



Leonardo Cleston de Souza Mariz

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL
RECONHECIDO SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO SOB
A ÓTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade de Direito
Público – SBDP, sob a
orientação da Professora
Fernanda Mascarenhas.**

SÃO PAULO

2019

"A pena é longa e cansativa
no fechado ou semiaberto;
Hell primário essa é a visão
Seja bem-vindo ao inferno."

Heróis da Favela - MC Daleste (1992 - 2013).

Agradeço aos meus pais, Ramon e Lisete, por todo o apoio que me deram ao longo do ano, sem eles nada seria possível.

Agradeço ao Biel e à Isa pelas boas energias em todos os momentos que eu precisei, foram a minha fonte de vigor em todos os momentos.

Agradeço à Professora Olívia Pasqualetto, por me apresentar a Escola de Formação, por todas as conversas e por toda a ajuda durante a graduação.

Agradeço ao grupo de Prosa Jurídica que foi um divisor de águas com relação ao modo como eu entendo o Direito.

Agradeço aos funcionários da UNIP e da FGV por toda a ajuda que recebi durante o ano, não vou esquecer disso.

Agradeço aos alunos da 22ª turma da Escola de Formação, não vou citar um a um por que, é sincero e justo, dizer que todos são incríveis.

Agradeço muito ao meu tutor, Rodolfo Arruda, tirei a sorte grande ao ser seu tutorando!

Ele é muito dedicado e eu fico feliz por ter tido a oportunidade de conhecê-lo.

Agradeço à Fernanda, minha orientadora, que dispensa elogios quanto às suas habilidades com metodologia de pesquisa. Seus apontamentos foram essenciais para a conclusão deste trabalho, obrigado!

Agradeço à coordenação da Escola de Formação pela oportunidade que eu tive, sou muito grato a isso!

Sobre a Mari, dizer que ela é incrível é pouco, é mais que isso! É um exemplo que eu observei durante o ano e que me deixou otimista, por saber que pessoas como ela ainda existem!

Sobre o Yasser, acho que nunca conheci pessoa tão estilosa, além de ser muito inteligente! É uma honra ser ouvido durante as aulas por alguém que domina os assuntos de ordem administrativa!

Sobre a Ana, é torcedora do melhor time do mundo, já escreveu um livro, foi ótima como monitora e eu sou muito grato por todo o seu trabalho!

Agradeço aos meus familiares e amigos do bairro onde eu moro, os momentos de descontração foram essenciais na escrita deste trabalho!

Por fim, agradeço à Escola de Formação e a todos os envolvidos, pela oportunidade de fazer parte deste grupo incrível!

Apresentação preliminar.

O motivo pelo qual me surgiu o interesse de pesquisar o reconhecimento do ECI é a realidade de muitos seres humanos que têm os seus direitos violados por culpa da incapacidade do Estado.

Durante toda a minha adolescência, ouvi meu pai dizer que aos sujeitos que optam por cometer delitos há somente dois caminhos: “cadeia” ou “cemitério”. Ele citava várias pessoas que moram em nosso bairro ou parentes próximos como exemplos.

Além de ouvir os conselhos do meu pai e ver alguns colegas cometendo práticas delituosas, também observava alguns comentários: “quem comete crimes de colarinho branco, políticos e empresários, não são presos”.

Nas rodas de conversa política dos adultos eu sempre os ouvi dizendo que o Brasil é o país da impunidade. É um discurso de senso comum e nada científico, mas que me despertou alguns questionamentos: essa impunidade a que se referiam serve para quem? Para os meus colegas que decidiram traficar, roubar ou furtar; ou para pessoas que desviam dinheiro público, na ordem dos milhões, ganham salários altíssimos¹ e dispõem de boa dose de influência e conhecimento?

Estudando o Direito e olhando para a sociedade, vi que esses questionamentos devem ser respondidos com práxis, seja como pesquisador ou operador do Direito.

Não posso aceitar a realidade do sistema carcerário, pela qual passam alguns que conviveram comigo durante a minha infância e adolescência, sem agir de modo a contribuir para uma possível mudança com uma pesquisa sobre o assunto.

O nível de consciência de um estudioso do Direito gera a responsabilidade de agir para equilibrar a balança da Justiça que há muito vem pendendo não para a ressocialização dos condenados², mas sim para

¹ Falando sob a ótica social de uma família de baixa renda.

² Hoje a taxa de reincidentes gira em torno de 70%.

uma “formação de criminosos” que vão descontar todo o rancor na sociedade, a qual eu faço parte.

A realidade do sistema carcerário é uma situação desfavorável a todos, precisa de contribuição acadêmica para ser alterada e a análise desse diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça de São Paulo, com foco sobre o reconhecimento do ECI sobre o sistema carcerário, será muito útil.

Resumo: Esta monografia procurou entender como os desembargadores ou desembargadoras do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgam os casos de crimes tipificados na Lei de Drogas (Lei Nº 11.343/2006) em que há citação do Estado de Coisas Inconstitucional, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das medidas cautelares da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF-MC) 347.

Partiu-se da hipótese que a superlotação do sistema carcerário, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, não tem relevância nas decisões da segunda instância do Poder Judiciário no Estado de São Paulo.

A conclusão aponta para resultado parcialmente diverso, visto que na maioria dos acórdãos a superlotação não tem destaque, mas uma parte das decisões confere ênfase ao dramático quadro fático do sistema carcerário e aplica penas diversas da prisão preventiva ou condenação ao cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto.

Acórdãos citados: HC 2012921-93.2019.8.26.0000; HC 2033188-86.2019.8.26.0000; HC 2072049-44.2019.8.26.0000; HC 2089427-13.2019.8.26.0000; HC 2093630-18.2019.8.26.0000; HC 0010417-85.2018.8.26.0000; HC 0011280-41.2018.8.26.0000; HC 0014080-42.2018.8.26.0000; HC 0016953-15.2018.8.26.0000; HC 0016965-29.2018.8.26.0000; HC 0018335-43.2018.8.26.0000; HC 0031137-73.2018.8.26.0000; HC 2000664-70.2018.8.26.0000; HC 2002307-63.2018.8.26.0000; HC 2007341-82.2019.8.26.0000; HC 2008780-31.2019.8.26.0000; HC 2014234-26.2018.8.26.0000; HC 2025589-33.2018.8.26.0000; HC 2029567-18.2018.8.26.0000; HC 2029624-36.2018.8.26.0000; HC 2038875-44.2019.8.26.0000; HC 2053298-43.2018.8.26.0000; HC 2057265-96.2018.8.26.0000; HC 2072771-15.2018.8.26.0000; HC 2057436-53.2018.8.26.0000; HC 2097886-38.2018.8.26.0000; HC 2155775-81.2017.8.26.0000; HC 2164171-13.2018.8.26.0000; HC 2221626-33.2018.8.26.0000; HC 2235892-25.2018.8.26.0000; HC 2247202-28.2018.8.26.0000; HC 0012904-28.2018.8.26.0000; HC 0016974-88.2018.8.26.0000; HC 2038708-27.2019.8.26.0000; HC 2044997-73.2019.8.26.0000; HC 2058959-66.2019.8.26.0000; HC 2003036-89.2018.8.26.0000; HC 2007702-36.2018.8.26.0000; HC 2022191-78.2018.8.26.0000; HC 2032426-07.2018.8.26.0000; HC 2042936-79.2018.8.26.0000; HC 2048233-67.2018.8.26.0000; HC 2052217-59.2018.8.26.0000; HC 2054074-43.2018.8.26.0000; HC 2054125-54.2018.8.26.0000; HC 2055066-04.2018.8.26.0000; HC 2095847-68.2018.8.26.0000; HC 2097313-

97.2018.8.26.0000; HC 2114239-56.2018.8.26.0000; HC 2179650-46.2018.8.26.0000; HC 2162273-33.2016.8.26.0000; HC 2003058-50.2018.8.26.0000; Ap 0000687-69.2015.8.26.0545; Ap 001268190.2014.8.26.0590; Ap 0109746-51.2017.8.26.0050; Ap 0001117-53.2017.8.26.0544; ED 0017272-42.2015.8.26.0564/50000; ED 0010722-42.2015.8.26.0625/50000; ED 0000182-66.2017.8.26.0591/50000; ED 0109746-51.2017.8.26.0050/50000; RESE 0033448-81.2018.8.26.0050; RESE 0001761-18.2018.8.26.0590.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional; Tribunal de Justiça de São Paulo; Lei de Drogas nº 11.343/2006; superlotação do sistema carcerário; encarceramento em massa.

SUMÁRIO

i. INTRODUÇÃO.....	14
ii. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.....	21
1. Pergunta de pesquisa.....	21
1.1. Subperguntas de pesquisa.....	21
2. Hipótese.	22
3. Justificativa.	23
3.1. Por que a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006)?.....	24
3.2. Por que a segunda instância do TJSP?	26
3.3. Por que o pedido de medida cautelar “a”?	28
3.4. Por que o pedido de medida cautelar “c”?	31
3.5. Por que o pedido de medida cautelar “d”?	32
3.6. Por que não analisar os demais pedidos de medida cautelar?.....	35
4. Metodologia de coleta.	38
5. Metodologia de análise.	40
5.1. Fichamento.....	41
iii. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.	46
1. A origem do Estado de Coisas Inconstitucional.	46
2. O Estado de Coisas Inconstitucional segundo a doutrina.	49
3. O Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.....	51
3.1. Estado, direitos e o sistema carcerário.....	56
3.2. Poder Legislativo.....	58
3.3. Poder Executivo.....	60
iv. SOBRE A FORMA COMO O ECI É CITADO.....	63
1. Abordagem do ECI nos acórdãos sobre Habeas Corpus.	64

1.1.	Citação do ECI através da transcrição de precedente.	65
1.2.	Citação do ECI sem a transcrição da ementa de precedente.....	69
1.3.	Considerações.	73
2.	Abordagem do ECI nos acórdãos sobre Apelação.	74
2.1.	Acórdãos com unanimidade.	74
2.2.	Acórdãos com divergência entre os desembargadores.	76
2.3.	Considerações.	81
3.	Abordagem do ECI nos acórdãos sobre Embargos de Declaração..	82
3.1.	Acórdãos analisados.	82
3.2.	Considerações.	83
4.	Abordagem do ECI nos acórdãos sobre Recurso em Sentido Estrito (RESE).....	83
4.1.	Acórdãos analisados.	83
4.2.	Considerações.	85
5.	Síntese sobre a citação do ECI nos acórdãos.....	85
v.	SOBRE O CUMPRIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR "A".....	88
1.	Acórdãos sobre Habeas Corpus.....	88
1.1.	Citação do ECI através da transcrição de precedente.	89
1.2.	Citação do ECI sem a transcrição de precedente.	93
1.3.	Considerações.	94
2.	Acórdãos sobre Apelação.	94
2.1.	Considerações.	95
3.	Acórdãos sobre Recurso em Sentido Estrito.	96
4.	Síntese sobre o cumprimento do dever de motivação da não aplicação das medidas cautelares (cautelar "a").	96

vi.	SOBRE O CUMPRIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR "C".....	98
1.	Acórdãos sobre Habeas Corpus.....	98
1.1.	Citação do ECI através da transcrição de precedente.	98
1.2.	Citação do ECI sem a transcrição de precedente.	100
1.3.	Considerações.	102
2.	Acórdãos sobre Apelação.	102
2.1.	Acórdãos com unanimidade.	103
2.2.	Acórdãos com divergência.	103
2.3.	Considerações.	104
3.	Acórdãos sobre Recurso em Sentido Estrito.	104
4.	Síntese sobre a consideração do dramático quadro do sistema prisional (cautelar "c").	105
vii.	SOBRE O CUMPRIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR "D"...	106
1.	Acórdãos sobre Habeas Corpus.....	106
1.1.	Citação do ECI através da transcrição de precedente. ...	106
1.2.	Citação do ECI sem a transcrição de precedente.	109
1.3.	Considerações.	111
2.	Acórdãos sobre Apelação.	111
2.1.	Acórdãos com unanimidade.	112
2.2.	Acórdãos com divergência.	112
2.3.	Considerações.	113
3.	Acórdãos sobre Recurso em Sentido Estrito.	113
4.	Síntese sobre a obrigação de reconhecer que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, e, quando viável, aplicar penas alternativas à prisão (cautelar "d").	114
viii.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115

ix.	BIBLIOGRAFIA.....	119
x.	ANEXOS	123

Lista de siglas.

ADPF-MC 347 – Julgamento dos pedidos cautelares da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347

CDC/TJSP – Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CPP – Código de Processo Penal

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional

FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional

HC – Habeas Corpus

HC COLETIVO - habeas corpus coletivo 143.641

INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

INFOPEN Informações Penitenciárias

LEP - Lei de Execuções Penais

Min. – Ministro

Min. Rel. – Ministro Relator

MP – Ministério Público

ONU – Organização das Nações Unidas

PEDIDOS – três pedidos cautelares analisados

PJ – Poder Judiciário

PRISÃO – prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em regime fechado ou semiaberto

RESE – Recurso em sentido estrito

RESTRICÇÃO – liberdade provisória, prisão domiciliar, prisão em regime aberto e medidas cautelares.

Rel. – Relator

SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público

STF – Supremo Tribunal Federal

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

“Dez graçado, Dez humano, Dez truidor, Dez ligado, Dez figurado, Dez engonçado, Dez agregador, Dez temperado, Dez trambelhado, Dez informado”.³

i. INTRODUÇÃO.

A frase escrita em uma porta da Penitenciária Lemos de Brito, localizada na capital baiana, observada pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, bem ilustra a realidade do sistema prisional brasileiro que constantemente é exposta por notícias⁴, documentários⁵, dados de órgãos oficiais⁶, além de discussões ou declarações feitas por representantes dos três Poderes.

Porém, mesmo com todas as informações sobre a violação dos direitos dos presos ao alcance de todos, os órgãos estatais permanecem inertes, segundo os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento das medidas cautelares da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 em 2015 (ADPF-MC 347)⁷.

Esta ADPF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), teve como pedido principal o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) sobre o sistema carcerário. Em 2015 o STF julgou os pedidos cautelares da ação e os ministros, ao votarem, reconheceram que há muito tempo vige o ECI sobre as prisões brasileiras, ou seja, há violação massiva de direitos de um amplo número de pessoas derivada da inércia de vários órgãos estatais e que somente poderá ser sanada através de uma decisão estrutural.

³ CPI. Publicação final. P. 8.

⁴ VELASCO, Clara; REIS, Thiago; CARVALHO, Bárbara; LEITE, Carolline; PRADO, Gabriel; e RAMALHO, Guilherme. Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 20 de nov. de 2019.

⁵ Documentário “crônicas do presídio” do programa “A Liga”; “Encarceramento em massa – a tragédia prisional brasileira” da TVPUC; dentre outros.

⁶ Geopresídios, radiografia do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 20 de nov. de 2019

⁷ ADPF-MC 347. Voto Min. Rel. Marco Aurélio. Pág. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 26.

Esta situação, decorrente da baixa popularidade deste assunto nos debates sobre os investimentos da verba pública, fator que inviabiliza possíveis medidas para solucionar os diversos problemas, carece de apoio democrático, visto que o público lesado, além de ter os direitos políticos suspensos após a prisão, não figura entre os mais populares segundo a opinião pública, motivo que torna ainda mais difícil a defesa do grupo por parte dos representantes eleitos, pelo voto da maioria, para ocupar o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Diferentemente de assuntos como saúde, educação e segurança que quando discutidos têm o consentimento e o apoio popular e, por isso, acabam sendo objeto de propostas que visam assegurar a observância dos direitos, além de serem responsáveis por eleger candidatos, os direitos dos presos, quando aparecem no debate público com o sentido de proteção, sofrem intensa repulsa por parte da população que por desconhecimento do assunto e ausência de raciocínio crítico, além da influência de pessoas públicas, não conseguem entender que enquanto perdurar as condições atuais do sistema carcerário, a tendência é que o número de presos continue aumentando e quem sofre com isso, é o próprio povo responsável pela eleição de representantes com discursos voltados à violação dos direitos dos presos, com base em uma suposta garantia da ordem pública que aparenta não ter sido alcançada por estas propostas.

Ademais, grande parte das pessoas que hoje estão presas compõem grupos vulneráveis com baixa escolaridade⁸. Dessa forma, é possível identificar um círculo vicioso, em que os direitos sociais (direito à educação, por exemplo) são violados fora dos presídios e os direitos individuais, dentro dos presídios.

Além do mais, ainda há dificuldades que essas pessoas encontram ao retornar ao "convívio social", com grande estigma social e exclusão de postos de trabalho, o que acaba culminando na intensificação da marginalização daquele que já fora marginalizado.

⁸ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2016. Pág. 33. 51% das pessoas presas possuem o ensino fundamental incompleto.

Desse modo, enquanto perdura um sistema que não se suporta, políticos professam discursos dotados de senso comum com a finalidade de obter votos, afirmando que aqueles que não querem “entrar no sistema” tem uma saída: não cometer crimes⁹. Solução que parece complicada quando observado todo o contexto, em que há forte estigma social sobre o preso e um alto número de desempregados em nosso país¹⁰.

Como resultado de debates populista pouco técnicos, são promulgadas leis mal elaboradas acerca dos fins práticos almejados, como a Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), responsável pela prisão de mais de 150 mil pessoas¹¹, mas que não estabelece distinção objetiva acerca da tipificação do agente como usuário ou traficante.

Desde a promulgação desta norma, houve um aumento do número de pessoas presas pelo crime de tráfico, tema que é abordado em capítulo posterior, criando vítimas desta norma, em muitos casos, jovens, como Rafael Braga¹² que não teve a mesma sorte de Breno Borges, filho da Desembargadora Tânia Borges¹³. Casos paradigmáticos como esses sinalizam para a seletividade da Justiça.

⁹ Declaração do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, em entrevista a jornalistas enquanto Deputado Federal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Lsna7A_yev0>. Acesso em 20 nov. 2019. “A única coisa boa do Maranhão é o ‘Presídio de Pedrinhas’. É só você não estuprar, não sequestrar, não praticar latrocínio que você não vai pra lá, ‘porra’! Acabou! Acabou! Tem que dar vida boa para aqueles canalhas? Eles nos ‘fodem’ a vida toda e, nós, trabalhadores, vamos manter os caras presos com uma vida boa? Eles tem que se ‘foder’! Acabou! Acabou ‘porra’! É a minha ideia.”

¹⁰ AMORIM, Daniela. Taxa de desemprego fica em 11,8% e Brasil tem 12,5 milhões de desocupados, aponta IBGE. *O Estado de São Paulo*, 31 out. 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,taxa-de-desemprego-fica-em-11-8-e-brasil-tem-12-5-milhoes-de-desocupados-aponta-ibge,70003070987>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹¹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2016. Pág. 42.

¹² COELHO, Henrique. Único condenado após protestos de 2013 no Rio é preso por tráfico, *G1*, 13 jan 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/01/unico-condenado-apos-protestos-de-2013-no-rio-e-presos-por-traffic.html>>. Acesso em 20 nov. 2019.

“Rafael foi preso por policiais da Unidade de Polícia Pacificadora da Vila Cruzeiro. Segundo os agentes, ele estava com 0,6g de maconha e um morteiro. Após uma conversa no quintal de uma residência, ele foi levado pelos policiais para a delegacia da Penha. Lá, ele alega que foi apresentada uma sacola com drogas e um morteiro. Em depoimento, Rafael garante que não estava com nenhum desses materiais quando saiu de casa, segundo ele, para ir à padaria.”

¹³ OLIVEIRA, Henrique. Rafael Braga e Breno Borges: quando 9g de racismo pesam mais que 129kg de maconha, *Justificando*, 19 nov. 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/07/27/rafael-braga-e-breno-borges-quando-9g-de-racismo-pesam-mais-que-129kg-de-maconha/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Por isso, há necessidade de produções acadêmicas capazes de exibir a forma como atua o Poder Judiciário (PJ) ao julgar crimes descritos nesta lei, oportunidade aproveitada por esta pesquisa que tratou de atrelar a Lei de Drogas ao Estado de Coisas Inconstitucional, reconhecido pelo STF na ADPF-MC 347, ao analisar os acórdãos da segunda instância do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)¹⁴ que citam o instituto e decidem casos de prática tipificada por esta lei.

A princípio, o precedente colocado como paradigmático, quando se fala no ECI sobre o sistema carcerário, é a ADPF-MC 347, visto que esta é a primeira ação em que instituto foi usado no Direito brasileiro, porém, o caso que aparece com maior frequência nos acórdãos da segunda instância do TJSP que citam o ECI é o habeas corpus coletivo 143.641 (HC COLETIVO)¹⁵, através da transcrição da sua ementa.

Esta decisão, acordada pela segunda turma do STF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, determinou a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de todas as mulheres presas em território nacional, gestantes ou mães de criança com até 12 anos de idade ou de pessoas com deficiência sem prejuízo da aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP.

Por conseguinte, por mais que a ADPF-MC 347 tenha sido a ação em que o ECI foi importado para o Direito brasileiro e em que a falta de estrutura carcerária brasileira tenha sido debatida com profundidade, é o acórdão do HC COLETIVO que tem a sua ementa transcrita com maior frequência nas decisões da segunda instância do TJSP, mas isso não significa que a influência

“No dia 8 de Abril o empresário Breno Fernando Solon Borges, que é dono de uma metalúrgica e serralheria em Campo Grande no Mato Grosso do Sul, foi preso carregando junto com outras pessoas em dois carros, 130 quilos de Maconha, uma pistola nove milímetros e 199 munições de fuzil calibre 7,62, de uso exclusivo das forças armadas.” “Breno Borges é filho da presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul, a Desembargadora Tânia Garcia Freitas Borges, e uma das autoridades que preferiu anonimato, segundo o Conjur, o empresário deu o nome da sua mãe para não ser preso.”

¹⁴ O Poder Judiciário brasileiro é dividido em instâncias (graus). Na primeira instância há juízes, na segunda instância, desembargadores. Por isso, nesta pesquisa não há referência a sentença, mas sim a acórdãos, visto que na segunda instância as decisões são proferidas por uma turma de desembargadores, por meio de um acórdão que é o nome dado à decisão prolatada por mais de um magistrado.

¹⁵ HC 143.641 / São Paulo. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. j. 20/02/2018.

da citação do ECI seja a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, como decidiu o acórdão do HC COLETIVO, somente indica que é através deste precedente que há referência ao ECI, visto que dentre os 38 acórdãos em que o ECI fora citado somente através da transcrição da ementa de algum precedente, em 27 decisões foi decretada a prisão preventiva ou houve condenação do réu ou da ré ao cumprimento da pena em regime fechado ou semiaberto.

Outra observação importante acerca da referência ao ECI, é que por mais que o instituto sirva para confirmar a existência da inércia estatal, há um acórdão da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (CDC/TJSP) de relatoria do Desembargador Otávio de Almeida Toledo¹⁶ que o cita para atestar a desorganização administrativa, visto que se há um ECI sobre o sistema carcerário, há falta de recursos para que a Administração consiga comprar novos equipamentos e, por isso, no caso em questão foi aceita pelos desembargadores a prova obtida através da revista íntima¹⁷, na qual a ré foi obrigada a se submeter a tratamentos vedados, expressamente, por lei¹⁸ - agachamentos seminua para que as agentes verificassem o possível transporte de algum objeto.

Segundo o voto do Desembargador Relator, como a Administração Pública não dispõe de verba suficiente para comprar scanners, visto que vige sobre o sistema carcerário um estado de coisas inconstitucional como reconheceu o STF na ADPF-MC 347, não há que se falar em prova obtida por

¹⁶ Apelação Criminal nº 0001117-53.2017.8.26.0544.

¹⁷ Trechos do relatório da decisão - "Interrogada, confirmou que passou por procedimento de 'agachamentos' em revista íntima, mas negou que estivesse com as drogas que lhe foram atribuídas pelas agentes."

"Terminou absolvida em primeiro grau porque o Magistrado considerou prova ilícita a apreensão de drogas com XXX, pois teria sido submetida a revista íntima, prática proibida por lei." (XXX representa o nome da ré, citado pela decisão).

"Apela o representante ministerial buscando a condenação de XXX nos termos da inicial. (...) Alega também que o desfecho da ação penal em primeira instância seria 'verdadeira inversão de valores'."

¹⁸ Lei nº 15.552, de 12 de Agosto de 2014.

Artigo 1º - Ficam os estabelecimentos prisionais proibidos de realizar revista íntima nos visitantes.

Artigo 2º - Para os efeitos desta lei, consideram-se:

III - revista íntima: todo procedimento que obrigue o visitante a:

1 - despir-se; 2 - fazer agachamentos ou dar saltos; 3 - submeter-se a exames clínicos invasivos.

meio ilícito, mesmo havendo vedação expressa da revista íntima por lei estadual.

Dessa forma, assim como esta decisão há outras que citam o ECI, mas decidem o caso de forma a descumprir os três pedidos cautelares da ADPF-MC 347 (alíneas "a", "c" e "d") que foram indeferidos pelo STF (com base no fundamento de que existe o dever dos magistrados e magistradas de respeitar o ordenamento jurídico) e usados na análise dos acórdãos, por motivos que serão expostos nos próximos capítulos.

Portanto, para expor todas informações obtidas através da análise das demais decisões, esta monografia está dividida em capítulos.

No próximo capítulo, há descrição sobre as considerações metodológicas, com a exposição: da pergunta de pesquisa, bem como as subperguntas; hipótese; justificativa da escolha da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), da segunda instância do TJSP e dos três pedidos cautelares da ADPF-MC 347 (alíneas "a", "c" e "d") usados na análise; metodologia de coleta dos acórdãos no site do TJSP e; metodologia de análise.

No terceiro capítulo há informações acerca do ECI; sua origem, definições teóricas e a aplicação do instituto no Brasil, com abordagem ao sistema carcerário e às informações obtidas através dos demais órgãos estatais que atestam a afirmação de que há inércia do Estado para resolver o problema.

Após o desenvolvimento da parte teórica que confirma a existência do ECI sobre o sistema carcerário e a necessidade de cumprimento das normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e, por consequência, a obrigatoriedade do cumprimento dos três pedidos cautelares, já constantes no Direito brasileiro, feitos na ADPF-MC 347 e indeferidos pelo STF, parte-se para a exposição dos resultados obtidos na análise dos acórdãos da segunda instância do TJSP.

O quarto capítulo traz as informações obtidas com a exposição, em categorias de acordo com as quatro espécies recursais das decisões coletadas, da forma como o ECI é citado em cada decisão – se o instituto

aparece no acórdão porque trecho de um precedente foi transcrito, se é usado para atestar o estado atual dos presídios brasileiros ou outras formas.

Posteriormente à exposição da forma como o ECI é citado nas decisões, parte-se para os capítulos quinto, sexto e sétimo que expõem, através de categorias estabelecidas de acordo com a espécie recursal que deu origem ao acórdão, as informações obtidas na análise das decisões da segunda instância do TJSP acerca do cumprimento dos pedidos cautelares “a”¹⁹, “c”²⁰ e “d”²¹ da ADPF-MC 347, respectivamente.

Sucessivamente à exposição de todos os resultados obtidos, no oitavo capítulo, há o relato das considerações finais, com a descrição da relação entre a pergunta de pesquisa e a hipótese com os resultados obtidos na análise das decisões.

¹⁹ “Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.”

²⁰ “Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.”

²¹ “Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.”

ii. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.

1. Pergunta de pesquisa.

Essa monografia busca responder a seguinte questão: como as decisões do TJSP, após o julgamento das medidas cautelares da ADPF-MC 347/DF, tratam o reconhecimento do ECI sobre o sistema carcerário e os pedidos cautelares “a”, “c” e “d”, nos casos de crimes descritos na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006)?

1.1. Subperguntas de pesquisa.

Os pedidos cautelares a, c e d foram, respectivamente: (“a”) o dever de motivação da não aplicação das medidas cautelares; (“c”) a consideração do dramático quadro do sistema prisional; e (“d”) reconhecer que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, e, quando viável, aplicar penas alternativas à prisão. Diante disso, questiona-se:

- a) Como é feita a referência ao ECI?
- b) Há abordagem à superlotação dos presídios?
- c) Em quantos casos os desembargadores ou desembargadoras cumprem o pedido cautelar “a”?
- d) Em quantos casos os desembargadores ou desembargadoras cumprem o pedido cautelar “c”?
- e) Em quantos casos os desembargadores ou desembargadoras cumprem o pedido cautelar “d”?
- f) Quando o ECI é citado, qual é a pena aplicada?
- g) Quais são os desembargadores ou desembargadoras que citam o ECI?
- h) Quais as Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (CDC/TJSP) que citam o ECI?

2. Hipótese.

A presente monografia tem como hipótese que o reconhecimento do dramático quadro fático do sistema carcerário brasileiro por parte dos Ministros do STF em seus votos na ADPF-MC 347 não tem destaque nos acórdãos do TJSP que decidem sobre os crimes tipificados na Lei de drogas e por mais que o ECI seja citado, majoritariamente através da transcrição da ementa de precedente, não são levados em conta nas decisões: (i) o cenário de violação massiva de direitos dos sujeitos submetidos ao *jus puniendi* estatal por culpa da falta de estrutura carcerária; (ii) bem como as alíneas “a”, “c” e “d” da petição inicial do PSOL na ADPF-MC 347.

