

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O Tribunal, na Sessão de 9 de setembro de 2015, implementou, em parte, medida acauteladora – acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 19 de fevereiro de 2016. Reitero o que fiz ver, na ocasião, quanto à adequação desta arguição de descumprimento de preceito fundamental:

[...]

PRELIMINAR

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

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

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

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

Assento a adequação do instrumento.

[...]

Declaro a perda do objeto relativamente à Medida Provisória nº 755 /2016, revogada pela de nº 781/2017.

Imprecede o que articulado, pela Advocacia-Geral da União, quanto ao prejuízo parcial dos pedidos em relação ao ente central. O Plano Nacional de Segurança Pública, divulgado em 5 de fevereiro de 2017, não implicou a

superação do quadro de violação sistêmica dos direitos das pessoas privadas de liberdade, resultante de ações e omissões do Poder Público. Há campo à atuação do Supremo, desafiado o controle concentrado.

Tem-se irresignação direcionada ao reconhecimento do denominado “estado de coisas constitucional”, considerado o sistema prisional brasileiro, ante o cenário de superlotação e as condições degradantes às quais submetidos os custodiados. Pretende-se, a partir daí, a determinação da adoção de providências.

O tema da situação dos presídios está, há algum tempo, na ordem do dia do Tribunal.

O Pleno, ao apreciar, sob o ângulo da repercussão geral, o recurso extraordinário nº 592.581 – Tema nº 220 –, relator ministro Ricardo Lewandowski, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 1º de fevereiro de 2016, assentou ser possível, ao Judiciário, obrigar a União, os Estados e o Distrito Federal a realizarem obras em presídios, independentemente de dotação orçamentária, objetivando garantir a integridade física dos custodiados, presentes o princípio do mínimo existencial e o postulado da dignidade da pessoa humana.

No julgamento do recurso extraordinário nº 641.320 – Tema nº 423 –, relator ministro Gilmar Mendes, acórdão veiculado no Diário da Justiça eletrônico de 1º de agosto de 2016, fixou a seguinte tese:

[...]

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

(iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado.

[...]

Transcrevo, para fins de documentação, o apelo ao legislador, formalizado contra o voto por mim proferido, na ocasião:

[...]

A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para:

(i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais;

(ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade;

(iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN;

(iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas;

(v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais;

(vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos;

(vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos;

(viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional.

[...]

No tocante à responsabilidade do Estado por dano moral decorrente de superlotação carcerária, o Colegiado, ao examinar o recurso extraordinário nº 580.252 – Tema nº 365 –, relator ministro Teori Zavascki, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 11 de setembro de 2017, firmou a tese:

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

Ficaram vencidos, quanto à forma de reparação, os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello. O primeiro – acompanhado pelos últimos – propôs, em voto-vista, remição de dias de pena, em analogia ao artigo 126 da Lei de Execução Penal, reservando à indenização em pecúnia caráter subsidiário, sendo cabível no caso de preso que tenha cumprido integralmente a pena ou em relação ao qual não for possível a remição.

O Supremo tem novo encontro com a matéria. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.170, relatora ministra Rosa Weber, busca interpretação conforme à Constituição aos artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, reconhecendo-se a responsabilidade civil do Estado por dano moral ocasionado a preso exposto a condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação carcerária.

Esta arguição revela problemática referente ao dever do Poder Público de reduzir o déficit de vagas nos estabelecimentos prisionais. Vai além, versando interpretação e aplicação das leis penais e processuais, de modo a minimizar a crise carcerária; utilização, com eficiência, dos recursos orçamentários do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen; e elaboração de planos de ação da União, dos Estados e Distrito Federal, voltados a racionalizar o sistema e garantir aos custodiados direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho e assistência jurídica.

O tema é sensível. Não agrada à opinião pública. Envolve grupo estigmatizado, cuja dignidade é tida como perdida.

Em que pese a atenção que o Supremo deve destinar às reivindicações sociais majoritárias, cumpre reafirmar – a mais não poder – a missão de defesa das minorias e o papel contramajoritário no reconhecimento de direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos tendem a ignorar.

