

03/09/2015

PLENÁRIO

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

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

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

ADPF 347 MC / DF

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

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

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

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

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