

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 641.320 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECDO.(A/S) : LUCIANO DA SILVA MORAES
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA
ADV.(A/S) : ARNALDO MALHEIROS FILHO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do TJRS, o qual deu parcial provimento a recurso de apelação interposto por Luciano da Silva Moraes para reduzir a pena condenatória e fixar a prisão domiciliar “enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atenda todos os requisitos da LEP” (fl. 26).

Consta dos autos que o Juízo sentenciante condenou o réu pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, tendo fixado a pena em 5 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, e 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação, ao qual o TJRS deu parcial provimento para, confirmando a condenação, reduzir a pena privativa de liberdade a 5 anos e 4 meses de reclusão, mantida a pena de multa. O Tribunal determinou ainda que, enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atenda a todos os requisitos da Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade seja

RE 641320 / RS

cumprida em regime de prisão domiciliar.

Contra o acórdão do TJRS, o Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso extraordinário, no qual sustenta que o aresto impugnado viola os arts. 1º, III, 5º, II, XLVI e LXV, da Constituição Federal.

Afirma que a impossibilidade material de o Estado instituir estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto que atenda a todas as exigências da legislação penal não autoriza, por si só, o Poder Judiciário a conceder o benefício da prisão domiciliar fora das hipóteses legalmente previstas. Eventual problema de superlotação das penitenciárias seria questão a ser resolvida no âmbito da Administração Pública, não podendo servir como justificativa para a concessão da prisão domiciliar.

Alega que, uma vez que o réu não se enquadra em nenhuma das hipóteses que admitem o recolhimento domiciliar, o acórdão recorrido, ao não levar em conta as circunstâncias pessoais do condenado e a situação do delito, teria desconsiderado a proporcionalidade e a correlação que deve haver entre a conduta do agente e a sanção aplicada.

Requer seja cassado o acórdão proferido pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Em contrarrazões, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul alega que o acórdão apenas interpretou as disposições legais pertinentes à luz dos princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade das penas.

O Tribunal *a quo* inadmitiu o recurso (fls. 12-18).

Interposto agravo de instrumento, na decisão da fl. 108, dei provimento ao recurso para convertê-lo neste recurso extraordinário.

A repercussão geral da questão constitucional discutida foi reconhecida por esta Suprema Corte (fls. 117-123), em acórdão assim ementado:

“Constitucional. 2. Direito Processual Penal. 3. Execução Penal. 4. Cumprimento de pena em regime menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido na

RE 641320 / RS

condenação penal. 5. Violação dos artigos 1º, III, e 5º, II, XLVI e LXV, ambos da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida". (RE 641.320 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 24.8.2011)

A Procuradoria-Geral da República postulou a requisição de informações quanto à existência de vagas (fl. 133).

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), por meio da Petição 85.674/2011 (fls. 138-166), requereu seu ingresso no feito na condição de *amicus curiae*. Sustentou que, por imperativo constitucional, na falta de vagas no regime adequado, a pena deve ser cumprida em regime menos gravoso. Pugnou pela negativa de provimento ao recurso.

Em despacho de fl. 344, deferi o pedido de intervenção.

Deferi a solicitação de informações ao Juízo das execuções penais formulado pelo Ministério Público (fl. 351).

Convoquei audiência pública (fls. 369-371), na qual foram ouvidos 28 especialistas, de várias áreas.

Pelo Parlamento, compareceu o deputado federal Marcos Rogério da Silva Brito.

Pelo Ministério da Justiça, foi ouvido o membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária Herbert José Almeida Carneiro.

Pelo Conselho Nacional de Justiça, manifestou-se Juiz Auxiliar (Luciano André Losekann).

Pelo Conselho Nacional do Ministério Público, foram inquiridos os membros Andrezza Duarte Caçado e Paulo Taubemblatt.

Pelo Conselho Federal da OAB, manifestou-se Fernando Santana Rocha.

Pelas administrações estaduais, foram ouvidos a Secretária de Justiça e Cidadania e Direitos Humanos do Paraná (Maria Tereza Uille Gomes), o Secretário de Segurança Pública do Rio Grande do Sul (Airton Aloisio Michels), o Secretário de Administração Penitenciária de São Paulo (Lourival Gomes), e representantes da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Mato Grosso (Clarindo Alves de Castro), da Agência Goiana

RE 641320 / RS

do Sistema de Execução Penal (Edemundo Dias de Oliveira Filho), da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado da Paraíba (Francisco Ronaldo Euflausino dos Santos).

Pelas Defensorias Públicas, foram inquiridos o Defensor Público-Geral Federal, Haman Tabosa de Moraes e Córdova, além de representante das defensorias públicas da União (Aline Lima de Paula Miranda) e dos estados de Rio Grande do Sul (Nilton Leonel Arnecke Maria), Espírito Santo (Humberto Carlos Nunes), Mato Grosso (Marcos Rondon Silva), Pará (José Adaumir Arruda da Silva e Arthur Corrêa da Silva Neto) e São Paulo (Daniela Sollberger Cembranelli).

Pela sociedade civil, foram inquiridos representantes da Pastoral Carcerária da CNBB (Massimiliano Antônio Russo) e da Conectas Direitos Humanos (Marcos Fuchs).

Pelos Tribunais de Justiça, foram inquiridos os magistrados Sidinei José Brzuska (TJRS) e José de Ribamar Fróz Sobrinho (TJMA).

Pelo Ministério Público, foram ouvidos representantes de Rio Grande do Sul (Ivory Coelho Neto), São Paulo (Miguel Tassinari de Oliveira e Paulo José de Palma).

A transcrição dos depoimentos encontra-se disponível no *site* do Supremo Tribunal para consulta.

O recorrido postulou o cumprimento da pena em prisão domiciliar (fls. 452-454).

Indeferi o pedido, visto que o Juízo das execuções penais informou ter encaminhado o sentenciado a estabelecimento adequado ao regime ao qual foi condenado (fls. 473-474).

A Defensoria Pública da União requereu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae* (fls.443-440). Sustentou que os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade impedem o cumprimento da pena em regime mais gravoso. Pugnou pela negativa de provimento ao recurso.

