a liberdade provisória daqueles apresentados no prazo de 24 horas. Com um bônus adicional, porque o juiz vê *ictu oculi* se o flagrantado foi torturado, se sofreu sevícias, se foi maltratado. Então, o Judiciário está começando a assumir as suas responsabilidades. E eu, *data venia*, entendo que, neste caso, também é chegada a hora de nós, enfim, cumprirmos com os nossos deveres constitucionais.”

Voto do Ministro Celso de Mello: “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.”

2.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: ‘É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.’”

3. ADI nº 5.240: audiência de custódia e o direito convencional de apresentação da pessoa privada de liberdade ao juiz

3.1 Identificação do caso

ADI nº 5.240

Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL-Brasil

Relator: Ministro Luiz Fux

Julgamento: 20.08.2015

3.2 Resumo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da sua Corregedoria-Geral de Justiça, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal em favor dos presos. Segundo o requerente, o ato normativo teria caráter inovador e natureza de norma processual penal, violando competência privativa da União para legislar sobre o tema. O Supremo Tribunal Federal entendeu que parte dos dispositivos questionados regulamenta o artigo 7.5. da Convenção Americana de Direitos Humanos, não inovando ou extrapolando os limites legais. Esclareceu, ainda, que normas processuais (arts. 656 e 657 do CPP) têm sua eficácia paralisada naquilo que contrariem a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do caráter supralegal da convenção. Assinalou, por fim, que a audiência de custódia é um direito convencional de apresentação do preso ao juiz. Em conclusão, o STF conheceu parcialmente da ação e julgou improcedentes os pedidos.

3.3 Ementa

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que ‘toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz’, posto ostentar o *status* jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada ‘audiência de custódia’, cuja denominação sugere-se ‘audiência de apresentação’.

2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consecutivamente, deflagra o procedimento legal de *habeas corpus*, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes.

3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP).

4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º, normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de *habeas corpus* instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o *status* do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional.

5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de

Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo *ad arguendum* impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda.

6. *In casu*, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional.

7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação.

8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e *erga omnes*, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes.

9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes.

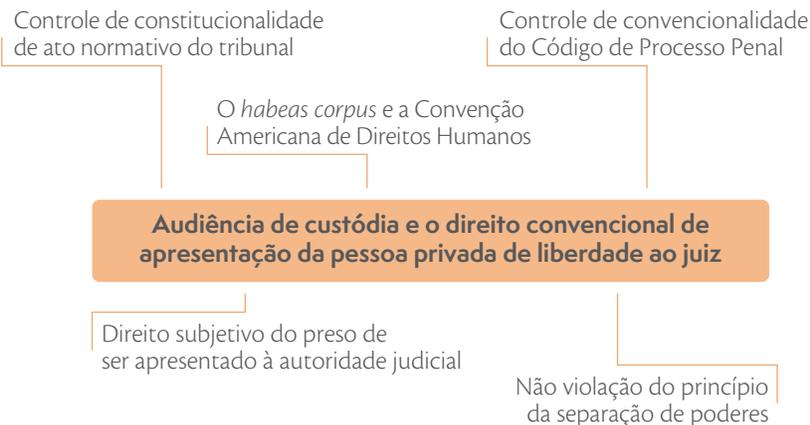
10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo.

11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.”

3.4 Tese

Não houve fixação de tese.

3.5 Fundamentação



Controle de constitucionalidade de ato normativo do tribunal

“Isso significa que pode a norma expedida por tribunal inovar validamente no sistema jurídico, com força de lei, se tratar exclusivamente do funcionamento e da competência dos seus órgãos jurisdicionais e administrativos. Não basta, porém, a constitucionalidade formal da norma; será necessária, ainda, a adequação do seu conteúdo às disposições materiais da Constituição Federal. Daí decorre a possibilidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade mesmo nesses casos de exercício formalmente regular do poder de autogestão dos tribunais, para aferição de possível vício material de inconstitucionalidade.”

“É preciso discernir, destarte, (1) se o provimento atacado se limita a regulamentar legislação infraconstitucional, sem extrapolar seus limites

nem contrariá-la, (2) se inova em matéria que é própria da autogestão dos tribunais ou, ainda, (3) se inova invadindo seara resguardada pela Constituição para a lei em sentido estrito. Como explanado acima, só o segundo e o terceiro cenários conduzirão à adequação da ação direta de inconstitucionalidade, sendo que no segundo o crivo de constitucionalidade será de cariz material, enquanto no terceiro será meramente formal.”

“Os artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP apenas explicitam disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento.”

“Sendo assim, não se observando exorbitância das aludidas normas regulamentares em relação à lei, que é seu fundamento de validade, não se abre a possibilidade de controle da sua constitucionalidade, resolvendo-se eventual inconformismo entre o regulamento e a lei (o qual, de qualquer forma, não vislumbro) no plano da legalidade.”

“Quanto aos artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11 do Provimento hostilizado, registro que veiculam comandos de mera organização administrativa interna do TJSP, no exercício da prerrogativa que lhe é outorgada pelo artigo 96, inciso I, alínea a, da Constituição Federal. Daí decorre que, sendo normas que ostentam fundamento de validade situado diretamente na Constituição Federal, é possível o seu controle pela via da ação direta.”

O *habeas corpus* e a Convenção Americana de Direitos Humanos

“É clara, por conseguinte, a imbricação da audiência de custódia com o remédio constitucional do *habeas corpus*, uma vez que ambos são instrumentos voltados para a imediatidade no processo penal, especifi-

camente no seu momento mais crítico, em que a liberdade do indivíduo é cerceada. Destarte, há que se prescrutar no que a vetusta disciplina legal do *habeas corpus* precisa ser reinterpretada após a internalização na ordem jurídica brasileira da Convenção Americana de Direitos Humanos.”

“Nessa toada, uma primeira constatação parece inarredável: se é direito subjetivo do preso ser apresentado ao Juiz sem demora, também é evidente que nessa ocasião o preso poderá pedir a sua liberdade, como lhe assiste o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a, da Constituição Federal (direito de petição). Esse pedido de liberdade nada mais é do que um pedido de *habeas corpus*, nos termos do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, *verbis*: ‘conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder’. Se, contudo, o próprio preso não fizer esse pedido, seu defensor, por dever de ofício, deverá pedir a sua liberdade. Se nem o defensor pedir a liberdade do detido, ainda poderá o Ministério Público pedi-la. Em último caso, mesmo que ninguém peça a liberdade do preso, ainda deverá o Juiz, constatando ilegalidade, soltá-lo de ofício, ou seja: conceder *habeas corpus ex officio*.”

“Em outras palavras, o direito convencional a uma audiência de custódia deflagra o procedimento legal de *habeas corpus* perante a Autoridade Judicial. Tem-se aqui terreno fértil para o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no que têm destaque os chamados de ‘direitos a organização e procedimento’, os quais, segundo pontua ROBERT ALEXY, ‘são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva’ (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 488). Essa perspectiva contemporânea da dogmática juspublicista teve seus fundamentos expostos no magistério do professor DANIEL SARMENTO (Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria *in Arquivos de direitos humanos*. Volume 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 65): ‘[...] na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem

democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado convertendo-se em norte da sua atuação.”

“Como visto, o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP não inova na ordem jurídica, mas apenas explicita conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual – e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem – reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norma de *status* jurídico supralegal.”

Controle de convencionalidade do Código de Processo Penal

“Não há, aqui, qualquer inovação na ordem jurídica. A apresentação da pessoa detida é determinada diretamente pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e, ainda, pelos artigos 656 e 657 do CPP¹⁷, assinalando-se que estas normas processuais tiveram a sua eficácia paralisada naquilo que contrariam a norma convencional – especificamente as expressões ‘se julgar necessário’ e ‘em dia e hora que designar’. Assim, a apresentação do preso vem fundada na ordem legal e convencional, que a todos vincula, inclusive à Autoridade Policial.”

“Por fim, só poderá ser postergada a apresentação do preso para além do prazo de 24 horas mediante fundamentação idônea, a qual poderá

¹⁷ “Art. 656. Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo.

Art. 657. Se o paciente estiver preso, nenhum motivo escusará a sua apresentação, salvo:

I – grave enfermidade do paciente;

II – não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção;

III – se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal.”

se basear na justificativa apresentada pela Autoridade Policial, afinal, *ad impossibilia nemo tenetur*. A recusa absoluta da Autoridade Policial em apresentar o preso, porém, tem as suas hipóteses taxativamente demarcadas, conforme dispõe o artigo 657 do CPP, que traz rol *numerus clausus* (excetuada a situação do inciso III, que deixava ao alvedrio do Juiz a apresentação do detido, de forma incompatível com o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem).“

Direito subjetivo do preso de ser apresentado à autoridade judicial

“De fato, no campo das liberdades não viceja o arbítrio, nem floresce a iniquidade. Logo, embora conste do texto legal a expressão ‘se julgar necessário’, a interpretação do dispositivo que maior conformidade tem com a Constituição Federal é aquela que lhe atribui a acepção de dever do magistrado (poder-dever) e não de mera faculdade. Em síntese, a apresentação à Autoridade Judicial pode ser entrevista como direito subjetivo do preso e constar da política judicial dos órgãos do Poder Judiciário.”

“Por oportuno, à guisa de exemplo, é verificável uma ampla gama de dispositivos legais trazidos pela legislação penal, material e adjetiva, contendo expressões que apenas aparentemente conferem faculdades ao Juiz ou ao Ministério Público, mas, na verdade, representam direitos subjetivos do acusado.”

Não violação do princípio da separação de poderes

“Ademais, inexistente a apontada violação ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da CRFB). De fato, não é o ato normativo emanado do Tribunal de Justiça que cria obrigações para os Delegados de Polícia

(civis e federais), mas sim a Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, os quais, por força dos artigos 3º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁸, têm efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumprí-los. Repita-se: o Provimento hostilizado nada criou de novo no ordenamento jurídico nacional, apenas explicitando o sentido e o alcance de normas cogentes e em pleno vigor.”

3.6 Diálogo entre STF e SIDH

Voto do Relator, Ministro Luiz Fux: “Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira – porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal – foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual ‘é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito’. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com *status* supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel.”

“Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação. Esse é o escólio de KONRAD HESSE, em comentários ao artigo 25 da Constituição Federal alemã¹⁹ (*Elementos*

¹⁸ LINDB: “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

¹⁹ “Artigo 25 [Preeminência do direito internacional] As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal.”

de direito constitucional na República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 94): ‘As regras gerais de Direito Internacional Público tornaram-se, com isso, em virtude do Direito Constitucional, obrigatórias diretamente para o poder legislativo, executivo e judiciário. Na medida em que elas, como regras de Direito Internacional Público, fundamentam direitos e deveres para o particular, criam elas também direitos e deveres diretamente para os habitantes do território federal. Nessa proporção, o artigo 25 da Lei Fundamental garante a concordância entre a ordem jurídica de Direito Internacional Público e intra-estatal, uma garantia na qual se manifesta claramente a ‘amabilidade para o Direito Internacional Público’ da Lei Fundamental.”

“Destarte, também o item 5 do artigo 7º da referida convenção deve ser tido por norma supralegal, sendo imperioso passar em revista a legislação ordinária à luz do seu conteúdo normativo.”

“Para tanto, cumpre observar, primeiramente, que a garantia trazida pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos não é uma inovação; muito pelo contrário, suas origens remontam à Magna Carta, documento basilar de garantia dos direitos do homem, que no dia 15 de junho deste ano de 2015 completou 800 anos.”

“É clara, por conseguinte, a imbricação da audiência de custódia com o remédio constitucional do *habeas corpus*, uma vez que ambos são instrumentos voltados para a imediatidade no processo penal, especificamente no seu momento mais crítico, em que a liberdade do indivíduo é cerceada. Destarte, há que se prescrutar no que a vetusta disciplina legal do *habeas corpus* precisa ser reinterpretada após a internalização na ordem jurídica brasileira da Convenção Americana de Direitos Humanos.”

“O artigo 1º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSF dispõe que: ‘RESOLVEM: Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção

Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia. Esse dispositivo enuncia, em primeiro lugar, o caráter meramente regulamentar do Provimento, reportando-se ao artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem como fundamento de validade e objeto de regulamentação. Note-se, contudo, que a mera enunciação do caráter regulamentar do Provimento não basta, sendo necessário verificar se as suas diversas disposições efetivamente se limitam a dar fiel cumprimento à norma convencional indicada (ou outra norma legal) ou se efetivamente inovam na ordem jurídica, como sustenta a autora.”

“Não há, aqui, qualquer inovação na ordem jurídica. A apresentação da pessoa detida é determinada diretamente pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e, ainda, pelos artigos 656 e 657 do CPP²⁰, assinalando-se que estas normas processuais tiveram a sua eficácia paralisada naquilo que contrariam a norma convencional – especificamente as expressões ‘se julgar necessário’ e ‘em dia e hora que designar’. Assim, a apresentação do preso vem fundada na ordem legal e convencional, que a todos vincula, inclusive à Autoridade Policial.”

“Por fim, só poderá ser postergada a apresentação do preso para além do prazo de 24 horas mediante fundamentação idônea, a qual poderá se basear na justificativa apresentada pela Autoridade Policial, afinal, *ad impossibilia nemo tenetur*. A recusa absoluta da Autoridade Policial em apresentar o preso, porém, tem as suas hipóteses taxativamente demarcadas, conforme dispõe o artigo 657 do CPP, que traz rol *numerus clausus* (excetuada a situação do inciso III, que deixava ao alvedrio

²⁰ CPP: “Art. 656. Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo.

Art. 657. Se o paciente estiver preso, nenhum motivo escusará a sua apresentação, salvo:

I – grave enfermidade do paciente;

II – não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção;

III – se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal.”

do Juiz a apresentação do detido, de forma incompatível com o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem).”

“É justamente o que ocorre na hipótese em tela. Os artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP apenas explicitam disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento.”

“Como visto, o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP não inova na ordem jurídica, mas apenas explicita conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual – e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem – reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norma de *status* jurídico supralegal.”

“Ademais, inexistente a apontada violação ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da CRFB). De fato, não é o ato normativo emanado do Tribunal de Justiça que cria obrigações para os Delegados de Polícia (civis e federais), mas sim a Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, os quais, por força dos artigos 3º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²¹, têm efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumpri-los. Repita-se: o Provimento hostilizado nada criou de novo no ordenamento jurídico nacional, apenas explicitando o sentido e o alcance de normas cogentes e em pleno vigor.”

Voto do Ministro Edson Fachin: “E, do ponto de vista da conclusão, apenas averbo que o acolhimento desta preliminar do não conhecimento – porque o

²¹ Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

debate, a rigor, é de legalidade e, portanto, de infraconstitucionalidade – parte do ponto de vista da atual percepção que se tem aqui, neste Colegiado, do Pacto de São José da Costa Rica. Como o eminente Ministro Luiz Fux suscitou, esse tema, quiçá, voltará à discussão. Tenho a liberdade de averbar minha inflexão pela percepção dessa Convenção no seu patamar de natureza constitucional, portanto num patamar mais elevado do que a configuração atual. Nada obstante, o entendimento dominante é esse e, de qualquer sorte, não se deve conhecer, nesta parte, da pretensão de declaração de constitucionalidade, eis que o debate constitucional, neste momento, não se coloca.”

Voto do Ministro Luís Roberto Barroso: “Não tenho dúvida que compete, Presidente, ao Supremo Tribunal Federal definir o que que vale internamente no Brasil. Porém, essa definição, no mundo contemporâneo, é feita em um diálogo institucional com as Cortes internacionais, não apenas a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cujo sistema nós pertencemos, como todas as Cortes internacionais de Direitos Humanos.”

“Portanto, penso – até li um trabalho recentemente do Professor Daniel Sarmento sobre esse ponto – que a questão não é propriamente de hierarquização, e sim de diálogos institucionais em busca do melhor argumento e da melhor forma de se defenderem os Direitos Humanos. E o entendimento que tem prevalecido no Direito europeu é o de que não há propriamente hierarquia, mas deve prevalecer a cláusula que proteja mais adequadamente os direitos [...]”

“Feito esse breve registro, Presidente, apenas, esse tema me interessa desde a minha tese de titularidade feita em outra vida, na década de 90, eu estou acompanhando o Ministro Luiz Fux, porque entendo que a audiência de custódia está prevista no item 7.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e que, portanto, basicamente o que faz o ato impugnado é regulamentar, porque não

é nem internalizar, porque a convenção já foi internalizada, de longa data, pelo Decreto nº 678 [...]”

“Em rigor, a impugnação recai sobre o ato normativo do Tribunal de Justiça de São Paulo, e não houve invocação, como paradigma, da Convenção Interamericana. Portanto, a minha posição pelo não conhecimento é porque se trata claramente de um ato infralegal e secundário, pois o ato primário é a Convenção internalizada. Dessa forma, nós não estabelecemos aqui uma discussão se é possível ou não utilizar a Convenção Internacional como parâmetro, como paradigma para a verificação de inconstitucionalidade, que é uma outra discussão.”

“E todos nós estamos endossando, aqui e agora, a conveniência da audiência de custódia e da generalização pelo País da aplicação da Convenção Interamericana. Portanto, essa tecnicidade que nos impede de ir ao mérito não nos impede de deixar inequivocamente clara a nossa posição sobre a importância da audiência de custódia, como tem pregado o nosso Presidente.”

Voto do Ministro Teori Zavascki: “Senhor Presidente, a questão da natureza do Pacto de São José da Costa Rica surge, na verdade, porque a convenção trata de direitos humanos. Se tratasse de outros temas, penso que não haveria dúvida a respeito da sua natureza equivalente à lei ordinária, e há afirmação do Supremo Tribunal Federal, desde muito tempo nesse sentido.”

“A questão surgiu com a Emenda nº 45, que veio a conferir certas características especiais às convenções sobre direitos humanos. Essa convenção foi anterior à Emenda nº 45, por isso que se gerou debate. Mas, mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle – que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade – deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal. E o exercício desse controle só pode ser da competência do Supremo Tribunal Federal.”

