

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* “DIVISÃO DE PODERES, MINISTÉRIO
PÚBLICO E JUDICIÁRIO”

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
“A EFETIVIDADE DA PRISÃO DIANTE DA VARIABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

ALUNO: Rafael Moreno Rodrigues Silva Machado

ORIENTADORA: Doutora Marjorie Corrêa Marona

Belo Horizonte/MG

Março de 2021

RAFAEL MORENO RODRIGUES SILVA MACHADO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

“A EFETIVIDADE DA PRISÃO DIANTE DA VARIABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

Trabalho apresentado para conclusão de curso de
pós-graduação lato sensu Divisão de Poderes,
Ministério Público e Judiciário, perante o Centro
de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Orientadora: Doutora Marjorie Corrêa Marona

Belo Horizonte/MG

Março de 2021

RAFAEL MORENO RODRIGUES SILVA MACHADO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

“A EFETIVIDADE DA PRISÃO DIANTE DA VARIABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

Trabalho apresentado para conclusão de curso de
pós-graduação lato sensu Divisão de Poderes,
Ministério Público e Judiciário, perante o Centro
de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

BANCA EXAMINADORA

Doutora Marjorie Corrêa Marona

RESUMO

O presente texto analisa o tratamento da política pública penitenciária pelo poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal. Para tanto, categoriza o fenômeno prisional como uma política pública (*policy*), que tem por destinatário tanto o indivíduo privado de liberdade, quanto a própria sociedade. Além disto, trata-se de uma *policy* atípica, uma vez que o Poder Judiciário, por desenho constitucional e legal, nela interfere diretamente sem a necessária prática de ativismo judicial. Em seguida, passa-se ao exame da decisão da medida cautelar na Arguição de Descumprimento Fundamental n° 347 do Supremo Tribunal Federal, na qual houve o reconhecimento de que o sistema prisional brasileiro padece do que se denomina de estado de coisas inconstitucional. Posteriormente, passa-se a uma análise quantitativa da evolução do número de presos no sistema carcerário brasileiro, número de habeas corpus impetrados e concedidos no Supremo Tribunal Federal, evolução da população brasileira, déficit de vagas no sistema prisional entre outros dados. Foi realizada análise qualitativa das decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal sobre o estado de coisas inconstitucional, constatando-se que o argumento fundamenta decisões antagônicas. Ao final, observou-se que, a despeito do reconhecimento de falhas sistêmicas, por todos os poderes constituídos, no trato da questão prisional no Brasil, o Poder Judiciário não alterou sua postura anterior à decisão cautelar na ADPF n° 347, agindo no presente caso como uma instituição fraca.

Palavras-chave: “política pública”; “estado de coisas inconstitucional”; “sistema prisional”; instituição fraca.

ABSTRACT

This text analyzes the treatment delivered by the by the judiciary of public penitentiary policy, in particular at the Brazilian Supreme Federal Court. To this end, it categorizes the prison phenomenon as a policy, which targets both the prison inmate and society itself. In addition, it is an atypical policy, since the Judiciary, by constitutional and legal design, directly interferes in it without the practicing judicial activism. Then, the precautionary measure decision at the Petition of Noncompliance No. 347 of the Supreme Federal Court is examined, in which there was a recognition that the Brazilian prison system suffers from what is called an unconstitutional state of affairs. Subsequently, it is done a quantitative analysis of the evolution of the number of prisoners in the Brazilian prison system, number of habeas corpus filed and granted in the Supreme Federal Court, evolution of the Brazilian population, deficit of vacancies in the prison system, among other data. A qualitative analysis of the Supreme Court's monocratic decisions on the unconstitutional state of affairs was carried out, showing that the argument justifies antagonistic decisions. In the end, it was observed that, in spite of the recognition of systemic failures, by all constituted powers, in dealing with the prison issue in Brazil, the Judiciary did not change its posture because of the precautionary decision in Petition of Noncompliance No. 347 of the Supreme Federal Court, acting in the present case, as a weak institution.

Keywords: “policy”; “unconstitutional state of affairs”; “prison system”; “weak institution”.

Sumário

1. Introdução	7
2. Da prisão como política pública	9
3. Política pública <i>sui generis</i> – Influência direta do Poder Judiciário por desenho constitucional.....	11
4. O estado de coisas inconstitucional – situação carcerária no Brasil	13
5. A Medida Cautelar na ADPF nº 347 e o comportamento judicial	17
6. Encarceramento e violência.....	24
7. Posturas judiciais – Postura absenteísta ou ativista	29
7.1. Da Superlotação Carcerária como causa primária da violação a direitos humanos	29
7.2. Comportamento do Poder Judiciário pós-decisão cautelar da ADPF nº 347	31
7.3. Vedação à proteção insuficiente e opinião pública	38
8. Conclusão	41
9. Referências	43
9.1. Referências bibliográficas	43
9.2. Referências jurisprudenciais.....	45
9.3. Outras referências	46

1. Introdução

As políticas públicas (*policies*) e seu controle judicial têm sido tema de diversos estudos acerca de sua legitimidade e extensão. No exercício do *judicial review*¹ é importante indagar quais seriam os limites da intervenção jurisdicional sobre decisões que, costumeiramente, seriam cabíveis aos órgãos eleitos (legislativo e executivo).

O contexto brasileiro de *judicial review* ganhou força com a promulgação da Constituição de 1988 e a instauração de uma nova ordem constitucional pós-regime militar. Com o consequente redesenho das instituições e um maior protagonismo e liberdade dos aplicadores do direito, houve um crescente intervencionismo judicial decorrente da necessidade de concretização das promessas constitucionais da nova carta política. Neste sentido, Luís Roberto Barroso expõe que:

Com a promulgação da Constituição de 1988, teve início a luta teórica e judicial pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais. Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição. Pode parecer óbvio hoje, mas o Judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal, relutava em aceitar esse papel. No início dos anos 2000, essa disfunção foi sendo progressivamente superada e o STF foi se tornando, verdadeiramente, um intérprete da Constituição.²

No contexto brasileiro, sob esta premissa de concretizar as promessas contidas no texto constitucional vigente, observou-se um crescente intervencionismo judicial em searas classicamente definidas como dos Poderes Legislativos e, sobretudo, Executivo. Considerando que a intervenção judicial nas *policies* é uma realidade incontroversa, assumida pelos próprios atores principais - como ministros da Suprema Corte - cumpre indagar se existe uma relação entre a inefetividade de determinada política pública e decisões sobre a *policy* em questão.

A temática de interesse no presente estudo é a do fenômeno “prisão”, seja sob sua faceta processual, seja sob o prisma da “prisão-pena”. O exame desta política pública híbrida (a qual, por desenho legal e constitucional, tem direta participação do Poder Judiciário) perpassa sobre o comportamento das Cortes, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), que centraliza e uniformiza a jurisprudência sobre o tema.

¹ Um conceito simplificado de *judicial review* é “Poder das cortes de um país de examinar as ações dos ramos legislativo, executivo e administrativo do governo e de determinar se tais ações são consistentes com a constituição. Ações julgadas inconsistentes são declaradas inconstitucionais e, conseqüentemente, nulas e vazias. A instituição do judicial review neste sentido depende da existência de uma constituição escrita.” (Tradução livre) TATE, C. Neal. **Judicial Review**. Disponível em <https://www.britannica.com/topic/judicial-review> Acesso em 23/02/2021.

² BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria** In *Revista Brasileira de Políticas Públicas/Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*. – vol. 5, número especial 2015 - . Brasília : UniCEUB, 2015

A contraposição das estatísticas sobre decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema prisão será feita com outra decisão considerada paradigmática da mesma corte, qual seja, a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo. Nesta decisão, considerou-se que o sistema carcerário não atinge os fins propostos, seja do ponto de vista individual – ressocialização do recluso, seja do ponto de vista coletivo – estabelecimentos prisionais precários que incrementam a criminalidade.³

Desta forma, observam-se indícios de atuação contraditória da própria Suprema Corte que, ao mesmo tempo que não contribui com uma possível solução para a crise carcerária - seja através da diminuição do encarceramento ou do aumento do número de vagas no sistema prisional - entende que os órgãos do Poder Judiciário nacional, ela incluída, deveriam atuar para sanar as graves violações de direitos humanos na execução da política prisional.

Assim, deve-se examinar se há respeito à responsabilidade que a Corte Suprema deve ter quanto ao respeito aos precedentes, através do que se comumente denomina “*stare decisis*”. Busca-se com a pesquisa avaliar se a instabilidade jurisprudencial, e a consequente insegurança jurídica dela decorrente, gera efeitos deletérios em searas outras que não a jurídica.

³ Íntegra do Voto do Relator na medida liminar disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>

2. Da prisão como política pública

Inicialmente, cumpre salientar que não é objetivo deste tópico nem deste estudo uma reflexão aprofundada sobre os fundamentos da existência da prisão. Necessário, portanto, realizar um corte epistemológico e delimitar que este segmento do estudo tem por objetivo a descrição da prisão como política pública de estado (*policy*) e, posteriormente, as vicissitudes de sua aplicabilidade.

A distinção entre *polity*, *politics* e *policy* é bem articulada por Couto e Arantes⁴. A *polity* seria o conjunto de regras básicas do funcionamento do estado ou parâmetros gerais do jogo político, também possivelmente denominado “estrutura”. O jogo político por si só, ou seja, a competição política entre os atores sociais, seja por cargos e influência, seja por políticas governamentais, Couto e Arantes denominam de *politics* ou de dimensão dinâmica da realidade política (ao passo que a estrutura seria a dimensão estática). Por sua vez, a *policy* seriam as políticas públicas em si, que são discutidas pelos atores sociais (*politics*) em regras pré-estabelecidas (*polity*):

Definimos em inglês as três dimensões da política em decorrência da falta de termos apropriados e claramente diferenciados na língua portuguesa para cada uma delas. Sumarizando, a *polity* corresponde à estrutura paramétrica estável da política e que, supõe-se, deve ser a mais consensual possível entre os atores; a *politics* é o próprio jogo político; a *policy* diz respeito às políticas públicas, ao resultado do jogo disputado de acordo com as regras vigentes.⁵

Por não se tratar de uma regra propriamente dita, tampouco da discussão sobre a regra, a prisão é, dentro deste contexto, uma política pública fornecida pelo estado como fenômeno responsivo último às violações mais graves aos bens jurídicos elencados pela legislação criminal. Trata-se, portanto, dentro da tricotomia acima proposta, de uma *policy*.

Além disto, a prisão é uma *policy* que possui dois destinatários claros. Um direto – a pessoa privada de liberdade - e outro difuso, qual seja, a sociedade em si. Ambas as perspectivas podem ser extraídas das lições de Ana Flávia MESSA⁶:

No exercício da supremacia geral, o Estado exerce, em nome da defesa social, o poder de punir do Estado, destacado não apenas como elemento que possibilita a existência da organização social, mas como mecanismo garantidor de uma ordem jurídica justa, com a proteção dos bens jurídicos fundamentais, estruturada na retribuição e prevenção do crime, e na reeducação do delinquente.

⁴ COUTO, Cláudio Gonçalves e ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, Governo e Democracia no Brasil**. Disponível em RBCS Vol. 21 nº. 61 junho/2006.

⁵ COUTO e ARANTES, Op. Cit.

⁶ MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 2ª Ed. São Paulo, 2013. Ed. Saraiva. P. 22.