Deferi o pedido de intervenção (fl. 480).

O Procurador-Geral da República pugnou pelo não provimento do recurso extraordinário (fl. 494-523).

RE 641320 / RS

É o relatório.

Cópia

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 641.320 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): A questão constitucional com repercussão geral reconhecida diz com a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade nos regimes semiaberto e aberto, e com a consequência dessa insuficiência.

Divido a abordagem do caso em julgamento em cinco partes.

Na primeira, traço, em linhas gerais, um diagnóstico da execução penal nos regimes semiaberto e aberto.

Nas duas seguintes, analiso a questão constitucional em julgamento.

Na segunda parte, discorro sobre a possibilidade de manutenção do condenado no regime mais gravoso, na hipótese de inexistir vaga no regime adequado. Desde logo, adianto que refuto essa possibilidade.

Na terceira parte, analiso as consequências do direito a não ser mantido em estabelecimento destinado ao regime mais gravoso. Ao final dessa parte, apresento as teses que tenho por adequadas à solução da repercussão geral.

Na quarta parte, pretendo demonstrar que a questão constitucional em julgamento exige uma solução mais completa do que a simples enunciação de tese. Proponho, em caráter aditivo, medidas que podem ser adotadas com intervenção do Conselho Nacional de Justiça. O objetivo é que se avance na solução do quadro de déficit de vagas no sistema carcerário.

Na quinta e última parte, projeto ao caso concreto as teses expostas, analisando o recurso individual que deu origem à controvérsia.

1ª Parte: Situação da execução penal – regimes semiaberto e aberto

O sistema progressivo de cumprimento de penas não está

RE 641320 / RS

funcionando como deveria.

Um primeiro problema é a falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto. O cruzamento das estatísticas sobre a execução penal do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça revela que as vagas estão muito aquém da demanda e não são distribuídas uniformemente no território.

Os últimos números divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional – Depen – referentes a junho de 2014 – apontam 89.639 (oitenta e nove mil, seiscentos e trinta e nove) pessoas presas no regime semiaberto contra 67.296 (sessenta e sete mil, duzentas e noventa e seis) vagas.

No regime aberto, temos 15.036 (quinze mil e trinta e seis) pessoas presas, para 6.952 (seis mil, novecentas e cinquenta e duas) vagas.

Esses números do Ministério da Justiça não levam em conta as pessoas submetidas à prisão domiciliar.

Levantamento do CNJ – Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, Processo 2014.02.00.000639-2 –, datado de junho de 2014, apontou 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentas e trinta e sete) pessoas em prisão domiciliar no país. Ou seja, em junho de 2014, eram 104.675 (cento e quatro mil, seiscentas e setenta e cinco) pessoas institucionalizadas nos regimes semiaberto e aberto, ao passo que, na metade de 2014, temos mais do que o dobro desse número – 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentas e trinta e sete) – em prisão domiciliar.

É certo que alguns dos presos estão em prisão domiciliar por razões humanitárias – art. 117 da Lei 7.210/84 ou art. 318 do CPP.

Ainda assim, é possível inferir que a grande maioria dessas pessoas em prisão domiciliar estão nessa condição pela falta de vagas.

Indo além, o Departamento Penitenciário Nacional estima que existam 32.460 (trinta e dois mil, quatrocentos e sessenta) sentenciados em regime fechado, com direito à progressão, aguardando a abertura de vagas no semiaberto.

Somados os números, o déficit de vagas nos regimes semiaberto e aberto estaria na ordem 210.000 (duzentas e dez mil) vagas. Considerando que as vagas são 74.248 (setenta e quatro mil, duzentas e

RE 641320 / RS

quarenta e oito), seria necessário triplicar a oferta existente para dar conta da demanda.

Além disso, o regime aberto é simplesmente desprezado por várias unidades da federação. Dezesete unidades da federação – Acre, Alagoas, Amapá, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, São Paulo, Sergipe e Tocantins – simplesmente não adotam o regime aberto.

Esses estados – dentre eles, São Paulo, a maior massa de condenados do país – não têm estabelecimentos destinados a pessoas institucionalizadas nesse regime. Em suma, todas as pessoas condenadas ou que progrediram ao regime aberto no estado com a maior população carcerária do país estão em prisão domiciliar, ou em outro regime sem embasamento na lei.

Ou seja, a lei prevê os três degraus da progressão, mas o último simplesmente não existe em mais da metade do país.

Outro aspecto da questão são os estabelecimentos adequados aos regimes, conforme previsão legal.

O Código Penal prevê como adequado ao regime semiaberto a “*colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar*”, e ao regime aberto “*casa de albergado ou estabelecimento adequado*” (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”).

No entanto, esse é um modelo abandonado na prática.

Os números do Departamento Penitenciário Nacional, relativos a dezembro de 2013, apontam apenas 73 (setenta e três) colônias agrícolas ou industriais e 65 (sessenta e cinco) casas de albergado. Não tenho números exatos da capacidade dessas casas, mas existe a premissa operacional de que esses estabelecimentos precisam ser pequenos. Ou seja, a massa de atendidos é irrisória. A maior parte dos estados nem sequer contam com estabelecimentos dessa ordem.

Já penitenciárias são 470 (quatrocentos e setenta) e cadeias públicas 826 (oitocentos e vinte e seis) no país.

Disso se conclui que o modelo de estabelecimento previsto na Lei de

RE 641320 / RS

Execuções Penais foi abandonado. E, muito mais grave, que os presos dos regimes semiaberto e aberto estão sendo mantidos nos mesmos estabelecimentos que os presos em regime fechado e provisórios.

No que se refere ao aumento do número de vagas nos regimes semiaberto e aberto, os depoimentos produzidos neste processo apontam problemas de ordem variada.

Lourival Gomes, titular da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, reportou, durante a audiência pública, que há uma dificuldade muito grande em fazer a vizinhança aceitar novos estabelecimentos, especialmente os destinados ao regime semiaberto. Reconhece-se essa dificuldade, que precisará ser enfrentada e superada.