Sobre os pedidos cautelares “a”, “c” e “d”, a hipótese parte do pressuposto que os desembargadores ou desembargadoras do TJSP dispensam a análise dos seguintes objetos: (i) o dever de motivar²²; (ii) a consideração do cenário do sistema prisional para a concessão de medidas cautelares, aplicação ou execução da pena²³; e a (iii) concessão de medidas alternativas por conta do cumprimento da pena em quadro dramático²⁴.

Sobre a alínea “a”, nos casos de decretação ou manutenção da prisão provisória, a hipótese é a ausência de motivação da não aplicação das medidas cautelares, ou seja, o descumprimento. Nestes casos, os desembargadores ou desembargadoras, não motivariam a decisão que pode ser no sentido de (i) decretar ou (ii) manter a prisão provisória (PRISÃO²⁵).

Sobre a alínea “c”, nos casos de concessão de cautelares, aplicação, progressão ou cumprimento da pena, a hipótese é que as decisões não abordam o dramático quadro fático, portanto, não cumprem a cautelar. Nestes casos, os desembargadores ou desembargadoras, mediante um

²² Pedido cautelar “a”.

²³ Pedido cautelar “b”.

²⁴ Pedido cautelar “c”.

²⁵ Prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão em regime fechado ou semiaberto.

pedido de aplicação de RESTRIÇÃO²⁶ ou absolvição, não fariam alusão ao dramático quadro fático do sistema carcerário, impondo a PRISÃO.

Sobre a alínea "d", parte-se da hipótese que metade das decisões aplicam penas alternativas à prisão, mas não consideram que a pena é cumprida em regime mais severo, portanto, há cumprimento indireto da alínea. Nestes casos, os desembargadores ou desembargadoras, decidem pela RESTRIÇÃO, mas o fundamento está em outros motivos que não o cumprimento da pena em condições mais severas.

Esta hipótese foi levantada a partir de pesquisa feita no site do TJSP e análise prévia de 52 acórdãos para estabelecer breve noção do material posteriormente analisado. De todos esses julgados metade manteve ou aplicou a PRISÃO e a outra metade decretou a RESTRIÇÃO. Com esse resultado não há como afirmar de forma consistente, *prima facie*, se há posicionamento do PJ sobre ECI, mas é possível observar que na metade dos casos os sujeitos entraram ou permaneceram sistema carcerário.

Por isso, a ideia inicial é de que a maioria das referências ao ECI no sistema carcerário são indiretas e ocorrem quando o magistrado cita os precedentes do STF, pois o termo compõe a ementa desses julgados e é inevitável que a citação não aconteça, de maneira a criar um modelo padrão de acórdão que somente se repete e aplica a condenação variando pouco de acordo com a Câmara, diferente de citação do instituto que visa dar ênfase à falta de estrutura dos cárceres.

3. Justificativa.

Esta monografia busca (i) contribuir para o debate acadêmico por meio de estudo sobre o reconhecimento do ECI pelos desembargadores ou desembargadoras do TJSP, com o intuito de (ii) entender como os magistrados e magistradas decidem os casos em que o ECI foi citado no

²⁶ Liberdade provisória, prisão domiciliar, prisão em regime aberto e medidas cautelares.

acórdão e o crime cometido é tipificado pela Lei nº 11.343/2006²⁷, após o julgamento dos pedidos cautelares da ADPF-MC 347, com enfoque sobre o cumprimento de três pedidos cautelares indeferidos nessa ação.

Desse modo, a pesquisa pretende expor à comunidade jurídica, a atuação da segunda instância do TJSP nas decisões que definem os rumos, não só da liberdade dos indivíduos, mas também dos diversos outros direitos²⁸ que são violados, o que impõe desafios para a ressocialização do preso. Além disso, há necessidade de produções acadêmicas que contribuam para o diálogo sobre o tema, com o fim de elucidar os fatores que estão envolvidos na problemática do sistema carcerário, além de compreender a repercussão da decisão do STF sobre a segunda instância do TJSP.

3.1. Por que a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006)?

A Lei de Drogas, responsável pela repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, define crimes e dá outras providências.

Esta norma é essencial como variável de análise para esta monografia porque (i) desde a sua vigência o número de presos por tráfico aumentou abruptamente, (ii) é necessário o recorte metodológico para estudo do material e (iii) se amolda na aferição da análise de como estão sendo observados e aplicados os três pedidos cautelares feitos na ADPF-MC 347.

Em 2005, data em que vigorava a antiga Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, havia 32.880 pessoas presas pelo crime de tráfico de drogas. Essa população aumentou para 146.276 pessoas, em 2013²⁹. Considerando que a

²⁷ Lei responsável por muitas prisões (176.691 segundo dados do INFOPEN), como foi evidenciado no item 1.3.

²⁸ Direitos Humanos, que segundo Amanda Capo Viana: "os Direitos Humanos são aqueles inerentes a todo e qualquer cidadão, como o direito à vida, à liberdade, à saúde e ao trabalho, que garantem a dignidade dos indivíduos. A fim de evitar que disparidades socioeconômicas prejudiquem indivíduos vulneráveis, cabe ao Estado o papel de promoção e proteção dos direitos supracitados, função que, repetindo, não está sendo cumprida pelo Estado brasileiro com relação ao sistema carcerário, o que foi confirmado pelo STF". (VIANA, Amanda Capo. O Sistema Carcerário Brasileiro e o Estados de Coisas Inconstitucional: uma análise dos pedidos cautelares da ADPF-MC 347.)

²⁹ CAMPOS, Marcelo da Silveira. Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. P. 111.

legislação em comento (Lei de Drogas) foi publicada em 2006, pode-se trabalhar com algumas hipóteses não excludentes entre si, são elas: (i) a nova legislação é mais rígida ao tratar do tipo penal do que a legislação anterior (Lei nº 6.368/1976); (ii) essa prática delituosa aumentou bruscamente; (iii) a atuação das polícias aumentou a sua eficácia nas investigações; (iv) houve uma combinação dos fatores; ou (v) há outra variável desconhecida.

De qualquer forma, são informações que não têm importância direta para responder à pergunta levantada nesta pesquisa. O fator importante é que houve aumento significativo do número de encarcerados após a publicação da atual Lei de Drogas e a situação dos cárceres brasileiros não apresenta melhoras significativas, visto que a nova legislação é mais uma possível variável que contribui para o encarceramento em massa.

Ademais, para que a pesquisa seja possível, o tema merece mais alguns recortes, pois no tempo disponível não é possível analisar todas as decisões do TJSP que citam o ECI, por isso há necessidade de delimitar a um tipo penal específico.

Apesar de ser encontrado no texto desta lei, o art. 44³⁰ que estabelece a regra de vedação da concessão de liberdade provisória e da conversão da pena em restritiva de direitos para os condenados pela prática dos crimes descritos no art. 33 caput, § 1º, e 34 a 37³¹ da referida lei, a vedação contida

³⁰ Lei nº 11.343/06. Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

³¹ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

neste dispositivo gerou discussões em processos que chegaram ao STF³², nos quais a Corte declarou sua inconstitucionalidade.

Por isso, mesmo com a “vigência” deste artigo, a metodologia de análise empregada nesta monografia não sofre prejuízo, haja vista a decisão do STF, em sede de recurso extraordinário (RE 1038925 e ARE 663261) com repercussão geral reconhecida, na qual a Corte declarou inconstitucionais os termos “e liberdade provisória” e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, do artigo 44 da Lei de Drogas, fato que vincula as instâncias inferiores a decidir de acordo com esse entendimento³³.

Portanto, a escolha dos crimes da Lei 11.343/06 se deu em razão de três fatores: (i) a influência no aumento do número de presos e presas, (ii) a necessidade de recorte metodológico para tornar a pesquisa viável; e (ii) porque os crimes nela tipificados se encaixam na análise de cumprimento das três cautelares.

3.2. Por que a segunda instância do TJSP?

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

³² Recurso Extraordinário (RE 1038925). Tese fixada: “É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006.”

Habeas Corpus (HC 97256), por seis votos a quatro julgou inconstitucional os artigos da Lei de Drogas que vedam expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 663261), reconheceu a repercussão geral da matéria e reafirmou a jurisprudência firmada no HC 97256. O Plenário declarou inconstitucional o termo “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do art. 33, §4º e o termo “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante no art. 44, ambos da Lei de Drogas.

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/05/2012. O Min. Rel. Gilmar Mendes, afirmou em seu voto que este artigo fere os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, dentre outros. “Verifica-se, por outro lado, que essa proibição (Lei n. 11.343/2006, art. 44, que retiraria sua razão de ser da própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII) conflita com outros princípios também revestidos de dignidade constitucional, dentre eles a presunção de inocência e o devido processo legal”. P. 4.

A escolha pela segunda instância do TJSP se justifica porque (i) há material suficiente dentro do recorte metodológico; (ii) é importante entender a forma como a segunda instância se comporta após julgamento do STF; (iii) o Estado de São Paulo tem a maior população carcerária; (iv) é inviável, para esta pesquisa, analisar os Tribunais de todos os Estados; e (v) os acórdãos do Tribunal de Justiça (TJ) reformam as decisões de primeiro grau.

Para a escolha da instância, fez-se pesquisa prévia no site do TJSP, página de processos, em consultas, banco de sentenças (primeira instância), no campo pesquisa livre, utilizando o seguinte termo de busca: "estado de coisas inconstitucional" E ADPF. Foram obtidos 6 (seis) sentenças. Ainda na janela de consultas, em jurisprudência, foi escolhido como busca os acórdãos de 2º grau ao invés das sentenças e no campo pesquisa livre foi repetido o termo, obtendo, desta vez, 97 acórdãos.

Outro ponto relevante na escolha da segunda instância, é a necessidade de entender o diálogo institucional e a repercussão, da utilização do instituto em ação julgada pelo STF, sobre as decisões do TJSP.

Além do mais, em pesquisa prévia sobre a população carcerária dos Estados que compõem a Federação, a partir dos dados disponibilizados pelo INFOPEN, constatou-se que o Estado de São Paulo possui a maior população carcerária — com 240.061 mil presos³⁴ —, razão que justifica sua escolha.

A escolha de analisar os acórdãos do Tribunal de Justiça impõe a necessidade de limitar-se a um único Estado, considerando o curto período de realização da pesquisa e o quantitativo de decisões que permeiam o tema pesquisado.

Desse modo, para responder à pergunta de pesquisa a escolha do órgão decisório é delimitada à segunda instância do TJSP, visto também ser aquela capaz de reformar a decisão de primeiro grau.

³⁴ 240.061 presos, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN. Atualização de junho de 2016. P.8.

3.3. Por que o pedido de medida cautelar “a”?

Esta cautelar foi escolhida porque (i) já existe o dever de motivação, (ii) é importante saber se os desembargadores ou desembargadoras cumprem o dever de motivar expressamente a não aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP³⁵ e (iii) o STF indeferiu esse pedido porque já consta no ordenamento jurídico³⁶.

Em matéria de Direito Penal, vige o princípio implícito do “in dubio pro reo”, por tratar-se de ramo do Direito em que há o poder e dever de punir do Estado contra indivíduo que não dispõe da mesma força, de maneira que as regras estabelecidas, tanto aquelas destinadas à punição do infrator, quanto as destinadas à defesa do acusado devem ser cumpridas, impedindo intervenções arbitrárias e excessivas do Estado autoritário, denominado Leviatã, conforme pontua Claus Roxin.³⁷

Por isso, o Direito Processual Penal é formado pelo conjunto de normas e princípios voltados à proteção do indivíduo que sofre com a perseguição

³⁵ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

³⁶ Sobre isso, afirmou a pesquisadora da SBDP (Sociedade Brasileira de Direito Público): “O argumento central, compartilhado pelos ministros, é que de acordo com os Arts. 93, IX, da CF e 315 do CPP, os juízes já devem justificar a não aplicabilidade de medidas cautelares em caso de determinação ou manutenção de prisão provisória. Em outras palavras, os ministros concordam com o pedido, porém visto que esse já consta no ordenamento jurídico, não o deferem.” Amanda Capovilla. Acesso em: 01/08/2019. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/student/amanda-capovilla/>>. P. 46.

³⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. P. 137.

penal, de modo que, havendo lei penal mais benéfica ao indiciado, acusado ou condenado, deverá ela ser aplicada.

Neste contexto, o pedido cautelar contido na alínea "a" buscou a afirmação de norma prevista no ordenamento jurídico, as medidas cautelares alternativas à prisão, descritas nos artigos 319 e 320 do CPP e que quando possíveis, devem ser aplicadas e em caso de não aplicação, o magistrado ou a magistrada tem a obrigação de fundamentar o porquê da negativa, imperativo esse que decorre diretamente do art. 93, inciso IX da CF/88³⁸.

Nesse sentido, o pedido foi feito nos seguintes termos:

"Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal."³⁹

Ao analisar o teor desse pedido, o Min. Rel. Marco Aurélio o deferiu, manifestação divergente da maioria da Corte que optou pelo indeferimento:

"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."⁴⁰

O artigo 283 CPP⁴¹, incluído pela Lei 12.403/2011, impõe aos magistrados e magistradas o dever de fundamentar as suas decisões e esse dever se estende à fundamentação de não substituição da pena privativa de liberdade por medidas cautelares alternativas à prisão⁴².

³⁸ CF/88, art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

³⁹ Petição Inicial. Acesso em: 01/08/2019. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. P. 69.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 37.

⁴¹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

⁴² Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias

O Min. Roberto Barroso, ao indeferir esse pedido, declarou que por já existir a obrigação de cumpri-lo, o STF não deve concedê-lo visto que caberiam muitas reclamações sobre o assunto.⁴³

Dessa forma, mesmo com o indeferimento desta medida pela maioria dos ministros e ministras, é dever dos magistrados e das magistradas seguir o mandamento legal e constitucional, de maneira que o não cumprimento do pedido cautelar da alínea "a" não tem respaldo legal e por isso há o interesse desta pesquisa em analisar o tratamento dos desembargadores ou desembargadoras no que tange à motivação nos acórdãos que citam o ECI.

Portanto, para os fins pretendidos nesta pesquisa, considerar-se-á cumprida a alínea em epígrafe, se houver motivação acerca da inaplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP, nos casos de decretação ou manutenção da mesma.

relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

⁴³ "A primeira medida cautelar, Presidente, requerida, a da letra "a", é a que pede ao Tribunal que cautelarmente imponha o dever de os juízes e Tribunais motivarem por que não aplicaram as medidas cautelares alternativas à prisão. Eu estou de pleno acordo com esse pedido, mas ele já decorre necessariamente da legislação. É o que decorre, a meu ver, do art. 93, IX, da Constituição, do art. 315 do Código de Processo Penal e do art. 282, § 6o, também do Código de Processo Penal. Desse modo, o pedido cautelar me motiva a explicitar e reiterar que ADPF-MC 347. Voto do Min. Marco Aurélio. P. 19.os juízes têm esse dever de motivação. Mas não me anima a conceder uma medida cautelar para determinar aos juízes que cumpram a Constituição e as Leis, sob pena - aqui não é propriamente uma jurisprudência defensiva, mas é um argumento lógico - de caber eventualmente reclamação de toda e qualquer decisão que aplique pena de prisão, pelo fundamento de que a motivação não foi satisfatória. Acho que esse é um risco que o Tribunal não precisa correr, porque já decorre da Lei esta necessidade de motivação. Não acho, porém, irrelevante que o pedido tenha sido feito para dar oportunidade ao Tribunal de reiterar a existência desse dever, mas penso que o Tribunal não precisa dar uma cautelar em ação abstrata para determinar que os juízes cumpram a Constituição e a Lei. Portanto, sem prejuízo de reavaliar a matéria ao final dos debates, ou quando julgarmos o mérito, eu não estou deferindo o pedido cautelar da letra "a"." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 74.

3.4. Por que o pedido de medida cautelar “c”?

Conforme exposto, o pedido da medida cautelar “c”, formulado na inicial da ADPF-MC 347, versa sobre a consideração do quadro fático do sistema carcerário. Diante disso a necessidade de analisar a alínea “c”, justifica-se por haver (i) o ECI sobre o sistema carcerário; (ii) a Lei de Execução Penal (LEP) não ser cumprida; e (iii) ter o STF indeferido o pedido para evitar a “avalanche de reclamações”.

Com efeito, o pedido cautelar tem a finalidade de assumir que o sistema prisional é muito diferente do que prescreve a LEP⁴⁴, e impedir a ausência de fundamentação da decisão. De modo a aplicar sanção menos severa – se existir essa possibilidade.

Por isso, o seguinte teor:

“Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.”⁴⁵

Ao julgar a ADPF-MC 347, a argumentação da tese vencedora seguiu o mesmo sentido do que foi estabelecido pelos ministros sobre o pedido cautelar da alínea “a”⁴⁶, é o que se extrai do voto do Min. Luiz Roberto Barroso ao indeferir a alínea “c”, em que afirma haver sobrecarga sobre os cárceres brasileiros e “*que o sistema não ressocializa, que o sistema embrutece*”, de

⁴⁴ Há artigos da LEP dizendo que deve haver dentro do estabelecimento penal, conforme a sua natureza, área destinada à recreação, prática esportiva, trabalho e educação. Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

⁴⁵ Petição Inicial. Acesso em: 01/08/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. P. 69.

⁴⁶ Amanda Capo Viana. Acesso em: 01/08/2019. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/student/amanda-capo-viana/>>. P. 43.

maneira que o ordenamento jurídico já prevê a obrigatoriedade de se levar em conta o quadro fático nas decisões do Poder Judiciário (PJ).⁴⁷

Ademais, existe a Súmula 719 do STF⁴⁸ que exige a fundamentação de decisão que imponha ao condenado cumprimento da pena com maior severidade, por isso, é possível sustentar que existe o dever de fundamentação de decisão que imponha a privação à liberdade, pois o ECI sobre o sistema carcerário deve ser observado.

Portanto, para esta monografia considera-se a alínea para entender se os magistrados e as magistradas abordam, ao decidir, o quadro dramático do sistema carcerário.

3.5. Por que o pedido de medida cautelar “d”?

A justificativa para a necessidade de análise do reconhecimento, por parte dos desembargadores ou desembargadoras, que a pena é cumprida em condições mais severas e, quando viável, a aplicação de penas alternativas à prisão – pedido cautelar “d” – está no fato de (i) haver o ECI sobre o sistema carcerário; (ii) haver Súmula do STF que versa sobre a não manutenção do condenado em condições mais gravosas do que a pena cominada; e (iii) a incapacidade do Estado não pode ser arcada pelo detento.

Foram levantadas três teses — nos votos dos Ministros — acerca desse pedido: (i) deferimento do pedido⁴⁹; (ii) indeferimento do pedido, sem argumentar sobre a sua possibilidade jurídica, pois compõe o mérito da ação

⁴⁷ “Também aqui, Presidente, eu interpreto este pedido cautelar da letra “c” como uma boa e necessária recomendação aos órgãos do Poder Judiciário. É preciso levar em conta que o sistema está sobrecarregado, que o Sistema não ressocializa, que o sistema embrutece. Porém, acho que já decorre do sistema jurídico esse dever dos juízes, e também não veria razão para verter essa determinação em uma ordem cautelar. É certo que, muitas vezes, os juízes não levam isso em conta, pois estou aqui reafirmando que devem levar isso em conta, mas não sob a forma de medida cautelar vinculante, ensejadora de reclamações.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 75.

⁴⁸ A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 41.

e o julgamento decidia os pedidos cautelares; e (iii) indeferimento, visto que a aplicação de penas alternativas⁵⁰ já decorre do ordenamento⁵¹, mais especificamente, do art. 32, incisos II e III do Código Penal (CP)⁵².

Em relação a terceira tese, o STF entendeu que o juiz não pode aplicar a progressão de pena sem o cumprimento dos requisitos legais⁵³, mas, poderá haver remição⁵⁴, em se tratando de pedido de reparação de danos (indenização, por exemplo) feito pelo apenado que está cumprindo pena em condições mais gravosas, de modo que será descontado um dia da pena, a cada 3 a 7 dias cumpridos em regime mais severo, segundo o voto do Min. Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 580252⁵⁵.

Posteriormente, neste recurso, ao ser julgado pelo Plenário em fevereiro de 2017, foi fixada a tese, com repercussão geral reconhecida, em que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão, tem direito a indenização do Estado por danos morais⁵⁶.

⁵⁰ O CP no art. 32, traz que: "As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa." Desta forma, o que não é pena privativa de liberdade, é pena alternativa.

O CP ainda traz, no art. 43, que: "As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 75.

⁵² Art. 32 - As penas são: II - restritivas de direitos; III - de multa.

⁵³ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

⁵⁴ Acerca da remição, trata-se de instituto do Direito Penal, em que aquele que cumpre a pena pode pedir a subtração da pena, pelos dias de trabalho, estudo ou cumprimento da pena em regime mais gravoso, segundo o RE 580252 com repercussão geral reconhecida, julgado pelo STF.

⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, voto proferido em 09/09/2015, tese proposta pelo Min. Roberto Barroso: "O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente".

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16/02/2017, tese fixada: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no

Ademais, segundo a Súmula Vinculante nº 56, o cenário fático deve ser levado em conta, pois ninguém pode cumprir pena em regime mais gravoso.⁵⁷

Dessa maneira, no momento em que o réu reúne os requisitos da progressão, que significa a saída do regime fechado para o semiaberto ou deste para o aberto, é obrigatório, nesta hipótese, a aplicação da pena em regime mais benéfico, e se não houver vagas, no regime mais benéfico subsequente. Vedada a punição mais severa por falta de estabelecimento prisional adequado.

É possível observar que a incapacidade estatal não deve recair sobre o preso, pois contra ele se impõe o exercício do direito do Estado de executar a pena sem que esta extrapole os limites legais estabelecidos – o que não acontece, haja vista a falta de vagas umbilicalmente ligadas ao aumento do número de prisões decretadas.

Por isso, o pedido foi feito com o seguinte teor:

“Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.”⁵⁸

Dessa forma, é viável analisar o cumprimento desta alínea nas decisões do TJSP, destacando a aplicação de penas alternativas à prisão ou a

ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 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”.⁵⁷ “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

⁵⁸ Petição Inicial. Acesso em: 01/08/2019. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. A medida cautelar referida na letra "c" pede que se determine aos juízes que considerem o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro, no momento da concessão de cautelares penais, no momento da aplicação da pena, e durante o processo de execução penal. Também aqui, Presidente, eu interpreto este pedido cautelar da letra "c" como uma boa e necessária recomendação aos órgãos do Poder Judiciário. É preciso levar em conta que o sistema está sobrecarregado, que o Sistema não ressocializa, que o sistema embrutece. Porém, acho que já decorre do sistema jurídico esse dever dos juízes, e também não veria razão para verter essa determinação em uma ordem cautelar. É certo que, muitas vezes, os juízes não levam isso em conta, pois estou aqui reafirmando que devem levar isso em conta, mas não sob a forma de medida cautelar vinculante, ensejadora de reclamações. P. 69.

fundamentação da imposição da pena levando em conta o cenário fático do sistema prisional.

Portanto, esta alínea tem – para a pesquisa – a importância de afirmar se o cumprimento da pena em condições mais severas reconhecido pelo STF, assim também o foi pelo TJSP, de maneira a, sempre que possível, aplicar pena alternativa à prisão.

3.6. Por que não analisar os demais pedidos de medida cautelar?

Os demais pedidos cautelares (“b”, “e”, “f”, “g”, “h”) feitos na ADPF-MC 347, não serão analisados de acordo com as razões expostas a seguir.

Primeiro há a exposição acerca dos pedidos deferidos pelo STF (“b” e “h”) e, posteriormente, a exposição sobre os pedidos indeferidos (“e”, “f” e “g”).

O pedido de medida cautelar da alínea “b” teve como fim impor o cumprimento de mandamentos internacionais, aceitos pelo Brasil por meio de Decretos⁵⁹, mas não acatados pelos Tribunais⁶⁰, nos seguintes termos:

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

Sobre o deferimento desta alínea, o Min. Teori Zavascki, em seu voto, afirmou que: “sob certo aspecto, essa determinação também significaria determinar que o juiz cumpra o que já é obrigado a cumprir.”⁶¹

⁵⁹ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969 e o Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 que promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

⁶⁰ É o que se extrai do voto do Min. Edson Fachin que cita os estados que em 2015 aguardavam ou tinham interesse de implantar a audiência de custódia, prevista em Decretos de 1992. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 60.

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 81.

É incontroverso que o pedido é de cumprimento obrigatório, mas como se trata de uma das etapas práticas do processo penal que ocorre logo após a prisão, para esta pesquisa, mostra-se inviável a sua análise, pois a busca com o objetivo de comprovar a observância ou não da audiência de custódia pelo TJSP, acabaria não ficando restrita aos acórdãos da segunda instância, o que aumentaria o universo de pesquisa, de maneira a torná-la inviável. Por essa razão a pesquisa exclui a análise da alínea "b".

O pedido de medida cautelar "h" foi feito nos seguintes termos:

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

A análise do pedido cautelar consubstanciado na alínea "h" mostra-se inviável. Isso porque, não se enquadra no universo de pesquisa.

O FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional), criado pela Lei Complementar nº 79, de 1994, faz parte do Ministério da Justiça e Segurança Pública e é gerido pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). A esse fundo são destinados recursos com a finalidade de financiar a modernização e o aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro.

Segundo a petição do PSOL na ADPF-MC 347, mesmo havendo vários problemas nos cárceres nacionais em decorrência da falta de verbas, a União contingenciou o fundo reiteradas vezes, de maneira que, de acordo com informações do DEPEN, o saldo ao tempo do ajuizamento da ação era de R\$ 2,2 bilhões.⁶²

O STF, ao analisar o pedido, julgou procedente - por maioria. Como observado, trata-se de medida imposta à Administração Pública, o que torna sua análise inviável no bojo desta pesquisa, uma vez que nos acórdãos previamente consultados não observou-se fundamentação que se baseie no descontingenciamento do FUNPEN para interferir na liberdade ou não do réu.

⁶² Petição Inicial. Acesso em: 26/09/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. P. 50.

Portanto, é inviável a análise deste pedido de acordo com os fins pretendidos nesta pesquisa.

O pedido de medida cautelar “e” foi feito nos seguintes termos:

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

O pedido cautelar da alínea “e” pode ser objeto de profunda discussão normativa se analisado de forma separada com a devida profundidade argumentativa que o tema merece. Mas em sede de julgamento cautelar, como entendeu o STF, não há determinação neste sentido.

Consoante o voto do Min. Rel. Marco Aurélio que decidiu pelo indeferimento⁶³, há disciplina legal que veda a flexibilização da norma em abstrato.⁶⁴

Portanto, os desembargadores ou desembargadoras do TJSP não devem se limitar ao teor do pedido, sendo inviável analisar o cumprimento desta alínea nos acórdãos.

O pedido de medida cautelar “f” foi feito nos seguintes termos:

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

Quanto a este pedido, os ministros decidiram por unanimidade que deveria ser indeferido porque não há norma nesse sentido em nosso ordenamento jurídico.

⁶³ O requerente formula dois últimos pedidos da espécie, envolvendo o tempo de prisão: o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, uma vez constatadas as condições desumanas do sistema carcerário, e o abatimento do tempo de prisão pelo mesmo motivo. Tenho-os como insubsistentes. Em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. ADPF-MC 347. Voto do Min. Rel. Marco Aurélio. P. 20.

⁶⁴ Em trabalho produzido pela pesquisadora da SBDP, Amanda Capo Viana, o argumento central sobre o indeferimento desta alínea foi o fato “de que a legislação já existente não pode ser flexibilizada em abstrato, por meio de uma decisão judicial.”

Em 2017, este tema foi julgado pelo STF no Recurso Extraordinário (RE) 580.252, com repercussão geral reconhecida. Neste julgamento, há tese do Min. Roberto Barroso de substituir a indenização por remição, de maneira que de três a sete dias de pena cumpridos em condições degradantes, resulta em um dia de redução na pena, mas esta tese foi vencida. A Corte entendeu que nesses casos, deve haver a indenização em R\$ 2 mil por danos morais.

Em vista disso, a análise desta alínea é inviável para esta pesquisa, pois foi um pedido que teve a sua substância negada e, dessa forma, o TJSP não deve observá-lo em suas decisões.

O pedido de medida cautelar "g" foi feito nos seguintes termos:

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

Este pedido exhibe de forma evidente a determinação do STF ao CNJ para viabilizar o cumprimento das alíneas "e" e "f".

Como já fora exposto, as alíneas "e" e "f" foram indeferidas, de maneira que a alínea "g" perdeu o seu objeto, foi esse o argumento dos ministros ao indeferi-la.

Portanto, pelo motivo exposto e por se tratar de determinação que não cabe aos desembargadores ou desembargadoras do TJSP, este pedido também está fora do universo desta pesquisa.

4. Metodologia de coleta.

O material de análise desta pesquisa, como dito anteriormente, são acórdãos decorrentes das decisões tomadas em segunda instância no âmbito do TJSP. Os acórdãos foram coletados no banco de dados de decisões do

Tribunal, no site oficial⁶⁵, no primeiro dia do mês de junho de 2019, na página de processos, no campo "consultas de jurisprudência".