Acerca da necessidade de controle social como política essencial de estado, Muñoz Conde⁷ define que:

Controle social é condição básica da vida social. Com ele se asseguram o cumprimento das expectativas de conduta e o interesse das normas que regem a convivência, conformando-os e estabilizando-os contrafaticamente, em caso de frustração ou descumprimento, com a respectiva sanção imposta por uma determinada forma ou procedimento. O controle social determina, assim, os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros.

O controle social na seara penal pode ser primário ou secundário⁸. Sua faceta primária é o exercício propriamente dito do direito de punir e, segundo Zaffaroni, este seria o controle social punitivo institucionalizado⁹:

(o controle social punitivo institucionalizado), que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e as condições para esta atuação.

Por sua vez, o controle social secundário é aquele realizado pelas “*instâncias informais, como a opinião pública, o sistema educativo, a igreja, a família, a imprensa*”¹⁰, ou seja, por atores não diretamente relacionados com o estado e sua atuação sobre o indivíduo é difusa e não-articulada. Portanto, e a despeito de o próprio controle primário exercer influência sobre este prisma difuso e vice-versa, o controle não-institucionalizado não é propriamente uma *policy* e não é o objeto deste estudo.

A prisão é, por conseguinte, política pública (*policy*) voltada ao controle social punitivo primário, destinada à proteção, preventiva ou repressiva, daqueles bens jurídicos mais caros a uma determinada sociedade em um contexto histórico limitado. É sobre esta política pública que recairá a análise que se segue.

⁷ CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro. Ed. Forense.

⁸ MESSA, Op. Cit. Pp. 23 e 24.

⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 apud MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 2ª Ed. São Paulo, 2013. Ed. Saraiva. Pp. 23/24

¹⁰ MESSA, Op. Cit. P. 24.

3. Política pública *sui generis* – Influência direta do Poder Judiciário por desenho constitucional

À luz da definição clássica de tripartição de poderes de Montesquieu, como regra, a aplicação das *policies* fica sob a responsabilidade do poder executivo e cabe ao poder judiciário um aspecto secundário, que, mediante provocação, passará a intervir, sem, contudo, interferir na esfera de atuação das demais esferas de governo. Segundo Matthew M. Taylor¹¹:

É lugar-comum o argumento de que um Judiciário que funciona bem serve de contrapeso aos outros poderes governamentais, provendo garantias para a separação entre os poderes e para a proteção das minorias (Madison, Hamilton e Jay, 1961; Montesquieu, 1990). No entanto, o Judiciário é inerentemente passivo e precisa ser acionado por atores externos para que tenha qualquer efeito. Por isso, o grau com que o Judiciário é invocado para servir como árbitro nos conflitos entre as forças ou instituições políticas depende não apenas da força dos tribunais, mas também, de forma mais abrangente, dos padrões da disputa política.

A despeito da definição clássica de tripartição de poderes, no século XX houve uma modificação na compreensão do papel do poder judiciário na aplicação das políticas públicas. Em um contexto constitucional pós-segunda guerra mundial, aliada à noção de máxima eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais garantidoras de direitos, entendeu-se que caberia ao judiciário a concretização das promessas constitucionais¹². Neste contexto, portanto, justificou-se uma interferência judicial provocada na esfera de atuação que anteriormente seria cabível ao poder executivo.

O crescimento do que se denomina ativismo judicial é passível de inúmeras críticas por diversos autores, na medida em que esta postura de intervenção judicial na esfera de aplicação de *policies* levaria a um desequilíbrio nas funções estatais¹³:

Mas algo muito mais grave tem ocorrido nos últimos tempos: sob o argumento de uma pretensa defesa da Constituição, alguns juízes com vocação a ser protagonista midiático começaram a intervir em toda sorte de assuntos, que em princípio são da esfera de atribuição de outros Poderes do Estado, interferindo, assim, na tarefa de governar ao assumir o cumprimento de funções que são privativas de outras autoridades. E, dessa forma, abandonam o acatamento à lei para entrar no campo do governo e, ainda por cima, ingressando num terreno muito perigoso: o de um incrível desgoverno, já impossível de controlar.

¹¹ TAYLOR, Matthew M. **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**. Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, Vol.50, no2, 2007, pp.229 a 257.

¹² MELLO, Alessandra Lopes Santana de Mello. **Subjetivismo e Ativismo Judiciais: é preciso compreendê-los in Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Coord. DIDIER Jr. Fredie et al., Ed. Jus Podivm. Salvador, 2013. Pp. 35-63.

¹³ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O Garantismo Processual in Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Coord. DIDIER Jr. Fredie et al., Ed. Jus Podivm. Salvador, 2013. Pp. 13-34.

A principal crítica ao ativismo judicial, contudo, direciona-se àquelas situações em que, por design institucional (ou *polity*) é inerente a outras esferas de poder. Na temática prisional, contudo, o desenho da *polity* na Constituição Federal pressupõe uma participação direta do poder judiciário em sua aplicação. A regra-mor da prisão no prisma constitucional encontra-se estampada em seu artigo 5º, LXI : “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*”. Neste contexto, a participação regular do Poder Judiciário não se dá por meio da postura ativista anteriormente descrita (interferência em *policy* originalmente cabível ao poder executivo), mas por imperativo constitucional.

Por sua vez, a definição dos crimes – hipóteses em que as prisões são autorizadas, por previsão constitucional, está a cargo do Poder Legislativo, nos termos do artigo 5º, XXXIX: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”; . Por fim, a atribuição de gestão prisional fica a cargo da união e dos estados, como pode se extrair do artigo 24, I, da Constituição Federal¹⁴ e do artigo 87, parágrafo único, da Lei de Execução Penal¹⁵.

Nesta senda, portanto, a política pública do sistema carcerário, portanto, possui gestão híbrida – a definição dos crimes e de suas penas está a cargo do Poder Legislativo; a construção e manutenção de estabelecimentos prisionais é responsabilidade do Poder Executivo; a entrada e saída de internos no sistema prisional se dá apenas por ordem judicial. O design desta *polity* permite concluir que a atuação do poder judiciário na gestão prisional não se trata, em regra, do que se denomina por “ativismo judicial”. Em verdade, a atuação do judiciário na efetivação desta política pública é exigida pela própria Constituição Federal, razão pela qual a compreensão da temática prisional demanda o exame do comportamento do poder judiciário.

¹⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

¹⁵ Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei.

4. O estado de coisas inconstitucional – situação carcerária no Brasil

Estabelecida a premissa de que o poder judiciário é protagonista na aplicação da política prisional, o ponto de partida para a compreensão das indagações é o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão comumente conhecida como o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” referente ao tema da prisão, proferida na medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347.

A arguição formulada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) tinha por um de seus objetivos o reconhecimento do descumprimento sistêmico de normas inerentes à proteção dos direitos humanos no âmbito prisional, constantemente violados pelo estado na aplicação da *policy* prisional. Conforme relatado, o pedido formulado partiu do pressuposto que:

A superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.¹⁶

Como já informado acima, a medida cautelar foi concedida parcialmente. Segundo a Corte Constitucional, ainda no âmbito da fundamentação da decisão:

O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais 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 Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas.

(...)

Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.

(...)

O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à

¹⁶ ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 09/09/2015. (Excertos)

Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados.¹⁷

A partir do trecho da decisão acima colacionado, é possível chegar a algumas constatações preliminares: a) o estado das prisões no Brasil violaria a dignidade da pessoa humana; b) a ineficiência das prisões como política pública, além de não promoverem qualquer espécie de ressocialização do preso, serviria para aumentar a incidência de crimes violentos; c) a prisão é uma política pública multipolar, com participação direta dos poderes legislativo, executivo e judiciário; d) o Poder Judiciário é corresponsável pela ineficiência do sistema carcerário.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional não se trata de mera declaração de irregularidades sistêmicas em um determinado contexto social. Com base neste reconhecimento, formularam-se diversos pedidos liminares, com objetivo de imposição aos juízes e tribunais de algumas obrigações, a saber:

a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, 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) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

O Supremo Tribunal Federal, em 09 de setembro de 2015, reconheceu na decisão da medida cautelar citada a falha sistêmica do sistema carcerário brasileiro. No entanto, o pleno apenas deferiu o item “b” dos pedidos liminares acima delineados, determinando-se a realização no prazo de 90 (noventa) dias das audiências de custódia. Além disto, a Corte acolheu proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, para que se determine à União e aos Estados-

¹⁷ ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 09/09/2015. (Excertos).

Membros, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem à Corte informações sobre a situação prisional¹⁸.

A doutrina do estado de coisas inconstitucional não é criação do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), autor da arguição, ou do Supremo Tribunal Federal. Em verdade, possui origem na jurisprudência da corte suprema da Colômbia¹⁹, na “sentencia T – 025”, de 22 de janeiro de 2004. As características que definem o estado de coisas inconstitucional são²⁰:

I) violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; II) omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações a fim de garantir tais direitos; III) a adoção de práticas inconstitucionais, como incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; IV) a omissão legislativa, administrativa ou orçamentária necessárias para evitar violação de direitos; V) a existência de um problema social cuja solução exige a intervenção de várias entidades, a adoção de ações complexas e coordenadas e elevado nível de recursos e esforço orçamentário adicional substancial; VI) situação em que, se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema buscassem a tutela para a proteção de seus direitos, acarretaria situação de grande congestão judicial.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional não se trata de mera impressão do julgador, mas possui base em dados estatísticos citados pelo próprio relator da decisão citada. Segundo o Ministro Marco Aurélio²¹:

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.

¹⁸ Informativo STF nº 798 “O Colegiado deliberou, por decisão majoritária, deferir a medida cautelar em relação ao item “b”. A Ministra Rosa Weber acompanhou essa orientação, com a ressalva de que fossem observados os prazos fixados pelo CNJ. Vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo para se realizar as audiências de custódia. O Tribunal decidiu, também por maioria, deferir a cautelar no tocante à alínea “h”. Vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam o prazo de até 60 dias, a contar da publicação da decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado. O Plenário, também por maioria, indeferiu a medida cautelar em relação às alíneas “a”, “c” e “d”. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski (Presidente), que a deferiam nessa parte. De igual modo indeferiu, por decisão majoritária, a medida acauteladora em relação à alínea “e”. Vencido o Ministro Gilmar Mendes. O Tribunal, ademais, rejeitou o pedido no tocante ao item “f”. Por fim, no que se refere à alínea “g”, o Plenário, por maioria, julgou o pleito prejudicado. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que deferiam a cautelar no ponto. Por fim, o Colegiado, por maioria, acolheu proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, no sentido de que se determine à União e aos Estados-Membros, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem à Corte informações sobre a situação prisional. Vencidos, quanto à proposta, os Ministros relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente.”

¹⁹ LIRA, Adriana Costa. **O processo coletivo estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Coleção Direitos Fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional em crise – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte. Ed. D’Plácido, 2019. P. 15.

²⁰ LIRA, Costa Adriana. Op. Cit. P. 15.

²¹ ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 09/09/2015. (Excertos).

A despeito do reconhecimento da gravidade da situação carcerária no Brasil, como já citado, o Tribunal não atendeu à maior parte dos pleitos liminares, limitando-se a determinar a realização de audiências de custódia. Para tanto, contudo, o Tribunal efetivamente reconheceu a realidade fática como inconstitucional, decorrente de problemas jurídicos e políticos ocasionados por ações e omissões estatais.