Há outras também. Muito embora exista a Resolução 9, de 2011, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, estabelecendo “Diretrizes Básicas de Arquitetura Penal”, são notórias as reclamações dos estados em atender aos requisitos em seus projetos. Com isso, dificultam-se linhas de financiamento pelo FUNPEN.

Nesse aspecto é preciso abrir parênteses para ressaltar a importância de que as unidades sejam pequenas. Menos presos facilitam o controle e a disciplina, além de permitirem a ênfase em atividades de educação e trabalho.

Unidades menores permitem uma maior capilarização, fazendo com que os estabelecimentos penais sejam parte da estrutura urbana das cidades. Com isso, reduz-se a resistência da comunidade à construção de novas unidades e propicia-se ao preso o contato com suas origens e sua família, favorecendo a ressocialização.

O Congresso Nacional já debate a reforma da legislação de execução penal.

Destaco, nesse sentido, o PLS 513/2013, autor Senador Renan Calheiros, relator Senador Eunício Oliveira, que altera a lei de execução penal, atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

O projeto traz propostas importantes.

O regime aberto é transformado em prestação de serviço à comunidade e recolhimento domiciliar (art. 95-A).

Fica vedada a superlotação (art. 114-A), antecipando-se a saída ou progressão do sentenciado mais próximo do requisito temporal (§2º).

Além disso, o projeto prevê medidas administrativas de relevo, como a informatização das guias de execução (art. 106), progressões e livramentos sem prévia deliberação judicial (art. 107, §3º, e art. 112).

No âmbito dos estabelecimentos prisionais, destaco a previsão de que cada comarca terá uma cadeia pública (art. 103).

O projeto está no início de sua tramitação e contempla medidas polêmicas. Difícil crer que será deliberado em breve.

No marco normativo atual, o relevante é que várias Unidades da Federação simplesmente abandonaram o regime aberto. Nos Estados que contam com estabelecimento para atender sentenciados em tais regimes, o número de vagas é irrisório. E os estabelecimentos que oferecem vagas não são diferentes das penitenciárias e cadeias públicas comuns, não podendo ser enquadrados como colônia de trabalho ou casa de albergado.

O programa estabelecido pela legislação para execução das penas em tais regimes está longe de uma implementação satisfatória.

Feitas essas considerações, passo à análise da questão principal em julgamento.

2ª Parte: Inexistência de estabelecimento adequado e manutenção do condenado em regime mais gravoso

Analiso a possibilidade de manutenção do condenado no regime mais gravoso, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado ao seu regime.

Essa questão está ligada a duas garantias constitucionais em matéria penal da mais alta relevância – individualização da pena (art. 5º, XLVI) e legalidade (art. 5º, XXXIX).

O direito à individualização da pena tem caráter normativo. De um lado, a Constituição incumbe ao legislador a tarefa de conferir densidade normativa adequada à garantia. De outro, permite a ele liberdade de

conformação razoavelmente ampla.

A legislação prevê que as penas privativas de liberdade são cumpridas em três regimes – fechado, semiaberto e aberto (art. 33, *caput*, CP).

O regime é inicialmente fixado pelo juiz da condenação, com base no tipo de pena (reclusão ou detenção) (art. 33, *caput*, CP), no tempo de pena (§2º) e na culpabilidade (§3º).

Durante a execução penal, o condenado tem a expectativa de progredir ao regime imediatamente mais favorável, após cumprir, com bom comportamento carcerário, uma fração da pena (art. 112 da Lei 7.210/84).

Não há dúvida de que os regimes de cumprimento de pena concretizam a individualização da pena, no plano infraconstitucional, em suas fases de aplicação e execução.

O legislador poderia ter optado por outras soluções para a concretização da individualização da pena.

Como advertiu Edemundo Dias de Oliveira Filho, da Agência Goiana do Sistema de Execução Penal, durante a audiência pública, o regime progressivo é uma peculiaridade do direito brasileiro.

Com efeito, os países em geral não adotam um modelo progressivo de cumprimento de penas. Nem sequer conhecem algo semelhante aos regimes semiaberto e aberto.

A análise da legislação estrangeira aponta para o cumprimento de penas privativas de liberdade em encarceramento completo, semelhante ao nosso regime fechado, com várias alternativas de suspensão ou substituição das penas privativas de liberdade. O cumprimento de condenações a pena privativa de liberdade não suspensa ou substituída por penas restritivas de direitos ou multa inicia com encarceramento em tempo integral, de forma semelhante ao regime fechado.

A individualização da pena é possibilitada pela expectativa de, após cumprir fração da pena com bom comportamento, passar a um regime de liberdade condicional ou “*parola*”. Inicia-se, então, um estágio de liberdade, baseado na responsabilidade do executado em cumprir as

RE 641320 / RS

condições. Não se cogita que o condenado durma ou frequente o ambiente carcerário nesta fase.

Assim é, por exemplo, em Portugal – art. 61 do Código Penal – Alemanha – §57 “*Strafgesetzbuch (StGB)*” – Itália – art. 176 *Codice Penale* – Argentina – art. 13 do *Código Penal*, e Estados Unidos. Regimes de semiliberdade ou de albergado não são aplicados, ou o são em hipóteses muito restritas, sem representar o curso natural da execução penal.

O regime progressivo não é a única ferramenta de nosso sistema voltada a satisfazer a garantia da individualização. A individualização na execução inicia com a classificação criminal, arts. 5º e 6º da Lei 7.210/84:

“Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.”

Uma classificação bem feita pode direcionar dois condenados pelo mesmo crime – homicídio, por exemplo – para caminhos diversos. Um, reincidente, membro de associação criminosa, potencialmente perigoso, pode necessitar cumprir sua pena em um presídio de segurança máxima. Outro, primário, anteriormente com emprego fixo, que cometeu um crime no calor de uma discussão, pode ser recomendado a um estabelecimento de segurança mínima.