“Independentemente da determinação do Pacto de São José da Costa Rica e do próprio Código de Processo Penal, como mostrou o Relator, existem certas situações em que a apresentação do preso imediatamente ao juiz decorre da natureza do delito pelo qual ele é acusado e da funcionalidade do próprio sistema.”

“Se esse é um direito do preso, que decorre da Convenção Americana dos Direitos Humanos – e é isso que estamos dizendo –, é importante que a implementação desse direito se faça imediatamente.”

Voto do Ministro Gilmar Mendes: “Mas há um outro ponto que eu já tinha até anotado em textos e, na verdade, é até um processualista alemão que chama a atenção tendo como base Werner Beulke. Ele chama a atenção para a Convenção, a influência da Convenção Europeia de Direitos Humanos no Direito Penal e no Direito Processual Penal. E, aí, é até uma coisa curiosa, embora as normas não tenham força normativa, como regra geral etc., ele até faz uma anotação direto, mas nos diz: essas normas começam a ser lidas com o conteúdo – as normas constitucionais, como, por exemplo, a cláusula do devido processo legal – que lhes dá um dado tratado ou Convenção Internacional.”

“Eu estava, nesse contexto, então, especulando se, a rigor, com as mesmas premissas, não seria devido, a partir da admissão da Convenção Interamericana, ler o disposto, por exemplo, aqui, na cláusula do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) – ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ – com o conteúdo que lhe dá a própria Convenção Interamericana, à parte da possibilidade aventada pelo ministro Teori de se fazer, talvez, o contraste direto. Mas o curioso é que, na prática, isso, para o qual ele chama a atenção, passa a ocorrer, porque, internalizada a Convenção, nós passamos a ler o Texto Constitucional, como cláusula do devido processo legal, com esses conteúdos. Portanto, há um tipo de – vamos chamar assim – modificação positiva no sentido

de iluminar o conceito jurídico indeterminado como uma cláusula: o princípio do contraditório ou a cláusula do devido processo legal.”

Voto do Ministro Celso de Mello: “Os elementos adicionais, agora bem explicitados pelo eminente Relator, permitem-me acompanhar Sua Excelência para confirmar, no plano material, a inteira validade jurídico-constitucional do Provimento Conjunto nº 03/2015 do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que se limitou, de modo plenamente legítimo, a conferir efetividade ao que dispõe o Artigo 7º, item n. 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista a circunstância de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais revestem-se, em nosso sistema normativo, de aplicabilidade direta e imediata (CF, art. 5º, § 1º).”

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski: “Nós temos entendido – nós, o CNJ –, assim como o eminente Relator agora que as normas internacionais, os tratados e convenções que o Brasil, em sua soberania, decidiu subscrever e depois internalizar, tendo em conta inclusive, enfim, a vontade do Congresso Nacional, que representa o povo brasileiro, isso desde 1992, portanto, há mais de 20 anos, já é uma lei interna, portanto é autoaplicável.”

“Eu tive a oportunidade recentemente e trouxe à colação, no meu voto sobre as prisões, um ponto de vista do Professor Fábio Konder Comparato, em que esse eminente Professor mostra que os dois sistemas, o sistema internacional e o sistema interno, são, na verdade, complementares, há uma relação de complementariedade, e não de hierarquia entre os dois sistemas. É um ponto de vista que nós, talvez, possamos futuramente apreciar.”

“Mas, quando o subscritor da inicial alega que há ofensa – expressamente, ele consigna isso ao art. 22, inciso I, da Constituição –, em que ele pretende dizer que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal Processual, dentre outras matérias que esse inciso abriga, ele está implicitamente dizendo que o

Pacto de São José de Costa Rica não tem a normatividade suficiente para se tornar autoaplicável, no que eu entendo que, evidentemente, o autor está equivocado.”

3.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido, vencido o Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente julgava extinta a ação e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado.”

4. ADPF nº 347 MC: estado de coisas inconstitucional do sistema prisional por violação massiva e persistente de direitos fundamentais

4.1 Identificação do caso

ADPF nº 347 MC

Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL

Relator: Ministro Marco Aurélio

Julgamento: 09.09.2015

4.2. Resumo

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, cujo objeto é o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Postula-se, ainda, a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país. Em sede de cautelar, requereu-se ao Supremo Tribunal Federal que: (i) determine que juízes e tribunais motivem as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade (art. 319 do CPP); (ii) reconheça a aplicabilidade imediata do Pacto de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando que todos os juízes e tribunais passem a realizar audiências de custódia; (iii) determine aos juízes e tribunais que passem a considerar, “o dramático” quadro penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução

penal; e que apliquem, sempre que viável, penas alternativas à prisão; (iv) afirme que o juízo de execução, em situação de cumprimento de pena em condições mais gravosas, tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporários para fruição de benefícios e direitos pelos presos, bem como de abater o tempo de prisão a ser cumprida, visando a preservar a proporcionalidade e a humanidade da sanção; (v) determine ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a revisão de todos os processos de execução penal que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade; (vi) imponha à União o imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e vede a realização de novos contingenciamentos, até que o STF declare a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

4.3 Ementa

“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.

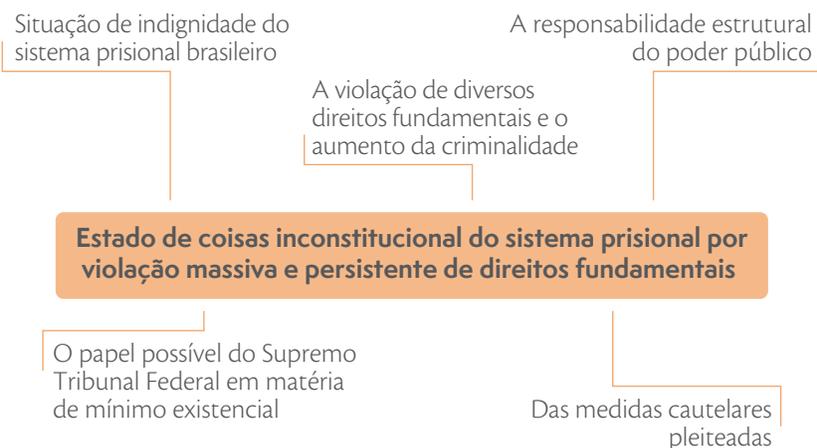
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

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.”

4.4 Tese

Não houve fixação de tese.

4.5 Fundamentação



Situação de indignidade do sistema prisional brasileiro

“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 Rússia.”

“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.’”

“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 à água, para banho e hidratação, ou à alimentação de mínima qualidade, que, muitas 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

“[...] A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento 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).”

“Importa destacar que a forte violação dos direitos fundamentais dos 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 responsabilidade estrutural do poder público

“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 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.”

“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.”

O papel possível do Supremo Tribunal Federal em matéria de mínimo existencial

“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.”

“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. [...] Os poderes majoritários apostam no perfil contramajoritário das

cortes constitucionais ou supremas: condenadas judicialmente a atuar, autoridades públicas se escudam no Estado de Direito e no consectário dever de observar ordens judiciais para implementar aquilo que teriam feito voluntariamente se não temessem custos políticos.”

“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.”

“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 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.”

“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.”

“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.”

Das medidas cautelares pleiteadas

“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 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.”

“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.”

“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.”

“A cabeça do dispositivo [art. 9º da LC 101/2000] 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).”

4.6 Diálogo entre STF, SIDH e o direito comparado

“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).“

“[...] 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’.”

“O segundo pleito concerne à audiência de custódia, instrumento ao qual o ministro 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 Cívicos 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.”

4.7 Dispositivo da 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, abstando-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.”

5. HC nº 126.292: execução provisória da pena 2 (constitucionalidade)

5.1 Identificação do caso

HC nº 126.292

Impetrante: Maria Cláudia de Seixas

Relator: Ministro Teori Zavascki

Julgamento: 17.02.2016

5.2 Resumo

Trata-se de *habeas corpus* contra decisão do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que indeferiu pedido de liminar em outro *habeas corpus*, por meio do qual se postulava a liberdade de paciente condenado pela prática do crime de roubo (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal). A impetrante alegou ausência de motivação para a decretação da prisão preventiva, bem como inexistência de trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que não estaria justificada a prisão do paciente. O STF denegou o *writ*, divergindo de seu entendimento anterior²², sob o fundamento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, cujo alcance deve ser compreendido em equilíbrio com o princípio da efetividade da jurisdição penal (art. 5º, LVII, CF). Observou, ainda, que, com o julgamento implementado em apelação, ocorre a preclusão da matéria de fato, tornando-se incontroversa a ocorrência ou não do ilícito e sua autoria.

²² Ver caso 1.

5.3 Ementa

“CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado.”

5.4 Tese

Não houve fixação de tese.

5.5 Fundamentação

“2. O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à (b) busca de um equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.”

“Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, ‘com a condenação do réu, fica superada a alegações de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva’, de modo que ‘os recursos especial e extraordinário, que não

têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão' (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997). E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.791/2008 haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado 'juízo de consistência da acusação', o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação."

"5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas."

“É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e recurso extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.”

“Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.”

5.6 Diálogo entre STF e sistemas internacionais de direitos humanos

Voto do Relator, Ministro Teori Zavascki: “Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), o princípio da presunção de

inocência (ou de não-culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1 estabelece: ‘Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa’. O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.”

Voto do Ministro Luís Roberto Barroso: “Tamanha ineficiência do sistema de justiça criminal já motivou inclusive a elaboração pela Comissão responsável por acompanhar a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de que o país é parte, de recomendação ao Brasil no sentido de ‘implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção.”²³

²³ Mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção Vigésima Reunião de Peritos – De 10 a 14 de setembro de 2012. Washington, DC. Fonte: http://www.oas.org/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf.

Voto do Ministro Gilmar Mendes: “Como reforço, acrescenta-se que uma análise do direito comparado permite verificar que a extensão da garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está longe de ser preponderante. Nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade. Em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: ‘Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.’”

Voto do Ministro Celso de Mello: “Não custa rememorar que essa prerrogativa básica – a de que todos se presumem inocentes até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado – está consagrada não só nas Constituições democráticas de inúmeros países (como o Brasil), mas, também, como anteriormente assinalado, em importantes declarações internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos da pessoa Humana (1948), a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre os Direitos Humanos (1990), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).”

5.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a consequente revogação da liminar, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário, 17.02.2016.”

6. RE nº 641.320: cumprimento da pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas

6.1 Identificação do caso

RE nº 641.320

Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Julgamento: 11.05.2016

6.2 Resumo

Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público estadual, no qual se debate o direito do condenado ao cumprimento de pena em regime menos gravoso, quando não houver vaga no regime originalmente estabelecido pela sentença. A decisão recorrida determinou que, enquanto não existissem vagas no regime semiaberto, a pena privativa de liberdade fosse cumprida em regime de prisão domiciliar. O Ministério Público, por sua vez, defendeu não ser possível conceder o benefício da prisão domiciliar fora das hipóteses legalmente previstas. O STF deu provimento parcial ao recurso extraordinário apenas para determinar que: (i) havendo viabilidade, em vez da prisão domiciliar, observe-se: (i.a) a saída antecipada do sentenciado no regime com falta de vagas; (i.b) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (i.c) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou de estudo após progressão ao regime aberto; (ii) até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado. O Tribunal explicitou, ainda,

que: (iii) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; e (iv) os juízes da execução penal podem avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para aferir sua adequada qualificação como tal.

6.3 Ementa

“Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia.

2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas ‘b’ e ‘c’). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado.

4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional.

6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal.

7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; (b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94.

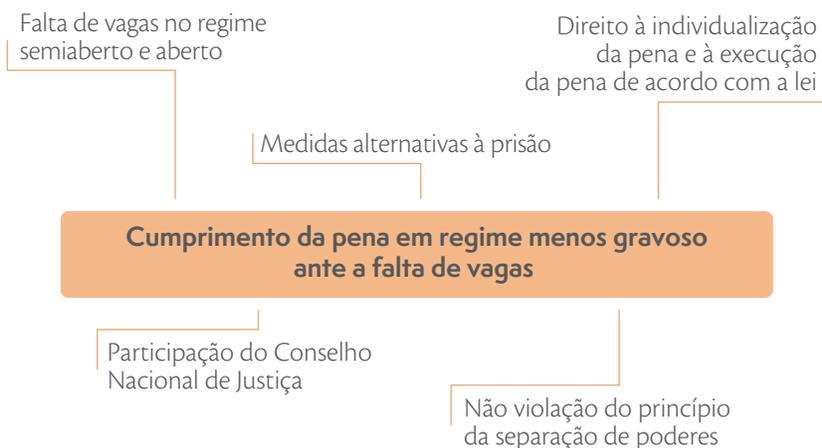
8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.”

6.4 Tese

“Em seguida, apreciando o Tema 423 da repercussão geral, fixar tese nos seguintes termos: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto; art. 33, § 1º, alíneas ‘b’ e ‘c’); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas

de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado.”

6.5 Fundamentação



Falta de vagas no regime semiaberto e aberto

“Um primeiro problema é a falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto. O cruzamento das estatísticas sobre a execução penal do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça revela que as vagas estão muito aquém da demanda e não são distribuídas uniformemente no território.”

“No marco normativo atual, o relevante é que várias unidades da Federação simplesmente abandonaram o regime aberto. Nos estados que contam com estabelecimento para atender sentenciados em tais regimes, o número de vagas é irrisório. E os estabelecimentos que oferecem vagas não são diferentes das penitenciárias e cadeias públicas comuns, não podendo ser enquadrados como colônia de trabalho ou casa de albergado.”

Direito à individualização da pena e à execução da pena de acordo com a lei

“Assim, de acordo com o sistema que temos atualmente, a inobservância do direito à progressão de regime, mediante manutenção do condenado em regime mais gravoso, viola o direito à individualização da pena (art. 5º, XLVI).”

“A violação ao princípio da legalidade é ainda mais evidente. Conforme art. 5º, XXXIX, da CF, as penas devem ser previamente cominadas em lei.”

“A legislação brasileira prevê o sistema progressivo de cumprimento de penas. Logo, assiste ao condenado o direito a ser inserido em um regime inicial compatível com o título condenatório e a progredir de regime de acordo com seus méritos.”

“A manutenção do condenado em regime mais gravoso seria um excesso de execução, violando o seu direito.”

Medidas alternativas à prisão

“A prisão domiciliar é uma alternativa de difícil fiscalização e, isolada, de pouca eficácia. Não descarto sua utilização, até que sejam estruturadas outras medidas, como as que serão propostas neste voto.”

“No entanto, é preciso avançar em propostas de medidas que, muito embora não sejam gravosas como o encarceramento, não estejam tão aquém do ‘necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime’ (art. 59 do CP).”

“Para tanto, proponho as seguintes medidas: (i) saída antecipada; (ii) liberdade eletronicamente monitorada; (iii) penas restritivas de direito e/ou estudo.”

“Essas medidas são diversas, mas menos gravosas ao sentenciado do que as previstas na lei e na sentença condenatória. Para sua adoção, depen-

dem de adesão do condenado. Caberá a ele observar as regras disciplinares, submetendo-se à fiscalização dos órgãos da execução penal, sob pena de ser mantido no regime mais gravoso, ou a ele regredir.”

Participação do Conselho Nacional de Justiça

“No âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça tem papel importante na supervisão do sistema carcerário. A Lei 12.106/09 criou, no CNJ, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF.”

“Com apoio dos conselhos, podemos adotar decisão que acolha medidas concretas a serem fiscalizadas por esta Corte.”

“Há providências de ordem administrativa e de política judiciária que poderão ser implementadas mesmo sem reformas legislativas.”

“Quanto às providências que podem ser tomadas com coordenação do Conselho Nacional de Justiça, estou propondo que o órgão elabore projetos para sua concretização em prazo razoável.”

“Aqui, há a peculiaridade de estarmos tratando de matéria na qual há ponto de conexão entre a atividade administrativa e judicial. Os juízes da execução penal têm competências administrativas, dentre elas ‘zelar pelo correto cumprimento’ das penas e inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos da execução, podendo chegar a sua interdição – art. 66 da Lei 7.210/84.”

“Essa transposição é recomendada pela eficácia expansiva que os recursos extraordinários com repercussão geral possuem. A análise do caso concreto não deixa dúvida de que a solução da questão constitucional posta requer mais do que uma simples declaração do direito aplicável. Pede a adoção de medidas transformativas, num campo em que a magistratura das execuções penais tem atribuição de atuar.”

“O voto foi acompanhado pelo Ministro Edson Fachin. Eu mesmo também emiti manifestação acolhendo a tese proposta pelo Ministro relator, mas o julgamento acabou suspenso, naquela data, em razão do debate, que então se travou, sobre o modo como se cometeria ao Conselho Nacional de Justiça as providências que lhe tocariam, segundo o que fora proposto: se em forma de determinação ou de recomendação. Por isso, na continuidade, em 03.12.2015, pedi vista.”

“[...] Seja em forma de recomendação, seja em forma de determinação, o que importa é que a participação do Conselho Nacional de Justiça é indispensável e, no caso, está sendo atendida.”

Não violação do princípio da separação de poderes

“E a solução é importante porque não se pode dizer que ela está ofendendo a separação de Poderes. As diligências e medidas propostas se exaurem no âmbito do próprio sistema judicial de execução das penas. Envolvem, certamente, medidas de caráter administrativo, mas que são também próprias do Judiciário quando administra a execução das penas. Aqui, no máximo, poderia se dizer que fora do Judiciário conclama apenas a participação do Ministério Público, que, aliás, é uma participação também normal dentro do sistema de cumprimento das penas.”

6.6. Diálogo entre STF e sistemas internacionais de direitos humanos

Voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes: “Quando na Vice-Presidência do Tribunal – sempre rememoro esse fato –, recebi a visita da Comissária dos Direitos Humanos da ONU, que veio ao Brasil naquele momento, 2007/2008, para fazer as inspeções de praxe, certamente sempre com foco no sistema prisional, dentre outros. E, à época, preocupava-se Sua Excelência com aquele episódio lamentável,

conhecido de todos, de Abaetetuba, em que uma moça ficou presa num presídio de homens por vários dias. Ela, com muita delicadeza, como sói acontecer nesses momentos, depois de conversamos sobre vários assuntos, disse-me que estava muito preocupada com o sistema prisional brasileiro e, claro, introduziu o tema de Abaetetuba. E, ao fazê-lo, fez com muita delicadeza, mas disse: Isso reclama providências.”