Os pedidos concernentes ao mérito – além da confirmação das medidas liminares citadas, formulados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, foram ainda mais incisivos nas providências demandadas, sendo importante mencionar alguns itens para análise em momento oportuno ainda neste estudo:

a) haja a declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro; b) seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; c) o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à (I) redução da superlotação dos presídios; (II) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (III) diminuição do número de presos provisórios; (IV) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; (VI) 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; (VII) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT;²²

²² Além dos itens “a”, “b” e “c”, citados diretamente, os demais pedidos são: d) o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas; e) o plano seja submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; f) o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; g) uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do “estado de coisas inconstitucional” na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma; h) sejam submetidos os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria-Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar e da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do artigo 22, inciso II, do Regimento Interno do Supremo; i) o Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; j) o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do

Conquanto a medida liminar tenha sido concedida ainda em 2015, até a presente data não houve apreciação do mérito da Arguição, existindo, portanto, como consequências práticas diretas da referida decisão: I) o reconhecimento da gravidade da situação do sistema carcerário, assim denominado como “estado de coisas inconstitucional” e; II) determinação da realização de audiências de custódia, regulamentadas pelo Conselho Nacional de Justiça na resolução nº 213 de 2015²³. Saliente-se que, entre os “considerandos” da referida resolução, encontra-se menção expressa à decisão da ADPF nº 347: “*CONSIDERANDO a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente;*”

Não há dúvidas da existência de diversos problemas no trato do sistema carcerário brasileiro, em especial a superlotação dos estabelecimentos prisionais e precariedade das prisões existentes. Entretanto, é imprescindível o exame acerca de alguns dados relativos à postura do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, bem como sobre dados referentes à criminalidade no Brasil, para guiar a escolha da medida de interferência na “policy” prisional.

5. A Medida Cautelar na ADPF nº 347 e o comportamento judicial

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer o “estado de coisas inconstitucional”, apontou para a responsabilidade de todas as esferas de poder para com o aumento dos problemas existentes no sistema carcerário. Em relação ao Poder Judiciário, anotou-se que “*O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas.*”

Não obstante o reconhecimento do papel do poder judiciário com o incremento do problema, a constatação do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal contrasta com sua própria jurisprudência. Em um recorte de *Habeas Corpus* e Recursos Ordinários em *Habeas Corpus* examinados pelo STF entre os anos de 2008 e 2012, observa-se que apenas 8,27% de tais remédios constitucionais foram concedidos. Segundo pesquisa

Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil.

²³ https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf

realizada pela FGV RIO, denominada “*Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores*”²⁴:

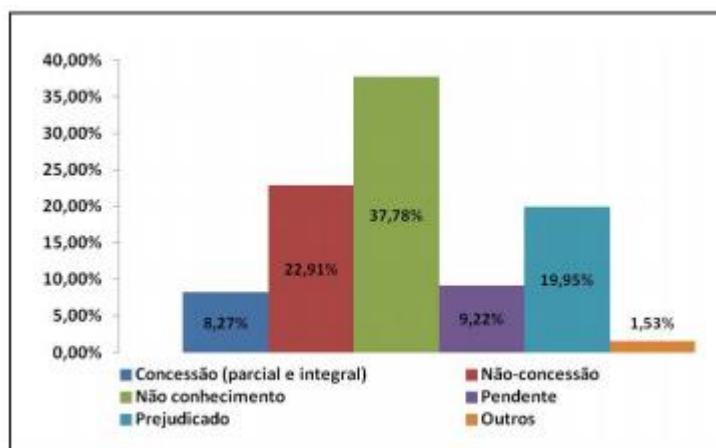
A média de concessão com a conclusão da pesquisa indica o percentual de 8,27% de taxa de sucesso (consideradas concessão integral e parcial) no STF e de 27,86% no STJ. Em ambos os gráficos abaixo, a categoria “Outros” refere-se às impetrações que não tiveram julgamento, tratando-se de homologação de desistências ou autuações que não tiveram seguimento.

Vale ressaltar que os dados apresentados foram colhidos por amostragem no referido estudo:

Considerando todos os casos julgados no STJ e no STF entre os anos de 2008 e 2012, foram identificados 196.833, sendo razoável a utilização de amostra estatística de 5%, respeitada, obviamente, a proporção de cada classe de ação em cada tribunal, como se verifica da tabela abaixo.”²⁵

De qualquer forma, a postura do Supremo Tribunal Federal no exame dos *Habeas Corpus*, ao menos entre os anos de 2008 e 2012, ou seja, antes da decisão sobre o “estado de coisas inconstitucional”, é de manutenção, em regra, dos impetrantes de *Habeas Corpus* no cárcere. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, possuía, no mesmo período de apuração, um percentual de concessão de *habeas corpus* ainda minoritário (27,86%), mas nitidamente superior àquele do Supremo Tribunal Federal, como pode se ver nos gráficos a seguir²⁶:

Gráfico 1 – Resultados de HC’s no STF 2008-2012

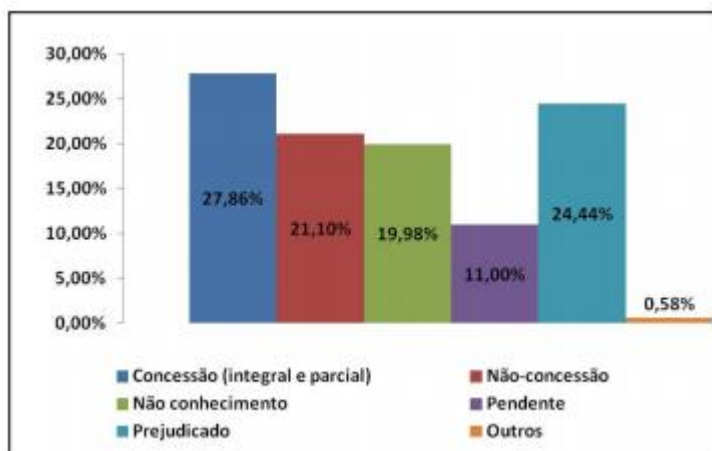


²⁴ Disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/thiago_55_finalizada_web.pdf Acesso em 13/03/2021.

²⁵ Disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/thiago_55_finalizada_web.pdf Acesso em 13/03/2021.

²⁶ Gráficos retirados do mesmo estudo da FGV, disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/thiago_55_finalizada_web.pdf Acesso em 13/03/2021.

Gráfico 2 – Resultados de HC's no STJ 2008-2012



Ainda examinando a postura do Supremo Tribunal Federal em relação ao *habeas corpus*, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPE-MG) publicou estudo sobre estas ações constitucionais impetradas pela própria DPE-MG entre os anos de 2017 e 2020, portanto, posterior à decisão liminar da ADPF nº 347. Neste exame observou-se que, no universo de *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública de Minas Gerais, houve concessão das ordens apenas em 28% (vinte e oito por cento) dos casos julgados pela Corte Suprema. O referido estudo concluiu que²⁷:

Como mostrado no presente estudo, que abarca o período de agosto de 2017 (inauguração do escritório de representação em Brasília/DF) até 30 de junho de 2020 (fim do 1º semestre de 2020), foram 254 (duzentos e cinquenta e quatro) *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus* apresentados ao Supremo Tribunal Federal pela instituição, que resultaram em 58 (cinquenta e oito) ordens concedidas em benefício dos assistidos da Defensoria Pública de Minas Gerais, em sua imensa maioria pessoas vulneráveis ou hipervulneráveis, que não fosse essa atuação ficariam alijados de seus direitos fundamentais por não terem acesso direto a Corte Suprema do país.

Com 211 (duzentos e onze) decisões proferidas nesse período, a média de ordens concedidas em *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus* da Defensoria Pública de Minas Gerais nesses três anos ficou em aproximadamente 28% (vinte e oito por cento) dos processos julgados, o que significa que mais de 1 (um) em cada 4 (quatro) *habeas corpus* impetrados foram concedidos no todo ou em parte, um número bastante alto se pensarmos que, antes de atingir o STF, três instâncias judiciais anteriores já julgaram aquela questão.

²⁷ **A Defensoria Pública de Minas Gerais e o Supremo Tribunal Federal** - Um estudo sobre os *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus* apresentados pela Defensoria Pública de Minas Gerais ao Supremo Tribunal desde a inauguração do escritório de representação em Brasília/DF, em agosto de 2017. Disponível em <https://defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2020/08/Relato%CC%81rio-dos-HCS-STF-DPMG-1.pdf> Acesso em 13/03/2021.

Gráfico 3 – Total de *Habeas Corpus* impetrados pela DPE-MG 2017-2020²⁸

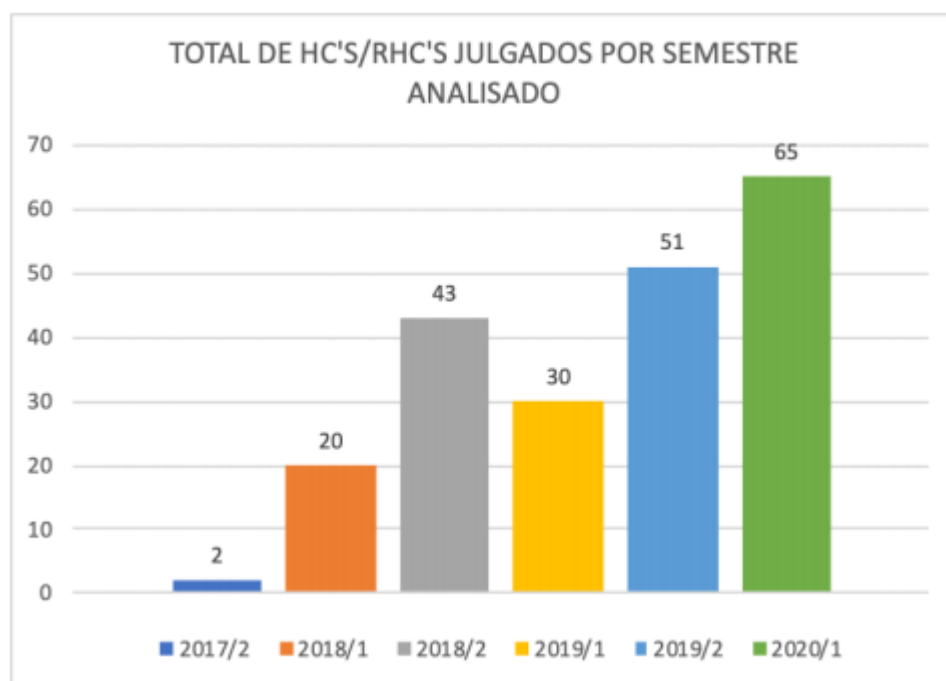
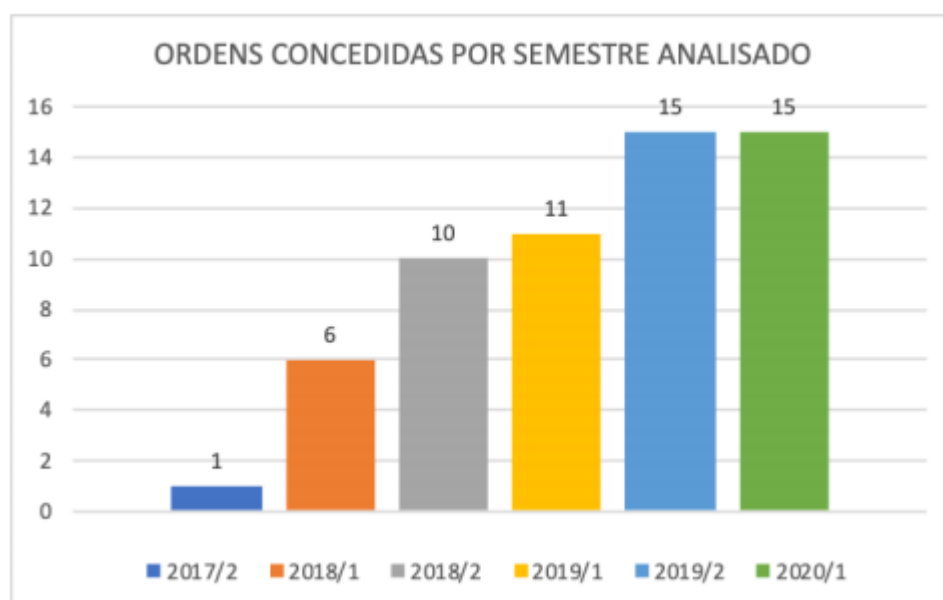