O livramento condicional (art. 83 e ss. do CP), apesar de ser uma figura pouco valorizada em nosso direito, também atua na seara da individualização da execução. Serve de incentivo ao bom comportamento para obtenção da liberdade.

No entanto, o sistema atual foi formatado tendo o regime de cumprimento da pena como ferramenta central da individualização da

RE 641320 / RS

sanção, importante na fase de aplicação (fixação do regime inicial), e capital na fase de execução (progressão de regime).

Sua supressão, sem correspondência em valoração de outros institutos de incentivo à disciplina carcerária – notadamente o livramento condicional – e talvez o redimensionamento das quantidades de pena, reduziria excessivamente o espaço de individualização, nas fases de aplicação e de execução.

Assim, de acordo com o sistema que temos atualmente, a inobservância do direito à progressão de regime, mediante manutenção do condenado em regime mais gravoso, viola o direito à individualização da pena (art. 5º, XLVI).

Relembro que o Supremo Tribunal já afirmou que há direito à individualização na execução penal, pelo que declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, previsto na redação original do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 – HC 82.959, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23.2.2006.

A violação ao princípio da legalidade é ainda mais evidente. Conforme art. 5º, XXXIX, da CF, as penas devem ser previamente cominadas em lei.

A legislação brasileira prevê o sistema progressivo de cumprimento de penas. Logo, assiste ao condenado o direito a ser inserido em um regime inicial compatível com o título condenatório e a progredir de regime de acordo com seus méritos.

A manutenção do condenado em regime mais gravoso seria um excesso de execução, violando o seu direito.

Rechaço peremptoriamente qualquer possibilidade de ponderar os direitos dos condenados à individualização da pena e à execução da pena de acordo com a lei, com interesses da sociedade na manutenção da segurança pública.

Não se nega que o Estado tem o dever de proteção aos bens jurídicos penalmente relevantes. A proteção à integridade da pessoa e ao seu patrimônio contra agressões injustas está na raiz da própria ideia de Estado Constitucional. Em suma, o Estado tem o dever de proteger os

direitos fundamentais contra agressões injustas de terceiros, como corolário do direito à segurança (art. 5º).

No entanto, a execução de penas corporais em nome da segurança pública só se justifica com a observância de estrita legalidade. Regras claras e prévias são indispensáveis. Permitir que o Estado execute a pena de forma deliberadamente excessiva seria negar não só o princípio da legalidade, mas a própria dignidade humana dos condenados – art. 1º, III.

Por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas persistem em sua imanente condição de sujeitos de direitos. A Constituição chega a ser expletiva nesse ponto, ao afirmar o direito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX).

Disso concluo que não se pode ponderar o interesse da segurança pública com os direitos à individualização da pena e à legalidade, sem se desconsiderar que os presos também são pessoas humanas, dotadas de imanente dignidade.

Dessa forma, não será a ponderação de princípios que autorizará o Estado a deixar de cumprir a lei que confere direitos aos condenados durante a execução das penas. Na medida em que os regimes existem, resta ao Estado disponibilizar vagas em estabelecimentos penais adequados à execução da pena no regime adequado.

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal também considera impossível manter o condenado no regime mais gravoso.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: HC 110.892, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18.5.2012; HC 94.810, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 6.3.2009; HC 94.829, Red. p/ acórdão Min. Menezes Direito, Primeira Turma, DJe 19.12.2008; HC 94.526, Red. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 29.8.2008; HC 93.596, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 7.5.2010.

É certo que, inicialmente, formou-se jurisprudência contrária aos pleitos dos condenados (HC 75.299, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 7.11.1997; HC 72.643, Red. p/ Acórdão Min. Ilmar Galvão,

RE 641320 / RS

Primeira Turma, DJ 17.5.1996), mas que acabou superada, na forma dos precedentes mais recentes.

Prevaleceu, na linha do afirmado pelo Min. Celso de Mello no julgamento do HC 93.596, o entendimento de que não se revela “aceitável que, por (crônicas) deficiências estruturais do sistema penitenciário ou por incapacidade de o Estado prover recursos materiais que viabilizem a implementação das determinações impostas pela Lei de Execução Penal – que constitui exclusiva obrigação do Poder Público – venha a ser frustrado o exercício, pelo sentenciado, de direitos subjetivos que lhe são conferidos pelo ordenamento positivo, como, p. ex., o de iniciar, desde logo, quando assim ordenado na sentença (...), o cumprimento da pena em regime semiaberto”.

Indo além, do ponto de vista fático, os indicativos são de que a manutenção dos presos no regime mais gravoso contribui apenas para a perda do controle das prisões pelo Estado, enfraquecendo a própria segurança pública.

Durante a audiência pública realizada neste processo, fiquei muito impressionado com o depoimento do juiz de execuções penais de Porto Alegre/RS, Sidinei José Brzuzka, a esse respeito. Narrou o magistrado que a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos e equiparados pelo STF produziu imediato déficit de vagas no regime semiaberto. Ou seja, o reconhecimento de um direito gerou um impacto até então impensado. Para administrar a questão, o magistrado relatou ter mantido, no regime fechado, os presos com direito ao regime semiaberto. O que aconteceu foi trágico – as facções de presos passaram a controlar o sistema de progressão de regime. Quando precisavam que um de seus membros progredisse, ordenavam a presos do regime semiaberto que não eram de facção que deixassem de retornar para serem recolhidos após saídas autorizadas. Com isso, passaram a dispor das vagas, como se de sua propriedade fossem. Ou seja, o Estado perdeu por completo o controle do sistema.

Além disso, o Estado tornou-se incapaz de garantir minimamente os direitos e a própria segurança dos presos que não faziam parte de facções.

RE 641320 / RS

Como já afirmado, o preso é uma pessoa, um sujeito de direitos. Não pode ser visto perpetuamente como um inimigo. O Estado tem o dever de garantir aos presos em geral a oportunidade de ressocialização. Se não conseguimos garantir a segurança daquele que está em processo de ressocialização – progrediu ao regime semiaberto e está trabalhando –, estamos falhando em cumprir a principal função da execução penal: a ressocialização.

Por todas essas razões, a manutenção do preso no regime mais severo não é uma alternativa.