Inicialmente, pesquisou-se – a partir da classe de pesquisa fornecida pelo sistema – o assunto: "Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas", campo que pode ser preenchido com o nº 3607 (cada crime tem o seu código) e, no campo pesquisa livre (sem assinalar a opção "pesquisar por sinônimos") as palavras-chave: "estado de coisas inconstitucional" E ADPF-MC 347. Esta busca resultou em 57 acórdãos, sendo 53 Habeas Corpus, dois recursos em sentido estrito e duas apelações.

Em seguida, para abarcar todos os casos que se encaixam no recorte da pergunta de pesquisa, realizou-se nova pesquisa, repetindo todo o processo com as palavras-chave: "estado de coisas inconstitucional" NAO ADPF-MC 347. Obteve-se 10.558 acórdãos. Após leitura prévia de alguns acórdãos, identificou-se que não havia referência à ADPF-MC 347, tampouco ao ECI.

O termo foi reformulado para: Estado de Coisas Inconstitucional NAO ADPF-MC 347, o que resultou em 141 acórdãos, alguns repetidos e outros que não continham o instituto em seu texto.

Novamente, fez-se nova pesquisa com as palavras-chave: "Estado de Coisas Inconstitucional". O resultado foi 64 acórdãos. Desse total de acórdãos, 57 repetidos, pois abarcados pela primeira busca. Os outros 7 acórdãos, decisões novas, foram: 4 embargos de declaração, 2 apelações e 1 Habeas Corpus.

Assim, todos os acórdãos encontrados na busca, decisões publicadas desde o julgamento da ADPF-MC 347 (9 de setembro de 2015) até junho de 2019, foram separados da seguinte forma: (i) Apelação (quatro acórdãos), (ii) Embargos de Declaração (quatro acórdãos), (iii) Habeas Corpus (54 acórdãos) e (iv) Recurso em sentido estrito (dois acórdãos).

⁶⁵ Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 1 de jun. de 2019.

Ao proceder à etapa de leitura e fichamento dos acórdãos, foram identificados dois arquivos com a mesma decisão, sobre o mesmo processo. Como não havia motivo para fichar duas vezes o acórdão, um deles foi descartado⁶⁶. Além deste, também foi descartado outro acórdão cuja a decisão era sobre a prática de crimes descritos na Lei n. 12.850/13, sobre organização criminosa⁶⁷.

Desse modo, descartados dois acórdãos sobre habeas corpus, restaram à pesquisa 62 decisões.

5. Metodologia de análise.

A análise das decisões tem o objetivo de extrair, a partir da seleção dos acórdãos que citam o ECI, os principais argumentos em torno do instituto e, entender se há cumprimento dos pedidos feitos: dever de motivar a não aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP em caso de prisão provisória (alínea "a"); consideração, na concessão de cautelares penais ou aplicação da pena, do caos do sistema prisional (alínea "c") e; reconhecimento do cumprimento de pena mais severa com aplicação de pena alternativa (alínea "d"). Pedidos que não foram deferidos pelo STF na ADPF-MC 347 pelo fato do ordenamento jurídico já prever e a possibilidade de ensejar muitas Reclamações, mas que devem, segundo os Ministros, ser observadas por força do ordenamento jurídico.

A leitura dos acórdãos utiliza lente (análises criadas pelo fichamento) que possibilita separar as decisões em categorias, por isso há modelo de fichamento preestabelecido, usado em todos os casos, de maneira a tornar a análise genérica, no sentido de ter o mesmo padrão analítico para todos os acórdãos e ainda assim, focada nos pontos específicos de cada decisão necessários para responder à pergunta de pesquisa.

⁶⁶ Habeas Corpus Criminal nº 0031137-73.2018.8.26.0000.

⁶⁷ Esse acórdão sobre a ordem de habeas corpus trazia o ECI em seu texto por meio da transcrição da ementa do habeas corpus coletivo 143.641. Talvez, por isso, tenha sido resultado da busca no site do TJSP. Habeas Corpus nº 2201550-22.2017.8.26.0000.

Todas as informações extraídas dos acórdãos e consideradas relevantes foram repassadas para o modelo de tabela de análise, elaborada para sintetizar as informações dos fichamentos e facilitar a consulta e a criação de gráficos. Por isso no anexo há tabelas e não textos como fichamentos individuais das decisões coletadas.

5.1. Fichamento.

O modelo de fichamento descreve informações sobre pontos considerados importantes para a distinção dos acórdãos, são eles:

- a) Data: data do julgamento identificada para fins de organização.
- b) Classe: define qual foi o recurso interposto (peça processual). Na amostra de acórdãos há quatro espécies recursais diferentes: (i) Apelação, (ii) Embargos de Declaração, (iii) Habeas Corpus e (iv) Recurso em Sentido Estrito.
- c) Número do processo: com o fim de individualizar cada decisão.
- d) Câmara de Direito Criminal (CDC/TJSP): para identificar possíveis padrões de posicionamento.
- e) Desembargador-desembargadora relator/relatora do acórdão: para identificar possíveis padrões de posicionamento.
- f) Autor ou autora do recurso: distinção entre recurso ministerial e recurso do réu ou ré.
- g) Decisão questionada: referência à decisão anterior ao acórdão analisado, expondo a aplicação da "RESTRICÇÃO" ou "PRISÃO". A primeira significa que a decisão da primeira instância ou o acórdão anterior não impôs o cumprimento de pena no sistema prisional, ou seja, ela determinou a prisão em regime aberto, prisão domiciliar, medidas alternativas à prisão ou liberdade provisória. A segunda significa que a decisão da primeira instância ou o acórdão questionado optou pelo cumprimento de pena no sistema prisional, ou seja, regime fechado ou semiaberto. Esta distinção tem a finalidade de distinguir os acórdãos que "agravam" a superlotação dos presídios, daqueles que

aplicam medidas alternativas e não condenam o sujeito a adentrar no sistema carcerário.

- h) Fatos: faz breve relato do caso. Assim como a ementa é o resumo da decisão, esta classe da tabela é resumo da situação na qual ocorreu o crime e o desdobramento dos fatos até chegar à análise dos desembargadores ou desembargadoras.
- i) Unanimidade: nesta classe há a resposta “sim” ou “não”. A primeira significa que a decisão da segunda instância foi unânime. A segunda significa que a decisão não foi unânime. A finalidade desta classe está na existência ou não da necessidade de extrair fundamentos do voto vencido.
- j) Fundamentos do relator ou relatora: esta classe define a linha argumentativa do relator ou relatora, dando evidência aos principais argumentos da sua tese.
- k) Fundamentos do voto vencido: para acórdãos em que há divergência, esta classe define a linha argumentativa do voto que abre a divergência, com ênfase aos principais argumentos da tese do desembargador ou desembargadora.
- l) Precedente: nas decisões em que o ECI é citado por meio da transcrição de precedente, este é identificado.
- m) Abordagem ao ECI: nas decisões em que o ECI não é citado através da transcrição de precedente, o trecho em que há a referência ao instituto é transcrito.
- n) Acórdão: Nesta classe há a resposta “PRISÃO” ou “RESTRICÇÃO”. A última significa que a decisão da segunda instância não impôs ao réu o cumprimento da pena dentro do sistema carcerário⁶⁸. A primeira significa que a decisão da segunda instância aplicou a PRISÃO⁶⁹ (regime fechado e semiaberto (aqui compreendidas as prisões provisórias)). Portanto, aqui é identificado o dispositivo do acórdão.
- o) Cautelares: Nesta classe há a análise, de acordo com as tabelas a seguir, da aplicação (cumprimento direto ou indireto ou

⁶⁸ Prisão em regime aberto, prisão domiciliar, medidas alternativas à prisão e liberdade provisória.

⁶⁹ Prisão preventiva, pena em regime fechado ou regime semiaberto.

descumprimento do pedido) ou não aplicação dos pedidos de medidas cautelares analisados ("a", "c" e "d"):

- Pedido de medida cautelar "a"⁷⁰:

Casos	Decretou a prisão provisória		Manteve a prisão provisória	
Motivou	Sim	Não	Sim	Não
Resultado	Cumpriu	Não cumpriu	Cumpriu	Não cumpriu

Legenda da tabela: nos casos de prisão provisória (decretação ou manutenção), havendo motivação da não aplicação das medidas cautelares (artigos 319 e 320 CPP), significa que houve cumprimento. Acórdãos que impõem o cumprimento da pena definitiva ou decidem pela aplicação de medidas cautelares se encaixam na categoria "não se aplica" que não é descrita na tabela, visto que não é caso englobado pelo pedido e, por isso, dispensa a análise.

- Pedido de medida cautelar "c"⁷¹:

Caso	Concessão de cautelares			Aplicação da pena		
Superlotação	Abordou	Não abordou		Abordou	Não abordou	
Substituição	Sim/Não	Sim	Não	Sim/Não	Sim	Não
Cumpriu	Sim	Indireta mente	Não	Sim	Indireta mente	Não

Legenda da tabela: nos casos de concessão de cautelares ou aplicação da

⁷⁰ "Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal."

⁷¹ "Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal."

pena, para classificar se houve consideração do dramático quadro fático do sistema carcerário, será observada a argumentação do voto, de maneira que, havendo referência à superlotação, argumentação sobre o excesso de presos ou ausência de estrutura carcerária, considera-se abordada a segunda linha desta tabela, do contrário considera-se não abordada. Portanto, o termo “superlotação” é simbólico e representa a ideia de dramático cenário fático dos cárceres brasileiros, com o fim de trazer maior objetividade à tabela.

Sobre a terceira linha, “substituição”, há duas respostas, possíveis (i) “não” ou (ii) “sim”. A primeira resposta lista as decisões que aplicam ou mantêm a PRISÃO sem substituí-la, ou seja, todos os acórdãos que impõem a prisão em regime fechado ou semiaberto. A segunda abarca os casos em que há substituição da PRISÃO por RESTRIÇÃO. Em determinados casos, em que há consideração do cenário fático pelo desembargador, havendo substituição ou não da PRISÃO, considera-se cumprida a alínea, pois se o magistrado abordou a realidade dos presídios ele cumpriu o pedido.

A substituição da pena, classificação da terceira linha da tabela, tem função de afirmar a aplicação indireta da alínea nos casos em que a realidade do sistema carcerário não é abordada pelo desembargador, mas a decisão é mais benéfica ao réu, substituindo a PRISÃO por RESTRIÇÃO, sendo, portanto, benéfica à realidade carcerária (visto que o réu não será preso em presídios superlotados), de modo que, pode-se entender que há consideração do cenário fático mesmo que a substituição decorra do cumprimento de requisitos legais, visto que o fato de não agravar a realidade carcerária pode ser sinônimo da consideração indireta da realidade carcerária (indireta porque não foi expressa).

- Pedido de medida cautelar “d”⁷²:

⁷² “Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.”

Reconheceu o cumprimento mais severo	Sim		Não	
Aplicou RESTRIÇÃO	Sim	Não	Sim	Não
Cumpriu	Diretamente	Indiretamente	Indiretamente	Não

Legenda da tabela: ocorre a divisão dos casos em que há o reconhecimento do cumprimento da pena em condições mais severas e aqueles em que isso não acontece (primeira linha).

Para classificar se há consideração do cumprimento de pena em condições mais severas, são observadas as referências dos magistrados e das magistradas sobre a não ressocialização dos presos e presas, a falta de estrutura do sistema carcerário ou referência semelhantes que são descritas na exposição dos resultados obtidos.

Dentro das duas classes da divisão anterior, "sim" ou "não", há a distinção entre os casos que aplicam a PRISÃO (cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto) e aqueles que aplicam RESTRIÇÃO (penas alternativas à prisão ou a prisão domiciliar ou em regime aberto).

Nos acórdãos em que há o reconhecimento da pena em condições mais severas e a decisão pela RESTRIÇÃO, há aplicação direta da alínea, do contrário, se aplicada a PRISÃO, há cumprimento indireto da alínea, visto que há o reconhecimento, mas com a decisão o quadro fático de cumprimento da pena se torna ainda mais gravoso.

Nas decisões em que não há o reconhecimento que a pena é cumprida em condições mais severas, se aplicada a RESTRIÇÃO, há cumprimento indireto do dever, visto que com o acórdão os desembargadores ou desembargadoras não agravaram ainda mais a realidade fática. Se aplicada a PRISÃO, considera-se que o dever foi descumprido.

iii. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.

1. A origem do Estado de Coisas Inconstitucional.

Esta monografia se debruça sobre as decisões do TJSP que citam o termo “Estado de Coisas Inconstitucional – ECI”.

O ECI é um instituto criado pela Corte Constitucional Colombiana (“CCC”), com o fim de sanar falhas estruturais responsáveis por violar direitos fundamentais envolvendo muitas pessoas. Surgiu em 1997, em ação ajuizada por professores municipais que tinham de arcar com a taxa para fins previdenciários sobre os seus salários, mas sem que fossem ligados ao fundo de previdência, caracterizando, dessa forma, segundo entendimento da CCC, violação massiva de direitos derivada de atos comissivos e omissivos de diversos órgãos estatais, criando falha estrutural e propiciando o ambiente adequado ao reconhecimento do ECI.⁷³

No ano seguinte, em 1998, o ECI foi novamente reconhecido pela CCC em ação ajuizada por aposentados e pensionistas contra o Fundo Nacional de Previdência Social. Neste caso, foram ajuizadas diversas ações contra o Fundo solicitando recálculo sobre o valor que recebiam, chegando, segundo a Corte, ao número de 45 mil petições, número que para ser solucionado demandaria de 2 a 3 anos.

O alto número de ações, representava 16% de todas as tutelas do país, de maneira que a violação gerou externalidades sobre toda a população por conta do excesso de processos responsáveis por sobrecarregar o Poder

⁷³ COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia SU-559/1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

“Los actores afirman que a pesar de que llevan varios años vinculados laboralmente a los municipios demandados, como docentes, aún no han sido afiliados a ninguna Caja o Fondo de Prestación Social y, por lo tanto, no han recibido las respectivas prestaciones sociales en materia de salud, todo ello a pesar de que se les descuenta el 5% de su salario como aporte al pago de estas prestaciones.”

Judiciário com pedidos que deveriam ter sido resolvidos na esfera administrativa.⁷⁴

Por fim, em 1998, na terceira vez em que o instituto foi reconhecido, o caso tratava do sistema carcerário colombiano, em que a CCC reconheceu o ECI e deu ênfase ao fato de que:

“as condições de encarceramento impedem o fornecimento aos reclusos dos meios necessários ao projeto de ressocialização”.⁷⁵

No decorrer da sentença, a Corte abordou (i) a finalidade do ECI, que é sanar problemas estruturais que violam direitos fundamentais e (ii) tratou sobre os seus requisitos: (ii.a) violação de direitos fundamentais de muitas pessoas; (ii.b) com origem em causa de natureza estrutural; e (ii.c) cuja a solução envolva pluralidade de órgãos estatais.⁷⁶

Diante disso, a CCC estabeleceu plano que visava a reparação dos cárceres do país e a construção de novos prédios, determinando atuação do Poder Executivo, tirando-o da inércia. Segundo César Rodríguez-Garavito, nesta sentença a Corte determinou à Administração Pública a formulação de um plano com o fim de alterar a realidade dos cárceres do país, bem como a separação entre condenados e presos com processo em julgamento, além

⁷⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-068/1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

“De acuerdo con los datos expuestos por la Subdirectora General de Prestaciones económicas, en 1993 existía un retraso en la resolución de cerca de 45.000 peticiones, por lo tanto se requerían entre 2 y 3 años para proferir el acto administrativo correspondiente.”

⁷⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-153/1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2019. “Las condiciones de hacinamiento impiden brindar a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.).”

⁷⁶ Setencia T-15/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 28/07/2019. “Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.”

suspender o contrato feito pelo Estado para reformar um presídio de Bogotá.⁷⁷

O plano determinado foi dividido em: (i) plano nacional, a cargo da União, responsável por estabelecer metas que visavam sanar as violações de direitos nos presídios federais; e (ii) planos estaduais e municipais voltados aos cárceres sob suas competências. Além disso, foi determinado o prazo de 3 meses para a apresentação do plano e de 4 anos para a conclusão da sua implementação.

Mas a decisão de maior relevância⁷⁸ dentre aquelas em que a CCC reconheceu o ECI foi a denominada Sentencia T-025 de 2004, sobre o fenômeno das condições precárias de vida dos cidadãos deslocados de maneira forçada dentro do país por consequência dos conflitos armados.

Nesta decisão, segundo a própria Corte, foram analisados 108 expedientes correspondentes a ações de tutela propostas por 1.150 núcleos familiares, tendo como média quatro pessoas por núcleo. Essas ações, denegadas em sua maioria pelos juízes de primeira instância, foram propostas contra autoridades públicas, baseadas no argumento de que o Estado não estava cumprindo a sua missão de resguardar o direito à moradia, à educação, à saúde e à ajuda humanitária da população deslocada.⁷⁹

Este cenário de deslocamento forçado adquiriu conotações importantes ao final dos anos noventa, em que o número de deslocados que era de 247 em 1995, chegou a 423.231 pessoas em 2002⁸⁰, culminando na Sentencia T-

⁷⁷ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. "In T-153, the CCC adopted the strong-remedies approach by handing down detailed orders for the government to (1) immediately suspend a contract for the renovation of one of the largest prisons in Bogotá; (2) formulate, in three months, a comprehensive plan for the renovation of existing prisons and the construction of new ones, which was to be executed within a four-year period; and (3) put an end, in four years, to the confinement of detainees under trial in the same prisons as convicted detainees." P. 25.

⁷⁸ ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *O Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018. P. 49. "O caso do deslocamento forçado de pessoas em razão da violência na Colômbia é o mais relevante quando se trata da figura do 'Estado de Coisas Inconstitucional'."

⁷⁹ Sentencia T-025/04. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 10/09/2019.

⁸⁰ IBÁÑEZ, Ana María; MOYA, Andrés. *La población desplazada en Colombia: Examen de sus condiciones socioeconómicas y análisis de las políticas actuales*. 2007. P. 10.

025/04 que consagrou o conceito do ECI, aprimorado desde 1997 quando foi declarado pela primeira vez.

Dessa forma, há o ECI quando existe: (i) violações repetidas de direitos fundamentais que afetam grande número de pessoas; (ii) originadas, não de uma instituição, mas de falhas estruturais; (iii) cuja solução requer a atuação coordenada de vários órgãos.⁸¹

2. O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) segundo a doutrina.

Ao estudar casos em que a Corte Constitucional Colombiana (CCC) reconheceu a existência do ECI, César Rodríguez-Garavito, sistematizou os requisitos essenciais – presentes em todas as ações – para a existência do ECI, são eles: (i) existência de cenário de violação de direitos de muitas pessoas; (ii) falhas generalizadas de vários órgãos estatais que perpetuam a violação dos direitos; (iii) necessidade de ordens estruturais do Tribunal aos órgãos envolvidos para acabar com o cenário por meio de ações coordenadas.⁸²

Em relação ao primeiro item, Gianfranco Faggin Mastro Andréa, em sua obra “Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil”⁸³, destaca que a violação dos direitos fundamentais⁸⁴ deve ser: (i) massiva, sendo aquela que abrange um número incontável de pessoas; (ii) generalizada, situação tão difundida que se torna comum; e (iii) sistemática, observada em muitos casos similares. Neste estudo, não há abordagem de critérios objetivos para a definição do que seria massivo, generalizado ou sistemático, fato que permite

⁸¹ Sentencia T-025/04. Item 7 - La constatación de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

⁸² RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. P. 3.

⁸³ ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. O Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

⁸⁴ “Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. [...] Os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5.ed. P. 529).

a existência de ideia abstrata, ao mesmo tempo que delimitada por alguns parâmetros que são analisados caso a caso.⁸⁵

Em relação ao segundo item, o autor mencionado destaca a ideia de “falha estrutural”, em que a situação existe e se mantém através de ações e omissões legislativas, administrativas e judiciais, produzidas sem coordenação alguma, ocasionando a manutenção ou o agravamento da conjuntura violadora de direitos. Desse modo, vê-se que o cenário existe não pela incorreção de um órgão, mas pela confusão estrutural do Estado que, através de várias instituições, perpetua a situação que viola os direitos de uma pluralidade de pessoas.⁸⁶

Em relação ao terceiro item, o autor descreve a ideia de remédios transmitidos através de ordens mandamentais, por meio das quais a pluralidade de instituições envolvidas passa a atuar de forma coordenada, abandonando o estado de inércia através da decisão do Tribunal. Segundo Gianfranco, esse parece ser o meio viável à resolução do problema da falha estrutural.⁸⁷

Em cenários de violação massiva de direitos humanos com vários órgãos estatais envolvidos, é difícil vislumbrar a possibilidade de alteração do quadro sem que ocorra atuação estruturada e conjunta por parte dos órgãos. Por conta disso, o reconhecimento do ECI se mostraria cabível, pois através dele há interferência externa feita pelo Poder Judiciário, que enumera os objetivos e as atividades necessárias para que cada órgão possa modificar o que está ao seu alcance, de tal maneira que, ao final, o cenário de violação de direitos se transforme num todo capaz de assegurar os direitos humanos em jogo.

O reconhecimento desse ECI tem como fim, afirmar que há cenário de violação massiva de direitos de um amplo número de pessoas por conta de falhas estruturais, no qual, para tirar da inércia as diversas instituições estatais envolvidas, deve haver protagonismo judicial dialógico, situação em

⁸⁵ ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. O Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018. P. 67.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

que a Corte, por meio de decisão, ordena em prazo preestabelecido à União, Estados e Distrito Federal a apresentação de planos em que são estipuladas (i) as ações que serão tomadas pelos órgãos e (ii) os resultados almejados.

3. O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no Brasil.

Em 2015 o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a ADPF-MC 347⁸⁸, ajuizada pelo PSOL, caso que importou da Colômbia o reconhecimento do ECI e a adoção de providências estruturais que visam sanar as lesões a direitos fundamentais⁸⁹ decorrentes, segundo o partido, de atos de natureza normativa, administrativa e judicial, comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal sobre o sistema carcerário brasileiro.

A petição inicial consignou que o PJ não pode deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito, fato que parece evidente quando o tema é o sistema carcerário.⁹⁰ Além de evidenciar que a Corte não pode deixar de julgar o caso, o Partido também fez abordagem dos requisitos do ECI na realidade do sistema carcerário brasileiro, com análise de dados que afirmam a superlotação do sistema carcerário, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais e existente por conta de falha estrutural que só pode

⁸⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação cabível contra lei ou atos do poder público que violam mandamentos constitucionais ou em casos em que não cabe outras ações de controle concentrado de constitucionalidade. Conforme previsto no artigo XX, CF/88 e disciplinada pela Lei nº 9.882/1999.

⁸⁹ Segundo o Min. Rel. Marco Aurélio, em seu voto na ADPF-MC 347, o contexto prisional brasileiro viola diversos dispositivos constitucionais, como: "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); os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV)" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 25).

⁹⁰ Petição Inicial. Acesso em: 01/08/2019. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. "na ordem constitucional brasileira, a lesão a direitos é inafastável da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), e não existe mais grave violação a direitos do que a que se pratica sistematicamente no sistema prisional do país." P. 20.

ser resolvida por meio de ordens mandamentais (plano definido na sentença que tira os demais poderes da inércia) que estabeleçam ações coordenadas entre as instituições.⁹¹

É possível observar a proximidade do tema discutido no caso brasileiro — ADPF-MC 347 — e o supracitado caso colombiano que discute a situação do sistema carcerário. Os pedidos, formulados naquela arguição, bem como na sentença T-153/98, pretenderam tirar da inércia os Poderes, a partir da provocação de diversos órgãos, com vistas a interromper a situação de lesividade aos direitos dos presos e se dividiram em: (i) pedidos de medidas cautelares e (ii) mérito da ação.

Os pedidos de mérito formulados na ADPF-MC 347 foram: (i) a declaração do ECI; (ii) a confirmação das medidas cautelares; (iii) a determinação à União que apresente plano nacional visando superar o ECI e aos Estados e ao Distrito Federal para que apresentem seus respectivos planos; (iv) a submissão dos planos às instituições essenciais à justiça; (v) a homologação ou implementação dos planos pelo STF; e (vi) o monitoramento da implementação dos planos por órgão designado pela Corte.⁹²

Em caráter cautelar, os pedidos formulados foram: (i) dever dos magistrados e das magistradas de motivar as razões que impedem a aplicação de medidas alternativas à prisão preventiva (alínea a); (ii) audiência de custódia em até 24h após a prisão (alínea b); (iii) consideração do dramático quadro do sistema carcerário na concessão de medidas cautelares, aplicação ou execução da pena (alínea c); (iv) reconhecer que o cumprimento da pena ocorre em quadro mais gravoso e, quando viável, substituir por medidas alternativas à prisão (alínea d); (v) dever do juiz de abrandar os requisitos temporais para a concessão de benefícios em caso de pena cumprida em quadro dramático (alínea e); (vi) abatimento da pena quando cumprida em regime mais severo (alínea f); (vii) o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) coordenar mutirões carcerários de revisão processual para implantar as medidas das alíneas “e” e “f” (alínea g); (viii)

⁹¹ Idem. P. 21.

⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 15.

descontingenciamento e proibição de novos contingenciamentos das verbas do FUNPEN (alínea h).⁹³

Em que pese o pedido meritório ainda não ter sido julgado, houve, em 2015, o julgamento das medidas cautelares. Os pedidos cautelares tratam-se, como visto, de providências urgentes a ser adotadas a fim de proteger os direitos dos presos, visto que a demora poderia acarretar danos irreversíveis.⁹⁴

Assim, ao julgar as medidas cautelares, o STF abordou a questão do cabimento ou não da peça processual. De acordo com o Ministro Marco Aurélio, a ADPF é cabível, pois trata-se de caso que envolve atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos (União, Estado e Municípios) com relação direta à transgressão de direitos, além da inexistência de outra peça processual apta a sanar a lesividade.⁹⁵

No julgamento dos pedidos cautelares, a Corte deferiu somente duas: (i) a alínea “b” acerca da audiência de custódia em até 24h, prevista nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos⁹⁶ e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁹⁷, que possuem hierarquia legal - no entendimento do STF – porque internalizados pelo Brasil⁹⁸; e (ii) a alínea “h” relacionada à liberação das verbas do FUNPEN e proibição de novos

⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 16.

⁹⁴ Petição Inicial. Acesso em: 01/08/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. P. 69.

⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 21.

⁹⁶ Art. 9.3 - “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.”

⁹⁷ Art. 7.5 - “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

⁹⁸ Amanda Capoviana. Acesso em: 01/08/2019. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/student/amanda-capo-viana/>>. Os pedidos deferiram o pedido, pois, segundo Amanda Capoviana: “a audiência de custódia já foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro” P. 46.

contingenciamentos, com a justificativa do atual descaso legislativo recorrente sobre o sistema carcerário.⁹⁹ Ademais, houve deferimento da proposta do Ministro Luiz Roberto Barroso, para que a Corte determinasse à União e aos Estados a prestação de informações sobre o sistema prisional.

Relativamente às medidas cautelares indeferidas, nos pedidos “a”, “c” e “d” ficou decidido que as alíneas estavam de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, mas já havia norma que definia como obrigatório aquilo que foi pedido e caso o STF desse provimento a esses pedidos, haveria expressivo número de reclamações, o que poderia sobrecarregar a Corte brasileira.¹⁰⁰

Sobre a alínea “a” (dever de motivar a não aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP), por exemplo, o art. 315 do CPP é claro ao dispor que: “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”, de maneira que esse pedido deve ser cumprido independentemente do deferimento do pedido pelo STF, que ao julgá-lo não o concedeu porque isso levaria a muitas reclamações.

Com relação aos demais pedidos indeferidos houve argumentação diferente. Para a alínea “e”¹⁰¹ prevaleceu o argumento de que a análise deve ser feita caso a caso e não pode o STF flexibilizar a legislação em abstrato.¹⁰² Acerca da alínea “f”¹⁰³, os Ministros argumentaram a inexistência de previsão legal que justifique o pedido.¹⁰⁴ E por fim, no que tange à alínea “g”¹⁰⁵

⁹⁹ Idem. P. 55.

¹⁰⁰ Idem. P. 43.

¹⁰¹ “Afirmar que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.”

¹⁰² Idem. P. 49.

¹⁰³ “Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.”

¹⁰⁴ Idem. P. 50.