Gráfico 4 - Total de *Habeas Corpus* concedidos que foram impetrados pela DPE-MG 2017-2020



Ainda neste contexto, importante examinar as estatísticas gerais do quantitativo de *Habeas Corpus* que foram protocolados e concedidos em período recente no STF. Segundo o

²⁸ Disponível em <https://defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2020/08/Relato%CC%81rio-dos-HCS-STF-DPMG-1.pdf> Acesso em 13/03/2021.

relatório “Supremo em Ação”²⁹ do ano de 2018 (este o mais recentemente elaborado), formulado pelo Conselho Nacional de Justiça, estes foram os números de *Habeas Corpus* protocolados entre 2013 e 2017:

Tabela 1 – Números de Habeas Corpus Protocolados no Supremo Tribunal Federal entre 2013-2017

Ano	Quantidade de Novos HC's protocolados
2013	3.595
2014	4.483
2015	5.584
2016	6.491
2017	11.327

Por sua vez, o próprio Supremo Tribunal Federal possui dados estatísticos sobre o número de Habeas Corpus concedidos³⁰ (e apenas sobre a concessão) entre 2009 e 2021, o qual segue abaixo:

Tabela 2 – Número de Habeas Corpus Concedidos entre 2009 e 2021

	Concedida a ordem	Concedida a ordem de ofício	Concedida em parte a ordem	Provido	Soma:
2.021	75	108	16		199
2.020	437	361	103	2	903
2.019	484	303	135	1	923
2.018	351	224	65	4	644
2.017	339	159	45		543
2.016	213	213	46	1	473
2.015	167	117	47		331
2.014	189	171	61		421
2.013	194	173	68		435
2.012	244	121	108		473
2.011	330	55	82		467
2.010	302	90	55		447
2.009	342	47	39		428
Soma:	3.667	2.142	870	8	6.687

²⁹ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf> Acesso em 13/03/2021.

³⁰ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc> Acesso em 13/03/2021.

Conclui-se à luz das tabelas acima que o percentual de decisões concessivas de Habeas Corpus entre 2013 e 2017 – englobando, portanto, tanto um período anterior à decisão liminar da ADPF 347, quanto um período posterior a esta – ainda fica em um patamar entre 4% e 12%. Senão, veja-se:

Tabela 3 – Relação entre HC's Impetrados e HC's Concedidos no STF entre 2013-2017

Ano	HC's impetrados	HC's concedidos	Percentual de concessão de HC's
2013	3595	435	12,1%
2014	4483	421	9,39%
2015	5584	331	5,92%
2016	6491	473	7,28%
2017	11327	543	4,79%

Estes dados não são suficientes para demonstrar um quadro integral da matéria prisional no Supremo Tribunal Federal. Contudo, existem indícios contundentes de que a própria Corte Suprema contribui, quando lhe cabe reavaliar o *status libertatis* de um impetrante, para o incremento do problema do encarceramento. Por certo que não se trata de uma análise qualitativa – isto é, não é possível avaliar, apenas com base nos dados acima citados, se as impetrações possuíam fundamentos mínimos para concessão da liberdade ou seriam demandas desprovidas de fundamentos jurídicos.

Saliente-se ainda que, mesmo após a decisão liminar da ADPF nº 347, na qual se reconheceu o estado de coisas inconstitucional, o percentual de concessão de *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal não só não aumentou, como em alguns anos houve redução. Em termos absolutos, como se vê na tabela nº 2, houve aumento do número de concessão de *Habeas Corpus*. Contudo, cotejando com o número de *Habeas Corpus* impetrados (tabela nº 3), em termos relativos houve diminuição da concessão de ordens de soltura, mesmo após o reconhecimento do grave contexto carcerário brasileiro.

Por certo que não é possível estabelecer uma causalidade entre a postura do Supremo Tribunal Federal e a questão carcerária. Contudo, existem correlações que não podem ser ignoradas na postura do Supremo Tribunal Federal. É possível inferir, com base nos dados acima que, embora reconhecido o estado de coisas inconstitucional pelo STF e a responsabilidade do Poder Judiciário na criação do problema, a Suprema Corte não mudou a postura que ela mesma criticou.

O comportamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema prisional, conquanto ainda não vinculante, por não haver decisão sobre os pedidos formulados no mérito da ADPF nº 347, indica rumos para os demais órgãos do Poder Judiciário e, na temática sob exame, emana sinais nitidamente contraditórios. Apesar do reconhecimento da caótica situação prisional, não houve uma postura efetiva da Corte Suprema para mitigação do problema ou criação, em conjunto com os demais poderes, de possíveis soluções. Sobre a função de bússola para os demais órgãos do Poder Judiciário, importante trazer as lições de Diego Werneck Arguelhes, inspirado em Ivar A. Hartmann³¹:

Ivar A. Hartmann enfoca uma dimensão da capacidade do tribunal orientar decisões das instâncias inferiores. Impactar no comportamento decisório de outros juízes brasileiros é um objetivo que juristas e os próprios ministros anunciam como decisivo para que o tribunal possa lidar com um grande volume de casos, bem como para garantir que direitos fundamentais não sejam violados. Em termos de raciocínio jurídico, Hartmann parte da premissa de que essa capacidade de orientação “vertical” depende de as posições do Supremo funcionarem como “precedentes” para as decisões do judiciário em geral. Identificando um conjunto representativo de casos de liberdade de expressão, o autor observa que o Supremo parece sabotar sua capacidade de geração de precedentes efetivos. Nessa esfera, o tribunal toma decisões que parecem rejeitar a definição de critérios mínimos para sua própria operacionalização futura, por outros juízes. Consequentemente, como observa Hartmann, acabam forçando novas rodadas decisórias, caso a caso, por parte do próprio tribunal.

A emissão de sinais conflitantes para uma mesma conjuntura fática – o caos penitenciário – liga-se potencialmente à realidade externa, permeada por uma sociedade com altos índices de criminalidade e exigências sociais pelo punitivismo³². Examinada a postura da Suprema Corte, importante examinar ainda dados referentes ao encarceramento e sua correlação com a existência de crimes violentos.

³¹ ARGUELHES, Diego Werneck. **Dossiê: o desenho do Supremo Tribunal Federal para além da conjuntura**. Disponível em <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/467/491> Acesso em 23/03/2021.

³² “Las relaciones entre prensa y administración de justicia penal constituyen un problema moderno relativo a la independencia de quienes juzgan, sean ellos jueces técnicos o jurados, pues hay temor que los medios de comunicación, con su opinión largamente difundida (y en ocasiones fundada en elementos imposibles de valorar por quienes administran justicia) sobre los mismo hechos que juzgan el jueces, sobre la decisión de un tribunal o sobre la valorización realizada por un juez, al infundir prevención y hasta temos em quien juzga, puede conducir su decisión según parámetros equivocados.” FRASCAROLI, Maria Susana. Justicia penal y medios de comunicación. Buenos Aires. Ad Hoc, 2004. P. 211. Apud Oliveira Júnior, Paulo Eduardo Duarte de. **Processo Penal e mídia: a cultura do medo e a espetacularização dos juízos criminais**. Dissertação de Mestrado da Universidade do Vale do Rio do Sinos – Unisinos. Programa de Pós-graduação em direito, São Leopoldo, RS, 2012. Disponível em <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3178/Paulo%20Eduardo%20Duarte%20de%20Oliveira%20Junior.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 23/03/2021.

6. Encarceramento e violência

Um dos pilares do reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal foi o contexto de hiperencarceramento o qual, aliado a deficiências sistêmicas do sistema prisional e superlotação, causaria a violação reiterada de direitos humanos dentro do sistema prisional:

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.³³

Os dados constantes da decisão são, evidentemente, anteriores à concessão da liminar. O Conselho Nacional de Justiça tem atualizado anualmente o quantitativo de internos no sistema prisional e, em 2020 “os dados apresentados revelam que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos, o que coloca o Brasil na terceira posição mundial de maior população de presos. Ao mesmo tempo há um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário.”³⁴

Da mesma forma, o Departamento Penitenciário Nacional elabora levantamentos anuais do quantitativo de presos, trazendo os seguintes dados:

Tabela nº 4 – Comparativo de população prisional

Ano	Quantitativo total de presos	Variação em relação ao ano anterior
2014	622.202 ³⁵	
2015	698.618 ³⁶	+12,28%

³³ Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf> Acesso em 14/03/2021.

³⁴ Conselho Nacional de Justiça - Sistema Carcerário e Execução Penal. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/#:~:text=Os%20dados%20apresentados%20revelam%20que,mil%20vagas%20no%20sistema%20carcer%C3%A1rio>. Acesso em 14/03/2021.

³⁵ Disponível em http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/copy_of_infopen_dez14.pdf Acesso em 14/03/2021.

³⁶ Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) - **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2015**. Disponível em https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf Acesso em 14/03/2021

2016	722.120 ³⁷	+3,36%
2017	726.354 ³⁸	+0,58%
2018	725.332 ³⁹	-0,14%
2019	748.009 ⁴⁰	+3,12%
2020	711.463 ⁴¹	-4,88%

É possível observar à luz dos dados coletados que, a despeito da decisão a respeito liminar da ADPF nº 347, a população carcerária não sofreu redução significativa. Ao revés, anualmente a população carcerária cresceu ou manteve-se em patamares quase idênticos em relação aos anos anteriores.

Em relação ao ano de 2020, devido à pandemia de Sars-CoV2 (COVID-19), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 62/2020⁴², a qual orientou todos os magistrados a flexibilizar o cumprimento de pena e decretação de novas prisões preventivas, orientando em especial:

Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

(...)

III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução;

IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal;

(...)

³⁷ Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) - **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2016**. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-dez-2016-rev-12072019-0802.pdf> Acesso em 14/03/2021.

³⁸ Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) - **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2017**. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso em 14/03/2021.

³⁹ Painel interativo DEPEN. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen> Acesso em 14/03/2021.

⁴⁰ Painel interativo DEPEN. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen> Acesso em 14/03/2021.

⁴¹ Conselho Nacional de Justiça - Sistema Carcerário e Execução Penal. Op. Cit.

⁴² Recomendação nº 62/2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado164744202009165f6241b000b81.pdf> Acesso em 14/03/2021.

Portanto, a despeito de ter ocorrido redução da população prisional no ano de 2020, conforme demonstrado na tabela nº 4, no patamar de 4,88%, não é possível afirmar que tal redução decorreria de mudança de comportamento dos magistrados. Entretanto, há potencial correlação entre a orientação do CNJ para flexibilização das prisões, inclusive com determinações contrárias à lei (prisão domiciliar para regime semiaberto, e.g.), e a diminuição da população carcerária constatada.