O Código Penal prevê como adequado ao regime semiaberto a “colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar”, e ao regime aberto “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”).

Há importante discussão acerca do que vêm a ser tais estabelecimentos adequados.

A presente decisão não pretende esgotar essa questão, até por não ser o objeto principal do recurso representativo da controvérsia. Não se pode, no entanto, perder a oportunidade para alguns apontamentos relevantes.

Durante a audiência pública, o juiz de direito do Rio Grande do Sul Luciano André Losekann, na época juiz auxiliar do Conselho Nacional de Justiça, advertiu que as colônias agrícolas e industriais previstas na Lei de Execuções Penais praticamente não existem mais, talvez em razão da mudança de perfil dos condenados.

Como referido, a última estatística oficialmente divulgada pelo Departamento Penitenciário Nacional que contempla esse dado (dezembro de 2013) afirma que, em todo o país, há apenas 73 (setenta e três) colônias agrícolas ou industriais e 65 (sessenta e cinco) casas de albergado. E esses estabelecimentos, pelo tipo de atendimento que fazem, costumam ser pequenos e ter poucas vagas.

Fácil ver que o programa da lei foi praticamente abandonado.

De qualquer forma, não descarto a possibilidade de cumprimento das penas do regime semiaberto em estabelecimento que não se

RE 641320 / RS

caracteriza como colônia de trabalho. A própria lei prevê a possibilidade de utilização de estabelecimento “similar”. Já a oferta de trabalho pode ser suprida por iniciativas internas e externas, notadamente mediante convênios com empresas e órgãos públicos.

O próprio Supremo Tribunal Federal conta com apenados que realizavam importante trabalho. Em meu gabinete, são cinco sentenciados, que prestam ótimos serviços a este Tribunal, vinculados ao Programa Começar de Novo.

O trabalho externo vem, em alguma medida, como um benefício adicional ao preso do regime semiaberto, já que a legislação é restritiva quanto a esse ponto – art. 37 da Lei 7.210/84.

O que é fundamental, de toda forma, é que o preso tenha a oportunidade de trabalhar. O trabalho é, simultaneamente, um dever e um direito do preso – art. 39, V, e art. 41, II, da Lei 7.210/84.

O Estado deve contribuir decisivamente para que os presos tenham oportunidades de trabalho. Não se pode deixar aos presos toda a responsabilidade por buscar colocação, sob pena de criar-se, como mencionado na audiência pública pelo juiz de direito Luciano André Losekann, o regime *semifechado*. Ou seja, o sentenciado, muito embora tenha progredido de regime, pela falta de oportunidade de trabalho, segue em regime em tudo idêntico ao fechado. O magistrado reportou que, de acordo com levantamentos do CNJ, em outubro de 2012, apenas na Penitenciária do Distrito Federal II, havia 854 presos aguardando oportunidade de trabalho para valer-se dos benefícios do regime semiaberto.

Isso é absolutamente indesejável.

Por óbvio, não se trata de permitir ao preso demitir-se da tarefa de buscar qualificação, ou de tolerar preciosismos na adesão às vagas oferecidas. O preso tem o dever de aderir e executar o trabalho com humildade e responsabilidade.

No entanto, o Estado tem, sim, compromisso com a oferta de trabalho aos apenados.

De resto, incumbirá aos juízes da execução penal avaliar os

estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes.

Feitas essas considerações, concluo rejeitando a manutenção do apenado com direito aos regimes semiaberto ou aberto em regime mais gravoso.

3ª Parte: Consequências do direito a não ser mantido em estabelecimento destinado ao regime mais gravoso

Estabelecido como premissa que o sentenciado não pode ser mantido em regime mais gravoso do que tem direito, analiso as consequências que daí devem ser retiradas. Ao final desta parte, apresentarei as teses que tenho por adequadas à solução da questão constitucional.

A proposta de Súmula Vinculante 57 tem a seguinte redação:

“O princípio constitucional da individualização da pena impõe seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução.”

Já me manifestei pela impossibilidade de manter o condenado no regime mais gravoso, no mesmo sentido da proposta de súmula.

Ocorre que a proposta dá, como consequência dessa premissa, a adoção da prisão domiciliar.

Atualmente, conforme o entendimento do Juízo da execução penal, há duas alternativas de tratamento do sentenciado que progride de regime, não havendo vagas suficientes: ou é mantido no regime mais gravoso ao que teria direito (fechado), ou é colocado em regime menos gravoso (prisão domiciliar).

Tenho que já não nos basta apenas afirmar o direito ao regime previsto na lei ou ao regime domiciliar.

Por um lado, é imprescindível cobrar dos poderes públicos soluções definitivas para a falta de vagas, seja pela melhora da administração das

vagas existentes, seja pelo aumento do número de vagas. Sobre isso, tratarei na próxima parte do meu voto.

Não há, no entanto, solução imediata possível. Assim, temos que verificar o que fazer com os sentenciados se a situação de falta de vagas está configurada.

A prisão domiciliar é uma alternativa de difícil fiscalização e, isolada, de pouca eficácia. Não descarto sua utilização, até que sejam estruturadas outras medidas, como as que serão propostas neste voto.

No entanto, é preciso avançar em propostas de medidas que, muito embora não sejam gravosas como o encarceramento, não estejam tão aquém do “*necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*” (art. 59 do CP).

Para tanto, proponho as seguintes medidas: (i) saída antecipada; (ii) liberdade eletronicamente monitorada; (iii) penas restritivas de direito e/ou estudo.

Essas medidas são diversas, mas menos gravosas ao sentenciado do que as previstas na lei e na sentença condenatória. Para sua adoção, dependem de adesão do condenado. Caberá a ele observar as regras disciplinares, submetendo-se à fiscalização dos órgãos da execução penal, sob pena de ser mantido no regime mais gravoso, ou a ele regredir.

Com isso, ainda que falte previsão expressa na lei para adoção dessas medidas em execução penal, tenho que não haverá violação ao princípio da legalidade – art. 5º, XXXIX.

