

UMA VITÓRIA PÍRRICA: O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347¹

Em junho de 2015 o Partido Socialismo e Liberdade ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 pedindo que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e, diante disso, imponha a adoção de providências para sanar lesões a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal no tratamento da questão prisional no País.

Segundo o Partido Político, a Ação Constitucional é o instrumento mais adequado para este fim, na medida em que não faltam normas jurídicas garantindo o respeito aos direitos humanos dos presos, mas sim “vontade política” para implementá-las: *“Não há cenário fático mais incompatível com a Constituição do que o sistema prisional brasileiro. O problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos estados e do Distrito Federal. A gravidade do quadro e a inapetência dos poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo evidenciam a necessidade de intervenção do STF”*.

Na inicial, sustenta-se que o equacionamento do que o “*estado de coisas inconstitucional*” do sistema penitenciário envolverá necessariamente a realização de despesas voltadas à criação de novas vagas prisionais, à melhoria das condições dos estabelecimentos existentes e dos serviços prestados aos detentos. Para exemplificar o “*abismo*” entre norma e realidade, são listados alguns dos principais problemas do sistema carcerário, como superlotação (que qualifica de mais

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), FUFBA e Faculdade Baiana. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 e 2014, respectivamente (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013), “Uma Crítica à Teoria Geral do Processo” e “A Nova Lei de Organização Criminosa”, publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

grave), dificuldade de acesso à justiça, falta de assistência aos detentos, direito à educação e ao trabalho e tortura, sanções ilegítimas e uso da força.

Também é apontado o elevado número de presos provisórios como um dos mais graves problemas do sistema prisional: “*Há consenso de que muitas dessas pessoas não deveriam estar presas. Existe, no Brasil, uma banalização na decretação das prisões processuais, o que, além de violar os direitos à liberdade e à presunção de inocência, agrava significativamente o quadro de superlotação do nosso sistema carcerário*”. Entre as medidas que o Supremo deve impor aos poderes públicos, segundo o Partido Político, estão a elaboração e implementação de planos pela União e Estados, sob monitoramento judicial; a realização de audiências de custódia; a exigência de fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão e a imposição de penas proporcionais à gravidade do ilícito cometido.

Pede-se, por fim, a concessão de liminar para que, entre outras medidas, todos os juízes e tribunais motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão e 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. No mérito, o partido pede ao Supremo que julgue a ação procedente e determine ao governo federal que elabore e encaminhe à Corte, em três meses, um plano nacional visando à superação dos problemas apontados, dentro de um prazo de três anos. O relator é o Ministro Marco Aurélio.

Pois bem.

No dia 27 de agosto de 2015 o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da cautelar na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Após o voto do relator da ação, o julgamento foi suspenso. O relator votou no sentido de determinar aos Juízes e Tribunais que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas alternativas à privação de liberdade; que passem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão. À União, o relator determina que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

O Ministro Marco Aurélio observou que o tema do sistema prisional está na “*ordem do dia*” do Tribunal, e tem sido matéria de várias ações, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5170, que discute direito de indenização de presos por danos morais, o Recurso Extraordinário nº. 592581, que discute a possibilidade de o Judiciário obrigar os estados e a União a realizar obras em presídios e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5356, sobre a inconstitucionalidade de norma que estabelece o bloqueio de sinal de rádio e comunicação em área prisional.

De acordo com o Ministro, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, que ultrapassava, em maio de 2014, 711 mil presos: “*Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males*”, disse, assinalando que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Diante disso, segundo o relator, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade. “*O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema*”, afirmou.

Nesse contexto, o Ministro declarou que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal. De acordo com o relator, a violação aos direitos fundamentais nas prisões tem reflexos também na sociedade e não serve à ressocialização. “*A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social*”, disse.

Para o Ministro Marco Aurélio, o afastamento do estado de inconstitucionalidade pretendido na ação só é possível diante da mudança significativa do Poder Público. “*A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal*”, afirmou. Há, segundo ele, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal. “*Falta coordenação institucional*”. Afirmou, ainda, ser papel do Supremo diante desse quadro é retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas. “*Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional*”, concluiu.

No dia 03 de setembro de 2015, foi retomado o julgamento da medida cautelar. Nesta oportunidade, o Ministro Edson Fachin seguiu, **em parte**, o voto do Ministro Marco Aurélio, considerando que a ação deve ser admitida e, quanto à cautelar, propôs o acolhimento de pedidos referentes a audiência de custódia, mutirão carcerário e fundo penitenciário. Ele votou pela concessão da medida para determinar 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. O Ministro também entendeu que o Conselho Nacional de Justiça deve coordenar mutirões carcerários, “*a fim de viabilizar a revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa*”. Em seu voto, o Ministro Fachin determinou, ainda, o descontingenciamento das verbas existentes no fundo

penitenciário, cabendo à União providenciar o cumprimento da decisão em até 60 dias a partir da publicação do acórdão.

O Ministro Luís Roberto Barroso também votou no sentido da concessão da cautelar ***quanto aos três pontos***, apenas ampliando o prazo de cumprimento para um ano e acrescentando que também os Tribunais de Justiça realizem mutirões carcerários. Além disso, concedeu de ofício a cautelar para determinar que o Governo Federal encaminhe ao relator, no prazo de um ano, diagnóstico da situação em termos quantitativos e pecuniários, para que a Corte tenha elementos adequados para julgar o mérito da ação.