No mesmo período observado na tabela nº 04 (2014-2020), a população brasileira variou, segundo estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística, da seguinte forma:

Tabela nº 5 – Estimativa população brasileira pelo IBGE

Ano	População	Variação em relação ao ano anterior
2014	202.768.562 ⁴³	
2015	204.450.049 ⁴⁴	+0,82%
2016	206.081.432 ⁴⁵	+0,79%
2017	207.660.929 ⁴⁶	+0,76%
2018	208.494.900 ⁴⁷	+0,4%
2019	210.147.125 ⁴⁸	+0,79%
2020	211.755.692 ⁴⁹	+0,76%

Analisando as tabelas nº 4 e 5 é possível concluir que a população brasileira cresceu, no período entre 2014 e 2020, um total de 4,43%. Por sua vez, a população carcerária aumentou 14,34% no mesmo período, mesmo após o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”.

⁴³ Estimativas de população do IBGE – Ano 2014. SIDRA. <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6579>

⁴⁴ Estimativas de população do IBGE – Ano 2015. SIDRA. <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6579>

⁴⁵ Estimativas de população do IBGE – Ano 2016. SIDRA. <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6579>

⁴⁶ Estimativas de população do IBGE – Ano 2017. SIDRA. Disponível em <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6579> Acesso em 14/03/2021.

⁴⁷ Estimativas de População do IBGE – Ano 2018. Disponível em https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2018/POP2018_20072020.pdf Acesso em 14/03/2021.

⁴⁸ Estimativas de População do IBGE – Ano 2019. Disponível em https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2019/POP2019_20201006.pdf Acesso em 14/03/2021.

⁴⁹ Estimativas de População do IBGE – Ano 2020. Disponível em https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2020/POP2020_20210204.pdf Acesso em 14/03/2021.

O déficit de vagas nos estabelecimentos prisionais do Brasil, à época da decisão da ADPF nº 347, era de 206.307 vagas ou, computando-se os indivíduos em prisão domiciliar, 354.244⁵⁰. Hoje, o déficit, segundo o Conselho Nacional de Justiça seria de 354.000 vagas.

Ainda em análise de dados relacionados ao sistema punitivo criminal, importante colacionar dados sobre criminalidade violenta, mais precisamente, homicídios, ocorridos no recorte acima citado. Segundo dados do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, que consolidou informações até o ano de 2017⁵¹:

Tabela nº 6 – Número de homicídios

Ano	Total de Homicídios
2014	60.474
2015	59.080
2016	62.517
2017	65.602
2018	57.341 ⁵²
2019	47.773 ⁵³
2020	43.892 ⁵⁴⁵⁵

No mesmo contexto, o número de estupros também cresce no Brasil:

Tabela nº 7 – Número de estupros

Ano	Total de Estupros
2011	12.087
2012	16.104
2013	19.129
2014	20.026
2015	20.597

⁵⁰ Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf> Acesso em 14/03/2021

⁵¹ IPEA – Atlas da Violência – Homicídios. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/17> Acesso em 14/03/2021.

⁵² Jornal Estado de São Paulo - Homicídios no País têm queda de 10% em 2018, com 57,3 mil casos; taxa é a menor desde 2011. Disponível em <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,homicidios-no-pais-tem-queda-de-10-em-2018-com-57-3-mil-casos-taxa-e-a-menor-desde-2011,70003003892> Acesso em 14/03/2021.

⁵³ Fórum Brasileiro de Segurança Pública - Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf> Acesso em 14/03/2021.

⁵⁴ “Brasil tem aumento de 5% nos assassinatos em 2020, ano marcado pela pandemia do novo coronavírus; alta é puxada pela região Nordeste” Disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/02/12/brasil-tem-aumento-de-5percent-nos-assassinatos-em-2020-ano-marcado-pela-pandemia-do-novo-coronavirus-alta-e-puxada-pela-regiao-nordeste.ghtml> Acesso em 14/03/2021.

⁵⁵ Importante mencionar que, nos anos de 2019 e 2020, ainda não há dados consistentes das mesmas fontes, razão pela qual pode haver divergências.

2016	22.918
------	--------

A apresentação destas estatísticas não é isolada. Escolheu-se este recorte devido à abundância de dados sobre o cometimento destes crimes violentos, além do fato de que, na hipótese de condenação, a chance de colocação do réu no cárcere é alta, devido aos patamares de pena previstos para cada tipo penal (artigos 121, 213 e 217-A, todos do Código Penal).

Diante destes dados, é possível inferir que o Supremo Tribunal Federal e todo o Poder Judiciário, embora reconheçam os graves problemas do sistema carcerário, possivelmente mantêm um alto índice de aprisionamento em reação ao recrudescimento da violência urbana no país, diante das correlações acima observadas. Segundo Saporì e Soares⁵⁶:

1. O Brasil é um país muito violento

A Banalização dos homicídios é fenômeno que caracteriza o cotidiano brasileiro. São mais de 130 assassinatos por dia, concentrados principalmente nas regiões metropolitanas e cidades de porte médio do interior. A arma de fogo está presente em 90% dos casos e, em muitos deles, as vítimas são alvejadas por mais de cinco disparos. Não são incomuns as ocorrências caracterizadas por verdadeiras chacinas, com duas ou mais vítimas. E essa violência nossa de cada dia está em ascensão.

Passemos a analisar a dinâmica dos homicídios na sociedade brasileira nos últimos 30 anos. O número de vítimas de homicídios no país saltou de pouco mais de 10 mil por ano no início dos anos 1980 para mais de 50 mil em anos recentes. Se somarmos o total de brasileiros assassinados nesse período de três décadas, obtemos um número assustador: 1.145.908 vítimas de homicídios.

O contexto de violência acima citado é reforçado por uma opinião pública que considera a violência como um dos principais problemas do país. Segundo pesquisa Datafolha⁵⁷ realizada em 2018, 20% (vinte por cento) da população brasileira entende que o problema mais grave do país seria a violência, atrás apenas da saúde pública, com 23% (vinte e três por cento), em contexto anterior à pandemia de Sars- CoV2.

O reconhecimento da violência como um problema social grave e a pressão da opinião pública para sua solução trazem reflexos no comportamento judicial. Sua influência no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi reconhecida no âmbito da denominada “operação Lava-Jato”, como pode se inferir das lições de Fabiana Alves Rodrigues e Rogério Bastos Arantes⁵⁸:

Além disso, o trâmite das medidas de persecução criminal foi diuturnamente acompanhado pela mídia, que contribuiu para a formação de opinião pública interessada no curso e no apoio das ações da Força-Tarefa de Curitiba.

⁵⁶ SAPORI, Luís Flávio e SOARES, Gláucio Ary Dillon. **Por que cresce a violência no Brasil?** 1.ed. 1. reimp. Belo Horizonte. Autêntica Editora: Ed. Puc Minas, 2015.

⁵⁷Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/para-eleitores-saude-e-violencia-sao-os-principais-problemas-do-pais.shtml> Acesso em 23/03/2021.

⁵⁸ RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ATIVISMO, CONTEXTO E AÇÃO ESTRATÉGICA. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 21-54, abr. 2020. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/459/469>. Acesso em: 23/03/2021.

(...)

A influência da opinião pública – forte componente no contexto da proliferação das operações de combate à corrupção e da transmissão ao vivo dos julgamentos pela TV Justiça - pode ser observada em manifestação do ministro Fux, quando afirma que a interpretação que se atribuía ao princípio da presunção de inocência “efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade”, a qual “não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer, com a seguinte disfunção, a prescrição.

7. Posturas judiciais – Postura absenteísta ou ativista

Traçado o quadro estatístico básico do sistema carcerário nacional, bem como dados sobre a violência no país e sua percepção pela sociedade civil, deve-se indagar sobre a importância da temática da superlotação carcerária para o diagnóstico da questão prisional no Brasil, bem como quais os comportamentos judiciais diante da crise sistêmica constatada na ADPF nº 347.

7.1 Da Superlotação Carcerária como causa primária da violação a direitos humanos

Um dos fundamentos fáticos para a consideração do “estado de coisas inconstitucional” é a superlotação dos estabelecimentos prisionais. Segundo o relator da medida liminar concedida na ADPF nº 347⁵⁹:

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.

Apesar de ser um truísmo, no tópico anterior demonstrou-se que há um déficit de vagas no sistema prisional brasileiro. Por se tratar de tema impopular, contudo, não costuma receber atenção dos gestores, fato este reconhecido pelo relator na medida liminar da ADPF nº 347: *“Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes.”*⁶⁰

⁵⁹ Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf> Acesso em 16/03/2021

⁶⁰ Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf> Acesso em 16/03/2021

A impopularidade do tema é ressaltada por Rodrigo Duque Estrada Roig⁶¹, o qual leciona:

Sabe-se que um dos maiores problemas enfrentados nos sistemas penitenciários de todo o mundo é a superlotação. No Brasil, muitas críticas e relatórios são feitos para denunciá-la, mas seja por falta de vontade política ou pela forte influência das ideias de retribuição e *less eligibility*, ainda prevalece uma visão de certa forma conformista sobre o problema. A jurisprudência ainda é desencontrada e são raros os textos doutrinários que enfrentam especificamente o tema.

A negligência em relação à superlotação, no entanto, além de trazer consequências deletérias para o indivíduo recluso e para a própria sociedade, pode trazer sanções para os estados nacionais que descumpram normas internacionais, especialmente a Resolução 70/175 da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, denominadas “Regras Mínimas para os tratamentos de presos” ou “Regras de Mandela”⁶², no seguinte sentido:

Recomenda aos Estados-Membros continuar a envidar esforços para reduzir a superlotação carcerária e, onde for possível, a recorrer às medidas não privativas de liberdade como alternativas à detenção preventiva, a promover o aumento do acesso à justiça e aos mecanismos jurídicos de defesa, a reforçar alternativas ao encarceramento, e a apoiar programas de reabilitação e integração social, de acordo com as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio);

Devido a violações a tratados internacionais, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso “Torregiani e outros v. Itália”, condenou a Itália devido ao tratamento degradante aos presos. No referido caso, os presos eram confinados “*em celas de dimensões reduzidas (cada presos ocupava uma cela de 9m² com outras duas pessoas, dispondo assim de espaço pessoal de 3m²)*”.⁶³

Ainda na mesma decisão, foram relatadas diversas condições desumanas, como falta de água quente por longos períodos e a inadequação de iluminação e ventilação nas prisões. A Corte ainda determinou que a Itália, no prazo de um ano, solucionasse o problema da superlotação, no patamar de 142,5%⁶⁴. No Brasil, com base nos dados de população carcerária já citados (tabela nº 4) e o déficit mencionado de 354.000 vagas, conclui-se que o Brasil possui índice de ocupação de 199,03%.

A superlotação carcerária inegavelmente viola princípios basilares da Constituição Federal, em especial a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), a

⁶¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. Ed. Saraiva. 2ª Ed. São Paulo, 2016. P. 535.

⁶² Organização das Nações Unidas. **Regras de Mandela**. Disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf Acesso em 16/03/2021.

⁶³ ROIG, Op. Cit. Pp. 535/536.

⁶⁴ ROIG, Op. Cit. Pp. 536.

impossibilidade de imposição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”, da Constituição Federal) e o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, da Constituição Federal). Com efeito, o principal direito subtraído temporariamente do recluso é a liberdade de ir e vir, não sua dignidade.

A despeito da complexidade da questão carcerária, fato é que, como já afirmado, o poder judiciário é o responsável pela entrada e saída de indivíduos no sistema prisional. Portanto, a solução perpassa, necessariamente, pela postura do Poder Judiciário. E, uma vez que a superlotação é o fator primordial causador da crise carcerária, as posturas do Judiciário em relação a superlotação devem ser analisadas.