Analiso cada uma dessas medidas.

(i) Saída antecipada. As vagas nos regimes semiaberto e aberto não são inexistentes, são insuficientes. Assim, de um modo geral, a falta de vagas decorre do fato de que já há um sentenciado ocupando a vaga.

Surge como alternativa antecipar a saída de sentenciados que já estão no regime de destino, abrindo vaga para aquele que acaba de progredir.

O sentenciado do regime semiaberto que tem a saída antecipada pode ser colocado em liberdade eletronicamente monitorada; o

RE 641320 / RS

sentenciado do aberto, ter a pena substituída por penas alternativas ou estudo.

A primeira dificuldade dessas providências é a seleção dos sentenciados para a saída antecipada.

O cumprimento da pena deve, em princípio, corresponder ao regime para o qual o condenado está selecionado, no estabelecimento adequado. A adoção de uma solução alternativa não é um direito do condenado. Assim, o fato de inexistirem vagas no regime semiaberto ou aberto pode levar à colocação de alguns condenados em prisão domiciliar, por exemplo. Isso não dá aos condenados que estão em estabelecimentos prisionais a prerrogativa de, em nome da isonomia, receberem o mesmo tratamento.

Ainda assim, deve ser buscada uma uniformidade de tratamento. A saída antecipada deve ser deferida ao sentenciado que satisfaz os requisitos subjetivos e está mais próximo de satisfazer o requisito objetivo. Ou seja, aquele que está mais próximo de progredir tem o benefício antecipado. Para selecionar o condenado apto, é indispensável que o julgador tenha ferramentas para verificar qual está mais próximo do tempo de progressão.

A tecnologia da informação deve ser empregada para essa finalidade. Explicarei, na próxima parte do voto, proposta de criação do Cadastro Nacional de Presos. Esse banco de dados contará com dados pessoais do sentenciado e informações sobre o local onde está recolhido. Além disso, será possível cadastrar os dados dos atestados de pena a cumprir, expedidos anualmente pelos Juízos da execução penal.

Isso permitirá verificar os apenados com expectativa de progredir no menor tempo e, em consequência, organizar a fila de saída com observação da igualdade.

Registro que a saída antecipada não deve ser aplicada em casos em que a progressão de regime é vedada legalmente, como no inadimplemento voluntário da multa (art. 36, §2º, CP) ou da obrigação de reparação do dano e de devolução do produto do ilícito nos crimes contra a administração pública (art. 33, §4º, CP).

Igualmente, não se dispensa a verificação dos requisitos subjetivos para a progressão. Atualmente, a lei prevê que o sentenciado deve “*ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento*” – art. 112 da Lei 7.210/84. A jurisprudência permite o aprofundamento da investigação do merecimento e da aptidão do sentenciado para o benefício. Nesse sentido, pode-se determinar a realização do exame criminológico, a despeito da sua revogação pela Lei 10.792/03 – Súmula Vinculante 26 e Súmula 439 do STJ.

Por certo, ainda restarão várias questões sobre a saída antecipada, a serem apreciadas pelas instâncias ordinárias. Pode-se cogitar, por exemplo, da consideração do caráter do crime – violento ou não, hediondo ou equiparado, ou não. Há bons argumentos favoráveis à consideração dessas circunstâncias. Afinal, são crimes particularmente graves, merecendo cumprimento rigoroso da reprimenda aplicada. Outras considerações, no entanto, podem ser feitas em sentido contrário. O caráter do crime é levado em conta na cominação e na aplicação da pena. Da mesma forma, as circunstâncias que levam à necessidade de uma fração maior de pena para benefícios – reincidência, caráter hediondo do delito – pesarão na saída antecipada, na medida em que necessário mais tempo de pena cumprida para se aproximar do requisito objetivo de progressão.

O que deve ficar ressaltado é que a presente decisão não pretende esgotar todas as possibilidades de administração de vagas nos regimes semiaberto e aberto. Ao reconhecer a possibilidade da antecipação da saída de sentenciados, estamos criando espaço para formulação de uma jurisprudência de base, que irá superar as lacunas e resolver os conflitos.

Tenho por conveniente confiar às instâncias ordinárias margem para complementação e execução das medidas.

Assim, a primeira alternativa que trago é a saída antecipada dos sentenciados.

(ii) *Liberdade eletronicamente monitorada.* A medida prevista na proposta de súmula vinculante é o recolhimento domiciliar. A Lei

RE 641320 / RS

7.210/84 é bastante restritiva quanto ao cabimento da prisão domiciliar, admitindo-a apenas em caráter humanitário:

“Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.”

A despeito da falta de previsão legal, estamos tratando de deferimento de prisão domiciliar pela falta de vagas adequadas no sistema carcerário, indicando uma hipótese não prevista de cabimento do regime.

A prisão domiciliar tem vários inconvenientes.

Para começar, cabe ao condenado providenciar uma casa, na qual vai ser acolhido. Nem sempre ele tem meios para manter essa residência. Nem sempre tem uma família que o acolha.

Indo além, o sentenciado retorna ao pleno convívio da família e dos amigos. Em casos de crimes que tenham os membros da família como vítima, pode-se criar nova situação de risco, tornando a pena insuficiente para proteger as vítimas. Por outro lado, os associados para a prática de crimes passam a ter total acesso ao condenado. Eventuais restrições de movimentação não se estendem à comunidade, que não fica proibida de frequentar a casa na qual a pena é cumprida.

A prisão domiciliar, como medida isolada, apresenta ainda outras dificuldades.

A Lei de Execuções Penais não trata das condições em que a prisão domiciliar ocorre. Já o CPP, ao tratar da prisão domiciliar durante o processo, afirma que o implicado deverá ficar recolhido na residência, “*só podendo dela ausentar-se com autorização judicial*” – art. 317.

O recolhimento domiciliar puro e simples, em tempo integral, gera dificuldades de caráter econômico e social. O sentenciado passa a necessitar de terceiros para satisfazer todas as suas necessidades – comida, vestuário, lazer. Há uma considerável transferência da punição para a família. Surge a necessidade de constante comunicação com os órgãos de execução da pena, para controlar saídas indispensáveis – atendimento médico, manutenção da casa, etc.