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski: “E agora, com a vista do eminente Ministro Teori Zavascki, eu já determinei e, portanto, tenho certeza de que Vossas Excelências receberão no curtíssimo prazo, certamente antes da volta do voto-vista do Ministro Teori Zavascki, todos os detalhes da política que o CNJ está traçando e levando a efeito no que tange ao sistema prisional em conjunto com todos os Tribunais de Justiça do País, os Tribunais Regionais Federais, o Ministério da Justiça, o Departamento Penitenciário e também todos os demais órgãos envolvidos na questão, inclusive, órgãos internacionais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Organização dos Estados Americanos. Então, Vossas Excelências, em breve, terão todo esse material, antes mesmo que o Supremo o solicite.”

Voto do Ministro Celso de Mello: “Não hesito em reafirmar, 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, como as Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos) – 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.”

6.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto, vencido o Ministro Marco Aurélio, que desprovia o recurso. Em seguida, o Tribunal, apreciando o tema 423 da repercussão geral, fixou tese nos seguintes termos: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas ‘b’ e ‘c’); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.”

7. ADC nº 43 MC: execução provisória da pena 3 (constitucionalidade)

7.1 Identificação do caso

ADC nº 43 MC

Requerente: Partido Ecológico Nacional

Relator: Ministro Marco Aurélio

Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 05.10.2016

7.2 Resumo

Trata-se de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo Partido Ecológico Nacional, na qual se postula a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgada”. Na prática, pretende-se a superação de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade de execução provisória da decisão penal condenatória, tal como proclamado no HC nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki. Pede-se, cautelarmente, a não deflagração de novas execuções provisórias, assim como a suspensão das execuções já em curso, até o julgamento final do pedido. O STF indeferiu os pedidos cautelares, sob o fundamento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível (art. 5º, LVII, CF).

7.3 Ementa

“MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual ‘A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal’.

2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.

4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas as decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.

6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

7. Medida cautelar indeferida.”

7.4 Tese

Não houve fixação de tese.

7.5 Fundamentação

Voto do Ministro Edson Fachin (Redator do Acórdão): “Outra questão, Senhora Presidente, que se me afigura importante destacar, é que, ao contrário do que se aventou da tribuna e em memoriais, creio não ter tido este Supremo Tribunal Federal em conta, em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, as preocupações legítimas da sociedade com a baixa eficácia do sistema punitivo quanto à denominada criminalidade do ‘colarinho branco’. Essas não foram e não são a essência desse entendimento. Estou convicto que o enfrentamento do crime, qualquer que seja, se faz dentro das balizas constitucionais. Cabe ao Poder Judiciário assegurar que os órgãos de persecução se comportem de acordo com a Constituição e as leis. Abuso de poder, especialmente do Poder Judiciário, cumpre coibir onde e quando houver. Digo isso porque não soa adequada a decisão desta Corte que valha apenas para uma determinada modalidade de crime, como se chega a sugerir. A interpretação do princípio da presunção de inocência deve ser uniforme a todos os cidadãos, qualquer que tenha sido o crime que cometeram ou estejam sendo acusados de cometer.”

“Sua Excelência, em artigo doutrinário, igualmente defendeu a tese segundo a qual ‘os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 673 do CPP) e mesmo da tradição, não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. [...] Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos’ (MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade.** In Marco Aurélio Mello – *Ciência*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2015, pp. 39-40).”

“Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. Quando do julgamento do HC 126.292/SP, ainda estava em vigor o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, segundo o qual ‘os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo’. A essa regra somava-se aquela do art. 637 do CPP segundo a qual ‘o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença’. Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal.”

“A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Tanto é assim que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal, exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, ao recorrente cabe demonstrar que, no julgamento de seu caso concreto, malferiu-se um preceito constitucional e que há, necessariamente, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. A própria

Constituição é que alça o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica constitucional e igualmente eleva o Superior Tribunal de Justiça primordialmente a serviço da ordem jurídica. Isso resta claro do texto do art. 105, III, da CF, quando se observa as hipóteses de cabimento do recurso especial, todas direta ou indiretamente vinculadas à tutela da ordem jurídica infraconstitucional.”

“A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias. Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF, caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Saltam aos olhos, portanto, os limites e as possibilidades que se podem dar à dicção do art. 5º, LVII, da Constituição da República, ao mencionar ‘trânsito em julgado.’”

7.6 Diálogo entre STF e SIDH

Voto do Ministro Edson Fachin (Redator do Acórdão): “O caso mais notório [sobre impunidade em matéria penal], julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de abril de 2001, teve como autora Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativas de homicídio por parte de seu marido, que tentou eletrocutá-la, no ápice de uma série de agressões sofridas durante toda sua vida matrimonial. O Ministério Público ofereceu denúncia contra o agressor em 28.09.1984, porém passados dezessete anos da data dos fatos, sem que o Poder Judiciário brasileiro tivesse proferido uma sentença definitiva sobre o caso que se aproximava da prescrição, a Comissão condenou o Brasil, por reconhecer a ineficiência da proteção penal à vítima, a uma série de medidas que resultaram, por exemplo, na hoje conhecida Lei nº 11.340/2006 (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes

v. Brasil, 2001, disponível em <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051>, acesso em 06.09.2016).”

“Há ainda, dentre outros exemplos dignos de nota, o caso Sétimo Garibaldi *versus* Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 23 de setembro de 2009. A Corte condenou o Brasil por reconhecer a inefetividade do Estado brasileiro em oferecer uma resposta para a morte de Sétimo Garibaldi, ocorrida em 27 de novembro de 1998, no Município de Querência do Norte no Estado do Paraná, onde foi vitimado. Considerou a Corte que há direito de obter uma resposta justa e efetiva sobre o acontecido (CORTE IDH. Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n. 203, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf, acesso em 06.09.2016).”

“A morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais que decorrem de intensa violação a direitos humanos levou à condenação do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de julho de 2006, no caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Damião Ximenes Lopes era deficiente mental e foi vítima de maus tratos em uma casa de repouso no Município de Sobral/CE, os quais foram causa de sua morte. Na condenação, dentre outras razões, a Corte considerou violados os direitos e garantias judiciais à proteção judicial em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Considerou-se que após 06 (seis) anos não havia sequer sentença de primeiro grau. (CORTE IDH. 2006. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Série C. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/>. Último acesso em: 3 de outubro de 2016).”

“A deficiência da proteção penal a vítimas de violações graves a direitos humanos foi decisiva na acusação que o Brasil sofreu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso que ficou conhecido como o Caso dos Meninos

Emasculados do Maranhão. Entre 1991 e 2003, uma série de homicídios foi praticada no Maranhão contra crianças de 8 a 15 anos. Apurou-se o total de 28 homicídios, tendo a maioria dos corpos sido encontrada com as genitais mutiladas. O Brasil firmou acordo reconhecendo a ineficiência da proteção penal às vítimas, assumindo uma série de compromissos em decorrência disso. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2006. Caso Meninos Emasculados do Maranhão. Casos 12.426 e 12.427 contra a República Federativa do Brasil. Solução amistosa de 15 de março de 2006. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/>. Último acesso em: 3 de outubro de 2016).“

“A busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva, ou seja, pela perspectiva segundo a qual, como tem entendido esta Suprema Corte, ao acatar o princípio da proibição de proteção deficiente, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência.”

7.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 05.10.2016.”

8. RE nº 580.252: obrigação do Estado de ressarcir danos materiais e morais decorrentes de violação a direitos fundamentais de pessoas privadas de liberdade

8.1 Identificação do caso

RE nº 580.252

Recorrente: Anderson Nunes da Silva

Relator: Ministro Teori Zavascki, sucedido pelo Ministro Alexandre de Moraes

Redator do Acórdão: Ministro Gilmar Mendes

Julgamento: 16.02.2017

8.2 Resumo

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que rejeitou pedido de indenização por danos morais, formulado por detento, em decorrência de superlotação carcerária e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento penal. O recorrente sustenta ser objetiva a responsabilidade estatal pelo cumprimento de pena em condições incompatíveis com as normas aplicáveis, bem como com o princípio da dignidade humana dos presos (arts. 5º, III, X e XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal). O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso para determinar o pagamento de indenização. Observou que o Estado tem obrigações que garantem quanto aos presos, nos presídios, os padrões mínimos de

humanidade previstos no ordenamento jurídico. Assinalou, ainda, que não se aplica a teoria da reserva do possível contra o dever de assegurar o mínimo existencial.

8.3 Ementa

“Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º.

2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado.

3. ‘Princípio da reserva do possível’. Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem.

4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada sob o argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda.

5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, 'e'; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 – crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955).

6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria.

7. Fixada a tese: 'Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento'. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação."

8.4 Tese

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

8.5 Fundamentação

Voto do Ministro Gilmar Mendes (Redator do Acórdão): “2. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável, não sujeita a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Ocorrendo o dano e estabelecido o seunexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos, se for o caso, na forma do artigo 100 da Constituição.”

“3. Sendo assim, e considerando que, no caso, a configuração do dano é matéria incontroversa, não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o ‘princípio da reserva do possível’, nessa dimensão reducionista de significar a insuficiência de recursos financeiros. Faz sentido considerar tal princípio em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se

afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições.”

“4. Não há dúvida de que o Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto ali permanecerem detidas. E é dever do Estado mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos que daí decorrerem. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, deixou assentada a responsabilidade objetiva do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia.”

“5. [...] Porque juridicamente bem diferenciadas e inconfundíveis, merecem tratamento diferenciado as seguintes situações: uma, a de instituir políticas públicas de melhoria das condições carcerárias, que aqui não está em discussão; e a outra, juridicamente bem distinta, a do dever do Estado de indenizar danos individuais – seja de natureza material, seja de natureza moral – causados a detentos. É dessa última que aqui se trata. A obrigação de ressarcir danos, que é imposta pelas leis civis a qualquer pessoa que os causa (Código Civil, arts. 186 e 927), é também do Estado, que, mais que decorrer de norma civil (Código Civil, art. 43), tem previsão em superior norma constitucional específica, o art. 37, § 6º, dispositivo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo.”

“6. É evidente, pois, que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não podem ser simplesmente relevadas sob o argumento de que a indenização não tem o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da

implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. Ainda que se admita não haver direito subjetivo individual de deduzir em juízo pretensões que visem a obrigar o Estado a formular e implantar política pública determinada, inclusive em relação à questão carcerária, certamente não se pode negar ao indivíduo encarcerado o direito de obter, inclusive judicialmente, pelo menos o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial, assim consideradas aquelas prestações que, à luz das normas constitucionais, podem ser desde logo identificadas como necessariamente presentes qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida. E ninguém pode duvidar de que, em qualquer circunstância, jamais se poderia excluir das obrigações estatais em matéria carcerária a de indenizar danos individuais de qualquer natureza causados por ação ou omissão do Estado a quem está, por seu comando, submetido a encarceramento.”

“9. Há, ademais, o lado ainda mais sombrio: as vítimas de crimes violentos, ou seus herdeiros, além de ultrajados pela ação de criminosos que raramente serão submetidos às penalidades da lei, ficam muitas vezes desamparadas de qualquer compensação ou ressarcimento dos prejuízos morais e materiais que a violência lhes infligiu. Tem-se, aqui, o fenômeno da vitimização secundária, ainda não aplacado pelo legislador ordinário, que até hoje não regulamentou o art. 245 da Constituição, segundo o qual ‘A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.’”

“10. [...] A reparabilidade civil a que fazem jus pelos danos que venham a sofrer em função das ilegais e desumanas condições de encarceramento a que se acham submetidos não fica comprometida nem limitada pelo deficiente funcionamento dos

demais elos do sistema de segurança pública. Havendo a transgressão dos limites normativos de aplicação da pena, deve o Poder Judiciário agir para restabelecer prontamente a ordem jurídica, inclusive por meio da tutela repressiva de natureza cível. A responsabilidade do Judiciário não se esgota no controle do processo penal, nem tampouco na fiscalização administrativa das condições dos estabelecimentos penitenciários, mas alcança, igualmente, o aspecto civil decorrente de eventuais violações aos direitos de personalidade dos detentos. Essa tutela chega a ser explicitamente garantida pela Constituição Federal em caso de erro judiciário (art. 5º, LXXV), e compreende, naturalmente, outras dimensões de violações aos direitos humanos dos custodiados. Caracterizada a atitude opressiva do Estado, a ocorrência do dano material ou moral e o nexo causal, deve ser imposta a condenação correspondente. A criação de subterfúgios teóricos (tais como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos) para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem de Corumbá/MS, afronta não apenas o sentido do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como determina o esvaziamento das inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais antes citadas, transformando o seu descumprimento reiterado em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser tolerado.”

“Convém enfatizar que a invocação seletiva de razões de estado para negar, especificamente a determinada categoria de sujeitos, o direito à integridade física e moral, não é compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição, já que, acolhidas essas razões, estar-se-ia recusando aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, deixando-os a descoberto de qualquer proteção estatal, numa condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa. Trata-se de uma dupla negativa, do direito e da jurisdição. Não pode a decisão judicial, que é o subproduto mais decantado da experiência jurídica, desfavorecer sistematicamente a um determinado grupo de sujeitos, sob pena de comprometer a sua própria legitimidade.”

8.6 Diálogo entre STF e SIDH

“7. Não custa recordar que a garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, ‘e’; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 – crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como também em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955).”

“A despeito do alto grau de positivação jurídica, a efetivação desse direito básico ainda constitui um desafio mundial inacabado, cuja superação é especialmente deficitária em muitos países de desenvolvimento tardio, como nas nações da América Latina em geral e no Brasil em especial, uma das cinco nações com maior população carcerária no mundo. Não por outra razão, o Brasil, nos últimos 10 anos, foi seguidamente notificado pela Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) para tomar medidas emergenciais em relação a pelo menos três presídios específicos, por conta de suas condições intoleráveis (Urso Branco, em Porto Velho/RO; Pedrinhas/MA; e Presídio Central, em Porto Alegre/RS).”

“8. Não se pode deixar de reconhecer – pelo contrário, é preciso que isso seja também enfatizado – que a indigência carcerária representa apenas uma parte – importante, mas uma parte apenas – de um todo maior, que é o sistema de segurança pública oferecido pelo Estado brasileiro. É sabido que a disfuncionalidade desse sistema percorre todos os seus níveis, e dele se constata, claramente: (a) baixa

eficiência das ações de polícia preventiva; (b) ínfimo percentual de elucidação de crimes violentos; (c) demora na formação da culpa pelo aparelho de persecução penal; (d) desumanização no cumprimento da pena; e (e) recidiva do comportamento criminoso. Segundo relatório divulgado em abril de 2014 pelo escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC (https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/GSH2013/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf), durante o ano de 2012, o Brasil contabilizou 50.108 homicídios em seu território (25,1 homicídios para cada 100 mil habitantes), o que representou cerca de 11% de todos os assassinatos cometidos no planeta no mesmo período. O dado, alarmante por si só, fica ainda mais perturbador quando analisado conjuntamente com as estatísticas reunidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 2012 (http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_ensasp_FINAL.pdf) que estimam em algo em torno de 5% o número de inquéritos que resultam na elucidação da autoria de homicídios. E, como todos sabemos, desses, apenas uma parcela irrisória resulta em condenação judicial.”

8.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, apreciando o tema 365 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, para restabelecer o juízo condenatório nos termos e limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, que, ao darem provimento ao recurso, adotaram a remição de pena como forma de indenização. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: ‘Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.’”

9. ADC nº 43: execução provisória da pena 4 (inconstitucionalidade)

9.1 Identificação do caso

ADC nº 43

Requerente: Partido Ecológico Nacional

Relator: Ministro Marco Aurélio

Julgamento: 07.11.2019

9.2 Resumo

Trata-se do julgamento do mérito da ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Partido Ecológico Nacional, na qual se postula a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”. Na prática, pretende-se a superação de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade de execução provisória da decisão penal condenatória, quando ainda pendente recurso aos tribunais superiores, tal como proclamado no HC nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki. O STF, neste novo julgamento, superou seus entendimentos imediatamente anteriores no sentido de que a execução provisória da pena não viola o princípio constitucional da presunção de inocência²⁴. Nessa linha, julgou procedente o pedido para afirmar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, assentando que a execução da pena está condicionada à irrecorribilidade do título judicial, em respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

²⁴ Ver casos 5 e 7. No caso 9, restabeleceu-se o entendimento do caso 1.

9.3 Ementa

“PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.”

9.4 Tese

Não houve fixação de tese.

9.5 Fundamentação

“Atentem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.”

“Também não merece prosperar a distinção entre as situações de inocência e não culpa. A execução da pena fixada por meio da sentença condenatória pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. É dizer, o implemento da sanção não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implica negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Gustavo Henrique Badaró (*Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 57): ‘Não há diferença de conteúdo entre presunção

de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.”

“O problema adquire envergadura maior quando considerada a superlotação dos presídios, destacada pelo Pleno ao apreciar a medida liminar postulada na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, de minha relatoria, [...]. Constatou-se o exorbitante número de cidadãos recolhidos provisoriamente, a salientar a malversação do instituto da custódia cautelar e, conseqüentemente, a inobservância do princípio da não culpabilidade. Inverte-se a ordem natural para prender e, depois, investigar. Conduz-se o processo criminal com automatismo incompatível com a seriedade do direito de ir e vir dos cidadãos.”