7.2 Comportamento do Poder Judiciário pós-decisão cautelar da ADPF nº 347

Examinando os pedidos liminares na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, observa-se que um destes se relaciona com a autocontenção do Poder Judiciário quando da aplicação da prisão como medida cautelar (pedido “c”) e outros três pedidos ligam-se diretamente a um objetivo de flexibilização das punições aplicadas pelo Poder Judiciário (“d”, “e” e “f”). Senão, veja-se:

(...)c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, 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) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado⁶⁵:

Como demonstrado nos tópicos anteriores, sob o ponto de vista estatístico não houve modificação da postura do Supremo Tribunal Federal mesmo após o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”. Além disto, os pedidos liminares “c”, “d”, “e” e “f” foram indeferidos pela Corte.

Contudo, ainda que o Supremo Tribunal Federal, sob o ponto de vista abstrato, não tenha determinado indistintamente as medidas pleiteadas nos itens “c”, “d”, “e” e “f”, o

⁶⁵ Íntegra do Voto do Relator na medida liminar disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>

reconhecimento do estado de coisas inconstitucional tem sido fundamento para diversas decisões pontuais⁶⁶. A título ilustrativo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

(...) Há, lamentavelmente, no Brasil, no plano do sistema penitenciário nacional, um claro, indisfarçável e anômalo “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado, que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal, que vulnera a essencial dignidade dos sentenciados e dos custodiados em geral, que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República e que desrespeita as convenções internacionais de direitos humanos (como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Americana de Direitos Humanos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – “Regras de Nelson Mandela” –, entre outros relevantes documentos internacionais). – O Estado brasileiro, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado (ou do preso provisório) a meios cruéis, lesivos ou moralmente degradantes (CF, art. 5º, incisos XLVII, “e”, e XLIX), fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). – (...)⁶⁷

Além do acórdão citado acima há, segundo o *sítio* de pesquisas do Supremo Tribunal Federal, 214 (duzentos e quatorze) decisões monocráticas em *Habeas Corpus* com a citação ao “estado de coisas inconstitucional”⁶⁸, seja na fundamentação do pedido formulado pelo impetrante, seja pelo ministro responsável pela decisão. Destas decisões, observam-se as seguintes estatísticas em relação a cada ministro e sua postura monocrática diante de pedidos de liberdade aviados em *Habeas Corpus*:

⁶⁶ Superior Tribunal de Justiça, ver HC 568693/ES, AgRg no HC 591898/SP, AgRg no HC 582929/ES, HC 574627/SP, AgRg no HC 575380/SP, AgRg no HC 573812/SP, AgRg no HC 573727/SP.

⁶⁷ HC 172136, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-283 DIVULG 30-11-2020 PUBLIC 01-12-2020. Excertos.

⁶⁸ Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=HC&page=1&pageSize=10&queryString=%22estado%20de%20coisas%20inconstitucional%22&sort=_score&sortBy=desc Acesso em 23/03/2021.

Tabela nº 8 Decisões em *Habeas Corpus* com referência ao “Estado de Coisas Inconstitucional” no Supremo Tribunal Federal

Ministro	Total de <i>Habeas Corpus</i> com Decisões Monocráticas	Decisões em <i>Habeas Corpus</i> com soltura	Decisões em <i>Habeas Corpus</i> sem soltura ⁶⁹	Percentual de soltura em decisões de <i>Habeas Corpus</i>
Marco Aurélio	2	2	0	100%
Gilmar Mendes	30	21	9	70%
Carmen Lúcia	23	1	22	4,34%
Dias Toffoli	4	0	4	0%
Luiz Fux	16	0	16	0%
Rosa Weber	5	0	5	0%
Luís Roberto Barroso	5	2	3	40%
Alexandre de Moraes	4	0	4	0%
Celso de Mello	4 ⁷⁰	3	1	75%
Edson Fachin	28	1	27	3,57%
Ricardo Lewandowski ⁷¹	93	81	12	87,09%

Como é possível observar na tabela acima, no universo de decisões monocráticas, existe uma grande divergência no posicionamento de cada ministro do Supremo Tribunal

⁶⁹ Há um grande número de decisões concessivas sem soltura, porém com determinação de realização de audiência de custódia – Vide, por exemplo, HC 148.811/AL. Outrossim, há diversas decisões em que o HC é negado, mas há concessão da ordem de ofício, e.g. HC 149.344/PA.

⁷⁰ Em verdade foram 07 decisões, mas 03 tratavam-se de pedidos de extensão do HC 172.136 MC – Extn/SP, no qual se pedia extensão de direitos dentro de estabelecimentos prisionais. Portanto, não foram incluídas na análise.

⁷¹ O Ministro Ricardo Lewandowski teve vários pedidos de Habeas Corpus em que este justificou a concessão da soltura com base na excepcionalidade da prisão após condenação em segunda instância, entendimento este já superado pelo Supremo Tribunal Federal, diante da pendência de julgamento, à época, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, como pode se ver do dispositivo a seguir (HC 162.943/RJ): “Isso posto, nego seguimento ao writ (art. 21, § 1º, do RISTF), mas, considerando que a conclusão a que chego neste habeas corpus em nada conflita com as decisões majoritárias desta Suprema Corte, acima criticadas, com o respeito de praxe, concedo a ordem, de ofício (art. 192, caput, do RISTF), para que o paciente possa aguardar, em liberdade, o julgamento final pelo Plenário das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43/DF e 44/DF ou o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF e art. 283 do CPP), o que ocorrer primeiro, sem prejuízo da manutenção ou fixação, pelo juízo processante, de uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso entenda necessário.”

Federal sobre o mesmo tema. Quando requerida a soltura em *habeas corpus* sob o fundamento do já reconhecido “estado de coisas inconstitucional”, cada ministro adotou uma postura diversa: alguns mais tendentes à liberdade, enquanto outros foram mais rígidos quanto à concessão de alvarás de soltura na esfera do *writ* constitucional.

Contudo, vê-se que os ministros mais tendentes à concessão de *habeas corpus* sob este fundamento são uma minoria (Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Celso de Melo⁷² e Ricardo Lewandowski). Levando-se em conta, como já demonstrado anteriormente, que a concessão de *habeas corpus* pelo pleno do STF se dá na menor parte dos casos, tal postura mais denegatória condiz com uma postura mais rígida da maior parte dos ministros integrantes da Corte (os sete demais ministros). Há uma maioria tendente à manutenção das decisões que decretam as prisões.

Ainda sob este recorte, a título elucidativo seguem duas decisões retiradas do universo acima descrito, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Sob o mesmo fundamento do “estado de coisas inconstitucional”, vê-se que este pode ser ignorado para manter a prisão ou considerado como fundamento apto a justificar sua revogação:

Nesse sentido, entendo que a imposição ou manutenção de medidas restritivas de liberdade deve ser analisada dentro do cenário de pandemia mundial e considerando-se as péssimas condições da superlotação e aglomeração entre os presos, falta de higiene, proliferação de doenças infecto-contagiosas, falha na prestação dos serviços de saúde e demais circunstâncias que levaram o STF a reconhecer a existência de um estado de coisas inconstitucional.

Por outro lado, não é possível renegar o legítimo interesse da sociedade e promover uma soltura indiscriminada da população carcerária, sem levar em conta elementos relacionados à gravidade do delito praticado, as condições específicas do estabelecimento prisional, bem como as condições peculiares de saúde e idade dos réus.⁷³

Assim, ante o debilitado estado de saúde do paciente, considerado ainda o julgamento da ADPF 347 pelo STF - em que reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro -, bem como o fato de tratar-se de réu primário, que não se envolveu em atividades ilícitas desde a soltura em 24/6/2015 (após 9 meses preso preventivamente), concedo a ordem para o fim de determinar que o paciente cumpra a pena que lhe foi imposta em regime de prisão domiciliar.⁷⁴

Saindo da esfera dos *habeas corpus*, mas ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é possível observar que o argumento do “estado de coisas inconstitucional” foi também

⁷² Estatísticas anteriores à sua aposentadoria. Não há estatísticas sobre tal tema em referência ao Ministro Nunes Marques.

⁷³ STF - Gilmar Mendes - HC 182596 MC-Extn-ED / ES - ESPÍRITO SANTO. Julg. 18/05/2020

⁷⁴ HC 168505 / SP - SÃO PAULO Rel. Min. Ricardo Lewandowski

utilizado não para a análise de eventual soltura do envolvido, mas também para determinação de ordens diretas ao Estado, visando à melhoria do próprio sistema prisional:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POLÍTICAS PÚBLICAS – JUDICIÁRIO – INTERVENÇÃO – EXCEPCIONALIDADE. Ante excepcionalidade, verificada pelas instâncias ordinárias a partir do exame de quadro fático, é possível a intervenção do Judiciário na implantação de políticas públicas direcionadas a concretização de direitos fundamentais, especialmente considerado o estado de coisas inconstitucional do sistema de custódia brasileiro. Precedente do Plenário: recurso extraordinário nº 592.581, relator ministro Ricardo Lewandowski, submetido à sistemática da repercussão geral – Tema nº 220 –, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de fevereiro de 2016. ⁷⁵

Além do Supremo Tribunal Federal, é possível perceber que o fundamento do “estado de coisas inconstitucional” é utilizado por outros órgãos do Poder Judiciário. Merecem especial atenção as argumentações formuladas pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz. No primeiro caso a fundamentação foi utilizada para determinar a soltura do impetrante e, no segundo, para justificar sua manutenção no cárcere. Senão, vejam-se, respectivamente, as referidas decisões:

O Sistema Prisional Brasileiro se encontra em um estado de coisas inconstitucional, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 347. A vaga numa unidade carcerária é um bem escasso, que deve ser reservado para casos de extrema necessidade.⁷⁶

Conquanto o paciente seja asmático, a precariedade das cadeias públicas é argumento que pode ser adequado a todos aqueles que se encontram custodiados. O Poder Judiciário, apesar de tentar amenizar a situação, inclusive com a edição da Súmula Vinculante n. 56, não tem meios para resolver o assinalado estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 2015.⁷⁷

No âmbito normativo interno, o Conselho Nacional de Justiça, em sua resolução nº 213/2015⁷⁸ (audiências de custódia) e recomendação nº 62/2020⁷⁹ (medidas de prevenção da pandemia de COVID-19), citou, em ambos os documentos, como um de seus “*considerandos*” a decisão da ADPF nº 347:

Resolução 213/2015 CNJ
CONSIDERANDO a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente;

⁷⁵ Ver AgRg no RE 1.155.959/DF.

⁷⁶ Ver acórdão do HC 542113/GO.

⁷⁷ Ver acórdão no AgRg no HC 591898/SP

⁷⁸ Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf Acesso em 16/03/2021.

⁷⁹ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado164744202009165f6241b000b81.pdf> Acesso em 16/03/2021.

Recomendação 62/2020 CNJ

(...) CONSIDERANDO o alto índice de transmissibilidade do novo coronavírus e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos, tendo em vista fatores como a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde, entre outros, características inerentes ao “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347; (...)

No âmbito do estado de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça local também adotou medidas normativas de desencarceramento, em especial a Portaria Conjunta nº 834/PR/2019⁸⁰. Nesta normativa, recomendou-se aos magistrados de Minas Gerais que:

I - conceder prisão domiciliar àqueles que cumprem pena em casa de albergado, permitindo que os estabelecimentos destinados a esse regime acolham provisoriamente presos do regime semiaberto;
II - conceder prisão domiciliar aos presos de regime semiaberto que estão a até 6 (seis) meses de benefício de progressão de regime, do livramento condicional ou do fim da pena, permitindo que presos do regime fechado que estão a até 6 (seis) meses da progressão de regime ocupem os espaços disponibilizados pelo semiaberto, mantendo os demais rigores do regime.