Ao Tribunal, à semelhança das demais cortes constitucionais, cabe exercer o papel de legislador negativo, devendo atuar com parcimônia, sob pena de ter-se desprezada a reserva institucional. A delimitação do alcance da atuação pressupõe a fixação das premissas para o exame dos pedidos.

MÉRITO

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado pelo Departamento Penitenciário Nacional em 24 de junho de 2020, com dados alusivos ao período de julho a dezembro de 2019, revela 748.009 pessoas presas, das quais 222.558 aguardam pronunciamento definitivo da Justiça.

Eis o que fiz ver no exame da medida acauteladora, relativamente à situação do sistema penitenciário brasileiro:

[...]

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

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

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos

cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário”.

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

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual.

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

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

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

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

[...]

O cenário ainda é, a todos os títulos, assustador: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Vejam o que exteriorizei ao apreciar o pedido de tutela de urgência:

[...]

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.

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

Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas

Cruéis, Desumanos e Degradeantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

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

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

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

[...]

A responsabilidade pelo estágio ao qual se chegou não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –; tampouco só aos da União, estendendo-se aos dos Estados e do Distrito Federal.

Há descompassos tanto na formulação e implementação de políticas públicas quanto na interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação. O quadro constitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, sobressaindo inércia e incapacidade para superá-lo:

[...]

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

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

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

É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada “cultura do encarceramento”.

[...]

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao ano de 2019 sinaliza pequena redução no percentual de custodiados provisórios – 29,75%, ou 222.558 presos, ante 41% em 2015.

O baixo número de Varas de Execuções Penais acaba desaguando no encarceramento por tempo acima do determinado judicialmente e no óbice à progressão de regime.

O § 1º do artigo 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com redação dada pela Emenda de nº 80, de 4 de junho de 2014, estabeleceu prazo de oito anos para que a União, os Estados e o Distrito Federal ofereçam defensor público em todas as unidades jurisdicionais.

Nada obstante esteja próximo do fim o período estipulado, as Defensorias Públicas contam, ante limitações orçamentárias, com integrantes em número insatisfatório, considerados população carcerária e grupos vulneráveis.

Em relação à responsabilidade do Poder Público e ao caráter estrutural da falha, ressaltei, por ocasião do implemento parcial da medida acauteladora:

[...]

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

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

Trata-se do que a doutrina vem designando de “litígio estrutural”, no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias

instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas.

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

[...]

O papel do Supremo e o estado de coisas inconstitucional

O requerente alega “estado de coisas inconstitucional”. Segundo a Corte Constitucional da Colômbia, que introduziu o conceito, a configuração pressupõe: situação de violação generalizada de direitos fundamentais, inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificarem a situação e necessidade de atuação, visando superar as transgressões, de uma pluralidade de órgãos.

A formulação da tese veiculada na petição inicial faz lembrar voto do ministro Aliomar Baleeiro, proferido em 23 de agosto de 1967, no recurso extraordinário nº 62.731, do qual era Relator, envolvendo a constitucionalidade da disciplina da “purgação da mora em contratos de locação comercial” por meio de decreto-lei – o de nº 322, de 7 de abril de 1967. O Presidente da República havia formalizado o ato com base na faculdade, prevista no artigo 58, inciso I, da Constituição de 1967, de disciplinar, mediante o instrumento, “assuntos de segurança nacional”.

Ante a dificuldade em definir todos os casos que poderiam ser alcançados pelo termo “segurança nacional”, o Ministro fez ver: “por exclusão, podemos dizer o que é ‘segurança nacional’ [...]: bola de futebol não é segurança nacional, batom de moça não é segurança nacional, cigarro de maconha não é segurança nacional”. Locação também não seria segurança nacional. Sua Excelência assentou zona de certeza negativa a respeito da noção, para concluir pela inconstitucionalidade do uso do decreto-lei a versar locação, no que foi acompanhado pela maioria.

O raciocínio vale para este processo, sendo necessário considerar o sentido inverso. Ante as premissas fixadas pela Corte Constitucional da

Colômbia para caracterizar o “estado de coisas constitucional”, não é possível indicar, com segurança, entre os problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em fixar o alcance maior do termo não impedem seja consignada uma zona de certeza positiva: a situação do sistema carcerário brasileiro enquadraria-se no que se chama “estado de coisas constitucional”.