“O quadro revelador de delinquências de toda ordem, de escândalos no campo administrativo, considerada corrupção inimaginável, apenas conduz à marcha processual segura, lastreada nos ditames constitucionais e legais. Longe fica de respaldo a reescrever-se a Constituição Federal e a legislação que dela decorreu, muito menos pelo Supremo, em desprezo a princípio básico da República – o da separação e harmonia dos poderes. Não é o fato de o Tribunal assim o ser, de os pronunciamentos que formalize não ficarem sujeitos a revisão judicial, que levará ao desrespeito à ordem jurídico-constitucional, sob pena de perda da legitimidade das decisões que profira e de não se saber onde se parará. A Instituição, responsável pela higidez da Lei Maior, exerce papel de importância única e dele não pode, repita-se à exaustão, despedir-se, ante o risco de vingar o critério de plantão, desmando de toda ordem, a intranquilidade na vida gregária.”

9.6 Diálogo entre STF, SIDH, outros sistemas internacionais e o direito comparado

Não houve diálogo no voto do relator.

Voto do Ministro Alexandre de Moraes: “Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente artigo 8.2 e 6º, 2 – consagram o princípio da presunção de inocência até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados.”

“Conforme apontam JOSÉ RIBAS VIEIRA e RANIERI LIMA RESENDE, em detalhado artigo denominado ‘*Execução provisória da pena: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*’, que, inclusive, analisa importantes precedentes relacionados a presente hipótese (casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004; Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004; Rosendo Cantú y outra vs. México, 2011; Mohamed vs. Argentina, 2012): ‘Identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa.’”

Voto do Ministro Edson Fachin: “Mas, então, dizia eu: essa interpretação, a ideia de que é a única interpretação possível não pode subsistir, ela não tem amparo na Constituição. E não é assim praticamente em nenhum lugar do mundo. O Ministro

Teori, no seu memorável voto de 2016, citou a quantidade de países, em que não é assim: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina. E eu fui a todas as declarações de direitos humanos: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, Declaração Islâmica dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que é o Pacto de São José da Costa Rica. Nenhum deles exige trânsito em julgado para a possibilidade de prisão.”

“No Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a presunção de inocência aparece dimensionada no artigo 66, que estabelece que, ‘para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável!’”

“Aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, também em 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem assegura, nos Artigos XXV e XXVI, que ‘ninguém poderá ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes’ e que ‘parte-lhe do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade’. Novamente a tônica, aqui, é a legalidade.”

“A seu turno, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1966, e incorporado à ordem jurídica brasileira pelo Decreto nº 592/1992, dispõe, no seu art. 14, que ‘qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei!’”

“O conteúdo do artigo 8, parágrafo 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada pelo Decreto nº 678/1992, é praticamente o mesmo: ‘Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se pre-

suma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa'. Praticamente idêntico, aliás, é o conteúdo do artigo 6º, item 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, segundo o qual 'toda pessoa acusada de um crime deve ser presumida inocente até que seja provada a sua culpa segundo a lei.'"

"No julgamento do caso Suárez Rosero Vs. Equador, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, interpretando o citado artigo 8.2 da Convenção Americana, assentou o entendimento de que antecipar a execução da pena à devida comprovação da culpabilidade, nos termos da lei doméstica, traduz procedimento contrário aos princípios gerais de direito universalmente reconhecidos. Colho excerto: 'Esta Corte considera que ao princípio da presunção de inocência subjaz o propósito das garantias judiciais, ao afirmar que uma pessoa é inocente até que sua culpabilidade seja demonstrada. Do disposto no artigo 8.2 da Convenção deriva a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações e que não evitará a ação da justiça, pois a prisão preventiva é uma medida cautelar, não punitiva. Este conceito está expresso em múltiplos instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, entre outros, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que dispõe que a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral (artigo 9.3). Caso contrário, estar-se-ia cometendo uma injustiça ao privar de liberdade pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida, por um prazo desproporcional à pena que corresponderia ao crime imputado. Seria o mesmo que antecipar uma pena à sentença, o que é contrário aos princípios gerais do direito universalmente reconhecidos.'"

"O princípio da primazia da norma mais favorável foi positivado no Artigo 29, 'b', na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), preceito que proíbe categoricamente seja ela interpretada como limite ao gozo ou exercício de qualquer direito ou liberdade reconhecido de acordo com as

leis do Estado-parte.²⁵ Em decorrência, é um verdadeiro *non sequitur* afirmar que, se a Convenção, no seu Artigo 8, § 2 – ou, para esses fins, qualquer outro instrumento internacional assegurador de liberdades subjetivas – não dá à presunção de inocência a dimensão que lhe Confere a Constituição brasileira, não poderia o seu autor, o Poder Constituinte, legitimamente fazê-lo.”

Voto do Ministro Gilmar Mendes: “A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8. 2: ‘Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa’. A partir de tal dispositivo, há relevantes precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso *Suárez Rosero vs. Equador*, consignou-se que a ‘Corte estima que o princípio da presunção de inocência atende ao propósito das garantias, ao firmar a ideia de que uma pessoa é inocente até que a sua culpabilidade seja demonstrada’ (tradução livre). Já no caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*, assentou-se que ‘a Corte considera que o direito à presunção de inocência é um elemento essencial para a realização efetiva do direito de defesa e acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine a sua culpabilidade se torne imutável’ (tradução livre).”

9.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.”

²⁵ “Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.”

10. ADI nº 4.729: a constitucionalidade de lei estadual que dispõe sobre o Programa de Reinserção Social de Presos e Egressos do Sistema Carcerário e a efetivação dos seus direitos fundamentais

10.1 Identificação do caso

ADI nº 4.729

Requerente: Governador do Estado do Amapá

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Julgamento: 29.05.2020

10.2 Resumo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Governador do Estado do Amapá, objetivando o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei estadual nº 1.602/2011, que dispõe sobre o Programa de Reinserção Social de Presos e Egressos do Sistema Carcerário do Estado do Amapá. Alega-se que a norma desrespeita reserva de iniciativa do chefe do Executivo para tratar de temas que envolvem a Administração Pública e usurpa competência da União para legislar sobre contratos administrativos. O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido, observando que: (i) não houve violação à reserva de iniciativa, dado que a lei não criou cargos ou alterou o regime jurídico aplicável aos servidores do Executivo; (ii) a competência da União para legislar sobre licitação e contratos se refere à elaboração de normas gerais, nada impedindo que

os Estados estipulem cláusulas contratuais para atender a determinadas políticas públicas de caráter local; (iii) programas de reinserção de presos são mecanismos de efetivação de direitos fundamentais, que alinham o Brasil com os tratados internacionais dos quais é signatário.

10.3 Ementa

“Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 1.602/2011 do Estado do Amapá. Projeto ‘Oportunidade’ para reinserção de apenados. 3. Inexistência de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. 4. Competência privativa da União para legislar sobre licitações e contratos. Normas gerais. 5. Inexistência de vício de inconstitucionalidade formal. 6. Concretização de direitos fundamentais, internacionalmente assegurados. Direito do preso à ressocialização. 7. Inexistência de inconstitucionalidade material. 8. Importância das políticas públicas federais, estaduais e municipais, elaboradas com a colaboração do Poder Judiciário, Ministério Público e CNJ, para a reinserção dos presos e egressos do sistema penitenciário no mercado de trabalho. 9. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”

10.4 Tese

Não houve fixação de tese.

10.5 Fundamentação

Competência legislativa e reserva de iniciativa

A constitucionalidade de lei estadual que dispõe sobre o Programa de Reinserção Social de Presos e Egressos do Sistema Carcerário e a efetivação dos seus direitos fundamentais

Reinserção de presos como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais

Competência legislativa e reserva de iniciativa

“No caso, a norma impugnada não trata nem da estrutura e funcionamento dos órgãos públicos, nem atinge o regime jurídico dos servidores públicos estaduais. Por outro lado, também como já consignado por esta Corte, normas relativas a contratos administrativos não são, por si só, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.”

“Ademais, a competência da União para elaborar normas que tratem de licitação e contratos é para elaborar normas gerais. Assim, nada impede que os Estados, no âmbito de suas competências, determinem a elaboração de cláusulas contratuais para atender a determinadas políticas públicas estaduais, como a participação no Programa de Reinserção de presos, por exemplo.”

Reinserção de presos como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais

“Registro, por fim, que programas de reinserção de presos e de egressos do sistema carcerário são medidas que dão concretude aos direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição, pois buscam efetivar a ressocialização dos apenados.”

“Justamente em razão desses valores maiores, o Conselho Nacional de Justiça lançou, em 2008, o Programa Começar de Novo, que busca sensibilizar a população para a necessidade de reinserir, no mercado de trabalho e na sociedade, presos que já cumpriram suas penas. Inclusive, já foram assinados pelo CNJ inúmeros convênios de cooperação com os Estados-membros no âmbito desse Programa.”

“Por oportuno, ainda, registro que, no âmbito federal, o Decreto 9.450, de 24 de julho de 2018, institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação prisional, e regulamenta o § 5º do art. 40 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o disposto no inciso XXI do *caput* do art. 37 da Constituição e institui normas para licitação e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo federal. O Decreto, inclusive, reconhece a existência de programas similares e congêneres no âmbito federal, estadual, distrital e municipal, bem como disciplina o art. 40, § 5º, da Lei 8.666 apenas para a administração direta e indireta federal.”

10.6 Diálogo entre STF e SIDH

Voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes: “O Brasil, inclusive, é signatário de tratados internacionais sobre direitos humanos como o Pacto de San José, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Todos eles proíbem o tratamento degradante do preso e buscam garantir condições para a reintegração social do condenado.”

10.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator.”

11. ADPF nº 714, ADPF nº 715 e ADPF nº 718: a obrigatoriedade do uso de máscaras no interior do sistema prisional durante a pandemia de covid-19 e a proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde

11.1 Identificação do caso

ADPF nº 714, ADPF nº 715 e ADPF nº 718

Requerentes: Partido Democrático Trabalhista, Partido Rede Sustentabilidade e Partido dos Trabalhadores (respectivamente)

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Julgamento: 17.02.2021

11.2 Resumo

Trata-se de três arguições de descumprimento de preceito fundamental que postularam a declaração de inconstitucionalidade do veto aposto pelo Presidente da República à lei que determinava a utilização compulsória de máscaras de proteção individual por todos os trabalhadores em estabelecimentos prisionais ou de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço, durante o período de emergência da pandemia de covid-19. Os requerentes alegam, no conjunto das ações, que: (i) o veto seria único e irretroatável, não sendo possível que, após sancionar uma lei, o Presidente republicasse o ato, vetando a

norma; e (ii) a não exigência de máscaras no interior de prisões e estabelecimentos socioeducativos implicaria violação aos direitos fundamentais à vida e à saúde. O Supremo Tribunal Federal julgou as ações procedentes para suspender o veto aposto pelo Presidente da República e, portanto, restabelecer a vigência da norma que determinou o uso de máscaras em tais estabelecimentos.

11.3 Ementa

“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. Veto presidencial em projeto de lei que determinava a utilização de máscaras em locais fechados. 3. Novo veto, após sanção parcial, contra dispositivo anteriormente sancionado, que determinava a utilização de máscaras em presídios. 4. Admissibilidade de ADPF contra veto por inconstitucionalidade. 5. Impossibilidade de arrependimento ao veto. 6. Precedentes. 7. Medida cautelar deferida em parte para suspender os novos vetos trazidos na ‘republicação’ veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, a fim de que seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020. 8. Medida cautelar referendada pelo Plenário. 9. Apreciação, pelo Congresso Nacional, da Mensagem de Veto 25, com superação do veto ao art. 3º-A da Lei 13.979/2020. Perda superveniente de objeto. 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada procedente para restabelecer a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020.”

11.4 Tese

Não houve fixação de tese.

11.5 Fundamentação

Devido processo legislativo e poder de veto

A obrigatoriedade do uso de máscaras no interior do sistema prisional durante a pandemia de covid-19 e a proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde

Direito à saúde dos presos durante a pandemia de covid-19

Devido processo legislativo e poder de veto

“No tocante aos pedidos de suspensão dos efeitos da retificação no DOU de 6 de julho de 2020, verifica-se que, para além de qualquer dúvida razoável, o que ocorreu foi um ‘exercício renovado’ do poder de veto. Exercício cuja desconformidade com o art. 66 da Constituição Federal acontece pelo só fato de sua repetição, e que afronta suficientemente a higidez da ordem constitucional a ponto de representar violação ao preceito fundamental da separação dos poderes (art. 2º, CF/88).”

“Os mais elevados valores materiais necessários para a convivência democrática não são localizáveis no éter; são, antes, produto de procedimentos: ‘a democracia como forma de racionalizar processos na ordem política cria publicidade no seio de seus próprios procedimentos. O procedimento formal se converte, portanto, em garantia de retidão e justiça material’ (HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. 2ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2013, p. 144).”

“Nem fim em si mesmo, nem mero instrumento a ser relativizado para a realização de um resultado tido como mais nobre: a formação das espécies normativas primárias (art. 59, CF/88), no marco de uma leitura constitucionalmente adequada, é função pública estruturada em *iter* procedimental, com etapas sucessivas, tanto pela necessidade prática

de coordenar o agir de uma pluralidade de órgãos estatais, quanto para dotar a formação do ato final, no caso a lei, de um mínimo de previsibilidade que possibilite a setores da sociedade a se organizarem em busca de influírem efetivamente no ato final. (GALEOTTI, Serio. **Contributo a la Teoria del Procedimento Legislativo**. Milão: Giuffrè, 185, p. 86)."

"Esse entendimento – admitir que se recaia veto sobre o material legislativo que já fora sancionado, promulgado e publicado, como foi o caso da Lei 14.019/2020 – seria o mesmo que reconhecer que uma sanção recaia não em um projeto de lei, mas em uma lei. A anomalia não passou despercebida por Pontes de Miranda, que asseverou a impossibilidade de o Chefe do Poder Executivo renovar a deliberação executiva (sanção/veto)."

"A inusitada situação dos autos – o exercício do poder de veto em uma lei já promulgada e publicada – gera forte insegurança jurídica; dificulta até mesmo a identificação de qual é o direito vigente. A perspectiva que partilha do posicionamento de que, em situações tais, em que se impugna veto do Chefe do Poder Executivo, seria preferível aguardar a apreciação do Congresso Nacional em sessão conjunta (art. 57, § 3º, inc. IV, CF/88) evidentemente não convence."

Direito à saúde dos presos durante a pandemia de covid-19

"É necessário lembrar, com extremo pesar e assombro, que nosso país atingiu lamentavelmente o 2º lugar mundial em quantidade de casos [de contágio por covid-19] (atrás apenas dos Estados Unidos da América). Em uma visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Sobretudo os dois dispositivos que foram objeto de 'replicação de veto', veiculada no Diário Oficial da União do dia

6 de julho de 2020, estabelecem importantes medidas de combate à pandemia, *in verbis*: [...].”

“Ainda mais importante a plena normativa do art. 3º-F, que impõe a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual a todos os trabalhadores dos estabelecimentos prisionais e de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço.”

“No caso brasileiro, a obrigatoriedade legislativa de uso de equipamentos de proteção individual em presídios e estabelecimento socioeducativos assume extrema relevância, diante da precariedade estrutural das políticas de saúde nesses sistemas. Segundo dados constantes de Relatório de Monitoramento Semanal da Covid-19 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicado em 29 de julho de 2020, já são mais de 17.123 casos confirmados de COVID-19 no sistema prisional brasileiro e 2.420 casos confirmados no Sistema Socioeducativo. Há fortes indícios de que esses números sejam fortemente subestimados, considerando que, no sistema prisional, até o final de julho de 2020, apenas 18.607 testes foram realizados. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf><https://www.cnj.jus.br/wp->).”

11.6 Diálogo entre STF e SIDH

“A situação de vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade face aos riscos da pandemia do novo Coronavírus tem sido enfaticamente destacada pelos organismos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na sua Resolução 1/2020 ‘Pandemia e Direitos Humanos nas Américas’ expediu diversas recomendações sobre pessoas privadas de liberdade, conclamando que os Estados Nacionais envisassem esforços para, dentre outros: ‘45. Adotar medidas para enfrentar a aglomeração nas unidades de privação da liberdade, inclusive a reavaliação dos

casos de prisão preventiva para identificar os que podem ser convertidos em medidas alternativas à privação de liberdade, dando prioridade às populações com maior risco de saúde frente a um eventual contágio pela COVID-19, principalmente os idosos e mulheres grávidas ou com filhos lactantes. 46. Assegurar que, nos casos de pessoas em situação de risco em contexto de pandemia, se avaliem os pedidos de benefícios carcerários e medidas alternativas à pena de prisão. No caso de pessoas condenadas por graves violações dos direitos humanos e delitos de lesa-humanidade, atendendo o bem jurídico afetado, a gravidade dos fatos e a obrigação dos Estados de punir os responsáveis por tais violações; tais avaliações requerem análises e requisitos mais exigentes, com apego ao princípio de proporcionalidade e aos padrões interamericanos aplicáveis. 47. Adequar as condições de detenção das pessoas privadas de liberdade, particularmente no que se refere a alimentação, saúde, saneamento e medidas de quarentena, para impedir o contágio intramuros pela COVID-19, garantindo em particular que todas as unidades contem com atenção médica.”

11.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por unanimidade, não conheceu da arguição em relação ao veto ao art. 3º-A, inciso III, por perda superveniente de objeto, e, na parte conhecida, julgou procedente a arguição em relação aos novos vetos trazidos na ‘republicação’ veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, a fim de que seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei nº 13.979/2020, na redação conferida pela Lei nº 14.019, de 2 de julho de 2020, nos termos do voto do Relator.”

12. ADPF nº 334: o fim da prisão especial cautelar para pessoas com diploma de ensino superior

12.1 Identificação do caso

ADPF nº 334

Requerente: Procurador-Geral da República

Relator: Ministro Alexandre de Moraes

Julgamento: 03.04.2023

12.2 Resumo

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental com o objetivo de ver reconhecida a não recepção do art. 295, inciso VII, do Código de Processo Penal pela Constituição Federal. A norma em questão, anterior à Carta de 1988, garantia às pessoas com diploma de ensino superior o direito de permanecerem em prisão especial quando sujeitos à segregação cautelar. O requerente alegou que a diferenciação entre presos com base no grau de instrução implicaria violação ao princípio republicano e à isonomia. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido, por entender que a discriminação com base no grau de instrução não atende a uma finalidade constitucional legítima, contribuindo para a perpetuação da seletividade socioeconômica no sistema de justiça criminal e implicando violação ao princípio da igualdade e ao Estado Democrático de Direito.