A Portaria Conjunta do TJMG citada, conquanto não faça menção expressa à ADPF nº 347, menciona fundamentos similares para sua implementação:

CONSIDERANDO que os estabelecimentos prisionais existentes no Estado de Minas Gerais que ainda não foram interditados apresentam população carcerária acima de sua capacidade;
(...)
CONSIDERANDO que não existem obras de ampliação das unidades prisionais ou previsão de inauguração de novos estabelecimentos em curto prazo, salvo Centros de Reintegração Social da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC nas Comarcas de Manhumirim, Varginha, Itabirito e Conselheiro Lafaiete;
CONSIDERANDO que grande parte dos recursos investidos para a construção das APACs é oriundo de penas pecuniárias a partir de ações do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário - GMF de Minas Gerais;
CONSIDERANDO que as unidades APACs encontram-se com mais de 90% (noventa por cento) de sua capacidade preenchida;

Pode-se observar, portanto, que o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” fomentou posturas absolutamente antagônicas no âmbito do Poder Judiciário, as quais podem ser resumidas em três espécies:

a.1) postura absenteísta rígida (negativa de liberdade) – o julgador não interfere diretamente na *policy*, limitando-se a reconhecer a existência do estado de coisas inconstitucional, mas pondera com outros interesses e mantém, no caso concreto, a prisão do autor do pedido de liberdade;

⁸⁰ Disponível em <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc08342019.pdf> Acesso em 16/03/2021.

a.2) postura absenteísta flexível (concessiva de liberdade) - o julgador não interfere diretamente na *policy*, mas reconhece a existência do estado de coisas inconstitucional e a utiliza como fundamento para concessão da liberdade;

b) postura ativista – o “estado de coisas inconstitucional” é utilizado como fundamento para justificar a interferência do Poder Judiciário em outros aspectos da política pública não necessariamente ligados à prisão e soltura.

Esta postura contraditória e relativamente imprevisível do Poder Judiciário – e, em particular, o Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida por Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, referindo-se especificamente ao Supremo Tribunal Federal e à postura isolada de cada ministro e não da Corte:

A atuação individual descentralizada torna a política constitucional errática, ao vinculá-la às preferências de juízes que não necessariamente refletem a posição institucional do tribunal como ator coletivo. Em qualquer tribunal, decisões judiciais são, ao menos em parte, contingentes às preferências de seus integrantes.⁸¹

Sob a ótica institucional, portanto, malgrado o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” na ADPF nº 347, não há um direcionamento, em especial por parte do Supremo Tribunal Federal, mas a adoção de três posturas distintas (a.1, a.2 e b), com maior número de decisões com postura absenteísta rígida (a.1). Não obstante, é certo que a definição da postura judicial sobre a *policy* do sistema carcerário não ficou clara, como pode se observar das decisões citadas e das divergências constatadas entre os próprios ministros do STF.

Segundo Daniel Brinks et al, as instituições podem ser definidas como um “conjunto de regras sancionadas que estruturam o comportamento humano e suas expectativas sobre uma atividade ou objetivo particular⁸²”. Por sua vez, estes mesmos autores definem uma instituição fraca como uma que “pouco ou nada alcança, seja porque falha em alcançar um objetivo ambicioso, seja porque nunca se determinou a realizar coisa alguma”.⁸³

⁸¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **MINISTROCRACIA : O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos estud.** CEBRAP, São Paulo , v. 37, n. 1, p. 13-32, Abr. 2018 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013&lng=en&nrm=iso Acesso em 23/03/2021

⁸² BRINKS, Daniel, LEVITSKY, Steven e MURILLO, Maria Victoria. **Understanding Institutional Weakness – Power and Design in Latin American Institutions.** E-book. P. 7. " We therefore define a formal institution as a set of officially sanctioned rules that structure human behavior and expectations around a particular activity or goal" (tradução livre)

⁸³ BRINKS et al. Op. Cit. P. 8. “while a weak institution achieves little or nothing either because it fails to achieve an ambitious goal or because it never set out to accomplish anything” (Tradução Livre).

Na temática prisional, observa-se que o Supremo Tribunal Federal atua como uma instituição fraca, uma vez que, mesmo fundamentando a decisão da ADPF nº 347 com base no reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, tal circunstância pouco influenciou no encarceramento em massa constatado. Os efeitos práticos do reconhecimento serviram para objetivos absolutamente distintos (a.1, a.2 e b).

7.3 Vedação à proteção insuficiente e opinião pública

Conquanto a atuação errática e contraditória do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos do Poder Judiciário tenha sido constatada, deve-se indagar a possível fundamentação jurídica e fática para duas espécies de atuação da Corte Suprema. A postura absenteísta flexível (a.2 – vide tópico anterior) se justifica pelo próprio reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Por sua vez, a postura absenteísta rígida (a.1) e ativista (b), devem ser analisadas no presente tópico.

Apesar de antagônicas, as posturas absenteístas rígidas e ativistas trazem consigo influências fática e jurídicas similares. Enquanto na primeira hipótese (a.1), mantém-se o *status quo* anterior, com alto encarceramento e superlotação, na segunda postura (b) é possível vislumbrar uma tentativa de manutenção do alto encarceramento com possibilidade de interferência do poder judiciário para interferir na política pública prisional, sob o fundamento de mitigação da ineficiência do sistema carcerário.

Já na ADPF nº 347 sinalizou-se com a possibilidade de interferência do Poder Judiciário para a construção de estabelecimentos prisionais:

Esta arguição envolve a problemática do dever de o Poder Público realizar melhorias em presídios ou construir novos com a finalidade de reduzir o déficit de vagas prisionais. Vai além: versa a interpretação e a aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, implantar a forma eficiente de utilização dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e o dever de elaboração, pela União, estados e Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura.

(...)

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.⁸⁴

⁸⁴ Íntegra do Voto do Relator na medida liminar disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>

Sob o ponto de vista fático, é possível estabelecer, como já mencionado anteriormente, uma correlação entre a percepção da opinião pública sobre a temática da violência e a postura de manutenção do alto encarceramento, seja sob a premissa do absenteísmo rígido (a.1), seja sob a premissa do ativismo (b). Acerca da influência da opinião pública na postura da Suprema Corte, veja-se Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira⁸⁵:

Até recentemente, na maior parte das vezes, inexistia maior preocupação com a eventual conveniência e oportunidade da decisão, com o eventual timing político da decisão do STF, ou com o impacto da interpretação constitucional além das consequências nas partes processualmente envolvidas. A agenda era uma decisão discricionária da Presidência, que detém ampla margem de liberdade. Esta não era exercida de maneira estratégica e parece ter permanecido como rotina burocrática até a gestão do ministro Nelson Jobim (2004-2006), que modificou esta dinâmica. Normalmente, a inclusão na pauta para julgamento era decidida pela secretaria da Presidência, sem um critério pré-definido, ou então pela relevância das teses jurídicas em questão, a pedido de um ou outro advogado ou ministro. Jobim começou a utilizar outro critério: selecionar para integrar a pauta da sessão, dentre os processos já conclusos para julgamento na secretaria, aqueles que corresponderiam ao momento político-jurídico, sendo que teriam prioridade os casos em que houvesse maior expectativa ou demanda da opinião pública. A partir daí, os sucessivos presidentes buscaram maior sintonia entre agenda do STF e a agenda da opinião pública.

Diante do contexto fático já delineado no tópico 6 deste estudo, em especial o recrudescimento da violência e a percepção desta como um grave problema social, é possível inferir que a influência da opinião pública sobre o Supremo Tribunal Federal interfere na manutenção de alto encarceramento.

Sob essa perspectiva de manutenção de alto encarceramento como resposta a uma realidade fática (altos índices de violência e percepção pública da gravidade deste problema), duas posturas são adotadas pela jurisprudência: a.1 – mera manutenção do encarceramento sem interferência direta sobre a política pública; b – postura ativista, com interferência direta na política pública.

A postura ativista (b), ou seja, aquela em que há interferência direta do Poder Judiciário na *policy* em área inicialmente ligada ao Poder Executivo, pode ser justificada juridicamente pelo que se denomina como “vedação à proteção insuficiente”. Este princípio seria um desdobramento da proporcionalidade, dividida em vedação ao excesso (*übermassverbot*) e vedação à proteção insuficiente (*untermassverbot*) Segundo Gilmar Mendes:

⁸⁵ FALCAO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?. Lua Nova, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100013&lng=en&nrm=iso Acesso em 23/03/2021.

Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.⁸⁶

É possível concluir na temática penitenciária que pode ser justificada a necessidade de interferência do poder judiciário para garantir uma política pública prisional efetiva e que a omissão tratar-se-ia de proteção insuficiente, tanto aos direitos dos detentos, quanto à própria sociedade, afetada pela ineficiência do sistema prisional. Neste sentido, a fundamentação da decisão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.155.959 faz menção a outras hipóteses em que se justificou o ativismo judicial pela ineficiência das demais esferas de poder (interferindo diretamente em *policy*, como já citado):

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. RESERVA INDÍGENA. PRESERVAÇÃO DA POSSE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal já assentou a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Precedentes. 2. Hipótese em que, para chegar a conclusão pretendida pelo recorrente de que não houve omissão na preservação das reservas indígenas, seria necessária a reapreciação dos fatos e do material probatório constantes dos autos, procedimento inviável neste momento processual (Súmula 279/STF). 3. Agravo interno a que se nega provimento. (RE 554446 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe-16-04-2018)⁸⁷

Sendo assim, existem fundamentos fáticos e jurídicos para todas as posturas adotadas pelo poder judiciário (a.1, a.2 e b). No período posterior à decisão da ADPF nº 347,

⁸⁶ HC 102.087/MG Rel. p/ o acórdão Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960> Acesso em 23/03/2021.

⁸⁷ No mesmo sentido:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO POLÍTICA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRECEDENTES. 1. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que afirma a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (RE 808193 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe-01-06-2017) RECURSO EXTRAORDINÁRIO – POLÍTICAS PÚBLICAS – RESTAURAÇÃO DE RODOVIAS – DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – OFENSA NÃO CONFIGURADA – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC/15, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (RE 826254 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe-22-02-2017)

contudo, não se demonstrou um posicionamento claro adotado pelo Judiciário, ou seja, cada ator decide como entende correto. Em verdade, o estado de coisas inconstitucional tornou-se uma fundamentação que pode ser utilizada para justificar decisões com resultados absolutamente distintos, crítica que já era antecipada por Lênio Luiz Streck em texto publicado em 24 de outubro de 2015⁸⁸:

O STF corre o risco de se meter em um terreno pantanoso e arranhar a sua imagem. Isto porque, ao que se pode depreender da tese do ECI e da decisão do STF, fica-se em face de uma espécie de substabelecimento auditado pelo Judiciário. A questão é: por que a Teoria do Direito tem de girar em torno do ativismo? Para além de criar álibis extrajurídicos para que o Judiciário atue de modo extrajurídico, porque não perguntar quais direitos e procedimentos jurídicos e políticos (bem demarcadas uma coisa e outra) a Constituição estabelece? Aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade. Só que isso, paradoxalmente, fragiliza o direito em sua autonomia. Mais do que isso, a decisão judicial não é escolha, e de nada adianta motivação, diálogo e procedimentalização se forem feitas de modo ad hoc.

O uso retórico do ECI

Além disso, tudo o que já foi referido acima demonstra que o ECI acarreta o risco (também) de ser utilizado para fins retóricos. Explico: não seria necessário lançar mão desse “argumento de teoria colombiana” para tratar do que a legislação processual penal brasileira já prevê.