Importa esclarecer quais implicações, presentes os limites de atuação do Supremo, surgem a partir do reconhecimento de se encontrarem satisfeitos os pressupostos próprios desse estado de coisas.

Indaga-se: qual papel o Supremo está legitimado a desempenhar ante o estágio elevado de inconstitucionalidades? Reporto-me ao que consignado no exame da medida acauteladora:

[...]

Com relação aos problemas causados pela chamada “cultura do encarceramento”, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo.

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

Todavia, essa atenção não pode implicar desprezo aos mais relevantes princípios e regras da Carta Federal. A opinião pública não possui diploma de bacharel em Direito. Como destaquei no julgamento no qual o Supremo assentou a aplicação da anualidade eleitoral à Lei da Ficha-Limpa – a Lei Complementar nº 135, de 2010 –, apesar de ser “muito bom quando há coincidência entre o convencimento do juiz e o anseio popular”, o magistrado não pode se deixar impressionar se a necessária observância da Constituição pressupor rumo diverso do desejado pela opinião pública. A “cadeira vitalícia” de Ministro do Supremo assegura a atuação “segundo a ciência e a consciência possuídas”, com insulamento político e social suficiente para diferenciar anseios sociais legítimos da influência opressiva da opinião pública contra princípios e direitos fundamentais da ordem constitucional (Recurso Extraordinário nº 633.703/DF, relator ministro Gilmar Mendes, apreciado em 23 de março de 2011).

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

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

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

gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. [...]

[...]

A este Tribunal cumpre atuar incentivando a formulação e a implementação de políticas públicas.

Permanece reservado ao Legislativo e ao Executivo o campo democrático e técnico alusivo a escolhas, inclusive orçamentárias, sobre a forma mais adequada à superação do estado de inconstitucionalidade, colocando a máquina estatal em movimento e cuidando da harmonia dessas ações.

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

Eis o que se espera do Tribunal Constitucional, visando suplantar o quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: assentar a omissão das autoridades públicas, incentivar a saída do estado de letargia, determinar a formulação de políticas públicas e provocar a deliberação política e social, assegurando a efetividade das normas constitucionais e a integração institucional.

Pedidos formulados no campo precário e efêmero e reiterados no mérito

Cumpre confirmar, no mérito, o que assentei ao examinar o pedido de concessão de medida acauteladora:

[...]

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

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

O requerente pede seja determinado a juízes e tribunais, em casos de formalização ou manutenção de prisão provisória, que lancem a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Consistência reivindicação antiga para modificação do artigo 310 do aludido Código. Como se sabe, a prisão provisória, que deveria ser excepcional, virou a regra, ficando os indivíduos meses ou anos detidos, provisoriamente, sem exame adequado das razões da prisão. Banaliza-se o instituto, olvida-se o princípio constitucional da não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII) e contribui-se para o problema da superlotação carcerária. Tenho como adequado o pedido.

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

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

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

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

Indeferidos esses pleitos, o mesmo deve ser feito, por prejuízo, relativamente ao que envolve a atuação do Conselho Nacional de Justiça visando o implemento das medidas.

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

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

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

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

Não obstante a iniciativa, o que revela tentativa interna de ultrapassar os bloqueios políticos existentes no Congresso, a situação dramática não pode esperar o fim da deliberação legislativa. Protocolado em 6 de fevereiro de 2014, o projeto, sem parecer, encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, aguardando a designação de novo relator. A existência de propostas legislativas não significa deliberação e decisão política sobre o tema.

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

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

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

[..]

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

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

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

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
- b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;
- c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
- d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;
- e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

[...]

Pedidos formulados no campo definitivo

- a) declaração do estado de coisas unconstitutional do sistema penitenciário brasileiro:**

Eis os elementos essenciais da engenharia revelada na Constituição de 1988: (i) previsão, mediante princípios e regras, de amplo catálogo de direitos fundamentais; (ii) distribuição de poderes considerados os níveis da Federação; e (iii) separação de poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário –

, com mecanismos de controle judicial e amplo acesso da sociedade civil organizada.