12.3 Ementa

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 295, INCISO VII, DO CPP. PRISÃO ESPECIAL, DE NATUREZA CAUTELAR, A PORTADORES DE DIPLOMA DE ENSINO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL PARA O TRATAMENTO DISTINTO ENTRE PRESOS POR PARTE DO PODER PÚBLICO. ELEMENTO DISCRIMINADOR QUE NÃO SE ENCONTRA A SERVIÇO DE UMA FINALIDADE ACOLHIDA PELA CONSTITUIÇÃO. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA (ARTS. 3º, IV, E 5º, CAPUT, DA CF). NÃO RECEPÇÃO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL ESTABELECIDADA EM 1988.

1. Todos os cidadãos têm o direito a tratamento idêntico pela lei, exceto quando presente uma correlação lógica entre a distinção que a norma opera e o fator de discrimen, em consonância com os critérios albergados pela Constituição Federal.

2. O princípio constitucional da igualdade opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao Executivo, na edição de leis e atos normativos, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigação direcionada ao intérprete de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, de raça ou classe social.

3. A prisão especial constitui o recolhimento provisório em local distinto, cuja concessão se admite, à luz da Constituição, quando a segregação do ambiente prisional comum visa a atender a determinadas circunstâncias pessoais que colocam seus beneficiários em situação de maior e mais gravosa exposição ao convívio geral no cárcere. Expô-los ao contato com a população carcerária frustraria a tutela desses interesses constitucionalmente protegidos.

4. Não há amparo constitucional, contudo, para a segregação de presos provisórios com apoio no grau de instrução acadêmica, tratando-se de mera qualificação de ordem estritamente pessoal que contribui para a perpetuação de uma inaceitável seletividade socioeconômica do sistema de justiça criminal, incompatível com o princípio da igualdade e com o Estado democrático de Direito.

5. Ausente qualquer justificativa que empregue sentido válido ao fator de discrimen indicado na norma impugnada, a conclusão é a de que a prisão especial, em relação aos portadores de diploma de nível superior, é inconciliável com o preceito fundamental da isonomia (art. 3º, IV, e art. 5º, *caput*, CF).

6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental conhecida e julgada procedente.”

12.4 Tese

Não houve fixação de tese.

12.5 Fundamentação

“Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.”

“O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Executivo, na edição de leis e atos normativos, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigação direcionada ao intérprete – basicamente, a autoridade pública – de

aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, de raça ou classe social.”

“A desigualdade inconstitucional na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos comumente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente, por isso, uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.”

“A segregação do ambiente carcerário comum, nesses casos, visa a atender a determinadas circunstâncias pessoais que colocam seus beneficiários em situação de maior e mais gravosa exposição ao convívio geral no cárcere, evitando, por exemplo, qualquer violência decorrente da convivência de homens e mulheres na mesma prisão; a influência deletéria de presos definitivos contra pessoas que, pela presunção de inocência, não se confirmaram criminosas; de autores de crimes mais graves sobre os demais presos; ou, ainda, daqueles em relação a crianças e adolescentes que cometeram atos infracionais. Em todas essas hipóteses, busca-se conferir maior proteção à integridade física e moral de presos que, por suas características excepcionais, se encontram em situação mais vulnerável, ou seja, substancialmente desigual, e que, por isso mesmo, merecem um tratamento também desigual por parte do Poder Público.”

“Não me parece existir qualquer justificativa razoável, à luz da Constituição da República, que seja apta a respaldar a distinção de tratamento a pessoas submetidas à prisão cautelar, pelo Estado, com apoio no grau de instrução acadêmica, tratando-se

de mera qualificação de ordem estritamente pessoal que, por si só, não impõe a segregação do convívio com os demais reclusos. A meu ver, a previsão do direito à prisão especial a diplomados em ensino superior não guarda nenhuma relação com qualquer objetivo constitucional, com a satisfação de interesses públicos ou a proteção de seu beneficiário frente a algum risco maior a que possa ser submetido em virtude especificamente do seu grau de escolaridade.”

“Trata-se, na realidade, de uma medida estatal discriminatória, que promove a categorização de presos e que, com isso, ainda fortalece desigualdades, especialmente em uma nação tão socialmente desigual como a nossa, em que apenas 11,30% da população geral possui ensino superior completo. Trazendo um dado ainda mais alarmante, tem-se que somente 5,65% dos pretos ou pardos conseguiram graduar-se em uma Universidade, tudo de acordo com o último Censo do IBGE, em 2010, único disponível, devido à pandemia.”

“Ao permitir-se um tratamento especial por parte do Estado dispensado aos bacharéis presos cautelarmente, a legislação beneficia justamente aqueles que já são mais favorecidos socialmente, os quais já obtiveram um privilégio inequívoco de acesso a uma Universidade. A separação de presos provisórios por nível de instrução contribui para a perpetuação de uma inaceitável seletividade socioeconômica do sistema de justiça criminal e do Direito Penal, tratando-se de regra incompatível com o princípio da igualdade e com o próprio Estado democrático de Direito.”

“Nesse sentido, a professora Valquíria Padilha explica que ‘ao considerar aqui a hipótese de que a prisão especial é um privilégio ou de que ela é a legalização do privilégio, parte-se não só da defesa do que consta na Carta Magna de que todos são iguais perante à lei mas, de uma ideia de cunho político de que, em certa medida, se privatiza a noção de público, uma vez que privilégio é entendido como ‘lei privada’, lei para alguns poucos e não para todos’ (Valquíria Padilha e Flávio Antonio Lazzarotto. ‘A distinção por trás das grades: reflexões sobre a prisão especial’. Revista

Sociologia Jurídica. N. 4. Jan./Jun. 2007. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/a-distincao-por-tras-das-grades-reflexoes-sobre-a-prisao-especial/> <https://sociologiajuridica.net/a-distincao-por-tras-das-grades-reflexoes-sobre-a-prisao-especial/>,”

“Em nosso próprio país, a distinção de presos com base no grau de instrução acadêmica documenta, de forma já extemporânea, a lógica do bacharelismo, designativo pelo qual as ciências sociais descrevem certo aspecto da formação social do Brasil, onde a condição de bacharel serviu como diferenciação funcional do papel da classe dominante. RAYMUNDO FAORO (Os Donos do Poder, 3ª edição, 2001) resgata o papel social atribuído à condição de bacharel na formação política e social da nossa República: ‘Desde a primeira hora da colonização, Portugal, sensível ao plano de governo da terra imensa e selvagem, mandou à colônia, ao lado dos agentes do patrimônio real, os fabricantes de letrados, personificados nos jesuítas’. ‘O gosto pelo diploma de bacharel’, nota Gilberto Freyre ‘pelo título de mestre, criaram-no bem cedo os jesuítas no rapaz brasileiro; no século XVI já o brasileiro se deliciava em estudar retórica e latim para receber o título de bacharel ou de mestre em artes. Já a beca dava uma nobreza toda especial ao adolescente pálido que saía dos ‘pátios’ dos jesuítas. Nela se anunciava o bacharel do século XIX o que faria a República, com a adesão até dos bispos, dos generais e dos barões do Império. Todos um tanto fascinados pelo brilho dos bacharéis. O caminho da nobilitação passava pela escola, pelos casarões dos jesuítas, pela solene Coimbra ou pelos acanhados edifícios de Olinda, São Paulo e Recife. O alvo seria o emprego e, por via dele, a carruagem do estamento burocrático, num processo de valorização social decorrente do prestígio do mando político.”

12.6 Diálogo com outros sistemas de direito internacional

Voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes: “Nesse sentido, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, também conhecidas como Regras de Mandela (Resolução 70/175 em 2015), em que a Assembleia

Geral da ONU promulga condições essenciais a serem cumpridas pelos Estados no tratamento de pessoas encarceradas, entre elas a imparcialidade, não devendo proceder com ‘nenhuma discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, patrimônio, nascimento ou outra condição’ (Regra 2). Atendendo, contudo, a um critério de justiça e igualdade material, as Regras de Mandela explicitam alguns critérios válidos e plenamente legítimos de tratamento diferenciado entre detentos em condições desiguais, *in verbis*: Regra 11. ‘As diferentes categorias de reclusos devem ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento prisional, tendo em consideração o respetivo sexo e idade, antecedentes criminais, razões da detenção e medidas necessárias a aplicar’. Assim: (a) Homens e mulheres devem ficar detidos em estabelecimentos separados; nos estabelecimentos que recebam homens e mulheres, todos os locais destinados às mulheres devem ser completamente separados; (b) Presos preventivos devem ser mantidos separados dos condenados; (c) Pessoas detidas por dívidas ou outros reclusos do foro civil devem ser mantidos separados dos reclusos do foro criminal; (d) Os jovens reclusos devem ser mantidos separados dos adultos.”

“Também o Pacto Internacional de Direito Humanos, em seu artigo 10, ressalta expressamente a necessidade de se separarem presos provisórios de condenados definitivamente e os jovens dos adultos: [...]”²⁶

“A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, igualmente, enfatiza o necessário tratamento distinto entre pessoas presas provisoriamente, fazendo menção a esse respeito nas ‘Medidas para reduzir a prisão preventiva’, quando indica a

²⁶ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/1992): “ARTIGO 10 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. 2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada. b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível. 3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.”

necessidade de um tratamento diferenciado também para detentas mulheres e aqueles que se encontrem em situação de risco (item n. 17).”

12.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na presente arguição, para declarar a não recepção do art. 295, inciso VII, do Código de Processo Penal pela Constituição de 1988, nos termos do voto do Relator.”

13. ADI nº 6.259: constitucionalidade do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU)

13.1 Identificação do caso

ADI nº 6.259

Requerente: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

Relator: Ministro Alexandre de Moraes

Redator do Acórdão: Ministro Dias Toffoli

Julgamento: 22.08.2023

13.2 Resumo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, cujo objeto é a Resolução nº 280/2019 do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre as diretrizes e os parâmetros para o processamento da execução penal nos tribunais brasileiros, por intermédio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), de modo a determinar que todos os processos de execução penal, nos tribunais brasileiros, devam tramitar pelo SEEU. O STF, por maioria dos votos, afastou a preliminar de perda de objeto e, no mérito, julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que cabe ao Conselho Nacional de Justiça a missão constitucional de realizar o controle administrativo dos tribunais brasileiros, nos termos do art. 37 da Constituição Federal.

13.3 Ementa

“Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 280/19. Diretrizes e parâmetros para o processamento da execução penal nos tribunais brasileiros por intermédio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) e sua governança. Alterações promovidas pela Resolução CNJ nº 304/19. Perda de objeto. Não verificação. Alegadas violações do princípio federativo, da usurpação da competência concorrente entre a União e os Estados para legislar sobre direito penitenciário e procedimentos processuais, da separação dos poderes e dos limites do poder normativo do CNJ. Não ocorrência. Missão constitucional do CNJ de efetuar o controle administrativo dos tribunais do país à luz dos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Sistema informatizado único. Instrumento de eficiência do Poder Judiciário na gestão da execução penal. Intuito de se superar estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional (ADPF nº 347). Vantagens intrínsecas do sistema que justificam sua adoção. Improcedência.

1. O Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), enquanto sistema unificado de tramitação eletrônica dos processos de execução penal, representa sensível incremento na eficiência de gestão do Poder Judiciário.
2. O SEEU foi concebido de maneira mais ampla, a partir dos parâmetros apontados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347, com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional, no qual está ‘presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas’.
3. As vantagens intrínsecas à utilização de um sistema único – das quais se destacam o exercício dos direitos, a racionalização do trabalho dos órgãos da execução penal

e a economia de recursos públicos – bastariam para justificar a adoção do SEEU em todo o país, disponibilizado gratuitamente pelo Conselho Nacional de Justiça.

4. Ação julgada improcedente.”

13.4 Tese

Não houve fixação de tese.

13.5 Fundamentação

“[...] o SEEU é imperativo de eficiência do Poder Judiciário na gestão da execução penal e, como tal, deve ser estimulado e promovido pelo CNJ em sua missão de efetuar o controle administrativo dos tribunais do país à luz dos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.”

“Nesse diapasão, é preciso lembrar que o SEEU foi concebido de maneira mais ampla, a partir dos parâmetros apontados pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347, ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional, no qual está ‘presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas.’”

“Em termos mais amplos, o SEEU possibilita uma visão completa e detalhada da execução penal do país e da situação do sistema prisional de cada estado da federação, cumprindo salientar que o Poder Judiciário não possuía dados confiáveis sequer sobre a quantidade de pessoas presas no país.”

“Destaco, ainda, que o SEEU é determinante para a gestão do sistema prisional em um cenário de calamidade provocado pela superlotação, fornecendo condições

para a aplicação da Súmula nº 56 do Supremo Tribunal Federal, a idealização de centrais de vagas e o cumprimento das ordens de *habeas corpus* concedidas pela Segunda Turma do STF em favor das gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.”

13.6 Diálogo entre STF e SIDH

Não houve diálogo no voto do relator.

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski: “Considerado o panorama de implementação nacional do SEEU, friso que não faz sentido, do ponto de vista da eficiência no enfrentamento à calamidade carcerária instalada no país – e que inclusive rendeu diversas condenações ao Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos –, a exigir esforço concentrado de todas as instituições que atuam no sistema de justiça penal, que 2 tribunais resistam tanto a aderir à solução única. O sistema prisional em situação de descabro é nacional, as condenações internacionais quem as sofre é o Estado brasileiro, e o órgão constitucional e legalmente habilitado para realizar o planejamento e desenhar estratégia unificada de manejo da questão penitenciária no país é o Conselho Nacional de Justiça.”

13.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria, afastou a preliminar de perda de objeto, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski, que proferira voto em assentada anterior, e os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Nunes Marques. No mérito, por maioria, julgou improcedente o pedido, vencido o Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que julgava parcialmente procedente a ação. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Não votou o Ministro Cristiano Zanin, sucessor do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, Sessão Virtual de 11.8.2023 a 21.8.2023.”

14. ADPF nº 347: estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro por violação massiva dos direitos dos presos

14.1 Identificação do caso

ADPF nº 347

Requerente: Partido Socialismo e Liberdade

Relator: Ministro Marco Aurélio

Redator do Acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso

Julgamento: 04.10.2023

14.2 Resumo

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental que visa à declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência de um estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema prisional do Brasil, em face de violações massivas de direitos fundamentais, e à adoção pelo Poder Público de medidas voltadas à melhoria da situação carcerária e ao enfrentamento da superlotação. O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo tal estado de coisas inconstitucional. Entre outras medidas, o Supremo Tribunal Federal determinou a elaboração de um plano nacional, bem como de planos locais para a superação de tal situação, por meio da atuação cooperativa de diversas autoridades, instituições e comunidade.

14.3 Ementa

“DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS. ADPF. SISTEMA CARCERÁRIO. VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS. FALHAS ESTRUTURAIS. NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PENAIS E PRISIONAIS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS.

I. OBJETO DA AÇÃO

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental por meio da qual se postula que o STF declare que o sistema prisional brasileiro configura um estado de coisas inconstitucional, ensejador de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, bem como que imponha ao Poder Público a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria da situação carcerária e ao enfrentamento da superlotação de suas instalações.

II. CONDIÇÕES CARCERÁRIAS E COMPETÊNCIA DO STF

2. Há duas ordens de razões para a intervenção do STF na matéria. Em primeiro lugar, compete ao Tribunal zelar pela observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sobretudo quando se trata de grupo vulnerável, altamente estigmatizado e desprovido de representação política (art. 5º, XLVII, XLVIII e XLIX, CF). Além disso, o descontrole do sistema prisional produz grave impacto sobre a segurança pública, tendo sido responsável pela formação e expansão de organizações criminosas que operam de dentro do cárcere e afetam a população de modo geral (arts. 1º, 5º e 144, CF).

III. CARACTERÍSTICAS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

3. Os processos estruturais têm por objeto uma falha crônica no funcionamento das instituições estatais, que causa ou perpetua a violação a direitos fundamentais. A sua solução geralmente envolve a necessidade de reformulação de políticas públicas.

4. Tais processos comportam solução bifásica, dialógica e flexível, envolvendo: uma primeira etapa, de reconhecimento do estado de desconformidade constitucional e dos fins a serem buscados; e uma segunda etapa, de detalhamento das medidas, homologação e monitoramento da execução da decisão.

5. A promoção do diálogo interinstitucional e social legitima a intervenção judicial em matéria de política pública, incorporando a participação dos demais Poderes, de especialistas e da comunidade na construção da solução, em atenção às distintas capacidades institucionais de cada um.

IV. RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

6. O estado de desconformidade constitucional do sistema carcerário brasileiro expressa-se por meio: (i) da superlotação e da má-qualidade das vagas existentes, marcadas pelo déficit no fornecimento de bens e serviços essenciais que integram o mínimo existencial (Eixo 1); (ii) das entradas de novos presos no sistema de forma indevida e desproporcional, envolvendo autores primários e delitos de baixa periculosidade, que apenas contribuem para o agravamento da criminalidade (Eixo 2); e (iii) da permanência dos presos por tempo superior àquele previsto na condenação ou em regime mais gravoso do que o devido (Eixo 3). Tal situação compromete a capacidade do sistema de cumprir seus fins de ressocialização dos presos e de garantia da segurança pública.

V. CONCORDÂNCIA PARCIAL COM O VOTO DO RELATOR

7. Adesão ao voto do relator originário quanto à procedência dos pedidos para declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e determinar que: (i) juízes e tribunais motivem a não aplicação de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade quando determinada ou mantida a prisão provisória; (ii) juízes fixem, quando possível, penas alternativas à prisão, pelo fato de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições mais severas do que

as previstas em lei; (iii) juízes e tribunais levem em conta o quadro do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante a execução penal; (iv) sejam realizadas audiências de custódia no prazo de 24hs, contadas do momento da prisão; (v) a União libere as verbas do FUNPEN.