8. Conclusão

À luz dos dados colacionados, é possível concluir que, a despeito de ter sido reconhecida à época como uma decisão paradigmática⁸⁹⁹⁰, não houve uma alteração significativa no comportamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, tampouco mitigada a superlotação, reconhecida como a maior causa de violação dos direitos humanos. Ao revés, constatou-se que houve aumento do encarceramento em patamares superiores ao crescimento da população, sem qualquer impacto, do ponto de vista estatístico, no tratamento dos pedidos de liberdade via *habeas corpus*.

⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/02/Estado-de-Coisas-Inconstitucional.pdf> Acesso em 23/03/2021.

⁸⁹ MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf> Acesso em 23/03/2021

⁹⁰ Caos penitenciário: problema que deve ser enfrentado com urgência. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/01/1951595-caos-penitenciario-problema-que-deve-ser-enfrentado-com-urgencia.shtml> Acesso em 23/03/2021.

O que se pôde observar, portanto, foi a importação de uma fundamentação utilizada pela Suprema Corte colombiana para justificar a postura absenteísta flexível adotada por alguns ministros ou, ao revés, fundamentar a intervenção em políticas públicas (postura ativista) de alguns ministros da Suprema Corte, nos casos cuja análise lhes cabia. Assim sendo, como advertiu Lênio Streck, o estado de coisas constitucional tornou-se mero recurso retórico para fundamentar aquilo que já se almejava decidir.

A postura errática do Supremo Tribunal Federal na abordagem do tema prisional após a decisão cautelar na ADPF nº 347 não foi capaz de nortear o comportamento dos demais órgãos do poder judiciário. Observou-se que, da mesma forma que à fundamentação das decisões do STF acrescentou-se como recurso retórico o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, o Conselho Nacional de Justiça e outros órgãos valeram-se deste mesmo argumento para justificar resoluções, recomendações, portarias e outros atos normativos com objetivos distintos entre si.

Da mesma forma, o déficit de vagas no sistema carcerário não foi combatido por nenhuma das esferas de poder. Não houve uma atuação direta ou ativista pelo Poder Judiciário que pudesse determinar a adoção de políticas públicas contundentes para enfrentar a crise carcerária, tampouco indução, pela atuação judicial, de comportamento do poder executivo voltado à solução da questão prisional, situação que se demonstra pela manutenção do alto déficit de vagas no sistema prisional.

No âmbito legislativo, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional propiciou, à época, a elaboração do Projeto de Lei nº 736/2015, o qual trazia como justificativa *“usurpação das competências dos demais poderes, Executivo e Legislativo, bem como por representar o ativismo judicial do STF.”* Este projeto de lei, contudo, foi arquivado ao final da legislatura sem aprovação.⁹¹

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional em sua origem – suprema corte colombiana – também não foi capaz de imprimir mudanças significativas na conjuntura no qual ele foi reconhecido. Segundo Breno Baía Magalhães⁹²:

Tomado de empréstimo da Corte Constitucional Colombiana (CCC), o ECI não representou a panaceia para os problemas estruturais daquele país, além de contar com importantes opositores no campo acadêmico e ter falhado na prática, dados os tímidos resultados observados na prática (embora simbolicamente significativos no caso dos deslocados internos).

⁹¹ Ver <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010> Acesso em 23/03/2021.

⁹² MAGALHÃES, Op. Cit.

Ante tal conjuntura fática, conquanto tenha sido recebido por parte da doutrina jurídica como uma inovação, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional não contribuiu para a solução da questão carcerária, assim como ocorreu no país de origem da tese jurídica. Tornou-se fundamentação genérica da decisão do julgador, muitas vezes reconhecido como uma realidade posta, mas por vezes ignorada para justificar a própria manutenção da prisão.

Esta postura denota a ausência de força institucional do Supremo Tribunal Federal para imprimir uma mudança no quadro fático, objetivo diametralmente oposto daquele supostamente demonstrado na decisão da ADPF nº 347. Segundo Brinks et Al⁹³, os objetivos institucionais podem ser transformativos ou conservadores. Na hipótese em estudo, fundamentou-se uma decisão com viés transformativo. Não obstante, o comportamento resultante nas cortes é nitidamente conservador – mantendo-se o mesmo *status quo* supostamente combatido na decisão.

9. Referências

9.1 Referências Bibliográficas

ARGUELHES, Diego Werneck. **Dossiê: o desenho do Supremo Tribunal Federal para além da conjuntura**. Disponível em <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/467/491> Acesso em 23/03/2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **MINISTROCRACIA : O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro**. Novos estud. CEBRAP, São Paulo , v. 37, n. 1, p. 13-32, Abr. 2018 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013&lng=en&nrm=iso Acesso em 23/03/2021

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria** In Revista Brasileira de Políticas Públicas/Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. – vol. 5, número especial 2015 - . Brasília : UniCEUB, 2015

BRINKS, Daniel, LEVITSKY, Steven e MURILLO, Maria Victoria. **Understanding Institutional Weakness – Power and Design in Latin American Institutions**. E-book. P. 7.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro. Ed. Forense.

⁹³ Op. Cit. P. 9.

COUTO, Cláudio Gonçalves e ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, Governo e Democracia no Brasil**. Disponível em RBCS Vol. 21 nº. 61 junho/2006.

FALCAO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?**. Lua Nova, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100013&lng=en&nrm=iso Acesso em 23/03/2021.

LIRA, Adriana Costa. **O processo coletivo estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Coleção Direitos Fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional em crise – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte. Ed. D'Plácido, 2019. P. 15.

MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf> Acesso em 23/03/2021

MELLO, Alessandra Lopes Santana de Mello. **Subjetivismo e Ativismo Judiciais: é preciso compreendê-los in** Coord. DIDIER Jr. Fredie et al., **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Ed. Jus Podivm. Salvador, 2013.Pp. 35-63.

MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 2ª Ed. São Paulo, 2013. Ed. Saraiva. P. 22.

RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. **Supremo Tribunal Federal e a presunção de inocência: ativismo, contexto e ação estratégica**. Rei - revista estudos institucionais, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 21-54, abr. 2020. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/459/469>. Acesso em: 23/03/2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. Ed. Saraiva. 2ª Ed. São Paulo, 2016. P. 535.

SAPORI, Luís Flávio e SOARES, Gláucio Ary Dillon. **Por que cresce a violência no Brasil?** 1.ed. 1. reimp. Belo Horizonte. Autêntica Editora: Ed. Puc Minas, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/02/Estado-de-Coisas-Inconstitucional.pdf> Acesso em 23/03/2021.

TATE, C. Neal. **Judicial Review**. Disponível em <https://www.britannica.com/topic/judicial-review>

TAYLOR, Matthew M. **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**. Revista de Ciências Sociais.Rio de Janeiro, Vol.50, no2, 2007, pp.229 a 257.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O Garantismo Processual in** Coord. DIDIER Jr. Fredie et al., **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Ed. Jus Podivm. Salvador, 2013.Pp. 13-34.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 apud MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 2ª Ed. São Paulo, 2013. Ed. Saraiva. Pp. 23/24

9.2. Referências Jurisprudenciais

Superior Tribunal de Justiça - HC 568693/ES.

Superior Tribunal de Justiça - AgRg no HC 591898/SP.

Superior Tribunal de Justiça - AgRg no HC 582929/ES

Superior Tribunal de Justiça - HC 574627/SP

Superior Tribunal de Justiça - AgRg no HC 575380/SP

Superior Tribunal de Justiça - AgRg no HC 573812/SP

Superior Tribunal de Justiça - AgRg no HC 573727/SP.

Supremo Tribunal Federal - Voto da medida liminar na ADPF nº 347 - Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf> Acesso em 14/03/2021.

Supremo Tribunal Federal - HC 102.087/MG Rel. p/ o acórdão Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960> Acesso em 23/03/2021.

Supremo Tribunal Federal - HC 172136, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, Processo Eletrônico Dje-283 Divulg 30-11-2020 Public 01-12-2020. Excertos.

Supremo Tribunal Federal - HC 148.811/AL

Supremo Tribunal Federal - HC 149.344/PA.

Supremo Tribunal Federal - HC 168505 / SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski

Supremo Tribunal Federal - AgRg no RE 1.155.959/DF.

Supremo Tribunal Federal - Pesquisa decisões monocráticas - Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=HC&page=1&pageSize=10&queryString=%22estado%20de%20coisas%20inconstitucional%22&sort=_score&sortBy=desc Acesso em 23/03/2021.

Supremo Tribunal Federal - RE 554446 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe-16-04-2018

Supremo Tribunal Federal - RE 808193 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe-01-06-2017

Supremo Tribunal Federal - RE 826254 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe-22-02-2017

9.3 Outras referências

Conselho Nacional de Justiça - Recomendação nº 62/2020 Recomendação nº 62/2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado164744202009165f6241b000b81.pdf> Acesso em 14/03/2021.

Conselho Nacional de Justiça - Relatório Supremo em ação relatório “Supremo em Ação - Ano 2018” Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf> Acesso em 13/03/2021.

Conselho Nacional de Justiça - Resolução nº 213/2015 https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf

Conselho Nacional de Justiça - Sistema Carcerário e Execução Penal. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/#:~:text=Os%20dados%20apresentados%20revelam%20que,mil%20vagas%20no%20sistema%20carcer%C3%A1rio>. Acesso em 14/03/2021.

Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN 2014 - Disponível em http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/copy_of_infopen_dez14.pdf Acesso em 14/03/2021.

Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2015. Disponível em https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf Acesso em 14/03/2021

Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais – **A Defensoria Pública de Minas Gerais e o Supremo Tribunal Federal - Um estudo sobre os habeas corpus e recursos ordinários em habeas corpus apresentados pela Defensoria Pública de Minas Gerais ao Supremo Tribunal desde a inauguração do escritório de representação em Brasília/DF, em agosto de 2017.** Disponível em <https://defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2020/08/Relato%CC%81rio-dos-HCS-STF-DPMG-1.pdf>

Fundação Getúlio Vargas Rio “**Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores**” Disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/thiago_55_finalizada_web.pdf Acesso em 13/03/2021.

TORRES, Benedito. **Folha de São Paulo - Caos penitenciário: problema que deve ser enfrentado com urgência.** Disponível em

<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/01/1951595-caos-penitenciario-problema-que-deve-ser-enfrentado-com-urgencia.shtml> Acesso em 23/03/2021.

Folha de São Paulo – **Para eleitores, saúde e violência são os principais problemas do país** - Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/para-eleitores-saude-e-violencia-sao-os-principais-problemas-do-pais.shtml> Acesso em 23/03/2021.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública - Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf> Acesso em 14/03/2021.

Portal G1 - **“Brasil tem aumento de 5% nos assassinatos em 2020, ano marcado pela pandemia do novo coronavírus; alta é puxada pela região Nordeste”** Disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/02/12/brasil-tem-aumento-de-5percent-nos-assassinatos-em-2020-ano-marcado-pela-pandemia-do-novo-coronavirus-alta-e-puxada-pela-regiao-nordeste.ghtml> Acesso em 14/03/2021.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA – Atlas da Violência – Homicídios. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/17> Acesso em 14/03/2021.

Jornal Estado de São Paulo - Homicídios no País têm queda de 10% em 2018, com 57,3 mil casos; taxa é a menor desde 2011. Disponível em <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,homicidios-no-pais-tem-queda-de-10-em-2018-com-57-3-mil-casos-taxa-e-a-menor-desde-2011,70003003892> Acesso em 14/03/2021.

Organização das Nações Unidas. Regras de Mandela. Disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf Acesso em 16/03/2021.

Senado Federal - Projeto de Lei nº 736/2015 Ver <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010> Acesso em 23/03/2021.