¹⁰⁵ “Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.”

argumentou-se haver sido prejudicada, porquanto dependente do deferimento das alíneas “e” e “f” – o que não ocorreu.¹⁰⁶

Embora não tenha havido julgamento do mérito da referida arguição, o Ministro Marco Aurélio afirma que: “o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de ‘estado de coisas inconstitucional’.”¹⁰⁷

Assim como o ministro Edson Fachin:

“Creio que, dessa forma, o Supremo Tribunal Federal está, em cognição sumária, reconhecendo a impossibilidade de que se mantenha o atual estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário.”¹⁰⁸

E o ministro Celso de Mello: “Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável ‘estado de coisas inconstitucional’.”¹⁰⁹

Por isso é justo afirmar que o STF, no julgamento das medidas cautelares da ADPF-MC 347, reconhece o dramático quadro fático sobre o sistema carcerário brasileiro, fato que por si só não irá mudar a realidade fática prisional, mas, como bem pontuou o Juiz de Direito e membro do IBCCRIM Luís Carlos Valois:

“a declaração de ‘ECI’ deve servir como princípio para a interpretação e aplicação das leis relativas ao sistema penitenciário, a inconstitucionalidade de cada situação, verificado o caso específico, devendo ser sempre ressaltada, lembrada, para que realmente se faça da prisão *ultima ratio*.”¹¹⁰

Portanto, a decisão do STF no que tange à declaração do ECI tem o peso simbólico, visto o descaso político acerca do sistema carcerário, de dar evidência aos direitos lesados dentro do sistema carcerário, de maneira que as referências ao instituto pelos magistrados e magistradas, levam ao fato de que a realidade fática ilegal das prisões é conhecida e, dessa forma, de acordo com o princípio da legalidade, há a necessidade de que seja dada relevância ainda maior à condenação que impõe ao réu a entrada dentro do sistema.

¹⁰⁶ Idem. P. 52.

¹⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 30.

¹⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 64.

¹⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 159.

¹¹⁰ VALOIS, Luís Carlos. Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional. Editora: D’Plácido. 2019. P. 22.

3.1. Estado, direitos e o sistema carcerário

A CF/88 trouxe em seu bojo o princípio da separação de poderes¹¹¹, sendo harmônicos e independentes entre si os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Esse modelo divide o poder conferido ao Estado, de modo a estabelecer a competência de cada órgão, almejando o exercício das funções estabelecidas pelo texto constitucional, de maneira que o Estado atinja maior eficácia na concretização dos diversos direitos constitucionais positivados, mantendo o equilíbrio entre as instituições.

Essa divisão de funções facilita a concretização do fim atribuído a cada órgão que compõe os Poderes, mas também pode trazer maior dificuldade na resolução de litígios estruturais, visto que nesses casos, a atuação de somente um Poder não é suficiente para a modificação da realidade fática.¹¹²

A realidade do sistema carcerário envolve – conforme exposto na petição inicial – atos comissivos e omissivos dos três poderes, conscientes da conjuntura, mas ainda assim inertes.¹¹³

Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio em seu voto na ADPF-MC 347, afirmou que na situação em questão cabe ao STF, e somente a ele, tirar os órgãos envolvidos da inércia para que os bloqueios sejam superados.¹¹⁴

Para o Min. Marco Aurélio, a opinião pública acredita que não deve haver investimentos voltados ao sistema carcerário brasileiro, pois há

¹¹¹ CF/88 - Artigo 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹¹² Min. Marco Aurélio: "Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 38.

¹¹³ Petição Inicial. Acesso em: 01/08/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. P. 17.

¹¹⁴ Min. Marco Aurélio: "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" SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 49.

rejeição dos cidadãos livres contra aqueles privados de sua liberdade, fator responsável diretamente pelos bloqueios políticos aparentemente insuperáveis e, indiretamente, pelo aumento da criminalidade.¹¹⁵

Sobre isso, o PJ, responsável por guardar a CF/88 e respeitar o ordenamento jurídico aplicando a norma ao caso concreto, às vezes exerce o seu poder jurisdicional de maneira *extra legem* (fora do texto da lei). É o que se extrai do voto do Min. Teori Zavascki – na ADPF-MC 347 – ao afirmar que o deferimento da alínea “b”, relativa à obrigatoriedade da realização da audiência de custódia em até 24h, significaria determinar aos juízes cumprir obrigação já existente. Mas mesmo com a constatação de que a imposição da audiência de custódia é derivada da observância de norma expressa, existe a ressalva de que o STF deveria levar em conta a impossibilidade dos Tribunais em cumprir a lei, pois esta imposição da Corte poderia acarretar um elevado número de reclamações por falta da audiência de custódia.¹¹⁶

O problema do ECI no caso do sistema carcerário também decorre de atos do PJ que não observam o que diz a lei, pois se há norma dispondo que deve haver audiência de custódia, a não ocorrência desta audiência é ilegal; do mesmo modo, se há artigo da LEP dispondo que deve haver dentro do estabelecimento penal, conforme a sua natureza, área destinada à recreação, prática esportiva, trabalho e educação,¹¹⁷ a não existência destas áreas vai contra a lei, devendo a Administração Pública agir para alterar o cenário; e caso exista dificuldade na aplicação das leis, por conta de possível

¹¹⁵ Idem. P. 15 a 17.

¹¹⁶ Min. Teori Zavascki. “Quanto à da letra “b”, Senhor Presidente, quanto às audiências de custódia, a questão aparentemente não está em fixar esse prazo de noventa dias, porque, quanto à obrigação de realizar essas audiências de custódia, parece-me que o Tribunal já reconheceu a sua obrigação. De modo que, sob certo aspecto, essa determinação também significaria determinar que o juiz cumpra o que já é obrigado a cumprir.

A questão aqui está em saber se os tribunais e se os órgãos judiciais do País estão em condições de atender a essa medida. Nós temos que evitar por uma questão de responsabilidade do Supremo, determinar alguma coisa que não possa ser cumprida na prática. Nós vamos acabar trazendo para o Supremo uma série de reclamações por falta de audiência de custódia, que fatalmente pode acontecer se uma determinação assim não for cumprida.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF-MC 347/DF Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 81 e 82.

¹¹⁷ LEP. Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

inadequação do texto legal ao cenário fático, deve o Poder responsável pela função legislativa elaborar preceitos com viabilidade de cumprimento.

Dessa forma, para comprovar que o cenário de violação massiva de direitos existe e que há conhecimento dele por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, a seguir serão expostos dados sobre o sistema carcerário retirados desses Poderes que demonstram o conhecimento e a inércia das instituições acerca da realidade prisional brasileira.

3.2. Poder Legislativo.

O artigo 6º da CF/88¹¹⁸ consagra direitos sociais que não são somente objetivos a serem cumpridos, mas direitos dos particulares e dever de fazer do Estado.

Em relação ao Poder Legislativo¹¹⁹, o relatório da CPI do Sistema Carcerário da Câmara dos Deputados, finalizado no ano de 2008, concluiu que os presídios brasileiros são verdadeiras masmorras medievais, onde direitos são constantemente violados.¹²⁰ Nesta CPI foram apuradas as violações, dentro do sistema carcerário, a diversos direitos. Vejamos:

- i. Direito ao trabalho: a pessoa que perde a sua liberdade, não pode viver o ócio dentro do cárcere, pelo contrário, ela deve ter alguma atividade que lhe agregue valor, para que ao conquistar a sua liberdade consiga trabalhar e sobreviver, de modo a não voltar a delinquir. Talvez o trabalho seja mais benéfico à não reincidência do preso (fato que é melhor para a sociedade), seja para fins

¹¹⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹¹⁹ O Poder Legislativo da União, no modelo bicameral adotado pelo Brasil, é formado pela Câmara dos Deputados, composta por Deputados Federais que representam o povo, e pelo Senado Federal, composto por Senadores que representam os Estados e o Distrito Federal. Estas duas casas formam o Congresso Nacional.

¹²⁰ Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário de junho de 2008. "imperam em nossas prisões um completo caos. Nelas acham-se amontoados cerca de 450.000 brasileiros submetidos a tratamento subumano, com violação aos mais elementares direitos de cidadania, sem que lhes seja oferecida oportunidade de educação e de profissionalização". P. 582.

educativos somado ou não à produtividade. Mas, um problema que se assenta neste assunto, é a alta taxa de presos que não trabalham, evidenciada pela CPI;¹²¹

- ii. Direito à alimentação: a regra 22 das Regras de Nelson Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas Para o Tratamento de Reclusos) dispõe que:

"A administração deve fornecer a cada recluso, a horas determinadas, alimentação de valor nutritivo adequado à saúde e à robustez física, de qualidade e bem preparada e servida."¹²²

Todo ser humano precisa se alimentar para sobreviver. Essa alimentação, no contexto em que vivemos, deve ser equilibrada e de boa qualidade. Apesar de ser direito assegurado pela CF/88 e pela ONU, não é essa a realidade de muitos presídios brasileiros. Dados apresentados pelo CPI ocorrida no Estado do Ceará constata que presos recebiam a comida em sacos plásticos e eram forçados a comer com as mãos porque a direção não fornecia talheres. Além disso, também há muitos relatos dos encarcerados sobre a presença de baratas e cabelos dentro da refeição;¹²³

- iii. Direito à saúde: o trecho da CPI que trata desse direito descreve diversas situações em que seres humanos, submetidos a tratamento degradante, são obrigados a suportar doenças e dores sem sequer uma visita médica. Uma delas é a seguinte:

"Também impressionaram a CPI as feridas cheias de sangue e pus que se espalhavam no rosto e no corpo de um detento louro, de cinquenta anos, do Distrito de Contagem, Minas Gerais. Os olhos dele se encheram de lágrimas ao dizer aos Parlamentares que estava assim há mais de um ano e não tinha recebido nenhum atendimento médico..."¹²⁴

Desse modo, é possível observar que já na primeira década deste século a situação violadora de direitos do sistema carcerário brasileiro era

¹²¹ "Dados do DEPEN informam que 82,7% dos presos não trabalham." BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. 2009. P. 249. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 24 de jun. 2019.

¹²² Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela).

¹²³ CPI. Publicação final. P. 200.

¹²⁴ Idem. P. 201.

existente, conhecida e foi objeto de investigação pelas autoridades legislativas brasileiras.

3.3. Poder Executivo.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) é de competência do Ministério da Justiça e Segurança Pública¹²⁵, responsável por cuidar dos assuntos sobre o sistema carcerário nacional.¹²⁶

O DEPEN é o órgão responsável pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias¹²⁷, cujo intuito é reunir informações sobre o sistema penitenciário com o objetivo de estabelecer estatísticas de maneira sintetizada, visando fornecer parâmetros para as atuações do Poder Executivo no desenvolvimento e na implementação de políticas públicas.

De acordo com o levantamento feito em junho de 2016, o número de presos do sistema carcerário brasileiro chegou a 726.712. Esse número colocou o Brasil no terceiro lugar do *ranking* dos países com maior população carcerária do mundo. Há duas questões que surgem com esse dado: (i) o crescimento da população carcerária nos últimos anos deixa o Brasil mais próximo de atingir o número de 1 milhão de presos, ao invés de reduzir esse número¹²⁸; e (ii) a falta de estrutura do sistema prisional para suportar a atual situação que parece sinalizar para sua intensificação.

¹²⁵ O artigo 76 da CF/88, dispõe que "O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado". O Presidente da República, chefe do Poder Executivo, é o responsável pela nomeação dos Ministros de Estado, cabendo a ele dividir os ministérios e a suas respectivas funções.

¹²⁶ Decreto nº 9.662. Art. 2º - O Ministério da Justiça e Segurança Pública tem a seguinte estrutura organizacional:

II - órgãos específicos singulares:

1. Diretoria-Executiva; 2. Diretoria de Políticas Penitenciárias; 3. Diretoria do Sistema Penitenciário Federal; e 4. Diretoria de Inteligência Penitenciária;

¹²⁷ Portaria nº 199, de novembro de 2018. Art. 3º À Assessoria de Informações Estratégicas compete:

X - Supervisionar a elaboração do levantamento nacional de informações penitenciárias, a ser atualizado semestralmente. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/49986142/do1-2018-11-13-portaria-n-199-de-9-de-novembro-de-2018-49985735>. Acesso em: 11 de nov. 2019.

¹²⁸ Segundo o sítio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a taxa brasileira de detentos por 100 mil habitantes é de 306,2, em 2004 a mesma taxa era de 135 presos por 100 mil

O número de pessoas encarceradas no Brasil deve ser observado com maior seriedade durante a implementação de políticas públicas, visto que, há no sistema carcerário nacional cerca de 368.049 vagas – conforme dados do INFOPEN¹²⁹ -, valor que evidencia a incapacidade estrutural dos cárceres frente ao número de presos (726.712 presos em 2016).

O relatório esclarece que perdura um sistema em que 40% dos presos são pessoas que ainda não foram julgadas e condenadas, ou seja, presos provisórios.¹³⁰ O relatório ainda dispõe que há déficit de 358.663 vagas¹³¹, situação que inviabiliza a preservação e a garantia dos direitos da população carcerária.

O relatório ainda dispõe que das 726.712 prisões (total de presos no território nacional), 25% (176.691) são derivadas da prática dos crimes descritos nas Leis nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos) e nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)¹³², ou seja, encarcerados por crimes relacionados a drogas representam ¼ do total de presos, além disso, esse público preenche 47% do número total de vagas (368.049) que temos no sistema carcerário de todo o país.

Sobre o alto número de prisões, segundo o levantamento, desde a promulgação da Lei de Drogas, em 2006, vem ocorrendo um aumento abrupto do número de encarcerados. Em 2005, havia 32.880 pessoas privadas da sua liberdade pelo crime de tráfico, em 2013 essa população aumentou para 146.276 pessoas¹³³. No intervalo de 8 anos o número não só alcançou o seu quádruplo, bem como o ultrapassou.

A realidade de superlotação do sistema carcerário não tem exceção em nenhum estado da Federação, segundo o relatório do INFOPEN. Somente a

habitantes. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>>. Acesso em: 24 de jun. 2019.

¹²⁹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN. Atualização de junho de 2016. P. 7.

¹³⁰ Idem. P. 13. Ao mesmo tempo em que a CF/88, em seu artigo 5º, inciso LVII, diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

¹³¹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN. Atualização de junho de 2016. P. 7.

¹³² Idem. P. 42.

¹³³ CAMPOS, Marcelo da Silveira. Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. P. 107.

União tem mais vagas do que presos e, excluindo essa exceção, todos os entes federativos têm um sistema que não comporta o número de presos sob a sua responsabilidade.¹³⁴

O relatório também expõe que o Estado de São Paulo - mais rico da federação - detém a maior população carcerária. Em 2016, o estado contava com 240.061 presos, número alto até para os padrões nacionais, pois representa mais de 65% do total de vagas em todo o território nacional. Certo tratar-se de ente federativo que dispõe de uma estrutura que comporta somente 131.159 presos¹³⁵, ou seja, se apenas 55% dos encarcerados no sistema paulista representassem a população total de presos, o cenário seria de um sistema operando próximo à sua capacidade máxima. Destarte, a estrutura do Estado de São Paulo não acompanha o que o sistema foi obrigado a comportar, de modo que com a leitura dos dados é possível identificar a existência de uma realidade vexatória e violadora de direitos constitucionais em que se encontra o sistema prisional brasileiro.

Observa-se, a partir dos dados produzidos pelo Poder Executivo, que a Administração Pública tem consciência do atual cenário em que se encontra o sistema carcerário. Cenário esse que por vários motivos se perpetuou e hoje, para ser alterado, precisa de atuação conjunta dos órgãos envolvidos.

Portanto, os dados atestam a existência do sistema insustentável que existe no Brasil e o conhecimento desta realidade por parte das autoridades, de maneira que o julgamento do STF que decidiu haver o ECI sobre o sistema carcerário se mostra assertivo. Dessa forma, no próximo capítulo há exposição dos resultados obtidos a partir da análise dos acórdãos da segunda instância do TJSP.

¹³⁴ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN. Atualização de junho de 2016. P.8.

¹³⁵ Idem.

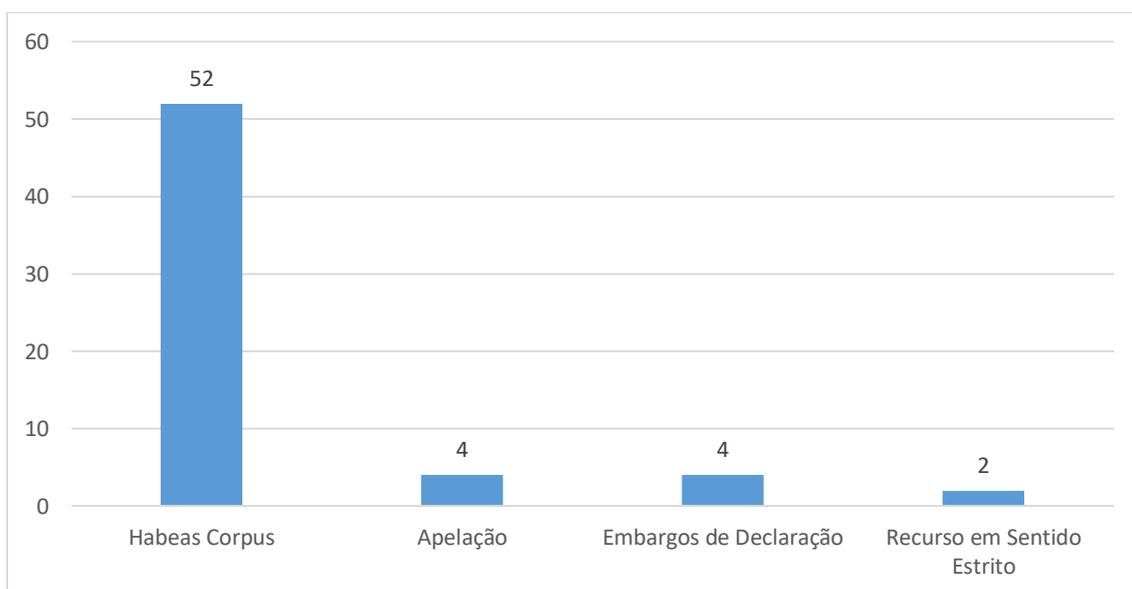
iv. SOBRE A FORMA COMO O ECI É CITADO.

Esse capítulo expõe a forma como o Estado de Coisas Inconstitucional é citado nas decisões, ou seja, como o instituto aparece nos votos dos desembargadores ou desembargadoras do TJSP.

A coleta de dados revelou que o ECI é abordado, majoritariamente, nos acórdãos sobre o pedido de ordem de Habeas Corpus, 52 acórdãos dos 62 analisados. Os demais correspondem a quatro Apelações, quatro Embargos de Declaração e dois Recursos em Sentido Estrito (RESE), conforme o gráfico a seguir:

1º Gráfico: Recursos e a referência ao ECI:

Esse gráfico expõe o número de recursos decididos pelos acórdãos nos quais os desembargadores ou desembargadoras citaram o ECI.



Os acórdãos foram analisados em quatro conjuntos, de acordo com a espécie recursal e expostos, neste capítulo, separadamente, pois a forma como o ECI é citado varia conforme o recurso usado. Por isso, o presente capítulo expõe a forma como o ECI é citado de acordo com cada espécie recursal: (i) Habeas Corpus; (ii) Apelação; (iii) Embargos de declaração; e (iv) Recurso em Sentido Estrito.

1. Abordagem do ECI nos acórdãos sobre Habeas Corpus.

Este subtítulo apresenta resultados gerais dos acórdãos sobre Habeas Corpus com subdivisões para exibir as decisões em que o ECI é citado (i) através da transcrição da ementa de algum precedente¹³⁶ (33 acórdãos) e (ii) sem a transcrição da ementa (19 acórdãos), dividida em duas subcategorias: (ii.a) citado de forma independente, sem correlação com precedente¹³⁷ (2 acórdãos) e (ii.b) através de abordagem sobre os principais assuntos de um precedente¹³⁸ (17 acórdãos). Só há esta repartição, pois cada uma representa a forma como o instituto foi citado na decisão.

Dos acórdãos sobre essa espécie recursal (52 decisões sobre Habeas Corpus), em 26 há aplicação da PRISÃO¹³⁹ e nos outros 26, RESTRIÇÃO¹⁴⁰. Em regra, as mulheres são as pacientes dos Habeas Corpus (49 decisões). Somente em quatro, há trânsito em julgado¹⁴¹, nos demais (48 acórdãos em que não há trânsito em julgado) o debate se refere à prisão preventiva ou medida cautelar alternativa à prisão¹⁴².

¹³⁶ Nesta definição estão todos os acórdãos em que o termo “estado de coisas inconstitucional” só aparece na decisão por causa da transcrição da ementa de um precedente. Os precedentes citados são a ADPF-MC 347 e o HC COLETIVO

¹³⁷ Trata-se de decisões em que o termo “estado de coisas inconstitucional” é citado sem fazer referência a um precedente ou na transcrição de sua ementa.

¹³⁸ Referência às decisões que expõem os principais assuntos tratados no precedente, dentre eles o “estado de coisas inconstitucional”.

¹³⁹ De acordo com o que fora exposto em capítulo anterior, considera-se PRISÃO a aplicação de pena em regime fechado ou semiaberto.

¹⁴⁰ Conforme a definição de exposição precedente, RESTRIÇÃO é equivalente à aplicação de pena em regime aberto, prisão domiciliar ou penas alternativas à prisão.

¹⁴¹ Habeas Corpus Criminal nº 0012904-28.2018.8.26.0000, 2247202-28.2018.8.26.0000, 2164171-13.2018.8.26.0000 e 2093630-18.2019.8.26.0000.

¹⁴² A prisão preventiva é uma das espécies do gênero prisão cautelar que consiste na privação antecipada da liberdade, decretada para a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (art. 312 do CPP) “e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão” (art. 310, inciso II do CPP). As medidas cautelares são restrições de menor lesividade à esfera individual de direitos do sujeito. Algumas estão previstas no art. 319 do CPP. Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o

1.1. Citação do ECI através da transcrição de precedente.

O presente capítulo apresenta os acórdãos sobre Habeas Corpus que citaram o ECI através da transcrição da ementa de precedente, apresentando: (i) os precedentes transcritos mais vezes; (ii) os desembargadores ou desembargadoras relatores ou relatoras dos acórdãos; (iii) as Câmaras de Direito Criminal (CDC/TJSP) que decidiram; (iv) a abordagem ao conceito ou requisitos do instituto; (v) a referência à realidade do sistema carcerário; e (vi) o número de acórdãos com aplicação da PRISÃO ou RESTRIÇÃO.

Dos acórdãos que citam o ECI através da transcrição de ementa (33), o Habeas Corpus coletivo 143.641 é o precedente mais apontado¹⁴³, 32 casos. Somente um acórdão, nesta categoria, transcreve a ADPF-MC 347, ou seja, o caso que declarou o ECI sobre o sistema é menos citado do que o HC COLETIVO voltado às mulheres presas.

Lembrando que o HC COLETIVO, decidido pela segunda turma do STF, define que às mulheres, mães de crianças com até doze anos de idade ou gestantes presas preventivamente, deve ser aplicada a prisão domiciliar em detrimento da prisão preventiva, visto que não há estrutura nas prisões para o desenvolvimento das crianças.

Os 33 acórdãos que citam o ECI através da transcrição da ementa de precedente, são de seis desembargadores ou desembargadoras: (i) Roberto

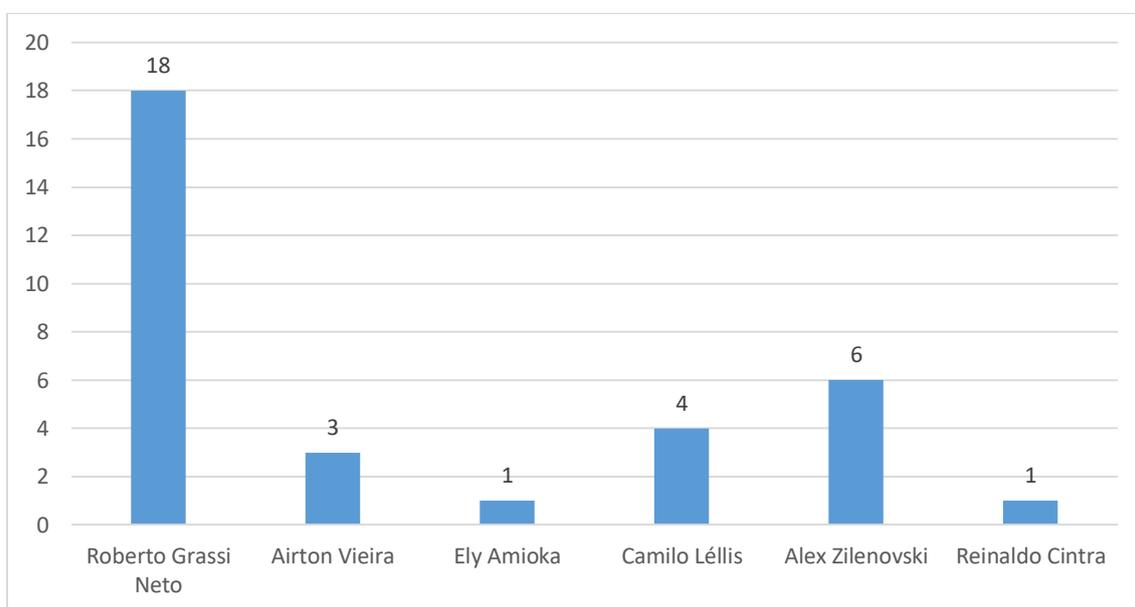
investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

¹⁴³ Esse HC versa sobre a aplicação da prisão domiciliar em casos em que a ré é mãe de criança menor de 12 anos, gestante ou puérpera e não praticou o crime contra o seu filho, devendo o magistrado, na análise do caso, confiar na declaração da genitora e em caso de dúvida sobre o status de dependência do menor, sob a tutela de sua mãe, requisitar diligência averiguatória (laudo-social), somente sendo negada a aplicação da prisão domiciliar em situações excepcionálíssimas.

Grassi Neto, Relator de 18 acórdãos; (ii) Airton Vieira, Relator de três acórdãos; (iii) Ely Amioka, Relatora de uma decisão; (iv) Camilo Léllis, Relator de quatro acórdãos; (v) Alex Zilenovski, Relator de seis decisões; e (vi) Reinaldo Cintra, Relator de um acórdão.

2º Gráfico: Desembargadores ou desembargadoras e o número de acórdãos relatados:

Esse gráfico expõe todos os desembargadores ou desembargadoras relatores ou reladoras dos acórdãos em que o ECI é citado e a quantidade de decisões que cada um relatou.

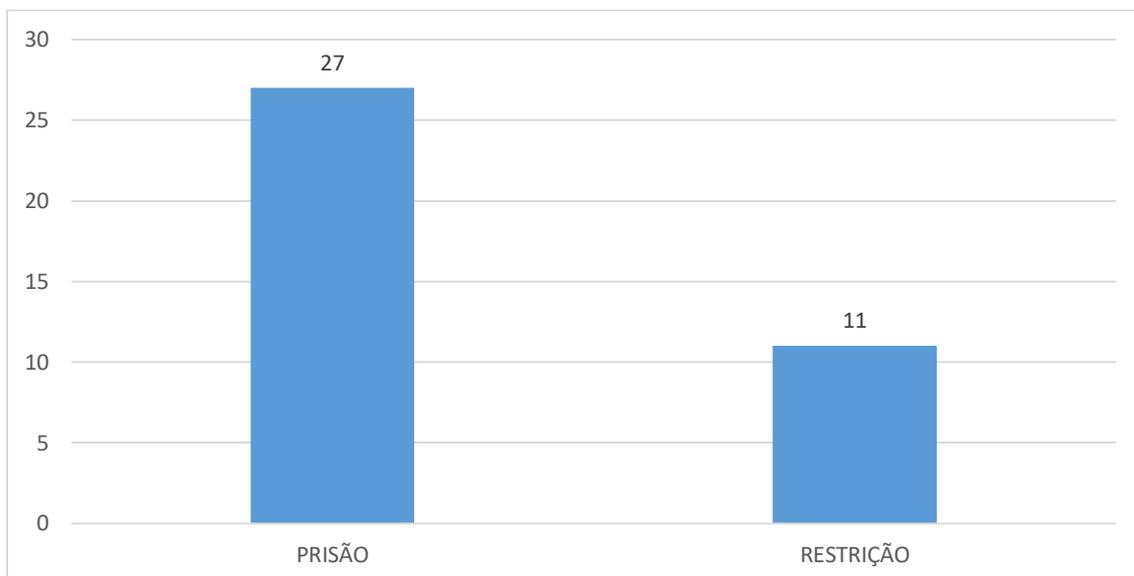


Alguns dos desembargadores ou desembargadoras são relatores ou reladoras de acórdãos em mais de uma Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (CDC/TJSP)¹⁴⁴, por exemplo, o Desembargador Roberto Grassi Neto, relator de três acórdãos da nona CDC/TJSP e 15 da oitava CDC/TJSP. Os desembargadores ou desembargadoras não decidem por apenas uma CDC/TJSP, por isso, no gráfico a seguir, o número de acórdãos julgados por cada CDC/TJSP não é igual ao número de acórdãos relatados por cada desembargador:

¹⁴⁴ O Desembargador Roberto Grassi Neto foi relator do Habeas Corpus Criminal nº 2033188-86.2019.8.26.0000 da oitava CDC/TJSP e do Habeas Corpus Criminal nº 2072049-44.2019.8.26.0000 da 9ª CDC/TJSP. Isso acontece outras vezes com outros desembargadores.

3º Gráfico: Número de acórdãos por Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Esse gráfico expõe o número de acórdãos, por CDC/TJSP, em que o ECI é citado.