8. Além disso, o ministro relator originário julgou procedentes em parte os pedidos para que: o Governo Federal elabore, no prazo de três meses (que neste voto se aumenta para seis meses), um plano nacional para a superação, em no máximo três anos, do estado de coisas inconstitucional; e para que Estados e Distrito Federal elaborem e implementem planos próprios. Julgou, ainda, improcedentes os pedidos de oitiva de entidades estatais e da sociedade civil acerca dos planos, bem como de sua homologação e monitoramento pelo STF.

VI. DIVERGÊNCIA DO VOTO DO RELATOR

9. Em sentido diverso àquele constante do voto do Relator, afirma-se: (i) a necessária participação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ) na elaboração do plano nacional; (ii) a procedência dos pedidos de submissão dos planos ao debate público e à homologação pelo STF; e (iii) o monitoramento da sua execução pelo DMF/CNJ, com supervisão do STF.

10. A elaboração do plano nacional de enfrentamento do problema carcerário deve ser atribuída, conjuntamente, ao DMF/CNJ e à União, ambos dotados de competência e expertise na matéria (art. 103-B, § 4º, CF; Lei 12.106/2009; art. 59 da MP nº 1.154/2023; art. 64 da LEP). O DMF/CNJ deve ser responsável pelo planejamento das medidas que envolvam a atuação do Poder Judiciário enquanto o Governo Federal deve realizar o planejamento nacional das medidas materiais de caráter executivo.

11. O plano nacional deve contemplar o marco lógico de uma política pública estruturada, com os vários órgãos e entidades envolvidos, bem como observar os objetivos e as medidas objeto de exame no voto, que incluem: (i) controle da superlotação dos presídios, melhoria da qualidade e aumento de vagas; (ii) fomento às medidas alternativas à prisão e (iii) aprimoramento dos controles de saída e progressão de regime. O plano deve, ainda, definir indicadores de monitoramento, avaliação e efetividade, bem como os recursos necessários e disponíveis para sua execução e os riscos positivos e negativos a ele associados. Competirá ao DMF/CNJ, sob a supervisão do STF, o monitoramento da sua execução, e a regulamentação necessária a tal fim, retendo-se ainda a competência desta Corte em casos de impasse ou de atos que envolvam reserva de jurisdição.

VII. CONCLUSÃO

12. Pedido julgado parcialmente procedente. Tese: '1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, devendo tais planos ser especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.'"

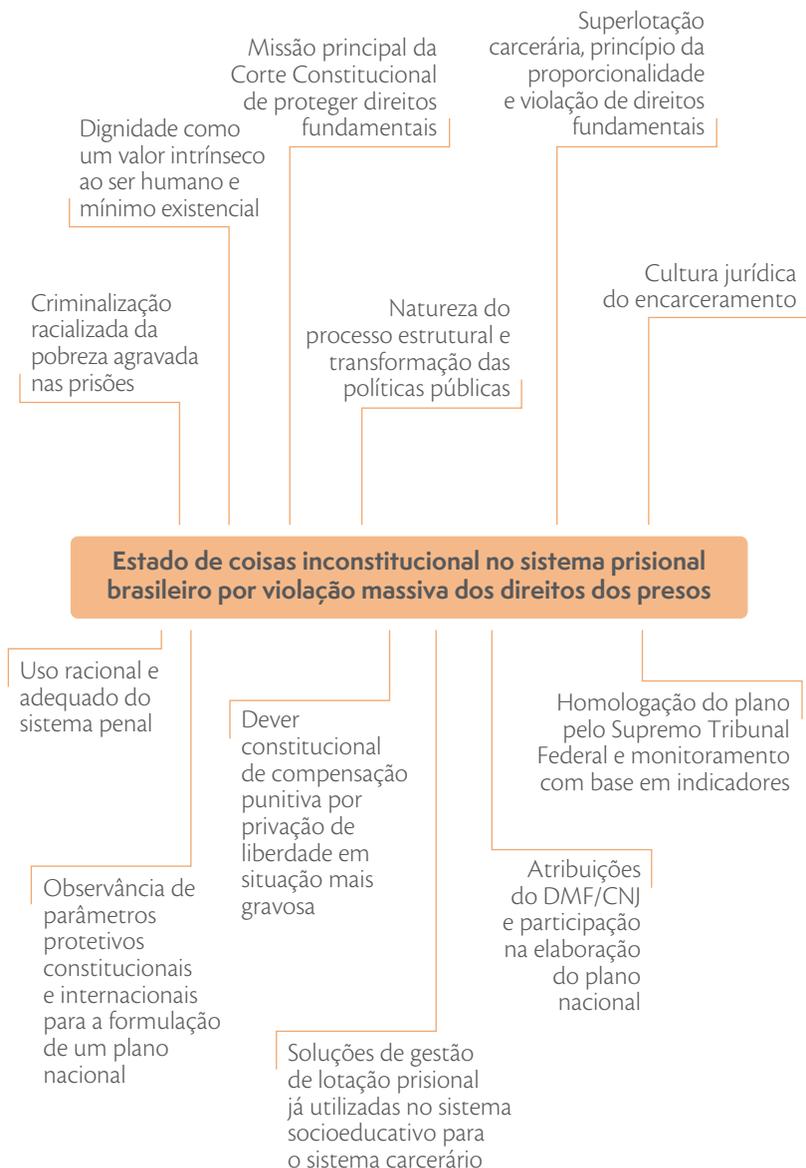
14.4 Tese

“1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória.

2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, devendo tais planos ser especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos.

3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.”

14.5 Fundamentação



Criminalização racializada da pobreza agravada nas prisões

“15. Veja-se que tais pessoas, tratadas de forma desumana, são, em sua maioria, jovens, negras, pobres e foram presas sem portar arma e por delitos não violentos, para os quais a prisão poderia ser substituída por medidas alternativas como permitido por lei.²⁷ Aproximadamente 61% das pessoas presas em unidades estaduais têm entre 18 e 34 anos; 68% de tais pessoas declarou-se negra ou parda; 40% foram presos por crimes contra o patrimônio; 29%, por tráfico de drogas²⁸, sendo que grande percentual das pessoas presas por tráfico portava pequenas quantidades²⁹⁻³⁰. Os presos por homicídio, estupro, violência contra pessoas ou ligados a organizações criminosas, que representam uma ameaça social maior, são a minoria. Apenas 15% dos presos praticaram crimes contra a pessoa e por volta de 5,7% atentaram contra a dignidade sexual. Por outro lado, 25% dos encarcerados estão presos provisoriamente, sequer tendo sido condenados em definitivo³¹. Não bastasse isso, grande parcela de tal população não tem ou terá acesso a estudo, a trabalho ou a capacitação e orientação profissional durante

²⁷ Leandro Damasceno e Silva. A Lei n. 9.034/95 e as organizações criminosas brasileiras, THEMIS, v. 11, n. 11, p. 267-280, 2013. Roberto Magno Reis Netto e Clay Anderson Nunes Chagas. Associação interna como forma de integração dos presídios às redes externas do tráfico: a percepção dos agentes territoriais da segurança pública no estado do Pará, n. 15, n. 2, maio-ago 2019.

²⁸ SISDEPEN (dados de janeiro a junho de 2022). Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>.

²⁹ A título ilustrativo, quanto ao Estado de São Paulo, que detém a maior população carcerária brasileira: “[...] nenhum dos índices de gravidade são elevados. O Estado lidera o índice de apreensões de dinheiro de baixo valor (96,62% abaixo de um salário mínimo); apresenta [...] 7,02% de investigações (o segundo menos investigativo); 4,91% de armas apreendidas (o menor índice entre os oito Estados), 8,07% de apreensão de balança de apreensões (também o nível mais baixo). São Paulo lidera, ainda, o maior índice de pequenas apreensões de crack (81,52% de apreensões inferiores a 50g) e é o segundo Estado em que nos processos mais se apreende quantias pequenas de maconha (66,67% de apreensões inferiores a 100g)”. V. Marcelo Semer. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juizes no grande encarceramento. Tese de Doutorado apresentada à faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2019, p. 50.

³⁰ Há, contudo, grande disparidade de números entre distintas pesquisas. Conforme números nacionais do CNJ (e não estaduais), os percentuais são os seguintes: de 41,5% de pessoas negras (2015) para 53,1% (2022); de 37% de pessoas abaixo de 30 anos (2015) para 36,5% (2022); de 63,5% de presos por crime patrimonial e de drogas (2015) para 59,5% (2022). A disparidade entre número mostra que até o diagnóstico dos problemas, etapa essencial para a formulação de políticas públicas, é um problema para o sistema e precisa ser aperfeiçoado. BRASIL. CNJ. Transformando o Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras. Caminhos e avanços a partir do julgamento cautelar da ADPF 347. Brasília, 2023, p. 7.

³¹ O número referenciado é de 2022. Em 2015, o percentual de presos provisórios era de 34%, tendo-se experimentado uma redução de 26% após o deferimento da cautelar neste feito, bem como após a implementação das audiências presenciais de custódia. BRASIL. CNJ. Transformando o Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras. Caminhos e avanços a partir do julgamento cautelar da ADPF 347. Brasília, 2023, p. 6.

seu encarceramento. Portanto, não chegará sequer a superar os fatores que levaram à delinquência, tampouco desenvolverá habilidades importantes para o retorno ao convívio em sociedade. Ao contrário, há uma criminalização racializada da pobreza que se agrava nas prisões.”

Dignidade como um valor intrínseco ao ser humano e mínimo existencial

“17. Como já tive oportunidade de afirmar, quando do julgamento da cautelar: as pessoas têm dignidade em si, pelo que são, e não pelo que fizeram. O primeiro argumento – contramajoritário – para enfrentamento da questão carcerária liga-se ao respeito aos direitos fundamentais dos presos e ao Estado de Direito. [...]”

“18. O Brasil é igualmente signatário de instrumentos internacionais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU. Todos esses diplomas asseguram direitos rotineiramente violados pelo Poder Público no âmbito do sistema prisional. Também a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal, LEP) prevê o direito dos presos à assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde, bem como assegura alojamentos com ocupação e dimensões adequadas, acesso à alimentação, saúde, trabalho e estudo³². Tais normas autorizam apenas a suspensão (provisória) dos direitos dos presos à liberdade e à autodeterminação, mas lhes asseguram seus demais direitos.”

³² De acordo com o art. 41 da LEP: “Art. 41 – Constituem direitos do preso: I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – Previdência Social; IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente”. V. também LEP, arts. 10 a 30, entre outros.

Missão principal da Corte Constitucional de proteger direitos fundamentais

“19. Nota-se, portanto, que o presente feito não trata de uma questão política, deixada sob a discricionariedade das autoridades eleitas, mas de um dever jurídico de cuidado cujo cumprimento cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar. Essa é a principal missão de uma Corte Constitucional: proteger direitos fundamentais, inclusive em face de maiorias eventuais e em demandas impopulares. Tais pessoas foram colocadas sob a custódia estatal. A supressão de sua liberdade impede que elas próprias busquem acesso a bens e serviços que integram um mínimo existencial. Portanto, o Estado está obrigado a provê-los adequadamente. Quando o Estado as mantém nas condições degradantes já descritas, ele age em desacordo com suas próprias normas. Procura combater um ilícito com a prática de outros graves ilícitos.”

“24. Portanto, o estado de coisas inconstitucional dos presídios conduz ao agravamento da situação da segurança pública fora do sistema prisional, quer porque os delitos passam a ser operados de dentro do cárcere, quer porque se devolvem à sociedade cidadãos que se sujeitaram por anos às condições mais aviltantes e que muitas vezes são forçados a se associar a organizações criminosas. Como o sistema não possui a capacidade de ressocializar o preso, ao contrário, presta-se a incrementar sua potencialidade delitiva, os índices de reincidência são elevados³³. A dificuldade de voltar ao mercado de trabalho e de construir uma vida digna empurra os egressos do sistema de volta para a criminalidade. Há, portanto, um círculo vicioso: quanto pior é o sistema carcerário, maior é a criminalidade, maior é a falta de segurança pública, maior é a reincidência e, conseqüentemente, maior é a demanda de retorno ao cárcere. Em tais condições, o sistema prisional brasileiro é parte do problema da segurança pública – não é a sua solução (arts. 1º, 5º e 144, CF).”

³³ Há grande disparidade quanto aos números identificados por diferentes estudos sobre reincidência no Brasil, à semelhança do que ocorre quanto a outros marcadores sobre o sistema carcerário. Recente estudo do Depen apontou que, de acordo com a medida de reincidência mais restrita, 33,5% dos egressos das unidades penais reincidem em até cinco anos, o que é considerado alto. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. UFPE. Bladimir Carrillo *et al.* Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de 14 de novembro de 2022, p. 24.

Natureza do processo estrutural e transformação das políticas públicas

“26. Processos estruturais são processos que têm por objeto uma situação persistente de desconformidade do funcionamento burocrático que causa ou perpetua a violação a direitos fundamentais, cuja solução geralmente envolve a correção ou reformulação de políticas públicas³⁴ [...]”

“30. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também utiliza o instrumento dos processos estruturais, tendo igualmente adotado uma forma de intervenção experimentalista e dialógica na fase de execução do julgado, com o monitoramento da decisão por meio de relatórios elaborados pelos Estados parte (*compliance reports*), bem como de informações prestadas pelas vítimas ou organizações que as representam, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e/ou recolhidas em audiências fechadas com a presença das partes (*closed hearings*)³⁵.”

“31. Diante de tal panorama, o estado da arte quanto aos processos estruturais recomenda que, em um primeiro momento, o Judiciário decida quanto à existência do estado de desconformidade e, de modo geral, à solução genérica para seu enfrentamento, definindo fins a serem alcançados. E, em uma segunda etapa, promova o diálogo entre autoridades, instituições e interessados, para que possam construir conjuntamente a melhor solução e detalhar sua execução, à luz dos múltiplos interesses e perspectivas envolvidos. Nessa última etapa, o Judiciário deve, ainda, decidir questões sobre as quais não esteja sendo possível construir um

³⁴ Matheus Casimiro Gomes Serafim. Processo estrutural democrático: participação, publicidade e justificação. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Rio de Janeiro, 2023; Bianca M. Schneider Van der Broocke. Estado de Coisas Inconstitucional e “Managerial Judging”: Gestão Judicial Ativa e Dialógica nos Litígios Estruturais. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito. Curitiba, 2020, p. 149; Freddie Didier Jr., Hermes Zanetti Jr. e Rafael A. Oliveira. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 75, jan./mar. 2020, p. 104.

³⁵ Matheus Casimiro Gomes Serafim. Processo estrutural democrático: participação, publicidade e justificação. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Rio de Janeiro, 2023; Bianca M. Schneider Van der Broocke. Estado de Coisas Inconstitucional e “Managerial Judging”: Gestão Judicial Ativa e Dialógica nos Litígios Estruturais. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito. Curitiba, 2020, p. 144.

consenso e monitorar a implementação da solução. Havendo recalci-trância, as cortes editam ordens específicas, destinadas a remover obstáculos e impor o cumprimento de providências determinadas. Nesse sentido: RE 684.612, red. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso³⁶.”

“35. Nota-se, assim, que a solução será construída pelas autoridades, pelos *experts* e pela representação social, com o apoio do Tribunal³⁷. Situada a questão em tais termos e tendo por pano de fundo a teoria dos processos estruturais, passo aos aspectos quanto aos quais divirjo do Relator.”

Superlotação carcerária, princípio da proporcionalidade e violação de direitos fundamentais

“37. A superlotação carcerária no Brasil é um problema antigo, atribuído a uma multiplicidade de fatores sociais, econômicos e políticos, que incluem a supervalorização de soluções em segurança pública com foco no encarceramento. Nesse sentido, a questão não se resume ao déficit ou à má qualidade das vagas. Ao contrário, tal déficit é, em parte, produto de um descontrole na entrada de pessoas no sistema carcerário, bem como na sua saída. A questão, por essa razão, precisa ser compreendida em três eixos distintos: (i) quantidade e qualidade das vagas existentes; (ii) descontrole na entrada; e (iii) falta de controle na saída³⁸.”

³⁶ Nas palavras do voto condutor: “36. Desse modo, o órgão julgador deve privilegiar medidas estruturais de resolução do conflito. Para atingir o ‘estado de coisas ideal’ – o resultado a ser alcançado –, o Judiciário deverá identificar o problema estrutural. Caberá à Administração Pública apresentar um plano adequado que estabeleça o programa ou projeto de reestruturação a ser seguido, com o respectivo cronograma. A avaliação e fiscalização das providências a serem adotadas podem ser realizadas diretamente pelo Judiciário ou por órgão delegado. Deve-se prestigiar a resolução consensual da demanda e o diálogo institucional com as autoridades públicas responsáveis.

³⁷ Matheus Casimiro Gomes Serafim. Processo estrutural democrático: participação, publicidade e justificação. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Rio de Janeiro, 2023.

³⁸ BRASIL. CNJ. Central de Regulação de Vagas: Manual para a Gestão da Lotação Prisional. CNJ, DEPEN, PNUD. Luís Geral Sant’Anna Lanfredi *et al.* (coord.). Brasília, 2021, p. 14-15.

“42. Portanto, é preciso enfrentar o problema, reduzindo-se o contingente de pessoas presas àquelas que precisam efetivamente ser retiradas do convívio social e aplicando-se medidas alternativas às demais. Em tais termos, o encarceramento por todo e qualquer ilícito não atende ao princípio da proporcionalidade. Não é uma medida adequada para reduzir a prática de crimes ou para promover a ressocialização e a proteção da segurança (juízo de adequação); desconsidera outras medidas menos gravosas aptas a enfrentar o problema no que se refere a delitos mais leves (juízo de necessidade). E o custo de encarcerar nos padrões atuais supera em muito os benefícios (juízo de proporcionalidade em sentido estrito). O preso sai das prisões brasileiras com menos condições para o convívio social do que quando entrou³⁹. Assim, embora haja um senso comum no sentido de que aquele que pratica crimes deve sofrer retribuição e experimentar parte do dano que infligiu, a penalização desproporcional nas condições antes descritas agrava o problema em lugar de resolvê-lo.”