O Ministro Teori Zavascki votou pelo deferimento da cautelar para determinar a realização de audiências de custódia o mais breve possível, segundo os critérios do Conselho Nacional de Justiça, que futuramente deverá normatizar a questão. Também concedeu o pedido quanto ao fundo penitenciário, a fim de que não ocorra contingenciamento pelo Poder Executivo. *“Aparentemente o problema está na falta de projetos, e não na falta de dinheiro, mas essa tese eu já ouvi em outras oportunidades, e concordo que seja uma medida adequada”*, disse.

Finalmente, no último dia 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal ***concedeu parcialmente*** a cautelar, a fim de determinar aos 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. Os Ministros também entenderam que deve ser liberado, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Por maioria dos votos, a Corte acolheu proposta do Ministro Luís Roberto Barroso para determinar à União e ao Estado de São Paulo que forneçam informações sobre a situação do sistema prisional. Vencidos, neste ponto, os Ministros Marco Aurélio (relator), Cármen Lúcia e o Presidente da Corte, Ministro Ricardo Lewandowski. Durante a sessão, votaram seis Ministros: Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o relator ao deferir os pedidos quanto à audiência de custódia, com observância dos prazos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça e ao contingenciamento de recursos, acolhendo o prazo de 60 dias, sugerido pelo Ministro Edson Fachin. O Ministro Luiz Fux seguiu integralmente o voto do relator. Ele considerou que alguns Juízes não motivam suas decisões, apesar da exigência legal. *“Portanto, há um estado de coisas inconstitucional”*, disse o Ministro, ao ressaltar a importância de o Supremo analisar a questão, uma vez que o acórdão da Corte deve ter efeito pedagógico.

Ao votar no mesmo sentido do relator, a Ministra Cármen Lúcia ressaltou a necessidade de haver um diálogo com a sociedade a respeito do tema. Segundo ela, existem no país 1.424 unidades prisionais, das quais apenas quatro são federais. *“Ou seja, os estados respondem pelos presos que deveriam ser de responsabilidade da União”*, afirmou ao apresentar alguns dados sobre o sistema. *“Os números demonstram o estado de coisas inconstitucional”*, acrescentou. Ela citou a

experiência de parceria público-privada em penitenciária de Minas Gerais. *“Apesar dos problemas, acho completamente diferente de tudo o que eu já visitei no país”*. De acordo com a Ministra, a situação de urgência deve ser superada. Novos modelos devem ser pensados para se dar cumprimento às leis. *“Faliu esse tipo de penitenciária que vem sendo feita”*.

O Ministro Gilmar Mendes votou pelo deferimento do pedido cautelar quanto à obrigação da realização das audiências de custódia e em relação ao descontingenciamento do fundo penitenciário. Ele avaliou que a utilização da tecnologia da informação na execução penal apresentaria muitos benefícios, entre eles, estatísticas confiáveis da situação prisional do país, tendo em vista que atualmente existem dados incompletos e defasados, afirmando não haver dúvida de que os Juízes devem considerar a situação prisional na decisão judicial. Nesse sentido, propôs a criação de plano de trabalho para oferecer treinamento aos juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas ao encarceramento.

O relator foi acompanhado integralmente pelo Ministro Celso de Mello. Para ele, os recursos direcionados ao sistema prisional não pode ter outra destinação. *“Os recursos financeiros que integram o fundo penitenciário nacional têm uma vocação própria, uma destinação específica e com essas medidas de bloqueio de recursos subverte-se a função precípua que justifica a imposição da sanção penal”*, destacou o Ministro Celso de Mello.

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu totalmente o voto do relator. Assim como outros Ministros, ele reconheceu, no caso, o *“estado de coisas inconstitucional”*, ao explicar que essa foi uma medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário. *“Essa é uma interferência legítima do Poder Judiciário nessa aparente discricionariedade nas verbas do fundo penitenciário brasileiro”*, afirmou.

Por que uma vitória de Pirro? Porque o Supremo Tribunal Federal apenas concedeu parcialmente a cautelar em relação às audiências de custódia, cuja previsão já está estampada no art. 7º. da Convenção Americana dos Direitos Humanos (e implementadas na maioria dos Estados) e para determinar o descontingenciamento do fundo penitenciário (o que já está, de certa forma, disposto na lei - FUNPEN -, falta cumprir). Ou seja, das oito cautelares requeridas na petição inicial, apenas duas foram deferidas.

Assim, nada obstante todos os Ministros reconhecerem o *“estado de coisas inconstitucional”* em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, ignoraram solenemente a imposição da elaboração e implementação de planos pela União e Estados, sob monitoramento judicial, além da exigência de fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão e a imposição de penas proporcionais à gravidade do ilícito cometido.

Ademais, também não se tratou da questão relativa à exigência de motivação expressa das decisões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão e 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.

Aguardemos, então, o julgamento do mérito. Por enquanto, repetimos, apenas uma vitória de Pirro.²

² A expressão "vitória de Pirro" vem de uma história que se conta a respeito do Rei de Épiro (319-272 a.C), no noroeste da Grécia, desde a Batalha de Ásculo em 279 aC. Quando alguém lhe deu os parabéns pela vitória sobre as legiões romanas (ele foi um dos raros Generais que, efetivamente, derrotaram um exército romano, nada obstante à custa de muitos soldados), Pirro respondeu: "*Outra vitória dessas vai ser minha ruína!*"