Os preceitos são normativamente densos, fixadas balizas a orientarem decisões políticas. São direitos positivos e negativos, de matrizes liberal e social, individuais e coletivos, a exigirem do Estado compromisso com o desenvolvimento, em bases livres e igualitárias, da pessoa humana.

O epicentro do sistema constitucional está na prioridade dos direitos fundamentais, especialmente no princípio da dignidade humana.

Ainda há muito a realizar. Existem promessas, sobretudo na esfera social, a serem aperfeiçoadas.

Nada disso leva ao descrédito da Carta da República, sendo a realização de um projeto constitucional movimento, trajetória, construção. Nenhuma Constituição é obra acabada. A legitimidade depende não só da qualidade do texto e do arranjo político-institucional estabelecido, mas também do empenho da sociedade.

Os tribunais constitucionais têm importante papel nos processos institucional e civilizatório pelos quais passam as democracias. Por meio da prestação jurisdicional, os direitos são interpretados e a Justiça é concretizada.

O implemento da medida acauteladora revelou-se pioneiro. O Supremo reconheceu, pela vez primeira, o estado de coisas inconstitucional, determinando, aos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, a adoção de providências a fim de tornar efetivos direitos fundamentais dos presos.

Passados mais de cinco anos, o quadro subsiste.

As providências adotadas implicaram avanço. É necessária, porém, verdadeira virada copernicana.

As condições das prisões ainda fazem do sistema criminal um modelo perverso e agudo de transgressão às normas constitucionais e desprezo a direitos básicos. A forma como se lida, no País, com os condenados é dos maiores exemplos de inobservância à Constituição de 1988.

O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação.

A conclusão é única: nas penitenciárias do País, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais no tocante à dignidade e à integridade física e psíquica das pessoas sob custódia. Há falência estrutural de políticas públicas.

Cumpre acolher o pedido formulado na alínea “c” da peça primeira, para declarar o estado de coisas constitucional relativamente ao sistema criminal brasileiro.

b) determinação, aos Governos Federal, dos Estados e do Distrito Federal, de elaboração de plano, contendo propostas e metas, visando a superação do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro:

A superação do estado de inconstitucionalidade será possível mediante mudança significativa de comportamento, considerados os Poderes Públicos.

Indaga-se: Cabe ao Supremo intervir em políticas públicas atinentes a tema tão dramático, de difícil solução, a envolver aspectos técnicos e orçamentários estranhos?

A resposta é afirmativa. Atua, com base no dever de tutela do mínimo existencial, em diálogo com os outros Poderes, a fim de assegurar a formulação e implementação das políticas necessárias à concretização das garantias constitucionais.

Isso é o que se aguarda do Supremo, e não se pode pretender que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inéncias.

O desprestígio dos presos faz com que agentes políticos não reivindiquem recursos a serem aplicados em um sistema carcerário capaz de oferecer condições de existência digna.

Essa rejeição tem como consequência direta bloqueios políticos, os quais se traduzem em barreiras à efetividade da Constituição e dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico.

A Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como epicentro da ordem jurídica – artigo 1º, inciso III. Proibiu tortura,

tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”). Previu o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do crime, idade e sexo do condenado (artigo 5º, inciso XLVIII). Assegurou aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça. Contemplou a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII).

Há mais: o influxo de normas internacionais, considerados os artigos 1º e 16 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes – Decreto nº 40/1991 –, 9, 10, 14 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos – Decreto nº 592/1992 –, 5 a 8, 11 e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Decreto nº 678/1992.

Dos dois últimos diplomas constou, nos artigos 9.3 e 7.5, a audiência de custódia, muito antes da Lei nº 13.964/2019, que a previu nos artigos 287 e 310 do Código de Processo Penal.

O Supremo mostra-se capaz de superar os bloqueios que vêm impedindo o avanço civilizatório. O Direito sofre influência da realidade, devendo a ela se ajustar e, a um só tempo, conformá-la, em relação de reciprocidade, apesar de assimétrica, a depender da matéria e valores versados. Há de minimizar os riscos das incertezas, prestigiando valores caros aos cidadãos. Ausente mediação dos intérpretes, não se pode concretizar a liberdade, a justiça e a segurança.