Cultura jurídica do encarceramento

“43. Uma segunda questão, portanto, [...] diz respeito ao descontrole no ingresso no sistema prisional. Há uma prática corrente no Poder Judiciário de encarcerar pessoas: (i) pela prática de delitos previstos na Lei de Drogas, mesmo que praticados sem violência ou ameaça à pessoa, e ainda que relacionado a pequenas quantidades de entorpecentes possivelmente ligados ao uso pessoal; e (ii) por crimes contra o patrimônio (59,5% dos presos cometeram crime patrimonial ou por tráfico de drogas)⁴⁰; e (iii) em situações nas quais a jurisprudência dos tribunais

³⁹ Há grandes disparidades entre os diversos estudos sobre reincidência, mas, de acordo com o IPEA, as menores taxas giram em torno de 30%, o que é considerado um percentual alto. BRASIL. IPEA. Reincidência Criminal. Relatório de Pesquisa, 2015, p. 11-13. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>.

⁴⁰ BRASIL. CNJ. Transformando o Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras. Caminhos e avanços a partir do julgamento cautelar da ADPF 347. Brasília, 2023, p. 7 (número de 2022).

superiores não autoriza a imposição da pena de prisão. Sem prejuízo da relevância dos bens envolvidos em tais tipos de crimes – saúde pública e patrimônio –, trata-se, na maior parte dos casos, de situações sem violência e eventualmente de réus primários. Tais prisões poderiam ser substituídas por medidas alternativas como prisão domiciliar e tornozeleira eletrônica, evitando-se o contato com presos perigosos e facções criminosas.”

Uso racional e adequado do sistema penal

“50. Em síntese, não basta aumentar as vagas. É preciso fazer um uso racional e adequado do sistema e demandá-lo na proporção correta. O sistema penal prende mal, quando não há necessidade, e mantém pessoas presas para além do tempo de condenação. Se não forem reduzidas as entradas desnecessárias e cumpridas as saídas devidas, tal sistema seguirá demandando um esforço desproporcional da sociedade com o custeio de novas vagas e agravando a situação dos cidadãos em confronto com a lei. Além disso, é de fundamental importância pensar medidas amplas de ressocialização dos presos, com acesso à assistência social, capacitação e orientação profissional, sem o que o egresso não tem as ferramentas essenciais para sobreviver fora do sistema sem delinquir.”

Observância de parâmetros protetivos constitucionais e internacionais para a formulação de um plano nacional

“52. Quanto às diretrizes gerais a serem observadas na formulação de um plano sobre a matéria, elas podem ser extraídas da Constituição de 1988, das normas infraconstitucionais sobre o tema, bem como dos tratados de que o Brasil é parte, referenciados anteriormente. Vale mencionar, ainda, algumas diretrizes não vinculantes por meio das quais a Organi-

zação das Nações Unidas (ONU) buscou orientar os diversos Estados membros na reformulação de políticas públicas destinadas às pessoas presas. São elas: as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros revisadas em 2015 (Regras de Mandela); as Regras para o Tratamento de Mulheres Prisioneiras e para a Aplicação de Medidas Alternativas (Regras de Bangkok); os Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Algum tipo de Detenção ou Encarceramento; As Regras de Proteção de Jovens Privados da Liberdade (Regras de Havana)⁴¹. Na mesma linha, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou os Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas da Liberdade nas Américas⁴².”

Dever constitucional de compensação punitiva por privação de liberdade em situação mais gravosa

“65. A categoria da compensação punitiva é uma concretização da diretriz geral segundo a qual o preso deve ser tratado de forma digna e humana, não devendo ter sua pena ilegitimamente agravada em razão das condições carcerárias. Traduz a ideia segundo a qual as restrições ou violações a direitos fundamentais dos investigados, réus ou apenados que não resultam diretamente da sentença condenatória – ou que a extrapolam – funcionam como equivalentes materiais da própria pena. A questão está abordada em parecer apresentado neste feito, que alude à necessidade de coincidência entre a pena determinada pela sentença e a pena real efetivamente cumprida pelo detento⁴³.”

⁴¹ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Prison Reforms and Alternatives to Imprisonment: Concept Note, Fev. 2011. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Prison_reform_concept_note.pdf.

⁴² Organização dos Estados Americanos (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas da Liberdade nas Américas, OEA/Ser.L/V/II.131 Doc. 38 13 março 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Prison_reform_concept_note.pdf.

⁴³ ADPF 347, Juarez Tavares. Parecer, 2015 (Doc. 7).

“66. Ninguém duvida, por exemplo, do fato de que é mais grave e aflitiva a pena cumprida em condições insalubres e desumanas do que aquela executada em conformidade com a Constituição e a Lei de Execução Penal. Tal formulação determina que essa carga adicional de punição – que não está prevista em lei e não foi aplicada pelo juiz – legitima e exige o ajuste da penalidade imposta como forma de manter a proporcionalidade e a equação delito-retribuição⁴⁴. A categoria da compensação punitiva deve ser entendida, assim, como um dever constitucional extraído dos princípios da legalidade, da culpabilidade, da individualização da pena, da proporcionalidade e da vedação ao *bis in idem*. Por meio da compensação penal, o juiz da execução faz coincidir a pena real com a pena determinada por sentença e restabelece a legalidade e juridicidade da conduta do Estado no tratamento ao preso⁴⁵⁻⁴⁶.”

“70. Considerando que a situação de superlotação e desumanidade nos presídios é um problema sistêmico no Brasil (e não um fato isolado verificado apenas nos presídios objeto de resoluções da Corte IDH), entendo ser possível, em tese e, por ora, a título de *obiter dictum*, a aplicação de compensação punitiva consistente no abatimento proporcional da pena, como direito decorrente diretamente da Constituição (em especial, dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade). A proporção a ser considerada para tal redução da pena deverá ser estabelecida pelo CNJ, por meio do DMF, mediante inclusão no plano a ser elaborado de uma fórmula específica de proporcionalidade, considerado o grau de superlotação de cada unidade prisional, sujeitando-se o plano à homologação do Supremo Tribunal Federal.”

⁴⁴ Ademar Borges de Sousa Filho. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 445; Rodrigo Duque Estrada Roig. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. In: Revista brasileira de Ciências Criminais, v. 25, n. 132, p. 331-381, jun. 2017. Ver, ainda, Ademar Borges de Sousa Filho; Aline Osorio. Compensações punitivas por violações de direitos fundamentais dos presos: reflexões sobre o futuro da ADPF 347. No prelo.

⁴⁵ Id. Ver, ainda, Thaís dos Santos Lima. Compensação punitiva: uma reinterpretação do princípio constitucional da individualização da pena para redução de danos. Dissertação (Mestrado em Direito Público), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

⁴⁶ STF, RE 580.252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p./ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Voto-vista Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

Soluções de gestão de lotação prisional já utilizadas no sistema socioeducativo para o sistema carcerário

“75. A lógica subjacente a essa forma de contenção da superpopulação carcerária também pode ser encontrada no precedente do STF relativo aos regimes aberto e semiaberto fixado no RE 641.320⁴⁷, julgado sob a sistemática da repercussão geral, e na resultante Súmula Vinculante nº 56/STF, que autorizou a progressão do condenado para regime mais benéfico, em caso de ausência de vaga no regime ao qual faz jus. No caso, esta Corte fixou que, na hipótese de déficit de vagas nos regimes aberto e semiaberto, deverão ser determinados, preferencialmente: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.”

“77. Ocorre que, passados mais de seis anos do apelo ao legislador feito por esta Corte para que o Congresso Nacional instituisse legalmente uma ‘fila de saída antecipada’ em caso de inexistência de vaga no regime prisional adequado, nenhuma medida legislativa foi aprovada. E o problema estrutural da superlotação carcerária continua a produzir sistemática violação de direitos fundamentais dos presos no Brasil. Diante da inércia prolongada do legislador e da persistência do estado de coisas inconstitucional que atinge o sistema prisional do país, é preciso investir em mecanismos sistêmicos.”

“82. Diante da experiência nacional e internacional na matéria, concludo pela possibilidade, em tese e, por ora, a título de *obiter dictum*, de aplicação das soluções de gestão de lotação prisional já utilizadas no sistema socioeducativo para o sistema carcerário. Os critérios, parâmetros e metodologia deverão ser fixados pelo CNJ, por meio do DMF, que deve incluí-los no plano nacional. Na mesma linha, devem-se

⁴⁷ RE 641.320, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 11.05.2016.

construir e inserir no plano indicadores que mensurem a efetividade da reforma estrutural. Nas hipóteses de necessidade (como *ultima ratio*) de abrandamento das exigências temporais para a progressão de regime prisional, e de antecipação de saída, o DMF deverá prever no plano os requisitos a serem atendidos pelos presos, a exemplo de percentual mínimo de cumprimento de pena ou de tempo na prisão. Deverá, ainda, excluir do benefício crimes violentos e com grave ameaça à pessoa, que atraem juízo qualificado de reprovação em virtude dos bens envolvidos e riscos particulares para a sociedade. Caberá ao STF, em qualquer caso, a homologação da metodologia, das condições e dos critérios de antecipação e de exclusão, sem o que a providência não será exequível.”

Atribuições do DMF/CNJ e participação na elaboração do plano nacional

“84. Quanto à participação do DMF/CNJ, deve-se ter em conta que o Conselho Nacional de Justiça é órgão que integra o Poder Judiciário, tendo-lhe sido atribuído, pela Constituição de 1988, o controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar de juízes e tribunais (art. 103-B, § 4º, CF). Entre as diversas competências constitucionais do CNJ incluem-se: (i) a elaboração de relatório anual sobre a situação do Poder Judiciário, bem como a (ii) proposta das medidas e políticas necessárias a seu melhor funcionamento (art. 103-B, § 4º, V, CF). Nessa linha, se o Poder Judiciário e sua cultura atual de hiperencarceramento são parte do problema que enseja a superlotação, é imprescindível a participação do CNJ.”

“85. Além disso, o próprio legislador optou pela criação, no âmbito do CNJ, do mencionado Departamento de Monitoramento e Fiscalização (DMF), atribuindo-lhe a missão de ‘propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas’ (art. 1º, § 1º, III, da Lei 12.106/2009). Também autorizou o Conselho a ‘estabelecer vínculos de cooperação e intercâmbio

com órgãos e entidades públicas ou privadas, nacionais, estrangeiras ou supranacionais.”

“86. Tal previsão, como já mencionado, ensejou a celebração de um termo de cooperação entre CNJ/DMF e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em matéria de gestão e reforma penal e carcerária⁴⁸, tendo inspirado a criação da Central de Regulação de Vagas entre outras medidas (Item 3). O DMF também promove mutirões carcerários, regulamentou a realização das audiências de custódia e está implementando um sistema de coleta de dados unificado sobre a execução penal. Em tais condições, detém atualmente grande *expertise* em matéria de gestão e reforma carcerária; sua atuação mostrou-se capaz de melhorar alguns indicadores críticos do sistema carcerário, ainda que o quadro siga demandando aprimoramento⁴⁹.”

Homologação do plano pelo Supremo Tribunal Federal e monitoramento com base em indicadores

“90. No que se refere à necessidade de homologação dos planos por parte do Supremo Tribunal Federal, as considerações já tecidas acima e a necessidade de detalhamento das diversas medidas já aludidas, bem como de seus indicadores, não deixam dúvidas quanto à sua imprescindibilidade. A título ilustrativo, o Tribunal precisa conhecer como se dará a conciliação entre a necessidade de criação de vagas, os distintos regimes de cumprimento de pena e a melhoria dos serviços a elas associados. Precisa aprovar os critérios utilizados na regulamentação da progressão no prazo legal (em caso de omissão estatal), bem como na compensação punitiva e na gestão de lotação no sistema carcerário.

⁴⁸ BRASIL. Termo de Cooperação Técnica, 2019. Programa Justiça Presente, que tem por objeto a “superação dos desafios estruturais do sistema penal e do sistema socioeducativo”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/folder-fazendo-justica.pdf>.

⁴⁹ BRASIL. CNJ. Transformando o Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras. Caminhos e avanços a partir do julgamento cautelar da ADPF 347. Brasília, 2023.

Deve acompanhar os aspectos orçamentários que interferem diretamente sobre a viabilidade dos planos e, sobretudo, verificar se eles são fiéis à sua decisão de mérito.”

“91. Por fim, com relação à necessidade de monitoramento com base nos pertinentes indicadores, trata-se de medida imprescindível para a efetividade de processos estruturais, como já demonstrado. Além disso, a situação do sistema prisional é dinâmica e se alterará à medida que as soluções sejam implementadas. Tal experiência demonstrará que algumas providências funcionam melhor do que outras; e certas medidas poderão demandar adaptações e reformulações. Nesse sentido, a atuação do STF precisa estender-se ao longo de toda a execução do julgado e, portanto, dos planos, cabendo-lhe, inclusive, proferir decisões específicas e complementares, em caso de óbices institucionais à sua concretização ou descumprimentos e resistências que venham a se mostrar insuperáveis na via administrativa.”

14.6 Diálogo entre STF e SIDH

Voto do Relator, Ministro Marco Aurélio: “O desprestígio dos presos faz com que agentes políticos não reiviniquem recursos a serem aplicados em um sistema carcerário capaz de oferecer condições de existência digna. Essa rejeição tem como consequência direta bloqueios políticos, os quais se traduzem em barreiras à efetividade da Constituição e dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. A Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como epicentro da ordem jurídica – artigo 1º, inciso III. Proibiu tortura, tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea ‘e’). Previu o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do crime, idade e sexo do condenado (artigo 5º, inciso XLVIII). Assegurou aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e os direitos fundamentais à saúde,

educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça. Contemplou a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII). Há mais: o influxo de normas internacionais, considerados os artigos 1º e 16 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes – Decreto nº 40/1991 –, 9, 10, 14 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos – Decreto nº 592/1992 –, 5 a 8, 11 e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Decreto nº 678/1992.”

“Julgo procedente, em parte, o pedido formalizado na alínea ‘b’, para, confirmando a medida acauteladora, determinar: [...] 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;”

Voto do Ministro Luís Roberto Barroso (Redator do Acórdão): “18. O Brasil é igualmente signatário de instrumentos internacionais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU. Todos esses diplomas asseguram direitos rotineiramente violados pelo Poder Público no âmbito do sistema prisional. Também a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal, LEP) prevê o direito dos presos à assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde, bem como assegura alojamentos com ocupação e dimensões adequadas, acesso à alimentação, saúde,

trabalho e estudo⁵⁰. Tais normas autorizam apenas a suspensão (provisória) dos direitos dos presos à liberdade e à autodeterminação, mas lhes asseguram seus demais direitos.”

“30. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também utiliza o instrumento dos processos estruturais, tendo igualmente adotado uma forma de intervenção experimentalista e dialógica na fase de execução do julgado, com o monitoramento da decisão por meio de relatórios elaborados pelos Estados parte (*compliance reports*), bem como de informações prestadas pelas vítimas ou organizações que as representam, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e/ou recolhidas em audiências fechadas com a presença das partes (*closed hearings*)⁵¹. No Sul Global, experiências com estrutura decisória semelhante são registradas na Argentina, no Peru, na África do Sul e na Índia. Tais países, à semelhança do que ocorre no Brasil, sofrem com falhas estruturais em políticas públicas, com a inércia de instâncias majoritárias e, por tal razão, precisam recorrer ao Judiciário para buscar solução para a violação massiva de direitos⁵².”

⁵⁰ De acordo com o art. 41 da LEP: “Art. 41 – Constituem direitos do preso: I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – Previdência Social; IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente”. V. também LEP, arts. 10 a 30, entre outros.

⁵¹ Matheus Casimiro Gomes Serafim. Processo estrutural democrático: participação, publicidade e justificação. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Rio de Janeiro, 2023; Bianca M. Schneider Van der Broocke. Estado de Coisas Inconstitucional e “Managerial Judging”: Gestão Judicial Ativa e Dialógica nos Litígios Estruturais. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito. Curitiba, 2020, p. 144.

⁵² Bianca M. Schneider Van der Broocke. Estado de Coisas Inconstitucional e “Managerial Judging”: Gestão Judicial Ativa e Dialógica nos Litígios Estruturais. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito. Curitiba, 2020, p. 14-15 e 115-117.

“52. Quanto às diretrizes gerais a serem observadas na formulação de um plano sobre a matéria, elas podem ser extraídas da Constituição de 1988, das normas infraconstitucionais sobre o tema, bem como dos tratados de que o Brasil é parte, referenciados anteriormente. Vale mencionar, ainda, algumas diretrizes não vinculantes por meio das quais a Organização das Nações Unidas (ONU) buscou orientar os diversos Estados membros na reformulação de políticas públicas destinadas às pessoas presas. São elas: as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros revisadas em 2015 (Regras de Mandela); as Regras para o Tratamento de Mulheres Prisioneiras e para a Aplicação de Medidas Alternativas (Regras de Bangkok); os Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Algum tipo de Detenção ou Encarceramento; As Regras de Proteção de Jovens Privados da Liberdade (Regras de Havana)⁵³. Na mesma linha, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou os Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas da Liberdade nas Américas⁵⁴.”

“67. A aplicação de formas de compensação punitiva é reconhecida no Direito Internacional dos Direitos Humanos e no Direito Comparado. Quanto ao primeiro, merecem especial destaque as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que, ao constatarem superlotação de 200% em determinados presídios brasileiros, decidiram pela contagem em dobro de todo o período de pena cumprido em situação degradante por seus internos. Trata-se das resoluções da Corte IDH relativas ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC (RJ), de 22.11.2018, e ao Complexo Penitenciário de Curado (PE), de 28.11.2018. Tais decisões reconheceram que, quando a superlotação e a deterioração das condições do estabelecimento prisional chegam ao ponto de criar uma pena degradante,

⁵³ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Prison Reforms and Alternatives to Imprisonment: Concept Note, Fev. 2011. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Prison_reform_concept_note.pdf.