Das 33 decisões que citam o ECI através da transcrição da ementa de precedente, apenas quatro delas faz alusão à realidade fática do sistema prisional. Acerca do ECI, não há qualquer abordagem dos requisitos ou conceito do instituto, tampouco sua incidência na situação dos cárceres ou relevância para o julgamento.

Em quatro, dos 33 acórdãos em que o ECI é citado através da transcrição da ementa¹⁴⁵, há referência à realidade dramática do sistema carcerário, nos demais, o instituto aparece porque a ementa de precedente foi transcrita e o magistrado ou magistrada não aborda a precariedade do sistema prisional. Dentre essas quatro decisões nas quais o ECI é citado através da transcrição de precedente e há abordagem da realidade do sistema

¹⁴⁵ Os quatro acórdãos transcreveram o HC COLETIVO.

prisonal, três (75%) aplicam a pena de RESTRIÇÃO¹⁴⁶ e uma (25%), PRISÃO¹⁴⁷.

No acórdão do Desembargador Reinaldo Cintra que cita o ECI através da transcrição da ementa de precedente, com aplicação da pena de RESTRIÇÃO e abordagem ao dramático quadro fático do sistema carcerário, o voto expõe a questão da superlotação afirmando que os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender à mulher presa. O Desembargador também usa esse argumento para defender os direitos dos menores, considerando que a falta de estrutura do sistema carcerário é ainda pior para as crianças.¹⁴⁸

Nesse sentido, ambos os acórdãos do Desembargador Camilo Léllis, com aplicação da pena de RESTRIÇÃO e abordagem ao dramático quadro fático do sistema carcerário, expõem a falta de estrutura para as mulheres, mães ou gestantes presas, frente às necessidades básicas, como: higiene pessoal, cuidados à saúde e atendimento médico específico.¹⁴⁹

No caso do Desembargador Airton Vieira, único que aplica a pena de PRISÃO, o dramático quadro fático do sistema carcerário é exposto através da citação de estudos empíricos do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias", com a descrição do aumento de 567,4% da população carcerária feminina período de 2000 a 2014, fato que agrava a realidade do sistema carcerário. O Desembargador decide que não cabe às Regras de Bangkok (documento da ONU – aplicação de penas alternativas à prisão às mulheres mães ou gestantes) curar "todas as mazelas do sistema processual penal".¹⁵⁰

O Relator afirmou ser crime (tráfico de drogas) extremamente grave, em que a prisão domiciliar de nada adianta para o caso concreto, visto que a ré guardou drogas no quarto da filha e isso coloca a menor em risco, pois "o

¹⁴⁶ Habeas Corpus Criminal nº 2014234-26.2018.8.26.0000 (Relator Reinaldo Cintra) e Habeas Corpus Criminal nº 2029567-18.2018.8.26.0000 e 2002307-63.2018.8.26.0000 (Camilo Léllis) – prisão domiciliar nos dois casos.

¹⁴⁷ Habeas Corpus Criminal Nº 2097886-38.2018.8.26.0000 (Airton Vieira) – manutenção da prisão preventiva.

¹⁴⁸ Habeas Corpus Criminal nº 2097886-38.2018.8.26.0000.

¹⁴⁹ Habeas Corpus Criminal nº 2029567-18.2018.8.26.0000 e 2002307-63.2018.8.26.0000.

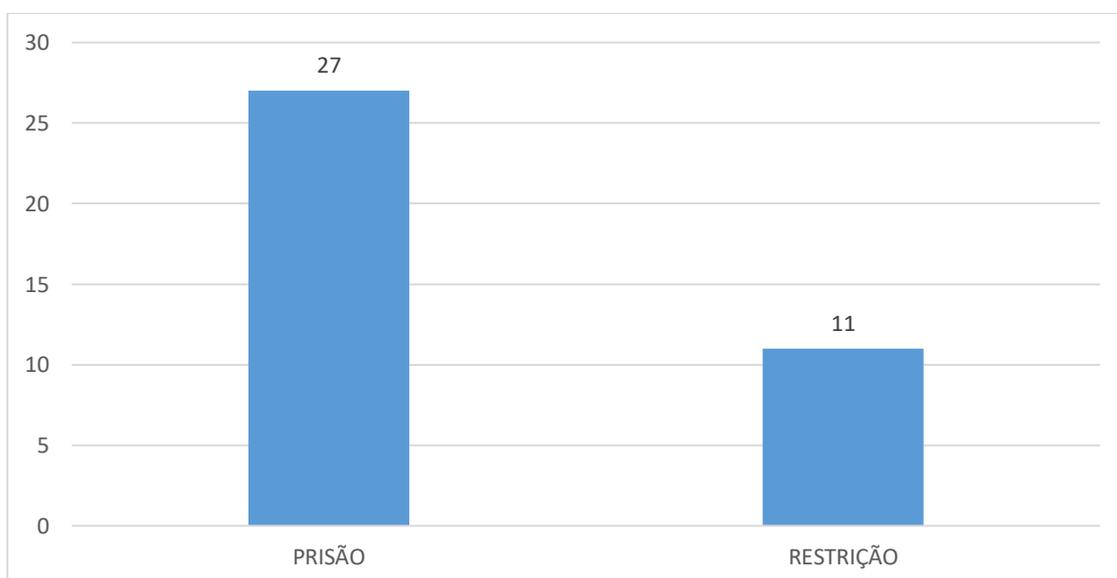
¹⁵⁰ Habeas Corpus Criminal nº 2097886-38.2018.8.26.0000. P. 31.

narcotráfico anda de mãos dadas com crimes”¹⁵¹ mais perigosos, caracterizando, dessa forma, situação excepcionalíssima (2,9kg de cocaína).

Dentre os 33 acórdãos em que o ECI é citado através da transcrição da ementa, 73% deles (24), aplicam a pena de PRISÃO e nos 27% restantes (nove), a pena de RESTRIÇÃO.

4º Gráfico: Acórdãos que transcreveram a ementa:

Esse gráfico expõe o número de PRISÃO e de RESTRIÇÃO aplicadas nos acórdãos em que o ECI é citado através da transcrição da ementa de precedente (33 decisões no total).



1.2. Citação do ECI sem a transcrição da ementa de precedente.

Esse subcapítulo expõe os acórdãos em que o ECI é citado sem a transcrição da ementa, com referência ao número de aplicações da PRISÃO ou RESTRIÇÃO e posterior subdivisão em duas categorias para apresentar as decisões em que há (i) citação do ECI ao longo do voto e (ii) citação do ECI como um dos principais assuntos de precedente (casos nos quais há alusão a caso já julgado), com a descrição em ambas dos (i) relatores ou relatoras,

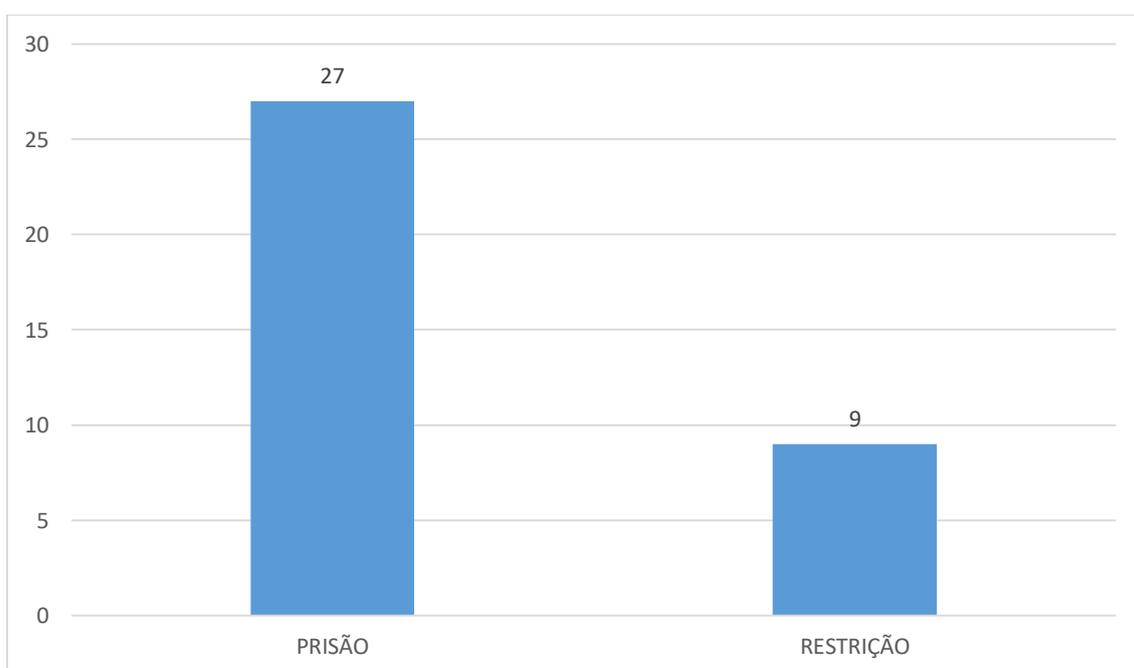
¹⁵¹ Habeas Corpus Criminal Nº 2097886-38.2018.8.26.0000. P. 32.

(ii) das Câmaras julgadoras e (iii) da possível abordagem ao dramático quadro fático do sistema carcerário. Essa subdivisão é estabelecida, pois o ECI é citado de duas formas diferentes.

As decisões que citam o ECI sem a transcrição da ementa de precedente (19 acórdãos), em 89%, 17 acórdãos, aplica a RESTRIÇÃO e somente em 11%, dois acórdãos, aplica a PRISÃO, conforme o gráfico a seguir:

5º Gráfico: Acórdãos em que não há transcrição da ementa:

Esse gráfico expõe o número de decretações de PRISÃO ou RESTRIÇÃO nos acórdãos em que o ECI é citado através da abordagem do relator, ou seja, sem a transcrição da ementa de precedente.



1.2.1. Citação do ECI durante o voto.

Há dois acórdãos¹⁵² com referência ao ECI, em que o instituto é citado sem referência a precedente do STF. As decisões são do Desembargador

¹⁵² Habeas Corpus Criminal nº 2162273-33.2016.8.26.0000 e 2003058-50.2018.8.26.0000.

Rachid Vaz de Almeida¹⁵³ e do Desembargador Alcides Malossi Junior¹⁵⁴, da décima CDC/TJSP e oitava CDC/TJSP, respectivamente.

Ambas as decisões não trazem o conceito ou os requisitos do ECI, mas abordam a questão da superlotação ao fazer referência ao instituto.

O Desembargador Rachid Vaz de Almeida decide que há atitudes do Poder Judiciário voltadas a afastar o ECI sobre o sistema carcerário, por exemplo: a progressão de regime antecipada e o monitoramento eletrônico.

O Desembargador Alcides Malossi Junior sustenta, na parte em que se ocupa da prisão provisória, o dever do Estado de

“coibir a chamada “reificação” ou “coisificação” ou, ainda, “estado de coisas inconstitucional”, observado na realidade carcerária e prisional”.¹⁵⁵

1.2.2. Citação do ECI como um dos principais assuntos de um precedente.

Conforme exposição anterior, em 17 acórdãos¹⁵⁶ o ECI é citado através da abordagem dos principais assuntos de um precedente. Em todos esses acórdãos o precedente foi o HC COLETIVO, a ADPF-MC 347 é transcrita em apenas um, junto ao HC COLETIVO.

É possível observar, através do gráfico a seguir, quais desembargadores ou desembargadoras citam o ECI como um dos principais assuntos do HC COLETIVO.

6º Gráfico: Desembargador/desembargadora relator/relatora de acórdão:

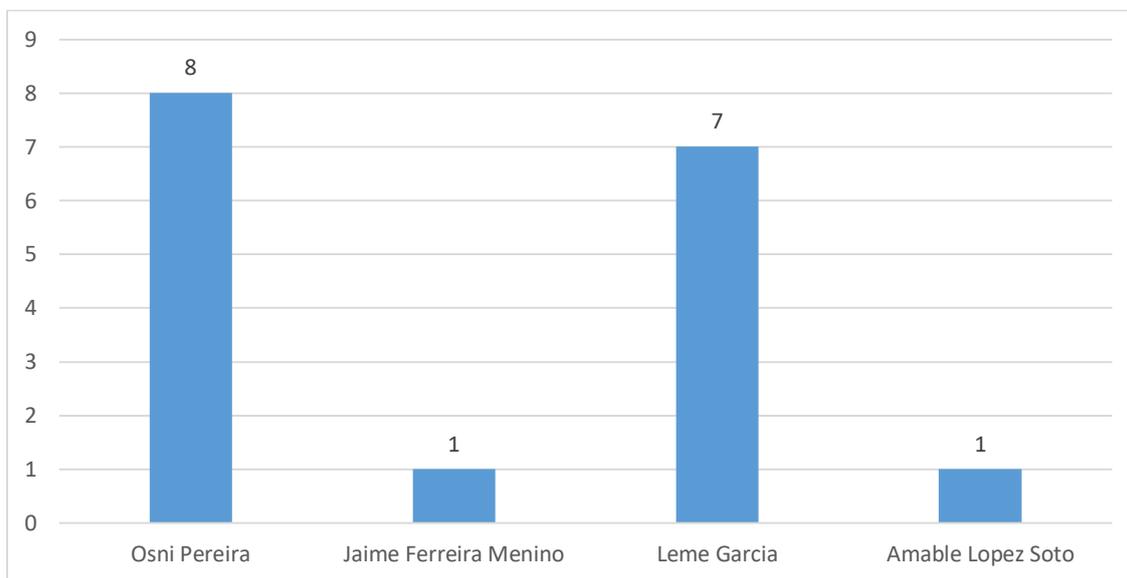
¹⁵³ Habeas Corpus Criminal nº 2162273-33.2016.8.26.0000.

¹⁵⁴ Habeas Corpus Criminal nº 2003058-50.2018.8.26.0000.

¹⁵⁵ Idem. P. 20.

¹⁵⁶ Habeas Corpus Criminal Nº 2038708-27.2019.8.26.0000, 2044997-73.2019.8.26.0000, 2058959-66.2019.8.26.0000, 2003036-89.2018.8.26.0000, 2007702-36.2018.8.26.0000, 2032426-07.2018.8.26.0000, 2042936-79.2018.8.26.0000, 2048233-67.2018.8.26.0000, 2052217-59.2018.8.26.0000, 2054074-43.2018.8.26.0000, 2054125-54.2018.8.26.0000, 2055066-04.2018.8.26.0000, 2095847-68.2018.8.26.0000, 2097313-97.2018.8.26.0000, 2114239-56.2018.8.26.0000, 2179650-46.2018.8.26.0000 e 2022191-78.2018.8.26.0000.

Esse gráfico expõe quais são os desembargadores ou desembargadoras relatores dos acórdãos nos quais o ECI é citado com um dos principais assuntos do HC COLETIVO.



Quando as decisões são divididas de acordo com a Câmara julgadora, a 16ª CDC/TJSP ganha destaque por conta do alto número de decisões, 15 no total, seguida da terceira CDC/TJSP e da 12ª CDC/TJSP, ambas com uma decisão.

Sobre o ECI, em nenhuma das decisões há a exposição do seu conceito ou requisitos, a única abordagem que esboça a ideia do ECI é o acórdão do Desembargador Amable Lopez Soto, com a manifestação de que:

“o sistema penitenciário brasileiro vive em verdadeiro ‘estado de coisas inconstitucional’, estando presente quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais, exigindo-se a intervenção do Poder Judiciário.”¹⁵⁷

Os 15 acórdãos da 16ª CDC/TJSP tem formato e texto muito parecidos, com muitas palavras repetidas, principalmente o trecho que cita o ECI, igual em todas as decisões. O mesmo também vale à abordagem do dramático quadro fático do sistema carcerário, exposto nos acórdãos como um dos principais assuntos do HC COLETIVO¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Habeas Corpus Criminal nº 2038708-27.2019.8.26.0000. P. 3.

¹⁵⁸ Além de pontuar que o “ECI” é um dos principais assuntos tratados no precedente, por mais que o sentido seja o mesmo, os desembargadores também fazem referência ao quadro dramático do sistema carcerário.

Por exemplo, o acórdão da 16ª CDC/TJSP relatado pelo Desembargador Osni Pereira:

“Frise-se, a propósito, que no julgamento recente (20.02.2018) do habeas corpus coletivo nº. 143.641 pelo E. Supremo Tribunal Federal, o I. Relator Ministro Ricardo Lewandowski concedeu a ordem destacando, entre outros argumentos, (I) o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347 MC/DF; (II) a grave deficiência estrutural em relação à situação da mulher presa”.¹⁵⁹

A decisão, também da 16ª CDC/TJSP, relatada pelo Desembargador Leme Garcia, no trecho em que o ECI é citado tem muitas semelhanças com o acórdão citado anteriormente:

“Importa mencionar que, no julgamento recente do habeas corpus coletivo n. 143.641 pelo E. Supremo Tribunal Federal, o i. relator Ministro Ricardo Lewandowski concedeu a ordem destacando, entre outros argumentos, (i) o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347 MC/DF; (ii) a grave deficiência estrutural em relação à situação da mulher presa”.¹⁶⁰

Outra decisão, com trecho idêntico à anterior, mas da terceira CDC/TJSP, é relatada pelo Desembargador Jaime Ferreira Menino:

“Importa mencionar que, no julgamento recente do habeas corpus coletivo n. 143.641 pelo E. Supremo Tribunal Federal, o i. relator Ministro Ricardo Lewandowski concedeu a ordem destacando, entre outros argumentos, (i) o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347 MC/DF; (ii) a grave deficiência estrutural em relação à situação da mulher presa”.¹⁶¹

1.3. Considerações.

As decisões que citam o ECI através da transcrição da ementa (33 acórdãos) aplicam a PRISÃO com maior frequência (24 acórdãos), diferente daquelas em que não há transcrição (19 acórdãos) cuja aplicação mais frequente foi a pena de RESTRIÇÃO (17 acórdãos).

¹⁵⁹ Habeas Corpus Criminal nº 2179650-46.2018.8.26.0000. P. 4.

¹⁶⁰ Habeas Corpus Criminal Nº 2055066-04.2018.8.26.0000. P. 4.

¹⁶¹ Habeas Corpus Criminal nº 2097313-97.2018.8.26.0000. P. 4.

Em relação aos acórdãos que expõem o ECI como um dos principais assuntos de um precedente, há trechos idênticos – parece ser formato de decisão padronizado pelos desembargadores ou desembargadoras.

O ECI é citado, geralmente, nos votos dos mesmos desembargadores ou desembargadoras.

2. Abordagem do ECI nos acórdãos sobre Apelação.

Este subtítulo expõe os resultados sobre as quatro decisões sobre recurso de Apelação, dividido em (i) acórdãos com unanimidade e (ii) acórdãos com divergência. A primeira categoria traz: (i.a) breve resumo sobre os fatos, de forma a contextualizar a discussão de mérito trazida para julgamento em segunda instância; e (i.b) a forma como o ECI é abordado¹⁶². Com relação à segunda categoria, há a exposição das mesmas classes da primeira, sendo elas: (ii.a) o breve resumo sobre os fatos, de forma a contextualizar a discussão de mérito trazida para julgamento em segunda instância; e (ii.b) a forma como o ECI é abordado; bem como o acréscimo da descrição da (ii.c) argumentação e divergência entre os desembargadores ou desembargadoras.

2.1. Acórdãos com unanimidade.

Em dois dos quatro acórdãos há unanimidade entre os desembargadores. O primeiro, do Desembargador Jaime Ferreira Menino em processo em que a acusada é uma mulher, condenada pela primeira instância à PRISÃO com reincidência específica, substituída pela RESTRIÇÃO.¹⁶³

No acórdão são apresentados dois relatos sobre os fatos, o primeiro é dos policiais, os quais afirmam que a mulher foi flagrada com um estojo rosa,

¹⁶² De todos os acórdãos analisados, as decisões sobre recurso de Apelação têm maior quantidade de pinas e relatam os casos com mais especificidade.

¹⁶³ Apelação Criminal nº 0109746-51.2017.8.26.0050.

contendo 12 “trouxinhas” de maconha e 62 “pinos” de cocaína, acompanhada de um adolescente com um estojo preto, contendo 62 “trouxinhas” de maconha e 401 “pinos” de cocaína. A ré, em sua versão, afirma que ao chegar à viela com 20 reais para comprar cocaína, foi abordada pela polícia que achou o estojo rosa, pertencente ao menor, e acrescentou que não havia visto nenhum estojo preto.

O Desembargador decide que a palavra do policial “*merece fé até prova em contrário*”¹⁶⁴. Ademais, houve transcrição de trecho de precedente do STF excluindo a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos ou equiparados, com a afirmação de que cabe ao magistrado analisar o caso concreto e que nesta situação há justificativa para a manutenção no regime fechado, contudo, a decisão manteve a prisão domiciliar, pois, “*em razão da ausência de apelo ministerial, sua modificação é inviável*”¹⁶⁵.

O acórdão cita o ECI sem a transcrição da ementa, não expõe o conceito ou os requisitos. A referência ao instituto expõe que a ré voltou a cometer crime devido à falha na ressocialização:

“É notório que o cometimento de novo crime muito se deve à falha na ressocialização, especialmente, ante o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’, reconhecido recentemente pelo Supremo”.¹⁶⁶

Este argumento aparece durante a explanação dos maus antecedentes da ré, condenada pela primeira instância como reincidente no crime do art. 33 da Lei de Drogas.

O segundo acórdão, relatado pelo Desembargador Camargo Aranha Filho sobre apelo ministerial questionando a sentença absolutória, decide processo em que a ré, agachada e trajando apenas roupas íntimas foi flagrada com 51g de maconha, comprimidos e cigarros enrolados em papel alumínio, retirados de sua vagina.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Idem. P. 11.

¹⁶⁵ Idem. P. 32.

¹⁶⁶ Apelação Criminal nº 0109746-51.2017.8.26.0050. P. 18.

¹⁶⁷ Apelação Criminal nº 0012681-90.2014.8.26.0590.

Segundo o Desembargador, a Lei Estadual nº 15.552/14¹⁶⁸ que proíbe a revista íntima, deve ser interpretada de acordo com a CF/88. Acrescenta que os estabelecimentos penais não possuem aparato tecnológico em razão do caos orçamentário e a ineficácia do Poder Executivo não pode servir ao livre acesso de ilícitos nos estabelecimentos prisionais.

O magistrado traz precedente do STJ e precedentes da Câmara que afirmam a validade da revista íntima em caso de fundada suspeita e ao final, aplica a PRISÃO substituída por RESTRIÇÃO.¹⁶⁹

Nesta decisão o ECI aparece como um dos argumentos para aceitar a prova obtida através da revista íntima – prova ilícita –, pois vige o ECI sobre o sistema carcerário e a entrada de ilícitos concorre para a perpetuação da situação, de modo que *“nesse caso específico cumpre primar pela efetivação da segurança pública em detrimento dos direitos individuais da apelada”*.¹⁷⁰

2.2. Acórdãos com divergência entre os desembargadores ou desembargadoras.

Há dois acórdãos sobre o recurso de apelação em que há divergência entre os desembargadores ou desembargadoras. O primeiro, relatado pela

¹⁶⁸ Artigo 1º - Ficam os estabelecimentos prisionais proibidos de realizar revista íntima nos visitantes.

Parágrafo único - Os procedimentos de revista dar-se-ão em razão de necessidade de segurança e serão realizados com respeito à dignidade humana.

Artigo 2º - Para os efeitos desta lei, consideram-se:

I - vetado;

II - visitante: toda pessoa que ingressa em estabelecimento prisional para manter contato direto ou indireto com detento;

III - revista íntima: todo procedimento que obrigue o visitante a:

1 - despir-se;

2 - fazer agachamentos ou dar saltos;

3 - submeter-se a exames clínicos invasivos.

Artigo 3º - Todo visitante que ingressar no estabelecimento prisional será submetido à revista mecânica, a qual deverá ser executada, em local reservado, por meio da utilização de equipamentos capazes de garantir segurança ao estabelecimento prisional, tais como:

I - “scanners” corporais;

II - detectores de metais;

III - aparelhos de raios X;

IV - outras tecnologias que preservem a integridade física, psicológica e moral do visitante revistado.

¹⁶⁹ Apelação Criminal nº 001268190.2014.8.26.0590

¹⁷⁰ Apelação Criminal nº 0012681-90.2014.8.26.0590. P. 9.

Desembargadora Kenarik Boujikian (segunda CDC/TJSP), com divergência aberta pelo Desembargador Francisco Orlando, decide o recurso do processo em que há dois acusados, um homem e uma mulher, condenados na primeira instância à PRISÃO, sem o direito a recorrer em liberdade.¹⁷¹

Os fatos relatados indicam que a mulher chamou o homem para ir de Atibaia à Capital e durante o trajeto o informou que buscaria cocaína e ele, também usuário, a entregou R\$ 200,00, quantia que adquiriu com alguns amigos para comprar a substância objetivando o uso durante uma viagem a Bertioga. Ao retornar a Atibaia, policiais militares os abordaram e apreenderam 264g de cocaína, 3g de maconha e um comprimido de ecstasy (1g).

Poucos dias antes dos fatos, a mulher descobriu que estava grávida do segundo filho. Sobre o homem, testemunhas foram ouvidas e afirmaram que o rapaz é usuário, possui ocupação lícita e houve entrega de dinheiro a ele para que todos pudessem fazer uso da droga.

A única vez em que o ECI é citado neste acórdão, é no voto da Desembargadora Kenarik Boujikian que cita o instituto através da transcrição da ementa do HC COLETIVO e afirma que o STF entende ser cabível a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Não são expostos o conceito e os requisitos do instituto, tampouco a superlotação do sistema carcerário.¹⁷²

O segundo acórdão, relatado pelo Desembargador Otávio de Almeida Toledo (16ª CDC/TJSP), com divergência aberta pelo Desembargador Leme Garcia, decide o recurso de apelação ministerial em processo no qual a mulher foi absolvida na primeira instância com base na vedação à prova ilícita.¹⁷³

¹⁷¹ Apelação Criminal nº 0000687-69.2015.8.26.0545.

¹⁷² O voto do Desembargador Francisco Orlando abriu a divergência e decidiu que a ré não é moça ingênua e inocente, pois conseguiu achar uma biqueira na capital. Além do mais, as testemunhas não estavam no momento do flagrante e a quantidade de drogas não permite que a ré seja considerada usuária, de modo que ambos foram condenados. A mulher à pena de cinco anos e 500 dias-multa e o homem à pena de cinco anos e 10 meses e 583 dias-multa.

¹⁷³ Apelação Criminal nº 0001117-53.2017.8.26.0544.

Segundo o relatório, as agentes penitenciárias afirmam que a acusada foi flagrada pela revista íntima, mediante agachamentos, com 290g de maconha escondidos no canal vaginal quando pretendia ingressar em unidade prisional para visitar seu filho. Ao ser questionada, a mulher teria dispensado os objetos em uma lixeira e tentado se evadir correndo, mas foi detida. A mulher declarou que a droga não a pertence.

O juiz de primeira instância decidiu pela absolvição, com fundamento na vedação à obtenção de provas ilícitas. O Ministério Público recorreu da decisão argumentando que (i) a revista íntima era válida, à época porque ainda não haviam sido comprados scanners corporais; (ii) há vários outros procedimentos obrigatórios ao menos tão vexatórios quanto a chamada revista íntima; e o (iii) desfecho da ação penal em primeira instância seria “verdadeira inversão de valores”.

O Relator Otávio de Almeida Toledo, fazendo referência à ADPF-MC 347, expôs que o STF reconheceu o ECI sobre o sistema carcerário “*mormente por falta de recursos e desorganização administrativa*”¹⁷⁴, fato que afirma a impossibilidade de obtenção de scanners, de forma a corroborar a afirmação de que a revista íntima, no caso relatado, não é vedada.

Dessa forma, os desembargadores condenaram a ré com fundamento no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a 2 anos e 8 meses de reclusão, mais 266 dias-multa no menor valor legal, fixado regime inicial aberto e deferida a substituição da prisão carcerária por pena restritivas de direitos.

O conceito e os requisitos do ECI não foram abordados, tampouco a superlotação do sistema carcerário.

2.2.1. Argumentação e divergência entre os desembargadores ou desembargadoras.

¹⁷⁴ Apelação Criminal nº 0001117-53.2017.8.26.0544. P. 9.

A Desembargadora Kenarik Boujikian, vencida ao decidir que a ré praticou o crime de tráfico e o réu, segundo os relatos, é usuário e deve ser enquadrado no art. 28 da Lei de Drogas.

A Relatora aplica a redução da pena imposta à mulher até a metade, com base no art. 33, §4º da Lei de Drogas¹⁷⁵ e substitui pela RESTRIÇÃO. Ao réu, aplica advertência.

O Desembargador Francisco Orlando, autor do voto que prevaleceu no acórdão, decide que há contradições entre o que foi dito pelos corréus à autoridade policial e o depoimento judicial e não aceitou o argumento de que era a primeira vez que ré praticou o crime de tráfico, pois, segundo ele, "*moça ingênua, inocente, habitante de cidade do interior paulista*"¹⁷⁶, teria dificuldade para "*localizar uma 'biqueira'*"¹⁷⁷ na capital e afirma que a ré já se dedicava ao tráfico ilícito.