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

O Governo Federal tem papel central na coordenação e padronização das iniciativas destinadas ao afastamento do estado constitucional de coisas.

Considerado o quadro, agravado levando-se em conta a pandemia covid-19, é imprescindível elaborar e executar, sem prejuízo de outras providências, plano governamental nacional, observadas as balizas mínimas voltadas a: (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) separação dos custodiados

a partir de critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do crime; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à Justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado; (vi) contratação e capacitação de pessoal para atuar nas instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades, sem o devido processo legal, nos estabelecimentos prisionais; (viii) tratamento adequado considerados grupos vulneráveis, como mulheres e população LGBT.

Procede, em parte, o pedido formalizado na alínea “c” da inicial, voltada à elaboração, pelo Governo Federal, no prazo de três meses, de plano nacional visando a superação, em até três anos, do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, contendo propostas e metas direcionadas à realização dos objetivos mencionados.

Cumpre acolher parcialmente também o pedido contido na alínea “f”. Uma vez publicado o plano da União, Estados e Distrito Federal devem formular, no prazo de três meses, planos próprios, harmônicos com aquele, versando metas e propostas para a superação, em, no máximo, dois anos, do estado de coisas inconstitucional.

c) determinação, aos Governos Federal, estaduais e distrital, considerados os planos, de previsão de recursos; encaminhamento ao Supremo; deliberação, homologação e submissão à análise de órgãos e instituições; e monitoramento da implementação:

A República encontra-se assentada no postulado da separação dos Poderes, aos quais cumpre, no relacionamento recíproco, agir com independência e harmonia, predicados cuja concretização implica a atuação de cada qual no campo respectivo previsto na Constituição Federal – artigo 2º. Importante ter presente a tríplice reserva institucional, sob pena de não se alcançar patamar civilizatório aceitável.

Essas preocupações guiaram os integrantes da Assembleia Nacional Constituinte, sendo a Carta, produzida em meio a intensos debates, chamada de Cidadã. Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia, nas palavras de Ulisses Guimarães.

O compromisso do Estado Constitucional e Democrático de Direito está encerrado no artigo 1º: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E jamais se há de esquecer: os homens não são feitos para as leis, as leis é que são feitas para os homens.

No julgamento da medida acauteladora nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.428 e 6.431, relator ministro Luís Roberto Barroso, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 12 de novembro de 2020, por meio das quais impugnada a Medida Provisória nº 966/2020, a versar responsabilização de agente público por atos comissivos e omissivos relativos à pandemia covid-19, fiz ver que o Supremo não é protagonista único da vida política e social do País.

Os órgãos políticos são a arena preferencial de deliberação e decisão, considerada democracia representativa, quanto às diretrizes a nortearem o Estado na condução de política pública. Interpretação em sentido diverso esvaziaria espaço de diálogo entre os Poderes.

A intervenção judicial impõe cautela, respeitando-se as capacidades institucionais dos outros Poderes.

Ao Supremo cabe atuar como legislador negativo, procedendo ao cotejo, com a Constituição Federal, dos atos comissivos e omissivos impugnados. Jamais como legislador positivo. Conforme ressaltei ao apreciar o pedido de liminar:

[...]

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

[...]

Considerada a repartição de atribuições, não compete ao Tribunal deliberar sobre planos de ação formulados pelo Poder Público, voltados à

superação da situação do sistema carcerário, e homologá-los, ou não, determinando providências alternativas ou complementares.

Tampouco é pertinente exercer crivo quanto às verbas necessárias ao implemento de certa política, sob pena de colocar-se verdadeira camisa de força no Congresso Nacional, que possui atribuição central no regime democrático: a atividade de alocação de recursos escassos, observada, de maneira deliberativa, a tomada de decisões a revelarem rumos e prioridades da Administração na gestão da coisa pública.

É impróprio criar obrigação de submeter o plano federal à análise da Procuradoria-Geral da República, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, da Defensoria-Geral da União e outros órgãos que queiram se manifestar, além de, mediante audiências públicas, à sociedade civil.