Indo além, as possibilidades de trabalho sem sair do ambiente doméstico são limitadas. Sem trabalho, o preso dependerá economicamente de sua família e necessitará de seu apoio para satisfazer todas as suas necessidades.

Mais grave, o ócio certamente não é contributivo para a ressocialização.

Assim, a execução da sentença em regime de prisão domiciliar é mais proveitosa se for acompanhada de trabalho. A oportunidade de saída para trabalho é importante para garantir a manutenção econômica e a ressocialização.

Todas essas considerações desembocam na dificuldade maior da prisão domiciliar: a fiscalização.

A fiscalização periódica, por diligências de agentes públicos – policiais ou oficiais de justiça – não parece ser suficiente para assegurar o mínimo controle da medida, especialmente se autorizado o trabalho externo.

A autodisciplina não é uma solução suficiente. É certo que o regime aberto prevê ênfase na autodisciplina, impondo que os alojamentos não tenham obstáculos físicos contra a fuga – art. 94 da Lei 7.210/84. O mesmo, no entanto, não se aplica ao regime semiaberto. Além disso, se, por um lado, o regime aberto estimula o apenado a voluntariamente manter-se no alojamento, por outro, não impede que eventuais saídas não autorizadas sejam fiscalizadas e sancionadas como falta disciplinar.

A solução para isso parece ser a monitoração eletrônica dos sentenciados, especialmente os do regime semiaberto. Já há inclusive previsão legal para tanto, art. 146-B, II e IV, da Lei 7.210/84.

Não se desconhece que a monitoração eletrônica é desconfortável e estigmatizante. Ainda assim, o condenado pode com ela concordar, na medida em que é oferecida como alternativa à permanência no ambiente carcerário, viabilizando as saídas e a prisão domiciliar. Ou seja, tenho que, a despeito de onerosa, a imposição é válida.

Quanto ao trabalho fora da residência, deve-se fazer um esforço a fim de dar-se essa oportunidade ao sentenciado. Como já dito, a permanência na residência em tempo integral não é uma situação desejável.

Surgirão diversas dificuldades decorrentes do trabalho externo. Será necessário estabelecer rotas e horários para os quais o trânsito será permitido. Essa determinação precisará ser feita em cada caso e fiscalizada em tempo real.

Por óbvio, não é fácil fazer esse controle. Estou propondo, na próxima parte do voto, a estruturação de centrais para acompanhamento da medida.

Deve ser ressaltado que a monitoração eletrônica também tem limitações. A tecnologia poderá auxiliar as centrais de monitoração eletrônica, informando automaticamente desvios não autorizados. Mas a evolução dos recursos técnicos a ponto de dispensar um operador para acompanhar as movimentações ainda é algo que se espera apenas no futuro. A inserção de muitos presos em regime de monitoração eletrônica poderá sobrecarregar o sistema e os seus operadores.

De qualquer forma, melhor do que a pura e simples prisão domiciliar, é a liberdade eletronicamente vigiada, ficando o sentenciado obrigado a trabalhar e, se possível, estudar, recolhendo-se ao domicílio nos períodos de folga.

(iii) Penas restritivas de direito e/ou estudo. A princípio, a liberdade eletronicamente monitorada poderia ser aplicada aos regimes semiaberto e aberto.

No entanto, seja para evitar a sobrecarga, seja para assegurar uma medida que melhor permita o cumprimento da pena e a ressocialização,

RE 641320 / RS

podemos pensar em medidas alternativas mais eficientes para os sentenciados em regime aberto.

Via de regra, se não há estabelecimentos adequados ao regime aberto, a melhor alternativa não é a prisão domiciliar, mas a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito.

Atualmente, as penas restritivas de direito são aplicáveis apenas de forma autônoma – art. 44 do CP. Não há progressão, no curso da execução penal, de uma pena privativa de liberdade para penas restritivas de direito. No entanto, ao condenado que progride ao regime aberto, seria muito mais proveitoso aplicar penas restritivas de direito, observando-se as condições dos parágrafos do art. 44 do CP, do que aplicar a prisão domiciliar.

De modo geral, não vislumbro boas razões para preferir manter o sentenciado que progride ao regime aberto em prisão domiciliar, em vez de impô-lhe penas alternativas. Se o sentenciado que já demonstrou ter condições para o regime aberto está disposto a prestar serviços a comunidade, por exemplo, não há razões para mantê-lo preso em casa.

As penas restritivas de direito são menos gravosas do que a pena privativa de liberdade, mesmo em regime aberto. Além disso, as penas alternativas dependem sempre de adesão do sentenciado que, recusando, poderá ser submetido ao encarceramento. Assim, a substituição não é vedada pelo princípio da legalidade – art. 5º, XXXIX.

Por outro lado, não será possível encaminhar todos os sentenciados para penas alternativas. O sentenciado ao regime aberto inicial que tem negada a substituição pelo juiz da ação penal, por não satisfazer os requisitos legais, não poderá ser beneficiado com a medida.

Uma outra medida que poderia ser adicionada como alternativa à prisão domiciliar seria o estudo. O estudo dá ensejo à remição da pena (art. 126 da Lei 7.210/84) e torna o sentenciado uma pessoa mais produtiva. Assim, a obrigação de frequentar educação formal regular – Ensino Fundamental, Médio ou Superior – pode ser imposta no lugar de uma pena restritiva de direitos.

Essas medidas podem e devem ser avaliadas pelos órgãos da

execução como alternativas. Estamos atuando num campo em que não há legislação rígida dispondo sobre as medidas a serem adotadas. O juiz das execuções penais deverá, com base na realidade do sistema prisional de sua localidade e do perfil dos sentenciados, estabelecer as medidas adequadas.

Registro que o juiz deve observar as penas restritivas de direito previstas no art. 43 do Código Penal e o estudo como alternativas ao regime aberto, observando os limites do art. 44, §2º, do Código Penal.