Sobre o réu, disse que ele sabia o motivo da viagem e, caso não soubesse, foi informado durante o caminho. Dessa maneira, ambos foram à Capital comprar drogas para revender em Atibaia. A ré não aparenta ser usuária e o réu dispunha de muita droga, não sendo esse o comportamento de um usuário.

Sobre as testemunhas, o Desembargador manifesta que não estavam na Capital, tampouco na estrada, por isso a prova testemunhal não serve para desclassificar a conduta do réu. Com relação à ré, decidiu que não há causa especial de redução de pena, pois se dedicava ao tráfico há dois meses segundo o depoimento dado à autoridade policial. Por isso aplicou a PRISÃO a ambos.

Sobre o segundo acórdão, o Relator Otávio de Almeida Toledo, ao averiguar a validade da revista íntima realizada decide que a "*dignidade da pessoa humana é garantia fundamental*"¹⁷⁸, porém, "*relativizada em pequena*

¹⁷⁵ "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

¹⁷⁶ Apelação Criminal nº 0000687-69.2015.8.26.0545. P. 39.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ Apelação Criminal nº 0001117-53.2017.8.26.0544. P. 5.

*medida ao dela exigir-se a comprovação de que não traz objetos ilícitos*¹⁷⁹, ademais *“não há direitos ou garantias, fundamentais ou não, que sejam absolutos”*¹⁸⁰, de maneira que, havendo conflito entre eles, é necessário ponderar. O Desembargador assinala que os scanners corporais, detectores de objetos estranhos ao corpo, são muito caros e ignorar os custos é falta de compromisso com a realidade, ademais, em São Paulo, quando publicada a Lei Federal que veda a revista íntima, já havia Lei Estadual no mesmo sentido há cerca de dois anos e este procedimento ainda acontecia na maioria das unidades prisionais, mesmo que em contrariedade ao ordenamento jurídico. Além disso, a jurisprudência afirma a validade da revista íntima, pois se a pessoa entende que não é uma medida razoável, pode deixar de visitar o preso até que os scanners sejam comprados.

O Desembargador Leme Garcia, voto vencido neste acórdão, decide que a prova obtida através da revista íntima viola a Lei Estadual 15.552/14¹⁸¹, pois o procedimento adotado infringe a CF/88¹⁸² e a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸³, de maneira que a decisão da primeira instância respeitou a CF/88¹⁸⁴ e o CPP¹⁸⁵. Além do mais, a jurisprudência do STF entende que para que se proceda a essa revista, deve haver fundada suspeita, fato que não existiu no caso em questão. Ademais, cabe ao Estado

¹⁷⁹ Idem. P. 6.

¹⁸⁰ Idem. P. 5.

¹⁸¹ Artigo 1º - Ficam os estabelecimentos prisionais proibidos de realizar revista íntima nos visitantes.

¹⁸² Art. 5º, inciso III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹⁸³ Art. 5º 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.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

¹⁸⁴ Art. 5º, inciso LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

¹⁸⁵ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

garantir a segurança do presídio através de intervenções que respeitem o direito à intimidade das pessoas.

2.3. Considerações.

O Relator Jaime Ferreira Menino afirmou que deveria ser decretado o regime inicial fechado e a pena deveria ser aumentada, mas como não houve apelo ministerial, cabia somente a manutenção da sentença.

Outrossim, o Relator Camargo Aranha Filho citou o ECI para fundamentar a tese de que existe um dramático cenário fático no sistema carcerário e a entrada de ilícitos concorre para a perpetuação da situação, de modo que para garantir a segurança pública pode haver detrimento de direito individual e por isso a prova obtida por revista íntima, mesmo com a vigência da Lei Estadual que veda a sua produção, em determinados casos não é considerada ilícita.

O acórdão relatado pela Desembargadora Kenarik Boujikian, citou o ECI através da transcrição da ementa do HC COLETIVO e apresentou voto com aplicação da RESTRIÇÃO, diferente do voto prevalente do Desembargador Francisco Orlando, com imposição da PRISÃO.

O acórdão relatado pelo Desembargador Otávio de Almeida Toledo citou o ECI para afirmar a tese de que a crise nos presídios e a insuficiência de recursos do Poder Executivo abrem margem para provas obtidas através da revista íntima, sendo esse o fundamento da condenação da ré, com imposição da RESTRIÇÃO. O voto vencido do Desembargador Leme Garcia, entende que a prova foi obtida por meio ilícito, por isso a ré deveria ser absolvida.

Em ambos os acórdãos com divergência entre os desembargadores ou desembargadoras, o voto vencido aplica pena mais benéfica ao réu.

3. Abordagem do ECI nos acórdãos sobre Embargos de Declaração.

Este subtítulo expõe os resultados acerca das quatro decisões sobre Embargos de Declaração com a exposição do (i) resumo dos acórdãos e da (ii) forma como o ECI é citado.

3.1. Acórdãos analisados.

O Relator dos quatro acórdãos é o Desembargador Jaime Ferreira Menino. Há unanimidade em todos; três deles são da terceira CDC/TJSP e um da 11ª CDC/TJSP.

O primeiro¹⁸⁶ (11ª CDC/TJSP), o segundo¹⁸⁷ e o terceiro¹⁸⁸ acórdão expõem a situação em que ao réu (primeiro e segundo) e à ré (terceiro) é imposta a PRISÃO e estes requerem a detração do tempo de prisão preventiva, assunto não abordado nas decisões. O Desembargador decide que a detração fica à cargo do Juízo de Execução Penal e não dá provimento ao recurso.

Os três acórdãos (primeiro, segundo e terceiro) citam o ECI sem a transcrição da ementa de precedente e possuem trecho idêntico:

“Não se pode olvidar que a pena e o regime se entrelaçam (art. 59 e 68 do Código Penal), porém não se pode perder de vista que a norma impugnada (art. 387, §2o do CPP), trata especificamente dos regimes, até em reconhecimento à crise dos presídios (estado de coisas inconstitucional).”¹⁸⁹

Não há referência ao conceito ou aos requisitos do instituto. Ademais, há essa breve referência à crise dos presídios.

¹⁸⁶ Embargos de Declaração Criminal nº 0017272-42.2015.8.26.0564/50000.

¹⁸⁷ Embargos de Declaração nº 0010722-42.2015.8.26.0625/50000.

¹⁸⁸ Embargos de Declaração Criminal nº 0000182-66.2017.8.26.0591/50000.

¹⁸⁹ Embargos de Declaração Criminal nº 0017272-42.2015.8.26.0564/50000. P. 4.

Embargos de Declaração nº 0010722-42.2015.8.26.0625/50000. P. 4.

Embargos de Declaração Criminal nº 0000182-66.2017.8.26.0591/50000. P. 3.

O quarto acórdão¹⁹⁰ expõe a situação em que a ré questiona a decisão que deu parcial provimento ao recurso da defesa, afastando a reincidência específica, mas sem reduzir a pena. O Relator decide que a manutenção da PRISÃO e a não substituição por RESTRIÇÃO estão fundamentadas no acórdão anterior, portanto, não há obscuridade na decisão. Neste acórdão foi transcrito trecho da decisão embargada¹⁹¹ em que o ECI foi citado e o conceito e os requisitos não foram abordados, tampouco a superlotação.

3.2. Considerações.

Acerca dos acórdãos sobre embargos de declaração, o relator de todas as decisões é o Desembargador Jaime Ferreira Menino.

Dentre os quatro acórdãos analisados, os três que citam o ECI sem a transcrição de precedente contêm trechos idênticos.

4. Abordagem do ECI nos acórdãos sobre Recurso em Sentido Estrito (RESE).

Este subtítulo expõe os resultados acerca das duas decisões sobre RESE interpostos pelo Ministério Público (MP) através do (i) relato dos casos e da (ii) descrição do modo como o ECI é citado.

4.1. Acórdãos analisados.

O acórdão da 16ª CDC/TJSP¹⁹² trata de caso em que na audiência de custódia foi decretada a PRISÃO e após o recebimento da denúncia o

¹⁹⁰ Embargos de Declaração Criminal nº 0109746-51.2017.8.26.0050/50000

¹⁹¹ A decisão embargada é um acórdão sobre o recurso de Apelação. A Apelação em comento foi a primeira dentre as quatro analisadas no subcapítulo anterior.

¹⁹² RESE nº 0033448-81.2018.8.26.0050.

magistrado substituiu por RESTRIÇÃO, pois a ré cuida de seus filhos e sobrinhos. O Ministério Público requer a reforma da decisão, para decretar a PRISÃO, pois a ré confessou o delito e não foi comprovado que existem dependentes da mesma.

O Relator Leme Garcia decide que a prisão domiciliar é uma forma de cumprimento da prisão preventiva e deve ser aplicada por conta de dois argumentos: (i) em razão do CPP¹⁹³; e (ii) por força da jurisprudência¹⁹⁴.

O Desembargador, ao apontar os principais assuntos do HC COLETIVO cita o ECI e "*a grave deficiência estrutural em relação à situação da mulher presa*"¹⁹⁵. Não há abordagem ao conceito ou aos requisitos do instituto.

O provimento ao recurso ministerial foi negado, de modo que a sentença que aplicou a RESTRIÇÃO foi mantida.

O segundo acórdão, da oitava CDC/TJSP¹⁹⁶, decide o caso em que na audiência de custódia foi decretada a PRISÃO, posteriormente substituída por RESTRIÇÃO, pois a ré é primária, tem residência fixa e é mãe de três filhos, mas o MP interpôs RESE para que a PRISÃO fosse novamente imposta.

O Relator Roberto Grassi Neto decide que o HC COLETIVO estabeleceu que a prisão domiciliar, em regra, deve ser aplicada, mas por se tratar de exceção, o recurso foi julgado provido e o mandado de prisão expedido (aplicou-se, portanto, a PRISÃO). Segundo o Relator, a substituição é regra, mas não se trata de regra inquebrantável e no caso concreto deveria a ré comprovar que têm filhos dependentes de seus cuidados e não de terceiros, pois, mesmo que o STF tenha decidido que o PJ deve confiar na palavra da ré, trata-se de situação gravíssima, tráfico ilícito de entorpecentes (apreensão de 155 gramas de maconha, durante o procedimento de fiscalização de visitas na cadeia pública), delito grave e hediondo, com consequências extremamente danosas à sociedade. Ademais, existem

¹⁹³ Art. 318 - Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

¹⁹⁴ HC COLETIVO.

¹⁹⁵ RESE nº 0033448-81.2018.8.26.0050. P. 5.

¹⁹⁶ RESE nº 0001761-18.2018.8.26.0590.

indícios da autoria e da materialidade delitiva, portanto, deve ser decretada a prisão provisória.

O ECI é citado através da transcrição da ementa do HC COLETIVO. Os seus requisitos ou conceito não são abordados, tampouco a superlotação do sistema carcerário.

4.2. Considerações.

Assim como os acórdãos sobre Habeas Corpus, a decisão relatada pelo Desembargador Roberto Grassi Neto sobre RESE cita o ECI através da transcrição da ementa do HC COLETIVO, afirma que a prisão domiciliar, em regra, deve ser aplicada, mas que não será no caso em questão por se tratar de exceção (situação grave, gravíssima, excepcional ou excepcionalíssima).

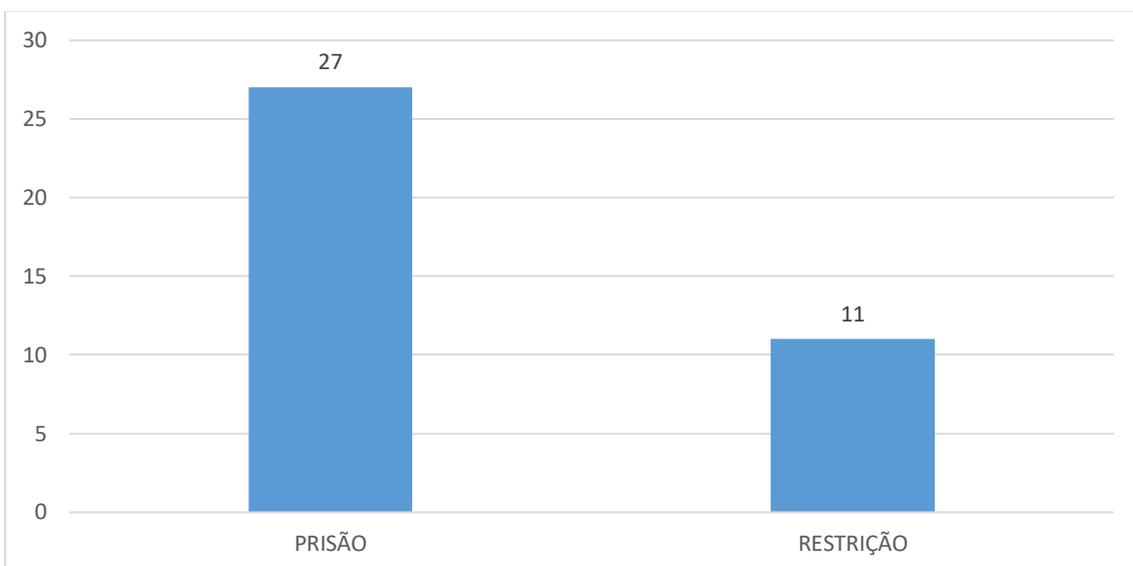
5. Síntese sobre a citação do ECI nos acórdãos.

Em meio aos 62 acórdãos analisados, a referência ao ECI se dá através da transcrição da ementa de algum precedente em 38, nos outros 24 acórdãos, há referência ao instituto por meio da exposição dos principais assuntos de um precedente ou a citação durante a fundamentação.

Dentre os 24 acórdãos que fazem referência ao ECI sem a transcrição da ementa, em cinco houve a aplicação da PRISÃO e em 19 a RESTRIÇÃO.

7º Gráfico: Referência ao ECI sem a transcrição da ementa de precedente:

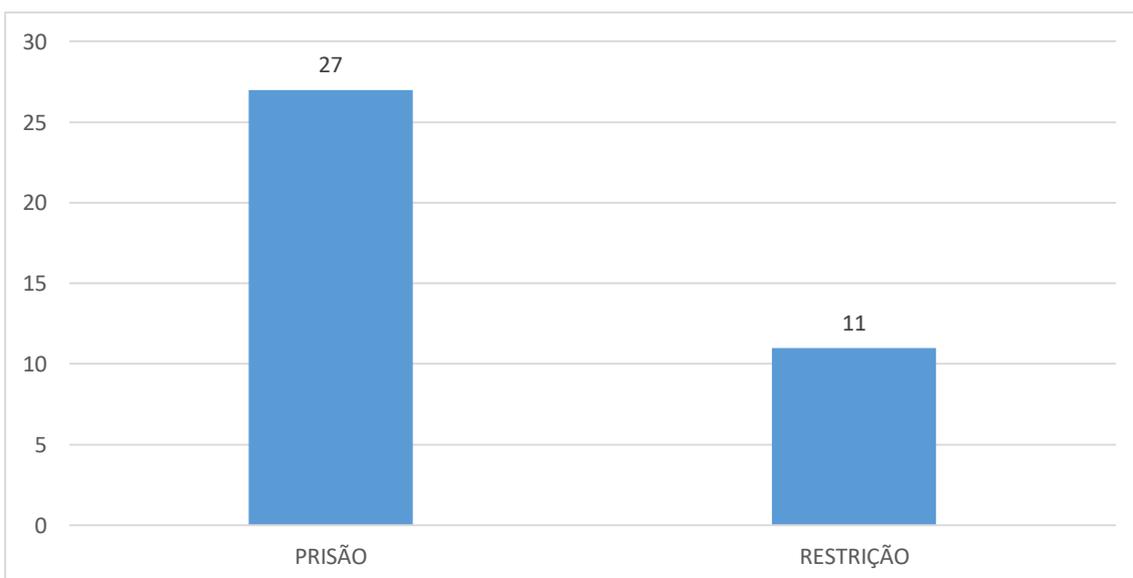
Esse gráfico expõe o número de decretações de PRISÃO ou RESTRIÇÃO pelos acórdãos nos quais o ECI é citado sem a transcrição da ementa de precedente.



Nos 38 acórdãos em que o ECI fora citado através da transcrição da ementa de algum precedente, em 27 a PRISÃO foi decretada e, em 11, a RESTRIÇÃO, como expõe o gráfico a seguir:

8º Gráfico: Referência ao ECI através da transcrição da ementa de precedente:

Esse gráfico expõe o número de decretações de PRISÃO ou RESTRIÇÃO aplicadas pelos acórdãos nos quais a referência ao ECI se dá através da transcrição da ementa de precedente.

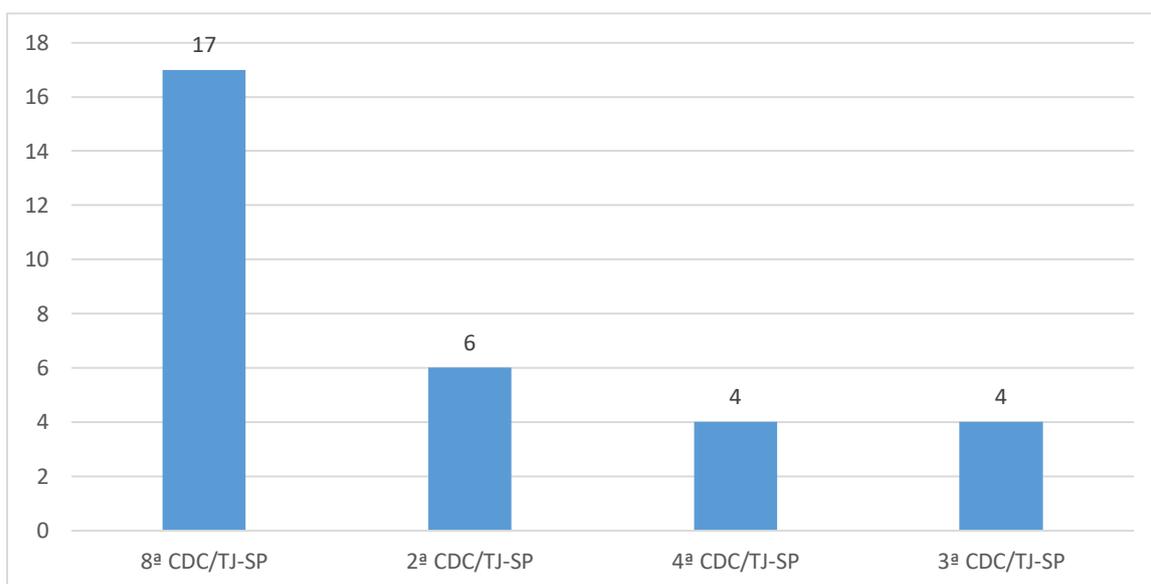


Outro fator importante, é o alto número de transcrição da ementa de precedente nos acórdãos da oitava CDC/TJSP, responsável por 17 decisões

(do total de 38). Outras câmaras que também apareceram várias vezes foram: a segunda CDC/TJSP, com seis acórdãos; e a quarta CDC/TJSP; e a terceira CDC/TJSP, ambas com quatro acórdãos cada uma.

9º Gráfico: CDC/TJSP: acórdãos em que o ECI é citado através da transcrição da ementa de precedente:

Esse gráfico expõe o número de acórdãos das CDC/TJSP em que o ECI é citado através da transcrição da ementa de precedente.



v. SOBRE O CUMPRIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR "A".

De acordo com o que fora exposto em capítulo anterior, o STF, ao julgar os pedidos cautelares da ADPF-MC 347, indeferiu alguns pedidos que derivam do ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, são de observância obrigatória, com a justificativa de que o deferimento ensejaria alto número de Reclamações.

Dentre os pedidos indeferidos está a cautelar "a":

"Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal."¹⁹⁷

Dessa forma, neste capítulo há exposição das informações sobre o cumprimento do dever de motivação da não aplicação das cautelares pelos acórdãos de acordo com a espécie recursal, visto que há singularidades que podem ser percebidas ao separar a descrição dos resultados obtidos. Primeiro há exposição das decisões sobre (i) Habeas Corpus, depois, (ii) Apelação, e, por último, (iv) RESE.

Acerca dos acórdãos sobre Embargos de Declaração, como se trata de espécie recursal que serve às decisões obscuras, ambíguas, com contradição ou omissão¹⁹⁸, os PEDIDOS¹⁹⁹ não são analisados.

1. Acórdãos sobre Habeas Corpus.

¹⁹⁷ Petição Inicial. Acesso em: 18/11/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. P. 69.

¹⁹⁸ CPP – art. 382. Qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão.

¹⁹⁹ O termo "PEDIDOS" abrange as cautelares "a", "c" e "d".

Neste subcapítulo há exposição do cumprimento²⁰⁰ ou da não aplicação²⁰¹ da análise do dever de motivação da não aplicação das medidas cautelares.

Primeiro há exibição das decisões sobre Habeas Corpus que citam o ECI através da (i) transcrição da ementa e posteriormente, dos acórdãos que o citam (ii) sem a transcrição.

1.1. Citação do ECI através da transcrição de precedente.

O dever de motivação da não aplicação das medidas cautelares só se aplica aos acórdãos que decretam ou mantêm a prisão provisória, 21 decisões dentro do universo de 33 acórdãos nos quais o ECI é citado através da transcrição de precedente. Dentro do material analisado, portanto, este pedido não se aplica a 12 decisões, visto que nelas é imposta a pena de RESTRIÇÃO ou há trânsito em julgado da condenação nos casos de aplicação da pena de PRISÃO.

Dessa forma, há cumprimento do dever de motivação expressa da não aplicação das medidas cautelares em 21 decisões²⁰² (todas em que se aplica a análise do pedido) e em 12 o pedido não se aplica²⁰³.

²⁰⁰ Entende-se que há cumprimento quando o desembargador motiva a não aplicação das medidas cautelares. Não há juízo normativo quanto à qualidade da fundamentação, somente há a observância do cumprimento do dever, independentemente da forma como ele é cumprido.

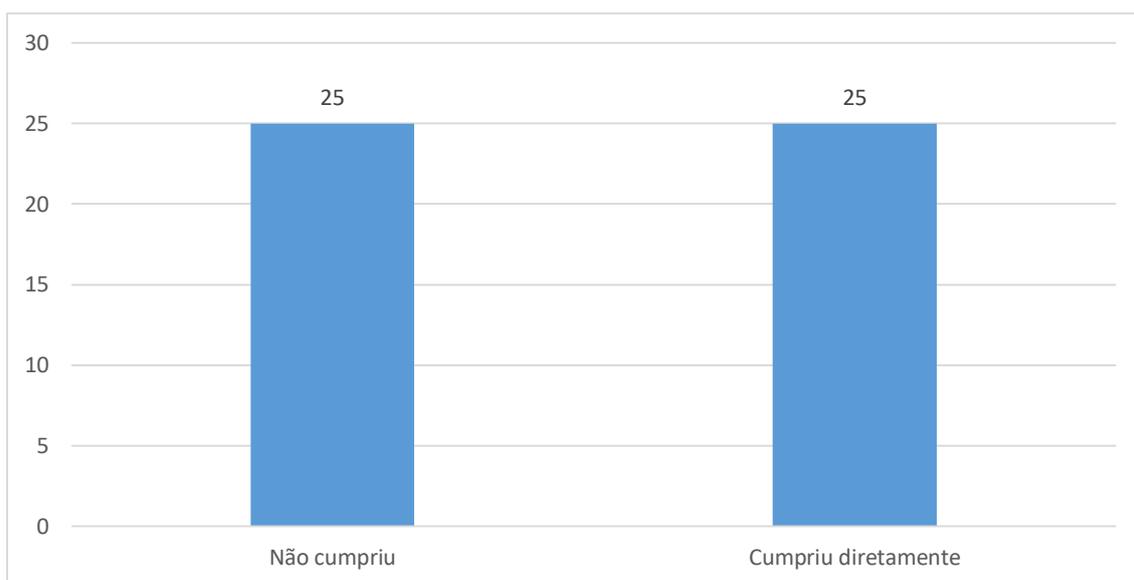
²⁰¹ Como o pedido cabe apenas aos casos de decretação ou manutenção da prisão provisória, há decisões em que a análise não se aplica, seja porque há trânsito em julgado e imposição do cumprimento de pena, ou porque fora aplicada a RESTRIÇÃO (medida cautelar).

²⁰² Habeas Corpus Criminal nº 2012921-93.2019.8.26.0000, 2033188-86.2019.8.26.0000, 2072049-44.2019.8.26.0000, 2089427-13.2019.8.26.0000, 0010417-85.2018.8.26.0000, 0011280-41.2018.8.26.0000, 0014080-42.2018.8.26.0000, 0016953-15.2018.8.26.0000, 0016965-29.2018.8.26.0000, 0018335-43.2018.8.26.0000, 0031137-73.2018.8.26.0000, 2000664-70.2018.8.26.0000, 2025589-33.2018.8.26.0000, 2053298-43.2018.8.26.0000, 2072771-15.2018.8.26.0000, 2057436-53.2018.8.26.0000, 2097886-38.2018.8.26.0000, 2155775-81.2017.8.26.0000, 2221626-33.2018.8.26.0000, 0012904-28.2018.8.26.0000, 0016974-88.2018.8.26.0000.

²⁰³ Habeas Corpus Criminal nº 2093630-18.2019.8.26.0000, 2002307-63.2018.8.26.0000, 2007341-82.2019.8.26.0000, 2008780-31.2019.8.26.0000, 2014234-26.2018.8.26.0000, 2029567-18.2018.8.26.0000, 2029624-36.2018.8.26.0000, 2038875-44.2019.8.26.0000, 2057265-96.2018.8.26.0000, 2164171-13.2018.8.26.0000, 2235892-25.2018.8.26.0000, 2247202-28.2018.8.26.0000.

10º Gráfico: Dever de motivação da não aplicação das medidas cautelares:

Esse gráfico expõe o número de acórdãos sobre Habeas Corpus em que o ECI foi citado através da transcrição da ementa de precedente e o voto do desembargador cumpriu ou naqueles em que não se aplica o dever de motivação expressa da não aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP.



Com relação às decisões em que o pedido não se aplica (12 das 33 decisões), trata-se de três Habeas Corpus com trânsito em julgado e pena de PRISÃO e nove com pena de RESTRIÇÃO.

Em acórdão de relatoria do Desembargador Roberto Grassi Neto²⁰⁴, em que não se aplica o pedido, o provimento ao recurso foi negado, pois já havia condenação da paciente, com trânsito em julgado, pela segunda instância do TJSP, com mandado de prisão expedido para o cumprimento da pena no regime inicial fechado.

Não se aplica, a análise do dever de motivação expressa da não aplicação das medidas cautelares, a todas as decisões sobre Habeas Corpus

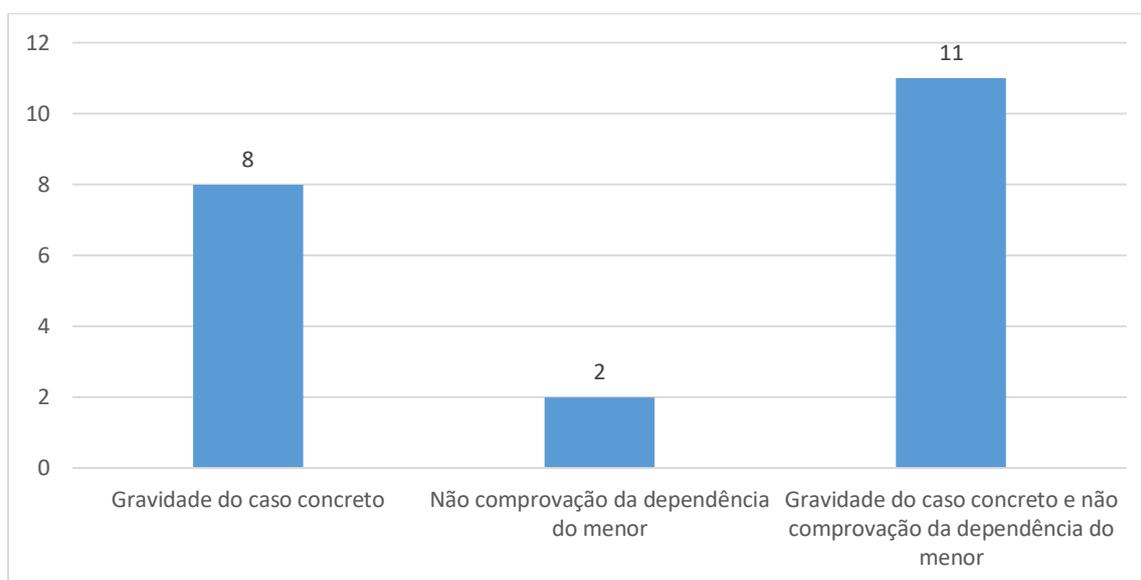
²⁰⁴ Habeas Corpus Criminal nº 2093630-18.2019.8.26.0000. Esse pedido não se aplica a outros habeas corpus com trânsito em julgado - Habeas Corpus Criminal nº 2164171-13.2018.8.26.0000 e Habeas Corpus Criminal nº 2247202-28.2018.8.26.0000

em que há referência ao ECI através da transcrição da ementa de precedente e aplicação da RESTRIÇÃO.