⁵⁴ Organização dos Estados Americanos (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas da Liberdade nas Américas, OEA/Ser.L/V/II.131 Doc. 38 13 março 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Prison_reform_concept_note.pdf.

aumenta-se de forma ilícita o conteúdo aflitivo da pena, de modo a justificar o cômputo a maior do tempo de pena ou de medida preventiva em condições degradantes⁵⁵.”

“68. Tais resoluções da Corte IDH têm sido plenamente aplicadas no Brasil. Em diversas decisões, o STJ reconheceu inclusive a sua eficácia vinculante. Em 2021, a 5ª Turma do STJ, em caso sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, afirmou a obrigatoriedade da aplicação pelos juízes nacionais da decisão da CIDH⁵⁶. No mesmo ano, o STJ entendeu que a contagem em dobro deve se aplicar durante todo o período da prisão cumprido na unidade prisional superlotada, e não apenas no período após a notificação oficial feita ao Brasil da decisão da Corte IDH⁵⁷.”

“69. Além de decisões relativas ao cumprimento das determinações da Corte IDH, a ideia subjacente à noção de compensações punitivas tem sido aplicada na última década pelo STJ e outros tribunais do país, inclusive por meio de interpretação

⁵⁵ Transcrevam-se trechos da resolução da Corte IDH relativa ao IPPSC: “CONSIDERANDO QUE (...) 91. Toda pena privativa de liberdade e qualquer privação de liberdade, ainda que a título preventivo ou cautelar, implica necessariamente uma cota de dor ou aflição inevitável. Não obstante isso, essa dor ou aflição se reduz basicamente às inevitáveis consequências da restrição de movimento da pessoa, à necessária convivência imposta por uma instituição integral e ao respeito aos regulamentos, indispensáveis para a conservação da ordem interna do estabelecimento. 92. Quando as condições do estabelecimento se deterioram até dar lugar a uma pena degradante como consequência da superpopulação e de seus efeitos antes mencionados, o conteúdo aflitivo da pena ou da privação de liberdade preventiva aumenta numa medida que se torna ilícita ou antijurídica. [...] 121. Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que importaria que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes.” PORTANTO: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (...) RESOLVE: “4. O Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução. 5. O Estado deverá organizar, no prazo de quatro meses a partir da presente decisão, uma equipe criminológica de profissionais, em especial psicólogos e assistentes sociais, sem prejuízo de outros, que, em pareceres assinados por pelo menos três deles, avalie o prognóstico de conduta com base em indicadores de agressividade dos presos alojados no IPPSC, acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de crimes sexuais, ou por eles condenados. Segundo o resultado verificado em cada caso, a equipe criminológica, ou pelo menos três de seus profissionais, conforme o prognóstico de conduta a que tenha chegado, aconselhará a conveniência ou inconveniência do cômputo em dobro do tempo de privação de liberdade, ou, então, sua redução em menor medida”. Cf. <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>.

⁵⁶ STJ, AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 21/06/2021.

⁵⁷ STJ, Quinta Turma, AgRg no RHC 136.961, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 15.06.2021).

extensiva, para fazer frente a situações de descumprimento ou de insuficiência da Lei de Execução Penal⁵⁸. É o caso das decisões do STJ e do STF que reconheceram a possibilidade de detração penal do período de aplicação das medidas cautelares de recolhimento domiciliar noturno com monitoramento eletrônico⁵⁹ e prisão domiciliar⁶⁰. Outro exemplo ilustrativo é a remição de pena pela leitura, que é aplicada no âmbito federal, sem previsão legal, pelo menos desde 2012⁶¹, e que mais recentemente foi objeto de reconhecimento expresso pelo STF⁶², tendo sido regulamentada pela Resolução CNJ nº 391/2021.”

“70. Considerando que a situação de superlotação e desumanidade nos presídios é um problema sistêmico no Brasil (e não um fato isolado verificado apenas nos presídios objeto de resoluções da Corte IDH), entendo ser possível, em tese e, por ora, a título de *obiter dictum*, a aplicação de compensação punitiva consistente no abatimento proporcional da pena, como direito decorrente diretamente da Constituição (em especial, dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade).”

“80. Na mesma linha, o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT) do Conselho da Europa, em seu mais recente relatório sobre o enfrentamento da superlotação, reafirmou seu entendimento de que ‘para cada estabelecimento prisional, deve existir um limite máximo absoluto para o número de reclusos [...]’; de modo que ‘sempre que uma prisão atingir esse limite, devem ser tomadas medidas adequadas pelas autoridades competentes para garantir que uma pessoa que tenha sido recentemente detida

⁵⁸ Ademar Borges de Sousa Filho; Aline Osorio. Compensações punitivas por violações de direitos fundamentais dos presos: reflexões sobre o futuro da ADPF 347. *Op. cit.*

⁵⁹ REsp n. 1.977.135/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 23/11/2022. V. STJ, HC 380.369, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 27.09.2017.

⁶⁰ STJ, HC 459.377, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 04.09.2018.

⁶¹ BRASIL. Portaria Conjunta Depen/CJF nº 276/2012.

⁶² STF, HC 190.806 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 30/03/2021.

sob custódia ou condenada à prisão tenha condições aceitáveis de detenção (incluindo em termos de espaço habitacional)^{63-64.}

“81. Essa diretriz é seguida pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). No recente caso *J.M.B. e Outros v. França*, a CEDH entendeu que a França violou a Convenção Europeia em razão da sistêmica superpopulação prisional⁶⁵. Em sua decisão, a Corte Europeia determinou que as autoridades francesas considerassem a adoção de medidas gerais, incluindo a definitiva solução da superlotação das prisões. Em cumprimento à decisão, a Corte de Cassação francesa apontou que, embora ‘as recomendações gerais contidas nesta decisão sejam, pela sua própria natureza, dirigidas ao Governo e à Assembleia da República, [...] cabe aos tribunais nacionais responsáveis pela aplicação da Convenção levar em consideração essa decisão sem aguardar alterações às leis ou regulamentos’. Como resultado, apontou que os tribunais devem, sempre que verificarem ‘que o princípio da dignidade da pessoa humana foi violado’, ‘ordenar a soltura da pessoa, sujeitando-a, se for o caso, a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico ou supervisão judicial’^{66.}”

Voto do Ministro Alexandre de Moraes: “No âmbito do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é digna de nota a primeira decisão proferida no sentido de que seja contado em dobro todo o período em que um homem esteve preso no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu, localizado na Zona Oeste do Rio de Janeiro, em razão de o cumprimento da pena ocorrer em local degradante.

⁶³ Conselho da Europa, Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT), *Combating prison overcrowding* – Extract from the 31st General Report of the CPT, de 21.04.22. Disponível em: <https://rm.coe.int/cpt-standard-combating-prison-overcrowding/1680a64461>.

⁶⁴ O CPT entende que o padrão mínimo em termos de espaço habitacional é 6m² por pessoa em celas individuais e 4m² por pessoa em celas de ocupação múltipla (excluindo o anexo sanitário). A Corte Europeia considera esse *standard* da CPT e entende que a não observância do espaço mínimo de 4m² pode representar uma violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, fixando, ainda, uma presunção de violação quando o espaço individual é inferior a 3m² (*Muršić v. Croatia*, j. em 20.10.2016). *Id.*, p. 3.

⁶⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos, *J.M.B. and Others v. France* (application no. 9671/15), j. em 30.01.2020.

⁶⁶ França, Corte de Cassação, Decisão n° 1400 de 08.07.2020, Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/en/toutes-les-actualites/2020/07/08/criminal-chamber-ruling-unfair-conditions-detention-or-pre-trial>.

Registre-se, a propósito, que a referida unidade prisional sofreu diversas inspeções realizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a partir de denúncias feitas pela Defensoria Pública do Estado Rio de Janeiro sobre a situação degradante e desumana em que os presos se encontravam. Em consequência dessas inspeções, foi editada a Resolução CIDH de 22 de novembro de 2018, a qual proibiu o ingresso de novos presos na unidade e determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no local – salvo para os casos de crimes contra a vida ou a integridade física, e de crimes sexuais. Ao editar a Resolução a CIDH ponderou que:

‘A Corte toma nota da informação enviada pelo Brasil sobre a redução considerável do excedente carcerário do IPPSC, no ano de 2017. No entanto, observa que não houve redução do total da população carcerária do Instituto. Ao contrário, apesar das medidas provisórias ordenadas pela Corte, a população do IPPSC continua aumentando. Com base nas informações enviadas à Corte pelo Estado e pelos representantes, percebe-se que a situação de superlotação do IPPSC continua se agravando, embora em menor ritmo que no ano de 2017, em comparação com o ano anterior.’

Nessa conjuntura, o que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA fez foi dar efetividade à Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse entendimento foi veiculado no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* 136.961, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, em sede de agravo regimental.”

Voto do Ministro Cristiano Zanin: “Da mesma forma, deve ser confirmada a obrigação imposta pelo Plenário do STF a juízes e tribunais, a realizarem audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.”

“Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte-IDH emitiu resolução em 22 de novembro de 2018 a fim de que a República Federativa do Brasil: ‘adote imediatamente todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, bem como de qualquer pessoa que se encontre nesse estabelecimento, inclusive os agentes penitenciários, os funcionários e os visitantes’ (disponível em -[https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas / placido_se_03.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf)- acessado em: 2.10.2023).”

“A Corte-IDH recomendou, ainda, que: ‘se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas.’”

“Pois bem. As determinações da Corte-IDH representam a vontade dos países integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, os quais, voluntariamente aderiram por meio de compromissos internacionais, *in casu*, o Pacto de São José da Costa Rica. Dessa forma, a observância e cumprimento das determinações da Corte possuem caráter obrigatório, ao menos no plano moral perante os demais signatários.”

“Tem-se, no presente caso, Resolução emanada da Corte-IDH cujo fundamento é a prevalência dos direitos humanos, que é um dos princípios que regem nosso País em suas relações internacionais. Por conseguinte, a *ratio decidendi* do referido ato resolutório é fruto da efetivação da Convenção Americana de Direitos Humanos, já positivada em nosso ordenamento jurídico. Logo, as medidas provisórias impostas ao Brasil por meio da referida resolução são dotadas de efeito vinculante e seus motivos transcendem do objeto inspecionado na cidade do Rio de Janeiro – Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho –, para todos os presídios onde ocorram

flagrante violação aos direitos humanos, tendo em vista que esta é uma situação incontroversa e já admitida pelo Estado Brasileiro.”

“Ou seja, as medidas provisórias, assim como as sentenças da Corte, são vinculantes e de cumprimento obrigatório por parte dos Estados, nos termos dos artigos 63.2 e 68 da Convenção Americana. Confira-se:

Art. 62.3: A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

[...]

Art. 68: Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

Voto do Ministro Edson Fachin: “O conceito de violação sistemática foi trazido do direito internacional dos direitos humanos e serve para se imputar responsabilidade ao Estado pelo quadro de violações. Ainda que em boa parte dos casos as violações sejam de alguma forma imputáveis aos Estados, nem sempre o são.”

“O Estado brasileiro vem sendo sistematicamente condenado nos organismos internacionais pela situação absolutamente inadequada de seu sistema carcerário. Apenas para ficar no caso mais célebre, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concedeu medidas provisórias no caso ‘Assunto do Complexo Penitenciário de Curado’, reconhecendo como ‘preocupante’ a situação dos direitos de todas as pessoas presas naquela unidade prisional. Os casos na Comissão são também numerosos e retratam o cenário verdadeiramente dantesco de presídios como o de ‘Urso Branco’, em Rondônia. Os relatórios feitos pelo Conselho Nacional de Justiça retratam um cenário que, embora localizado em uma unidade da federação, é bastante comum a todas elas, como lembrou o Min. Ricardo Lewandowski, no

brilhante voto que proferiu no tema 220, ao ler trecho da inspeção feita em uma unidade de internação sócio-educativa no ES:

‘É grave a situação das instituições sócio-educacionais, sem qualquer separação de idade e compleição física. Não há separação entre educandos maiores e menores. Na Unidade de Internação Sócio-Educativa alguns deles dividiam o mesmo espaço em contêineres a céu aberto. [...] Duas dessas caixas metálicas estavam expostas ao sol, sem banheiros e sem água encanada. Nessas condições, eram obrigados a defecar e urinar dentro do próprio contêiner e, ao início do dia, o piso era lavado e os excrementos depositados ao lado das caixas metálicas. O cheiro é repulsivo. Uma das celas estava fora de prumo e os excrementos dos adolescentes ficavam acumulados como um córrego no canto sulcado do caixote. Alguns adolescentes vomitavam. [...] Falta-lhes, ainda, tratamento condigno. Vários menores estão em contêineres. Dois desses módulos estão expostos às intempéries climáticas. Sob o sol, o calor dentro da caixa chega a 50°.’”

“Por derradeiro, Senhor Presidente e eminentes Pares, refiro-me a um *habeas corpus* especificamente, que é, apenas à guisa de informação – não são todos os que aqui foram mencionados –, mas creio que esse vale a pena a referência, que é o HC 208.337, de Pernambuco.”

“Aqui foi um pedido formulado pela Defensoria Pública do Estado de Pernambuco de extensão dos efeitos de medida liminar que este Relator houvera concedido a todas as:

‘pessoas presas (ou que estiveram presas) no Complexo Penitenciário do Curado, para que seja reconhecido o direito à aplicação do cômputo em dobro da pena antijurídica cumprida nas unidades prisionais integrantes do Complexo, reafirmando a obrigatoriedade e vinculação da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, observada a necessidade de avaliação criminológica prévia aos casos pertinentes.’”

“Nesse *habeas corpus*, na linha do que vem de ser dito pelo eminente Ministro Cristiano Zanin, também rememorei que este Tribunal, quando julgou a cautelar na ADPF 635, reconheceu que:

‘As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são obrigatórias e vinculantes para o Estado brasileiro, em razão dos arts. 62.1 e 68.1 do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado em 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo Decreto 678/1992, além do Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002.’”

“Apenas para rememorar, a Corte Interamericana determinou, no seu item 4, que:

‘4. O Estado deve tomar as medidas necessárias para que, em atenção ao disposto na Súmula Vinculante 56, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, a partir da notificação da presente resolução, não ingressem novos presos no Complexo de Curado, e nem se efetuem translados dos que estejam ali alojados para outros estabelecimentos penais, por disposição administrativa.’”

“Prossegue, trazendo regras inclusive a respeito do cômputo duplo, ou seja, em relação aos dias que tenha permanecido privado de liberdade naquele complexo.”

“Ainda ali, se estabeleceu, no item V daquela deliberação, que:

‘5. O Estado deve adotar as medidas necessárias para que o mesmo cômputo se aplique, conforme o disposto a seguir, para aqueles que tenham deixado o Complexo de Curado, em tudo o que se refere ao cálculo do tempo em que nele tenham permanecido.’”

“E prosseguem essas diversas circunstâncias que, nesse *habeas corpus* decidido em 19 dezembro 2022, nos levaram a conceder:

Contagem em dobro do período em que estiveram no Complexo do Curado, caso não tenham sido acusadas ou condenadas por crimes contra

a vida, contra a integridade física ou sexuais, ainda que se trate de delito hediondo ou equiparado;”

Voto da Ministra Cármen Lúcia: “No julgamento das medidas cautelares requeridas na presente arguição, este Supremo Tribunal determinou a apresentação dos presos à autoridade judiciária competente no prazo máximo de vinte e quatro horas, contados do momento da prisão.”

“Essa determinação fundamentou-se no art. 9.3 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/1992) e no art. 7.5 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Decreto n. 678/1992). [...]”

“A incorporação da audiência de custódia ao Código de Processo Penal não impede que este Supremo Tribunal reafirme, agora em julgamento de mérito, determinação que decorre diretamente de tratados de direitos humanos do qual o Brasil é signatário.”

14.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para: 1. reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro; 2. determinar que juízes e tribunais: a) realizem audiências de custódia, preferencialmente de forma presencial, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; b) fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão, sempre que possíveis, tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário; 3. ordenar a liberação e o não contingenciamento dos recursos do FUNPEN; 4. determinar a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, com indicadores que permitam

acompanhar sua implementação; 5. estabelecer que o prazo para apresentação do plano nacional será de até 6 (seis) meses, a contar da publicação desta decisão, e de até 3 anos, contados da homologação, para a sua implementação, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano; 6. estabelecer que o prazo para apresentação dos planos estaduais e distrital será de 6 (seis) meses, a contar da publicação da decisão de homologação do plano nacional pelo STF, e implementado em até 3 anos, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano local; 7. prever que a elaboração do plano nacional deverá ser efetuada, conjuntamente, pelo DMF/CNJ e pela União, em diálogo com instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos termos explicitados acima e observada a importância de não alongar excessivamente o feito; 8. explicitar que a elaboração dos planos estaduais e distrital se dará pelas respectivas unidades da federação, em respeito à sua autonomia, observado, todavia, o diálogo com o DMF, a União, instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos moldes e em simetria ao diálogo estabelecido no plano nacional; 9. prever que em caso de impasse ou divergência na elaboração dos planos, a matéria será submetida ao STF para decisão complementar; 10. estabelecer que todos os planos deverão ser levados à homologação do Supremo Tribunal Federal, de forma a que se possa assegurar o respeito à sua decisão de mérito; 11. determinar que o monitoramento da execução dos planos seja efetuado pelo DMF/CNJ, com a supervisão necessária do STF, cabendo ao órgão provocar o Tribunal, em caso de descumprimento ou de obstáculos institucionais insuperáveis que demandem decisões específicas de sua parte; 12. estipular que os planos devem prever, entre outras, as medidas examinadas neste voto, observadas as diretrizes gerais dele constantes, sendo exequíveis aquelas que vierem a ser objeto de homologação final pelo STF em segunda etapa. Por fim, firmou a seguinte tese de julgamento: '1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União,

Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos. Tudo nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), Redator para o acórdão, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio (Relator). Não votou o Ministro André Mendonça, sucessor do Relator. Plenário, 4.10.2023.”

Esta obra foi projetada e composta, na fonte Semplicita Pro, pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, em parceria editorial com a Secretaria de Comunicação Social do Conselho Nacional de Justiça.