É igualmente inadequada a submissão dos planos estaduais e distrital ao exame da Procuradoria-Geral da República, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público e Defensoria-Geral do ente.

Há o risco de, a esse pretexto, redesenhar-se o figurino constitucional, assumindo o Supremo – contrariando, e não protegendo, a Carta da República – o papel de legislador positivo ou órgão consultivo. Não cabe atuar fazendo recomendações.

Os órgãos políticos são a arena preferencial de deliberação e decisão, considerada a democracia representativa, quanto às diretrizes que norteiam o Estado na condução de política pública.

O monitoramento – administrativo – do cumprimento, ou não, das políticas públicas contidas nos planos não deve ser realizado pelo Judiciário, sob pena de inobservância ao sistema de freios e contrapesos. A fiscalização, sob diferentes ângulos, cabe ao Legislativo, aos Tribunais de Contas e à sociedade civil.

O raciocínio justifica-se quando levadas em conta as bases estruturais do Estado de Direito consagrado em 1988.

Democracia deve ser compreendida como o conjunto de instituições voltadas a assegurar, na medida do possível, igual participação dos membros da comunidade. O adequado funcionamento pressupõe o

controle, pela sociedade, das decisões dos representantes eleitos. Povo que não a exerce não se autogoverna.

Em Direito, repita-se, a mais não poder, os fins não justificam os meios. A louvável preocupação com os preceitos fundamentais tidos como violados, considerado o sistema prisional, não legitima atropelos à margem do figurino constitucional.

Cabe reiterar: no ápice da pirâmide das normas jurídicas está a Constituição Federal, que a todos submete indistintamente. A opção político-normativa do legislador e a atuação do Supremo devem observância à Carta da República, e não o inverso.

Em tempos de grave e renitente crise econômica e sanitária, agravada por outra ainda mais nefasta, em termos de Estado Democrático de Direito, de caráter ético, a indicar o abandono de princípios, a perda de parâmetros, a inversão de valores, há de prevalecer a observância das balizas estabelecidas, a percepção da realidade. Subverter a ordem, adotando-se critério de plantão, não implica avanço cultural, mas, sim, sob todos os títulos, retrocesso.

Não merecem acolhimento os pedidos revelados nas alíneas “c”, quanto ao encaminhamento do plano federal ao Supremo e à previsão dos recursos necessários à implementação; “d”, “e”, “f”, no tocante à deliberação do plano nacional e à definição, pelas unidades federadas, das verbas pertinentes aos planos locais; “g”, “h”, “i” da inicial.

Parte dispositiva

Assento o prejuízo do pedido em relação à Medida Provisória nº 755 /2016.

Julgo procedente o pedido formulado na alínea “a” da peça primeira, declarando o estado de coisas constitucional relativamente ao sistema carcerário brasileiro.

Julgo procedente, em parte, o pedido formalizado na alínea “b”, para, confirmado a medida acauteladora, determinar:

- a) aos juízes e tribunais, que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não

aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

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

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

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

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

Julgo procedente, em parte, os pedidos veiculados nas alíneas "c" e "g" da inicial, determinando:

1. ao Governo Federal, a elaboração, no prazo de três meses, de plano nacional visando a superação, em, no máximo, três anos, do estado de coisas unconstitutional do sistema penitenciário, observadas as balizas mínimas voltadas a: (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos, relativamente a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) separação dos custodiados a partir de critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do crime; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à Justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para atuação nas instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades, sem o

devido processo legal, nos estabelecimentos prisionais; (viii) tratamento adequado considerados grupos vulneráveis, como mulheres e população LGBT;

2. aos Estados e Distrito Federal, a formulação, observado o prazo de três meses, contados da publicação do plano formalizado pela União, de planos próprios, em harmonia com o nacional, visando a superação, em dois anos, do estado de coisas constitucional.

Julgo improcedentes os pedidos contidos nas alíneas “c”, quanto ao encaminhamento do plano federal ao Supremo e à previsão dos recursos necessários à implementação; “d”, “e”, “f”, no tocante à deliberação do plano nacional e à previsão, pelos Estados e Distrito Federal, das verbas à implementação dos planos; “g”, “h” e “i” da inicial.