As demais decisões (21 acórdãos), nas quais o dever de motivação da não aplicação das medidas cautelares foi cumprido, têm fundamentação parecida para não substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, como: (i) a situação grave, gravíssima, excepcional ou excepcionalíssima (oito acórdãos)²⁰⁵, (ii) a não comprovação da dependência do menor ao tempo da prisão (dois acórdãos)²⁰⁶ ou ambos (11 acórdãos)²⁰⁷, conforme o gráfico a seguir:

11º Gráfico: Motivação para não substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar:

Esse gráfico expõe o número de acórdãos em que os argumentos citados são usados como motivação.



- Argumento "A": "situação grave, gravíssima, excepcional ou excepcionalíssima".

²⁰⁵ Habeas Corpus Criminal nº 2012921-93.2019.8.26.0000, 0010417-85.2018.8.26.0000, 2000664-70.2018.8.26.0000, 2025589-33.2018.8.26.0000, 2057436-53.2018.8.26.0000, 2097886-38.2018.8.26.0000, 2155775-81.2017.8.26.0000 e 0012904-28.2018.8.26.0000.

²⁰⁶ Habeas Corpus Criminal nº 2089427-13.2019.8.26.0000 e 0018335-43.2018.8.26.0000.

²⁰⁷ Habeas Corpus Criminal nº 2033188-86.2019.8.26.0000, 2072049-44.2019.8.26.0000, 0011280-41.2018.8.26.0000, 0014080-42.2018.8.26.0000, 0016953-15.2018.8.26.0000, 0016965-29.2018.8.26.0000, 0031137-73.2018.8.26.0000, 2053298-43.2018.8.26.0000, 2072771-15.2018.8.26.0000, 2221626-33.2018.8.26.0000 e 0016974-88.2018.8.26.0000.

Dentre as decisões analisadas que utilizam esse fundamento, uma delas, de relatoria do Desembargador Airton Vieira, trata de prisão em flagrante convertida em prisão preventiva, na qual a paciente, acusada pelos crimes dos artigos 33 e 35 da Lei de Drogas, primária e de bons antecedentes criminais, com ocupação lícita e residência fixa, é mãe de três crianças e está grávida. No entanto, o Desembargador utiliza argumento de que no caso há possibilidade de fuga pela acusada. O argumento levantado se dá pelo fato do HC COLETIVO determinar a aplicação da prisão domiciliar, mas não abranger todos os casos, pois existem "*situações excepcionalíssimas*".²⁰⁸

- Argumento "B": "a não comprovação da dependência do menor ao tempo da prisão".

Em acórdão relatado pelo Desembargador Roberto Grassi Neto, a paciente foi flagrada com uma porção de maconha em abordagem policial e presa em flagrante após serem encontradas em sua casa mais cinco porções da droga, R\$ 6.583,10 em espécie, celulares e anotações do comércio. O Desembargador, em sua decisão, fundamentou não haver comprovação de ocupação lícita e residência fixa nos autos, sendo fortes os indícios de que uma vez solta, a paciente persistirá em sua conduta, por isso, colocá-la em liberdade "*não atenta contra o princípio da presunção de inocência*"²⁰⁹, além do mais, não há provas da dependência da menor de 12 anos²¹⁰.

- Argumento "C": "a situação grave, gravíssima, excepcional ou excepcionalíssima e a não comprovação da dependência do menor ao tempo da prisão".

O Desembargador Roberto Grassi Neto apresenta, em outra decisão, fundamentação para a aplicação da prisão cautelar na existência dos requisitos do art. 312 do CPP (prisão preventiva) e transcreve a ementa do HC COLETIVO, com a afirmação da prisão domiciliar como regra. Em seu entendimento, não cabe prisão domiciliar, pois houve apenas alegação

²⁰⁸ Habeas Corpus Criminal nº 2025589-33.2018.8.26.0000. P. 30.

²⁰⁹ Habeas Corpus Criminal nº 2089427-13.2019.8.26.0000. P. 12.

²¹⁰ "A dependência do menor significa a sujeição ao paciente ou à paciente do Habeas Corpus para a sua subsistência (alimentação, moradia, saúde bem-estar), ou seja, a dependência para viver."

unilateral da condição de mãe pela paciente. Ausentes provas da dependência dos três menores. Além disso, trata-se de *"situação gravíssima"*²¹¹ em que a regra não se aplica.

Em outro caso, o Desembargador supracitado, traz o teor do HC COLETIVO e a possibilidade de aplicação da prisão domiciliar em detrimento da custódia cautelar. Na decisão, aponta que se trata de genitor (paciente do Habeas Corpus), não genitora, motivo que torna inviável a aplicação da prisão domiciliar e, havendo equiparação com base no princípio da igualdade, não há elementos de convicção para enquadrá-lo nas hipóteses do HC COLETIVO.

Ademais, trata-se de *"situação gravíssima"*²¹². O Desembargador manifesta que houve juntada aos autos da certidão de nascimento, da declaração de matrícula da menor, bem como do laudo médico da mãe da filha em comum com o paciente e da foto que atestam o estado vegetativo definitivo desta, e a documentação referente ao tratamento cervical de sua mãe, avó paterna da criança. Mesmo com a juntada dessas provas, o magistrado decide que *"inexistem elementos de convicção indicando se o ora paciente se enquadraria"*²¹³ nas hipóteses do HC COLETIVO, pois no momento de sua prisão em flagrante, este estava em sua casa, não junto à sua filha.

Interessante outro caso do referido relator, em que a paciente alegou ser mãe de três crianças menores de 12 (doze) anos: um com 2 (dois) anos de idade, outro com 1 (um) ano de idade — em abrigo — e; o último com 11 (onze) meses de vida. Em sua decisão, afirmou que 3,6g de crack, *"conquanto não seja vultosa, não deixa de ser expressiva"*²¹⁴, além da inexistência de prova corroborando a dependência dos menores e a presente *"situação gravíssima"*²¹⁵.

1.2. Citação do ECI sem a transcrição de precedente.

²¹¹ Habeas Corpus Criminal nº 2012921-93.2019.8.26.0000. P. 10.

²¹² Habeas Corpus Criminal nº 2033188-86.2019.8.26.0000. P. 14.

²¹³ Idem. P. 13.

²¹⁴ Habeas Corpus Criminal nº 0011280-41.2018.8.26.0000. P. 9.

²¹⁵ Idem. P. 8.

O dever de motivação da não aplicação das medidas cautelares somente tem aplicação em um caso dentre as decisões em que o ECI é citado sem a transcrição de precedente, sendo esta a única decisão que aplica a PRISÃO, de relatoria do Desembargador Leme Garcia que decide pela manutenção da prisão preventiva, pois trata-se de situação excepcional.²¹⁶

Há outro acórdão que aplica a PRISÃO, da décima CDC/TJSP²¹⁷. Este versa sobre caso que transitou em julgado, em que o condenado está cumprindo a pena e alcançou os requisitos para progredir para o regime semiaberto. O pedido foi deferido pelos desembargadores e o caso não aborda o assunto da prisão preventiva.

Essas duas decisões são as únicas que aplicaram a PRISÃO e somente à primeira se aplica a análise dessa cautelar que foi cumprida com o fundamento da situação excepcional do caso concreto. Os demais acórdãos aplicam a RESTRIÇÃO.

1.3. Considerações.

Nas decisões em que o ECI é citado sem a transcrição da ementa de precedente (19 acórdãos) há aplicação da RESTRIÇÃO na maioria dos casos (17 acórdãos), por isso a análise desse dever, em regra, não se aplica quando o ECI não é citado através da transcrição da ementa.

2. Acórdãos sobre Apelação.

Neste subcapítulo há exposição dos casos nos quais há cumprimento e naqueles em que não se aplica a análise do dever de motivação da não aplicação das medidas cautelares.

²¹⁶ Habeas Corpus Criminal nº 2022191-78.2018.8.26.0000.

²¹⁷ Habeas Corpus Criminal nº 2162273-33.2016.8.26.0000.

Dentre os quatro acórdãos sobre recurso de Apelação, os dois decididos com unanimidade pelos magistrados e magistradas (de relatoria dos desembargadores Jaime Ferreira Menino e Camargo Aranha Filho)²¹⁸ impõem a RESTRIÇÃO, portanto não se aplica a análise do dever de motivar a não aplicação das medidas cautelares.

Em um dos acórdãos com divergência, no qual prevalece o voto do relator Otávio de Almeida Toledo²¹⁹, também foi aplicada a RESTRIÇÃO e por isso a análise do pedido não se aplica.

Com relação ao outro acórdão com divergência²²⁰, em que o voto divergente do Desembargador Francisco Orlando²²¹, em favor da PRISÃO, venceu o voto da Relatora Kenarik Boujikian, a análise do pedido se aplica ao voto que abriu divergência e decidiu o caso, porém, não há cumprimento do dever de motivar a não aplicação das medidas cautelares, visto que a decisão não aborda essa questão.²²²

2.1. Considerações.

Dentre os quatro acórdãos sobre recurso de apelação, somente em um há análise da aplicação do dever de motivar a não substituição da PRISÃO por medidas cautelares. Nesta decisão, o voto vencido da Relatora é mais favorável à ré e ao réu, pois aplica RESTRIÇÃO à mulher e uma advertência ao homem, de maneira que não há o dever de motivar a não aplicação das medidas cautelares, porém, o voto que abre a divergência e decide pela

²¹⁸ Apelação Criminal nº 0109746-51.2017.8.26.0050.

Apelação Criminal nº 0012681-90.2014.8.26.0590.

²¹⁹ Apelação Criminal nº 0001117-53.2017.8.26.0544.

²²⁰ Apelação Criminal nº 0000687-69.2015.8.26.0545.

²²¹ Nos termos do voto do Desembargador Francisco Orlando, com a manutenção da decisão da primeira instância que impôs a prisão preventiva, aos réus, durante o período recursal.

²²² A aplicação das medidas cautelares sequer é cogitada. Os argumentos dos Desembargadores são: (i) a divergência dos depoimentos; (ii) o fato da ré alegar ser moça ingênua, mas se fosse não conseguiria comprar; (iii) a frágil prova de que o réu é usuário, visto que estava com 20 porções de cocaína; e (iv) se o réu não sabia o destino da viagem ao sair de Atibaia, ficou ciente durante o percurso.

PRISÃO não motiva expressamente a não aplicação das medidas e, portanto, descumpre o pedido cautelar "a" feito na ADPF-MC 347.

3. Acórdãos sobre Recurso em Sentido Estrito.

Um dos acórdãos sobre RESE cumpre o dever de motivar a não aplicação das medidas cautelares e ao outro a análise não se aplica, nos termos seguintes.

O voto do Desembargador Roberto Grassi Neto impõe a PRISÃO com o fundamento de que a ré não comprovou a dependência dos três filhos, além de se tratar de situação gravíssima (apreensão de 155 gramas de maconha, durante o procedimento de fiscalização de visitas na cadeia pública), sendo esses os dois fundamentos da não aplicação das medidas cautelares, de maneira que há cumprimento do pedido cautelar "a" da ADPF-MC 347.

O outro acórdão sobre esta espécie recursal impõe a RESTRIÇÃO, por isso a análise do pedido não se aplica.

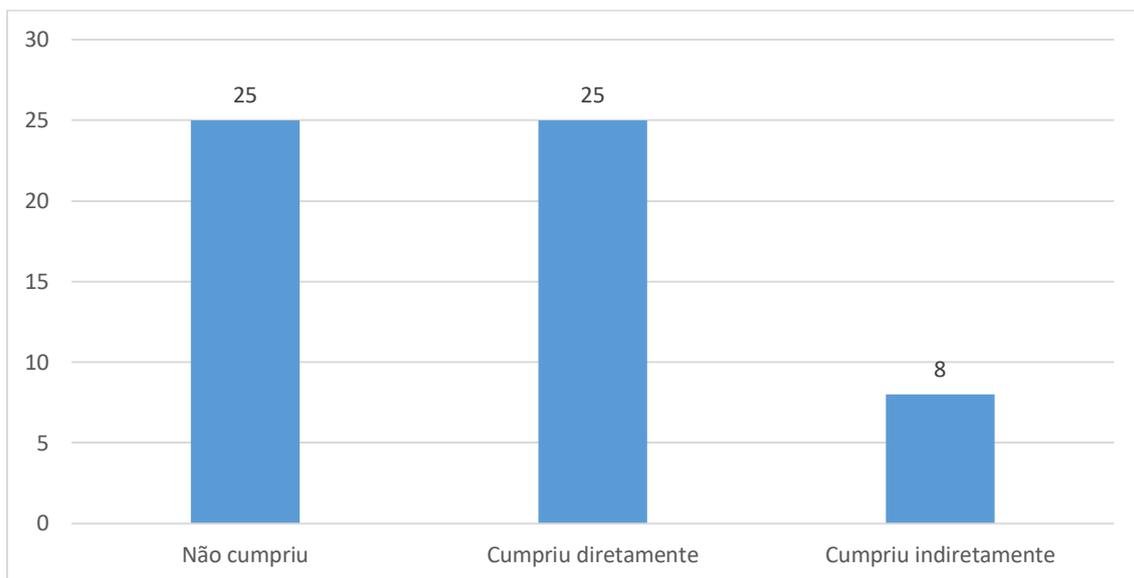
4. Síntese sobre o cumprimento do dever de motivação da não aplicação das medidas cautelares (cautelar "a").

Sobre o cumprimento do dever de motivação da não aplicação das medidas cautelares em caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, em 23 acórdãos há cumprimento, em um há descumprimento e nos demais (38) a análise sobre o cumprimento ou não do dever não se aplica, visto que há a imposição da PRISÃO em processo com trânsito em julgado, RESTRIÇÃO ou trata-se de Embargos de Declaração.

12º Gráfico: Cumprimento do dever de motivação da não aplicação das medidas cautelares:

Esse gráfico expõe o número de acórdãos em que há: cumprimento do pedido cautelar, ou seja, motivação expressa da não aplicação das medidas

cautelares; descumprimento do dever de fundamentar expressamente; ou acórdãos em que esse dever não se aplica, seja por ter sido imposta a PRISÃO através de decisão transitada em julgado, RESTRIÇÃO ou o recurso seja Embargos de Declaração.



vi. SOBRE O CUMPRIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR “C”.

Este capítulo expõe os resultados sobre o cumprimento direto²²³, indireto²²⁴ e o descumprimento²²⁵ do pedido cautelar “c” da ADPF-MC 347, feito nos seguintes termos:

“Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.”²²⁶

Portanto, o presente capítulo se divide, bem como os anteriores, em subcapítulos para expor os resultados acerca dos acórdãos sobre cada espécie recursal, na seguinte ordem: acórdãos sobre (i) Habeas Corpus; (ii) Apelação; e (iii) RESE.

1. Acórdãos sobre Habeas Corpus.

Neste subcapítulo há a exposição do cumprimento direto, indireto e do descumprimento do pedido cautelar “c”. Primeiro há a exibição das decisões sobre Habeas Corpus que citam o ECI através da (i) transcrição da ementa e posteriormente, dos acórdãos que o citam (ii) sem a transcrição.

1.1. Citação do ECI através da transcrição de precedente.

²²³ Segundo a tabela exposta no capítulo de metodologia de coleta, há cumprimento direto quando o desembargador, ao aplicar a pena ou conceder cautelares, aborda o dramático quadro fático do sistema carcerário, substituindo ou não a imposição da decisão questionada.

²²⁴ De acordo com a tabela, há cumprimento indireto quando o magistrado ao conceder cautelares ou aplicar a pena não aborda o dramático quadro fático do sistema carcerário, mas substitui a imposição da decisão questionada.

²²⁵ Conforme a tabela anteriormente exposta, entende-se que o pedido foi descumprido quando o magistrado não faz alusão ao dramático quadro fático do sistema carcerário e não substitui a pena imposta pela decisão questionada.

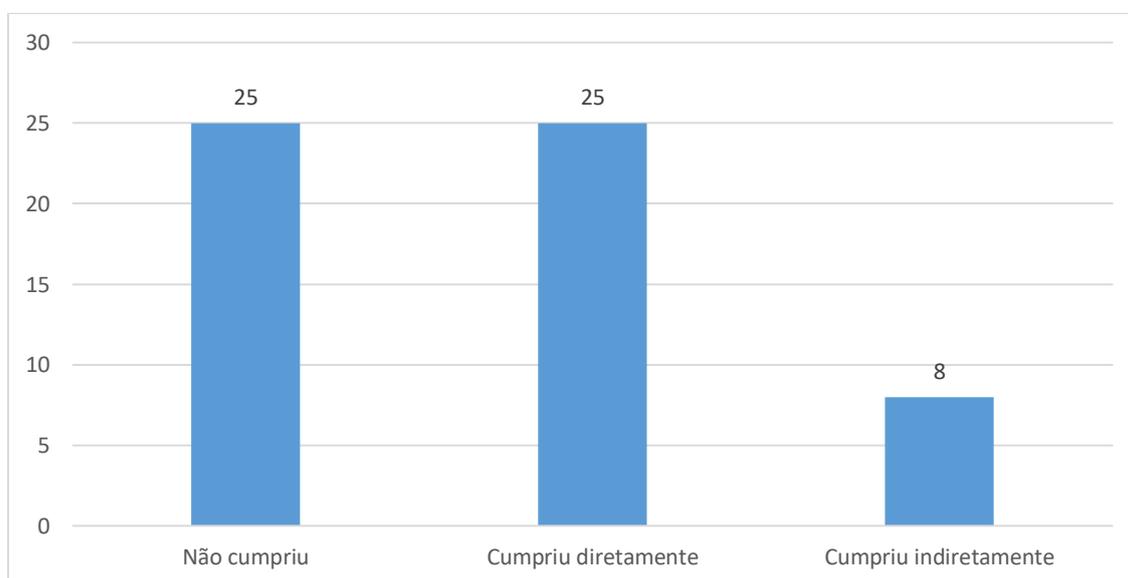
²²⁶ Petição Inicial. Acesso em: 18/11/2019. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. P. 69.

Dentre os 33 acórdãos sobre Habeas Corpus que transcreveram a ementa de um precedente, a consideração do dramático quadro do sistema prisional é cumprida diretamente em quatro decisões²²⁷, em seis o cumprimento é indireto²²⁸ e em 23 não há cumprimento²²⁹.

13º Gráfico: Consideração do dramático quadro do sistema prisional:

Esse gráfico expõe o número de acórdãos em que há cumprimento direto, indireto ou descumprimento do dever de considerar o quadro dramático do sistema prisional.



- Cumprimento direto.

Dentre os acórdãos que cumprem diretamente o pedido (4), um deles, relatado pelo Desembargador Reinaldo Cintra, substitui a pena de PRISÃO por RESTRIÇÃO, considera o dramático quadro fático através da afirmação

²²⁷ Habeas Corpus Criminal Nº 2002307-63.2018.8.26.0000, 2014234-26.2018.8.26.0000, 2029567-18.2018.8.26.0000 e 2097886-38.2018.8.26.0000.

²²⁸ Habeas Corpus Criminal Nº 2008780-31.2019.8.26.0000, 2007341-82.2019.8.26.0000, 2029624-36.2018.8.26.0000, 2038875-44.2019.8.26.0000, 2057265-96.2018.8.26.0000 e 2235892-25.2018.8.26.0000.

²²⁹ Habeas Corpus Criminal Nº 2012921-93.2019.8.26.0000, 2033188-86.2019.8.26.0000, 2072049-44.2019.8.26.0000, 2089427-13.2019.8.26.0000, 2093630-18.2019.8.26.0000, 0010417-85.2018.8.26.0000, 0011280-41.2018.8.26.0000, 0014080-42.2018.8.26.0000, 0016953-15.2018.8.26.0000, 0016965-29.2018.8.26.0000, 0018335-43.2018.8.26.0000, 0031137-73.2018.8.26.0000, 2000664-70.2018.8.26.0000, 2025589-33.2018.8.26.0000, 2053298-43.2018.8.26.0000, 2072771-15.2018.8.26.0000, 2057436-53.2018.8.26.0000, 2155775-81.2017.8.26.0000, 2164171-13.2018.8.26.0000, 2221626-33.2018.8.26.0000, 2247202-28.2018.8.26.0000, 0012904-28.2018.8.26.0000 e 0016974-88.2018.8.26.0000.

que há falta de preparação adequada dos estabelecimentos penais para atender às mulheres presas e, portanto, cumpre diretamente o dever de considerar o quadro dramático do sistema carcerário, visto que além de conferir ênfase à realidade carcerária, não aplica a PRISÃO, fator que não contribui para o agravamento da situação.²³⁰

- Cumprimento indireto.

Dentre os seis acórdãos em que há cumprimento indireto do pedido, há o acórdão relatado pelo Desembargador Alex Zilenovski que bem ilustra a hipótese de cumprimento indireto. No caso, não há abordagem da superlotação do sistema carcerário, mas há substituição da PRISÃO por RESTRIÇÃO porque a paciente se encaixa nas hipóteses do HC COLETIVO.²³¹

- Descumprimento.

Em meio aos acórdãos em que não há consideração do quadro dramático do sistema carcerário e substituição da PRISÃO, imposta pela decisão questionada, por RESTRIÇÃO (23 decisões que descumprem o pedido), a decisão de relatoria do Desembargador Roberto Grassi Neto ilustra bem o grupo de acórdãos nos quais o voto descumpra esse pedido. Em seu voto, o magistrado não aborda a questão da realidade prisional e mantém a PRISÃO, portanto, descumpra o dever de considerar a realidade do sistema carcerário.²³²

1.2. Citação do ECI sem a transcrição de precedente.

Este subcapítulo traz resultados da análise dos acórdãos sobre Habeas Corpus, com exposição acerca da consideração do dramático quadro do sistema prisional, em que o ECI é citado sem a transcrição da ementa de

²³⁰ Habeas Corpus Criminal nº 2014234-26.2018.8.26.0000. P. 5. "ressaltando que os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender à mulher presa, especialmente a gestante e a mãe, com supedâneo do art. 227, da Constituição Federal".

²³¹ Habeas Corpus Criminal nº 2008780-31.2019.8.26.0000. P. 7.

²³² Habeas Corpus Criminal nº 2012921-93.2019.8.26.0000.

precedente, seja de (i) forma independente, sem correlação com precedente, ou (ii) como um dos principais assuntos de caso já julgado.

1.2.1. Citação do ECI durante o voto.

Há dois acórdãos em que o ECI é citado ao longo do voto sem que o instituto faça parte de referência a precedente e ambos cumprem diretamente o dever de consideração do dramático quadro do sistema prisional.

O acórdão de relatoria do Desembargador Rachid Vaz de Almeida, ao conceder o pedido de progressão de regime, aborda a questão do dramático quadro fático do sistema carcerário, por isso, cumpre diretamente, visto que além da referência à realidade a decisão é mais benéfica à situação do indivíduo.²³³ Esta decisão é a única sobre progressão de regime e, por conta disso, a tabela foi adaptada, ao invés da substituição da PRISÃO por RESTRIÇÃO, a análise usa no lugar da primeira a não progressão de regime e, como substituta da segunda, a concessão da progressão do regime.

O acórdão de relatoria do Desembargador Alcides Malossi Junior cumpre diretamente o pedido, tendo em vista que substitui a PRISÃO por RESTRIÇÃO e aborda o dramático quadro do sistema carcerário, portanto faz referência à realidade e não contribui com o agravamento da mesma.²³⁴

1.2.2. Citação do ECI como um dos principais assuntos de um precedente.

²³³ Habeas Corpus Criminal nº 2162273-33.2016.8.26.0000. P. 4.

²³⁴ Habeas Corpus Criminal nº 2003058-50.2018.8.26.0000. P. 24. "Diante dessas soluções díspares, e para evitar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais, a melhor saída, a meu ver, no feito sob exame, consiste em conceder a ordem, estabelecendo parâmetros a serem observados, sem maiores dificuldades, pelos juízes, quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar".

Sobre o dever de considerar o dramático quadro do sistema prisional nos acórdãos em que o ECI é citado sem a transcrição de ementa, mas como uma referência a precedente, os 17 acórdãos cumprem diretamente o pedido cautelar “c”, ou seja, abordam o quadro dramático do sistema carcerário e substituem a pena por RESTRIÇÃO.

Dentre eles, o acórdão de relatoria do Desembargador Osni Pereira bem ilustra a forma decisória. O voto do Relator, ao aplicar a pena de RESTRIÇÃO em substituição à pena de PRISÃO, aborda a grave deficiência estrutural em relação à situação da mulher presa e decide em razão da prisão domiciliar porque a paciente se enquadra nas hipóteses do HC COLETIVO.²³⁵

Para ilustrar a forma como o instituto é citado com alusão a precedente, há trecho do acórdão relatado pelo Desembargador Osni Pereira:

“Cumprе ressaltar que, no julgamento recente do habeas corpus coletivo no. 143.641 pelo E. Supremo Tribunal Federal, o I. Relator Ministro Ricardo Lewandowski concedeu a ordem destacando, entre outros argumentos, (I) o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347 MC/DF; (II) a grave deficiência estrutural em relação à situação da mulher presa; (III) as disposições do artigo 5o, incisos II, XLI, XLV, L, XLVIII e XLIX, da Constituição Federal”.

1.3. Considerações.

Somente os acórdãos sobre Habeas Corpus que transcrevem a ementa de precedente (33 decisões) descumprem a consideração do dramático quadro do sistema prisional (23 decisões). Haja vista que nesta categoria, um alto número de decisões aplica a PRISÃO (24 decisões) e, além disso, não consideram a realidade do sistema carcerário, por isso há o protagonismo desta espécie entre as decisões que não cumprem esse pedido.

2. Acórdãos sobre Apelação.

²³⁵ Habeas Corpus Criminal nº 2095847-68.2018.8.26.0000. P. 5.

Neste subcapítulo há a exposição acerca do cumprimento direto, indireto e do descumprimento do pedido cautelar “c”, nos acórdãos sobre recurso de Apelação, exibido em duas categorias: (i) acórdãos com unanimidade e (ii) acórdãos com divergência.

2.1. Acórdãos com unanimidade.

Ambos os acórdãos cumprem diretamente a obrigação de considerar o dramático quadro do sistema prisional.

O acórdão relatado pelo Desembargador Jaime Ferreira Menino decide que há falha na ressocialização por causa do ECI. Neste momento, ao citar o instituto, ele considera o quadro dramático do sistema prisional. Posteriormente, aplica a pena de RESTRIÇÃO e se manifesta no sentido de que existe justificativa para a imposição da PRISÃO, porém, não há apelo ministerial. Dessa maneira, por mais que o Desembargador ateste que deveria ser aplicada a PRISÃO, o seu voto não o fez (por ausência de recurso do Ministério Público). Portanto, visto que existe referência ao quadro dramático e não há agravamento do mesmo através da decisão, o cumprimento do pedido cautelar “c” foi direto.

O acórdão relatado pelo Desembargador Camargo Aranha Filho aborda o dramático quadro do sistema carcerário quando decide que existe ineficácia do Poder Executivo e um já instalado ECI sobre o sistema prisional. Posteriormente, dá provimento ao apelo ministerial e impõe a RESTRIÇÃO à ré absolvida na primeira instância. Dessa forma, há um agravamento do *status quo ante* da ré, mas o acórdão não pode ser considerado uma decisão que contribui para o agravamento do quadro dramático do sistema carcerário, tendo em vista que fora aplicada a RESTRIÇÃO, portanto, há cumprimento direto da obrigação de considerar o dramático quadro do sistema prisional.

2.2. Acórdãos com divergência.

O acórdão relatado pela Desembargadora Kenarik Boujikian, com divergência aberta pelo Desembargador Francisco Orlando, voto prevalente, aplica a PRISÃO, não considera o dramático quadro do sistema prisional, não substitui a pena e, dessa forma, não cumpre o dever.

Neste acórdão o voto vencido cumpre diretamente o pedido, visto que considera o quadro dramático do sistema carcerário e decide que, em regra, deve haver substituição da PRISÃO pela RESTRIÇÃO (prisão domiciliar) enquanto perdurar as atuais condições do sistema carcerário, de forma que só haverá prisão nos casos excepcionalíssimos, devidamente fundamentados.

A outra decisão, relatada pelo Desembargador Otávio de Almeida Toledo, com divergência aberta pelo Desembargador Leme Garcia, aplica a PRISÃO e substitui por RESTRIÇÃO, não considera o dramático quadro do sistema prisional e, desse modo, cumpre indiretamente o dever, tendo em vista que o acórdão não contribui para o agravamento do cenário prisional, mas a realidade fática não é levada em consideração.

O voto do vencido também não considera o dramático fático, porém, impõe a RESTRIÇÃO, ou seja, cumpre indiretamente o pedido cautelar “c”.

2.3. Considerações.

As duas decisões com unanimidade cumprem diretamente o pedido, diferente dos dois acórdãos com divergência, em que um cumpre indiretamente e o outro o descumpra a obrigação de considerar o dramático quadro do sistema prisional.

3. Acórdãos sobre Recurso em Sentido Estrito.

Acerca desta categoria das decisões, há cumprimento direto por um dos acórdãos e descumprimento pelo outro da obrigação de considerar o dramático quadro do sistema prisional.

A decisão relatada pelo Desembargador Leme Garcia se refere à grave deficiência estrutural em relação à situação da mulher presa como uma situação reconhecida pelo STF no HC COLETIVO e substitui a PRISÃO por RESTRIÇÃO, de modo que o dever de consideração do dramático quadro do sistema prisional foi cumprido diretamente.

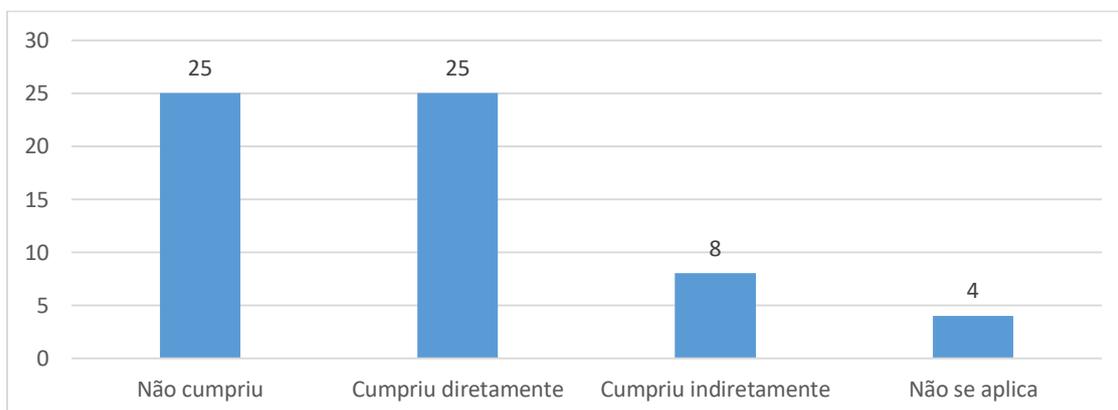
O acórdão relatado pelo Desembargador Roberto Grassi Neto não aborda a superlotação e decreta a PRISÃO, por isso, neste não há cumprimento da obrigação de considerar o dramático quadro do sistema prisional, tendo em vista que a decisão contribui para o agravamento da superlotação carcerária e esta realidade não é tratada no voto do magistrado.

4. Síntese sobre a consideração do dramático quadro do sistema prisional (cautelar "c").

Acerca da consideração do dramático quadro do sistema prisional, há cumprimento direto em 25 acórdãos, indireto em oito e descumprimento em 25. A análise desta cautelar não se aplica a quatro acórdãos (Embargos de Declaração).

14º Gráfico: Consideração do dramático quadro do sistema prisional:

Esse gráfico expõe o número de acórdãos em que há cumprimento direto, indireto, descumprimento e aqueles em que não se aplica o dever de considerar o dramático quadro do sistema carcerário.



vii. SOBRE O CUMPRIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR “D”.

Este capítulo expõe os resultados sobre o cumprimento direto, indireto e o descumprimento do pedido cautelar “d” feito na ADPF-MC 347, nos seguintes termos:

“Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.”²³⁶

Dessa maneira, o presente capítulo se divide, bem como os anteriores, em subcapítulos para expor os resultados acerca dos acórdãos sobre cada espécie recursal, na seguinte ordem: acórdãos sobre (i) Habeas Corpus; (ii) Apelação; e (iii) RESE.

1. Acórdãos sobre Habeas Corpus.

Neste subcapítulo há a exposição do cumprimento direto, indireto e do descumprimento do reconhecimento do cumprimento da pena em condições mais severas e aplicação de penas alternativas à prisão. Primeiro há exibição das decisões sobre Habeas Corpus que citam o ECI através da (i) transcrição da ementa e posteriormente, dos acórdãos que o citam (ii) sem a transcrição.

1.1. Citação do ECI através da transcrição de precedente.

Dentre os 33 acórdãos com transcrição da ementa, apenas 3 (três) reconhecem que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica²³⁷, aplicando — quando

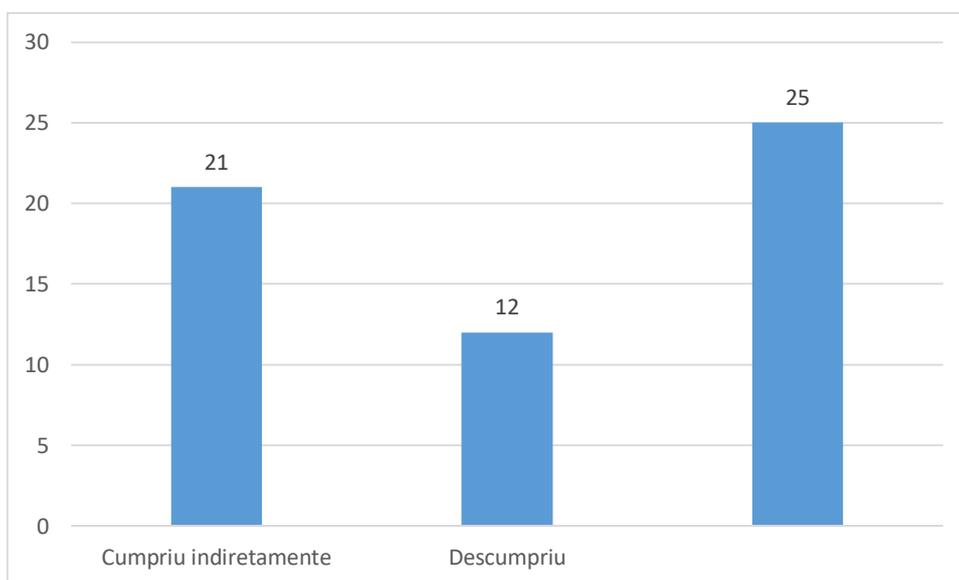
²³⁶ Petição Inicial. Acesso em: 18/11/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. P. 69.

²³⁷ Habeas Corpus Criminal nº 2002307-63.2018.8.26.0000, 2014234-26.2018.8.26.0000 e 2029567-18.2018.8.26.0000.

possível — penas alternativas à prisão. Outros 7 (sete) cumprem de forma indireta o dever de reconhecimento.²³⁸ Em 23 (vinte e três) há descumprimento do dever consubstanciado no pedido cautelar posto na alínea “d” – reconhecer que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, e, quando viável, aplicar penas alternativas à prisão.²³⁹

15º Gráfico: Reconhecimento do cumprimento mais severo da pena nos acórdãos que citam o ECI através da transcrição da ementa de precedente:

Esse gráfico expõe o número de acórdãos em que o ECI é citado através da transcrição da ementa de precedente, com a distinção do cumprimento direto, indireto ou descumprimento do dever de reconhecer que a pena é cumprida em condições mais severas – pedido consubstanciado na alínea “d” da ADPF-MC 347.



²³⁸ Habeas Corpus Criminal nº 2008780-31.2019.8.26.0000, 2007341-82.2019.8.26.0000, 2029624-36.2018.8.26.0000, 2097886-38.2018.8.26.0000, 2038875-44.2019.8.26.0000, 2057265-96.2018.8.26.0000 e 2235892-25.2018.8.26.0000.

²³⁹ Habeas Corpus Criminal nº 2012921-93.2019.8.26.0000, 2033188-86.2019.8.26.0000, 2072049-44.2019.8.26.0000, 2089427-13.2019.8.26.0000, 2093630-18.2019.8.26.0000, 0010417-85.2018.8.26.0000, 0011280-41.2018.8.26.0000, 0014080-42.2018.8.26.0000, 0016953-15.2018.8.26.0000, 0016965-29.2018.8.26.0000, 0018335-43.2018.8.26.0000, 0031137-73.2018.8.26.0000, 2000664-70.2018.8.26.0000, 2025589-33.2018.8.26.0000, 2053298-43.2018.8.26.0000, 2072771-15.2018.8.26.0000, 2057436-53.2018.8.26.0000, 2155775-81.2017.8.26.0000, 2164171-13.2018.8.26.0000, 2221626-33.2018.8.26.0000, 2247202-28.2018.8.26.0000, 0012904-28.2018.8.26.0000 e 0016974-88.2018.8.26.0000.

- Cumprimento direto.

Há o cumprimento direto quando o desembargador reconhece que a pena é cumprida em condições mais severas do que os padrões da ordem jurídica e aplica a pena alternativa. Isto ocorre em três casos, sendo um deles o acórdão relatado pelo Desembargador Camilo Léllis, o qual reconhece o cumprimento da pena em condições mais severas e substitui a PRISÃO pela RESTRIÇÃO.²⁴⁰

O Desembargador decide que para as mulheres, mães ou gestantes, presas, há falta de estrutura frente às necessidades básicas, como: higiene pessoal, cuidados à saúde, atendimento médico específico etc. Dessa forma, existe o reconhecimento de que a pena é cumprida em condições mais severas e, além disso, a pena aplicada é de RESTRIÇÃO, caracterizando, desse modo, o cumprimento direto do pedido cautelar “d” feito na ADPF-MC 347.

- Cumprimento indireto.

Existe o cumprimento indireto em sete acórdãos e ele se dá de duas formas: (i) quando o desembargador reconhece que a pena é cumprida em condições mais severas e não substitui a PRISÃO por RESTRIÇÃO ou; (ii) quando não há reconhecimento do cumprimento da pena em condições mais severas, mas a PRISÃO é substituída por RESTRIÇÃO.

Sobre a primeira forma de cumprimento indireto, há a decisão relatada pelo Desembargador Airton Vieira que reconhece o cumprimento da pena em condições mais severas, mas mantém a PRISÃO, pois a paciente participava de organização criminosa e isso coloca em risco a saúde de sua filha, não sendo a prisão domiciliar direito subjetivo, de forma que se os requisitos do HC COLETIVO não são preenchidos, não há que se falar em aplicação da RESTRIÇÃO.²⁴¹

Dessa maneira, neste acórdão há reconhecimento do cumprimento da pena em condições mais severas, mas não há aplicação de pena alternativa

²⁴⁰ Habeas Corpus Criminal nº 2002307-63.2018.8.26.0000.

²⁴¹ Habeas Corpus Criminal nº 2097886-38.2018.8.26.0000

à prisão, caracterizando, desse modo, o cumprimento indireto do pedido cautelar “d”.

Para ilustrar a segunda forma, há decisão relatada pelo Desembargador Alex Zilenovski. Neste acórdão não há reconhecimento do cumprimento da pena em condições mais severas, mas existe a substituição da PRISÃO por RESTRIÇÃO porque a paciente, mãe de três menores de 12 anos, se encaixa nas hipóteses do HC COLETIVO.²⁴²

Por conseguinte, visto que foi aplicada pena alternativa à prisão, mas não foi reconhecido que a pena é cumprida em condições mais severas, há o cumprimento indireto do pedido cautelar “d”.

- Descumprimento.

Há descumprimento do dever quando o desembargador não reconhece que a pena é cumprida em regime mais severo e não substitui a PRISÃO por RESTRIÇÃO (23 acórdãos). Um dos acórdãos que descumpra o dever de reconhecer o cumprimento da pena em condições mais severas é relatado pelo Desembargador Roberto Grassi Neto. Neste, além de não abordar a questão do cumprimento da pena em condições mais severas, mantém a PRISÃO em razão do cumprimento dos requisitos do art. 312 do CPP (prisão preventiva). O Magistrado afirmou que:

“apesar do pedido ter vindo acompanhado de documentação comprobatória de ocupação lícita e residência fixa, há fortes indícios de que, uma vez solto, o agente irá persistir em sua conduta prejudicar a instrução criminal ou frustrar a aplicação da lei penal”²⁴³.

1.2. Citação do ECI sem a transcrição de precedente.

Nesta categoria há exposição dos acórdãos em que o ECI é citado de forma independente, ou seja, não há transcrição da ementa de precedente, com a classificação das decisões nas quais há cumprimento direto, indireto ou descumprimento do dever de reconhecer que a pena é cumprida em

²⁴² Habeas Corpus Criminal nº 2007341-82.2019.8.26.0000.

²⁴³ Habeas Corpus Criminal nº 2033188-86.2019.8.26.0000. P. 8.

condições mais severas e, quando viável, substituir a sanção por penas alternativas à prisão.

1.2.1. Citação do ECI durante o voto.

Ambos os acórdãos desta categoria cumpriram diretamente o dever de reconhecer que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica e, quando possível, aplicar penas alternativas à prisão.

O acórdão da décima CDC/TJSP²⁴⁴, da forma como cita o ECI, reconhece que o cumprimento da pena se dá em condições mais severas do que a previsão legal, além disso, o que poderia ser aplicado ao caso para não agravar a crise nos presídios (progressão de regime), foi determinado pelo acórdão.

A decisão relatada pelo Desembargador Alcides Malossi Junior²⁴⁵, assume que há o ECI sobre o sistema carcerário, de maneira que o cumprimento da pena se dá de forma mais severa. Ademais, há substituição da PRISÃO por RESTRIÇÃO, por isso, o pedido é cumprido diretamente.

1.2.2. Citação do ECI como um dos principais assuntos de precedente.

Dentre os 17 acórdãos nos quais o ECI é citado como referência a determinado precedente, somente um cumpre indiretamente este pedido. Os demais cumprem diretamente.

A obrigação de reconhecer o cumprimento da pena em regime mais severo e, quando viável, aplicar penas alternativas à prisão é cumprida diretamente em 16 acórdãos, quando o desembargador, além de reconhecer,

²⁴⁴ Habeas Corpus Criminal nº 2162273-33.2016.8.26.0000.

²⁴⁵ Habeas Corpus Criminal nº 2003058-50.2018.8.26.0000.

aplica a RESTRIÇÃO. Como exemplo, há o acórdão relatado pelo Desembargador Osni Pereira, que reconhece o cumprimento da pena em condições mais severas e aplica a RESTRIÇÃO, pois a paciente se encaixa nas hipóteses do HC COLETIVO.²⁴⁶

Acerca do cumprimento indireto, há uma decisão relatada pelo Desembargador Leme Garcia que reconhece o cumprimento da pena em regime mais severo e aplica a PRISÃO, pois a paciente está sendo processada por dois crimes (tráfico e associação ao tráfico) e deixou de comparecer durante a investigação criminal.²⁴⁷ Dessa forma, como o magistrado reconheceu a realidade, mas a agravou ainda mais, há cumprimento indireto do pedido cautelar “d”.

1.3. Considerações.

Acerca do Habeas Corpus que cita o ECI como um dos principais assuntos de um precedente e cumpre diretamente o dever, descrito anteriormente²⁴⁸, me parece muito semelhante aos outros julgados desta mesma Câmara. Há muitas semelhanças com outras decisões que já li dos desembargadores Osni Pereira e Leme Garcia, inclusive, trechos idênticos.

2. Acórdãos sobre Apelação.

Neste subcapítulo há exposição acerca do cumprimento direto, indireto e do descumprimento do pedido cautelar “d”, nos acórdãos sobre recurso de Apelação, exibido em duas categorias: (i) acórdãos com unanimidade e (ii) acórdãos com divergência.

²⁴⁶ Habeas Corpus Criminal nº 2054074-43.2018.8.26.0000.

²⁴⁷ Habeas Corpus Criminal nº 2022191-78.2018.8.26.0000.

²⁴⁸ Habeas Corpus Criminal nº 2022191-78.2018.8.26.0000.

2.1. Acórdãos com unanimidade.

Ambos os acórdãos decididos com unanimidade estão de acordo com a obrigação de reconhecer que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica e, quando viável, aplicar penas alternativas à prisão.

O acórdão relatado pelo Desembargador Jaime Ferreira Menino, cumpre diretamente, pois reconhece que os cárceres não cumprem a função ressocializadora ao fazer referência ao ECI. Além disso, o Desembargador aplica, em seu voto, a RESTRIÇÃO.

A decisão relatada pelo Desembargador Camargo Aranha Filho cumpre indiretamente o pedido cautelar "d", pois não faz referência às condições mais severas de cumprimento da pena, mas aplica a RESTRIÇÃO.

2.2. Acórdãos com divergência.

O acórdão relatado pela Desembargadora Kenarik Boujikian com divergência aberta pelo Desembargador Francisco Orlando, voto prevalente, não reconhece que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica e não aplica a substituição por RESTRIÇÃO, portanto, o dever de reconhecer que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica e, quando viável, aplicar penas alternativas à prisão é descumprido.

O voto vencido neste acórdão, reconhece o cumprimento da pena em condições mais severas e impõe a RESTRIÇÃO. Dessa forma, se mantido o voto da Relatora, haveria cumprimento direto do pedido cautelar "d", mas como não foi o caso, o que ocorreu foi o descumprimento.

A decisão relatada pelo Desembargador Otávio de Almeida Toledo não reconhece que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais

severas do que as admitidas pela ordem jurídica, mas impõe a pena de RESTRIÇÃO, portanto, o dever é cumprido indiretamente.

O voto vencido do Desembargador Leme Garcia não faz referência às condições mais severas de cumprimento da pena, mas impõe a RESTRIÇÃO, portanto, assim como o voto vencedor, cumpre indiretamente o pedido cautelar “d”.

2.3. Considerações.

Em ambos os acórdãos com divergência aberta, o voto vencido cumpre o pedido, seja direta ou indiretamente, diferente do voto prevalente da primeira decisão, em que há o descumprimento do reconhecimento que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica e não aplicação de pena alternativa à prisão.

3. Acórdãos sobre Recurso em Sentido Estrito.

O acórdão sobre RESE, relatado pelo Desembargador Leme Garcia, reconhece que a pena é cumprida em situação desfavorável ao expor que isso foi reconhecido pelo STF no HC COLETIVO e substitui a PRISÃO por RESTRIÇÃO. Dessa forma, há cumprimento direto do dever de reconhecer que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica e, quando viável, aplicar penas alternativas à prisão.

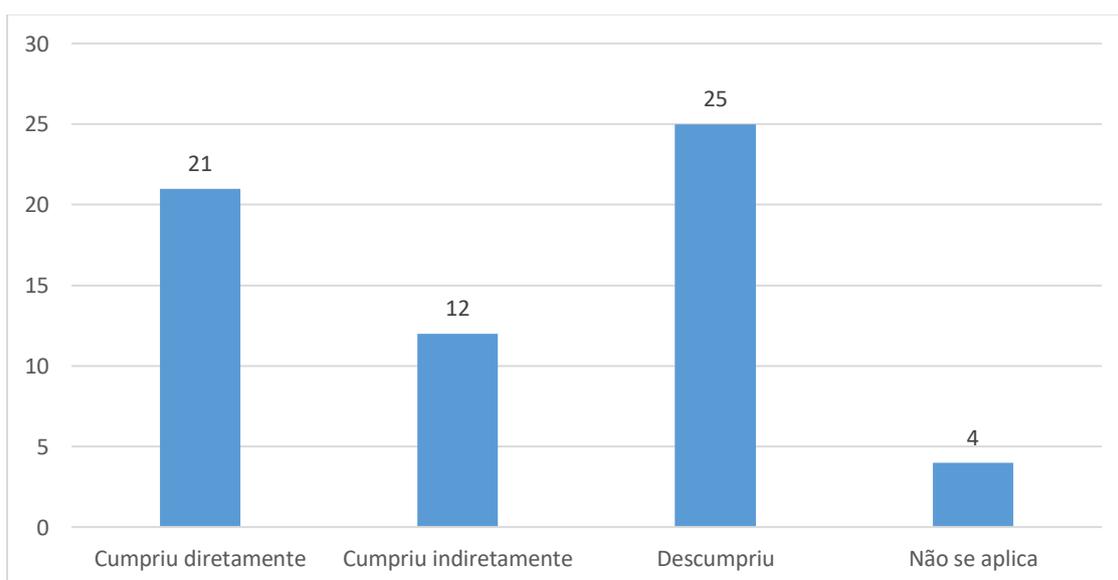
A outra decisão, relatada pelo Desembargador Roberto Grassi Neto, não faz referência às condições mais severas em que a pena é sistematicamente cumprida e não substitui a PRISÃO por RESTRIÇÃO. Portanto, o pedido cautelar “d” é descumprido.

4. Síntese sobre a obrigação de reconhecer que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, e, quando viável, aplicar penas alternativas à prisão (cautelar “d”).

Com relação à obrigação de reconhecer que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, e, quando viável, aplicar penas alternativas à prisão (cautelar “d”), há cumprimento direto em 21 acórdãos, indireto em 12 e descumprimento em 25. Esta análise não se aplica aos quatro acórdãos sobre embargos de declaração.

16º Gráfico: Reconhecimento do cumprimento da pena em condições mais severas:

Esse gráfico expõe o número de acórdãos em que há cumprimento direto, indireto, descumprimento ou aqueles nos quais não se aplica o dever de reconhecer que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, e, quando viável, aplicar penas alternativas à prisão.



viii. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Desde 2015, quando reconhecido o ECI sobre o sistema carcerário pelo STF na ADPF-MC 347, há esse precedente paradigmático que atesta a necessidade de ações, por parte dos três Poderes, capazes de não perpetuar a crise nos presídios e assegurar a proteção, hoje insuficiente, aos direitos dos presos.

O mundo abstrato imaginado pelo Poder Constituinte de 1988 e escrito no texto constitucional, somente se tornará concreto por meio de ações positivas, de modo que a inércia, por parte de instituições democráticas, em um cenário absurdo que não condiz com o texto normativo, não deve ser aceita.

Por isso, a presente pesquisa analisou como o TJSP julga casos em que o ECI é citado sobre os crimes da Lei de Drogas, com enfoque sobre três pedidos cautelares feitos na petição da ADPF-MC 347.²⁴⁹

Acerca da forma como é feita a referência ao ECI, em 37 acórdãos o instituto é citado através da transcrição da ementa de um precedente e em 25, a menção não está relacionada a julgado anterior. Dessa forma, a hipótese sobre a alusão ao instituto ser feita, majoritariamente, através da transcrição da ementa de um precedente, foi confirmada.

Porém, a ADPF-MC 347 não é o precedente que aparece com maior frequência nas decisões da segunda instância do TJSP. O caso paradigmático

²⁴⁹ Pedido cautelar "a" – "Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal."

Pedido cautelar "c" – "Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal."

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

Petição Inicial. Acesso em: 01/08/2019. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. P. 69.

que fez com que o ECI fosse citado em muitos acórdãos através da transcrição de sua ementa, é o acórdão do Habeas Corpus Coletivo 143.641-SP (HC COLETIVO) impetrado para sanar a lesividade das violações de direitos das mulheres, mães ou gestantes, presas, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Relativamente ao destaque da superlotação do sistema carcerário, há referência ao quadro fático dramático, além da citação do ECI, em 27 acórdãos. Nos demais, 35 decisões, não há qualquer alusão ao caos dos presídios. Sobre isto, a hipótese foi parcialmente confirmada, visto que a maioria dos acórdãos, não todos, ignora a superlotação do sistema prisional brasileiro.

Quanto ao dever de motivar expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, nos casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, em 23 acórdãos há cumprimento, em 38 decisões o pedido não se aplica e um acórdão não há cumprimento, de modo que a hipótese foi refutada, visto que não há descumprimento majoritário ou unânime do pedido cautelar "a".

A respeito da consideração do dramático quadro fático do sistema prisional ao conceder cautelares penais ou aplicar a pena, há cumprimento direto em 25 acórdãos, cumprimento indireto em oito, descumprimento em 25 e o pedido não se aplica em quatro. Dessa forma, a hipótese foi parcialmente refutada, visto que não são todas, mas quase a metade das decisões que descumprem o pedido cautelar "c".

Com relação ao reconhecimento do cumprimento da pena em condições mais severas e, quando viável, a aplicação de penas alternativas à prisão, há cumprimento direto em 22 acórdãos, cumprimento indireto em 11, descumprimento em 25 e em quatro o pedido não se aplica. Dessa maneira, a hipótese foi refutada, visto que há cumprimento indireto (hipótese) na minoria dos casos e o que mais ocorre é o descumprimento.

Contudo, é mister considerar que o TJSP, ao julgar os crimes da Lei de Drogas e citar o ECI, nem sempre considera a superlotação do sistema

carcerário e na maioria das decisões em que há o instituto, isso somente ocorre porque o HC COLETIVO²⁵⁰ está transcrito no voto do desembargador(a) e por mais que este precedente defina que em regra a prisão domiciliar deve ser aplicada, os magistrados e magistradas usam o despacho do Min. Ricardo Lewandowski no HC COLETIVO que estabelece situações excepcionais em que não deve ser aplicada a regra, ou seja, a PRISÃO deve ser mantida para atestar o não cabimento da regra geral estabelecida pelo julgamento do remédio constitucional ao caso concreto tendo em vista tratar-se de situação excepcional.

Por conseguinte, é mister ressaltar que na análise dos acórdãos, foram identificadas algumas decisões nas quais o ECI é citado para fundamentar a tese que decide aceitar a prova obtida em desconformidade com Lei Estadual que estabelece vedação expressa à revista íntima, de modo a corroborar a validade da aplicação da prisão a quem foi submetido a esse tipo de tratamento vexatório, tendo em vista que o ECI consiste em desorganização administrativa que culmina na impossibilidade de obtenção de scanners corporais pelo poder público, fator que, segundo os magistrados, torna legal a revista íntima, mesmo que a lei estabeleça o contrário.

Como exemplo há o acórdão sobre recurso de Apelação relatado pelo Desembargador Otávio de Almeida Toledo²⁵¹, no qual o magistrado afirma em seu voto que o STF reconheceu o ECI por conta da falta de recursos e desorganização administrativa. Ainda acentuou que não há direitos ou garantias fundamentais absolutos e que nos casos de conflitos, deve-se ponderar.

O Desembargador acrescenta que scanners corporais são muito caros e ignorar os custos é o mesmo que não ter compromisso com a realidade. Ademais, quando foi publicada a Lei Federal que veda a revista íntima, no Estado de São Paulo já havia lei estadual nesse sentido, fator que nunca impediu a ocorrência dessas revistas que se manteve como procedimento nas unidades prisionais.

²⁵⁰ Habeas Corpus Coletivo nº 143.641.

²⁵¹ Apelação Criminal nº 0001117-53.2017.8.26.0544.

Posteriormente, ficou acordado que a prova obtida na revista íntima é válida e, com base nesse fundamento, a ré foi condenada com incurso no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Portanto, através da análise de decisões bem ou mal fundamentadas, este trabalho buscou ser um pequeno passo, através da abordagem a uma questão específica, com o fim de contribuir para o debate acadêmico através de evidências que atestam a forma como é tratado o ECI reconhecido sobre o sistema carcerário pelos magistrados e magistradas, visto que este assunto traz consequências diretas à vida de diversas pessoas que comumente têm os seus direitos básicos violados.

ix. BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Daniela. Taxa de desemprego fica em 11,8% e Brasil tem 12,5 milhões de desocupados, aponta IBGE. *O Estado de São Paulo*, 31 out. 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,taxa-de-desemprego-fica-em-11-8-e-brasil-tem-12-5-milhoes-de-desocupados-aponta-ibge,70003070987>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

AVELLAR, Stéfano. Afinal, o que é a prisão domiciliar? *Canal de Ciências Criminais*, 31 mar. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/prisao-domiciliar/>>. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, *Câmara dos Deputados*, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BUILES, Gloria Marcela Gómez; ARIAS, Gilberto Mauricio Astaiza; MINAYO, Maria Cecília de Souza. Las migraciones forzadas por la violencia: el caso de Colombia, *Ciência & Saúde Coletiva*, n. 5, p. 1649-1660, set./out. 2008.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CAMPOS, Raimundo Ariosto Barros de Siqueira et al. Relatório De Avaliação Da Execução De Programa De Governo Nº 67 Programa Nacional De Apoio Ao Sistema Prisional, *Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral Da União*, fev. 2017. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9687.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2019.

COELHO, Henrique. Único condenado após protestos de 2013 no Rio é preso por tráfico, *G1*, 13 jan. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/01/unico-condenado-apos-protestos-de-2013-no-rio-e-preso-por-trafico.html>>. Acesso em 20 nov. 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-153/98, j. 28/04/1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

IBÁÑEZ, Ana María; MOYA, Andrés. La población desplazada en Colombia: Examen de sus condiciones socioeconómicas y análisis de las políticas actuales, *Departamento Nacional de Planeación*, 2007. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6682.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ONU, Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela), 17 dez. 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RELATÓRIO Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais, *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, n. 89, p. 1669-1698, jun. 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General: La Estructura de la Teoría del Delito*. Lisboa: Civitas, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF-MC 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/05/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC 143.641-SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/02/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16/02/2017

VALOIS, Luís Carlos. *Processo de Execução Penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

VELASCO, Clara et al. Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil, *G1 e GloboNews*, 26 abr. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

VIANA, Amanda Capo. *O Sistema Carcerário Brasileiro e o Estados de Coisas Inconstitucional: uma análise dos pedidos cautelares da ADPF-MC 347*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2018. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/publication/o-sistema-carcerario-brasileiro-e-o-estados-de-coisas-inconstitucional-uma-analise-dos-pedidos-cautelares-da-adpf-347/>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

x. ANEXOS

Link de acesso aos anexos:

<https://drive.google.com/drive/folders/15kfr8zMSIORekyqMf3ZkCB2Xb6msmNNf?usp=sharing>