Estou propondo, na próxima parte do voto, a estruturação de centrais para acompanhamento das medidas alternativas.

Dito isso, sumário as conclusões que estou propondo em resposta à questão com repercussão geral da seguinte forma:

a) A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;

b) Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “*colônia agrícola, industrial*” (regime semiaberto) ou “*casa de albergado ou estabelecimento adequado*” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”);

c) Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto;

d) Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

Importante reiterar que essas medidas não pretendem esgotar as alternativas que podem ser adotadas pelos Juízos de execuções penais no intuito de equacionar os problemas de falta de vagas nos regimes

adequados ao cumprimento de pena. As peculiaridades de cada região e estabelecimento podem recomendar o desenvolvimento dessas medidas em novas direções.

Tenho por conveniente confiar às instâncias ordinárias margem para complementação e execução das medidas.

O fundamental é que estamos afastando o excesso da execução – manutenção do sentenciado em regime mais gravoso – e dando aos juízes das execuções penais a oportunidade de desenvolver soluções que minimizem a insuficiência da execução – cumprimento da sentença em prisão domiciliar ou outra modalidade sem o rigor necessário. O desenvolvimento dessas medidas será deliberado e controlado pelas instâncias ordinárias.

No que se refere à adoção de enunciado vinculante, caso a Corte venha por deliberar pela edição imediata do enunciado, seria mais adequada ao aqui proposto a seguinte redação:

“Inexistindo vaga em estabelecimento adequado aos regimes semiaberto ou aberto, deverão ser determinados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.”

De qualquer forma, o Projeto de Súmula Vinculante não foi chamado a julgamento nesta assentada. Possivelmente, se adotadas as soluções aqui preconizadas, será conveniente monitorar sua implementação, antes de sumular o entendimento.

As considerações desta parte do voto resolvem a questão constitucional submetida à repercussão geral do ponto de vista jurídico,

RE 641320 / RS

mas propõem novos desafios em termos de fiscalização e recrudescem os desafios já existentes de estruturação do sistema.

Analisando, no item seguinte, essas dificuldades.

4ª Parte: Decisão manipulativa

Muito embora nossa legislação de execuções penais seja, em linhas gerais, satisfatória quanto à afirmação dos direitos dos condenados, a falta de providências de ordem administrativa levou o sistema ao colapso.

A situação calamitosa do sistema prisional tem batido às portas do Supremo Tribunal sob diferentes formas.

No tema 365 da repercussão geral – RE 580.252 –, estamos debatendo a responsabilidade civil do Estado em relação ao preso submetido a condições carcerárias inadequadas. Os três votos até o momento são favoráveis à responsabilização do Estado, havendo divergência quanto à forma da indenização. Acompanhei o relator, ministro Teori Zavascki, pelo reconhecimento do direito à indenização em dinheiro. O ministro Roberto Barroso propôs que, preferencialmente, o preso seja indenizado com a remição de dias de pena. O julgamento está suspenso pelo pedido de vista da ministra Rosa Weber.

A ministra Rosa Weber também relata a ADI 5.170, proposta pelo Conselho Federal da OAB, buscando dar interpretação conforme aos dispositivos relativos à responsabilidade civil do Estado, para afirmar que a violação de direitos fundamentais dos presos por más condições carcerárias deve ser indenizada, a título de danos extrapatrimoniais.

No tema 220 da repercussão geral, representado pelo RE 592.581, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, discutiu-se a possibilidade de o Poder Judiciário determinar obras em estabelecimentos prisionais, para assegurar os direitos fundamentais dos reclusos. Por unanimidade, o Tribunal estabeleceu como tese ser *“lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas*

ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes” – o julgamento ocorreu na sessão de 13.8.2015.

Mais recente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, relator ministro Marco Aurélio, proposta pelo PSOL, enfeixa todas essas e outras discussões, postulando que a Corte declare o estado de coisas institucional do sistema penitenciário e determine a elaboração de Plano Nacional, com metas para sanar a inconstitucionalidade. A medida cautelar foi deferida em parte, para determinar a realização de audiências de apresentação dos flagrados e o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional.

No tema deste processo, estamos enfrentando uma questão que nem sequer deveria existir – a falta de vagas em regimes que, em tese, deveriam desafogar o regime fechado e assegurar a aplicação das penas de prisão, por um lado, e a reintegração do condenado à sociedade, por outro.

Esses são alguns dos principais temas da pauta constitucional e social brasileira, e estamos experimentando muita dificuldade em arrostá-los. A realidade prisional é quase sempre calamitosa, e agravada por problemas variados nos diferentes estados da federação. Assim, mesmo com as ferramentas de que hoje dispomos para verificação de ordem prática no controle de constitucionalidade, como a audiência pública, não é possível uma decisão de caráter geral, que resolva a questão por completo. Mas é preciso avançar. Precisamos ser criativos para buscar soluções além dos casos concretos e das ferramentas tradicionais.

Para isso, temos que adotar decisão de caráter plástico, que sirva de plataforma para adequação da realidade aos direitos afirmados pela Constituição e pelas leis.

O ponto principal quanto à técnica de decisão a ser manejada nesta ação é a possibilidade de o STF adotar decisão que manipula o conteúdo

do ordenamento jurídico.

No que se refere às decisões manipulativas, o Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme a Constituição possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei (ADI 2.405/RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 17.2.2006; ADI 1.344/ES, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19.4.1996; Rp. 1.417/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 15.4.1988).

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador (ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.405).

No julgamento conjunto das ADIs 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei (ADI 1.105/DF e ADI 1.127/DF, Rel. Min. orig. Marco Aurélio, Rel. Min. p/ acórdão Ricardo Lewandowski).

Em outros vários casos mais antigos (ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 1.105, ADI 1.127), também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos* (*Sobre a difusa terminologia utilizada, vide: Carlos Blanco de Moraes, Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio, cit., t. 2, p. 238 e s.; Augusto Martín De La Vega, La sentencia constitucional en Italia, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Francisco Javier Díaz Revorio, Las*

RE 641320 / RS

sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Valladolid: Lex Nova; 2001; Héctor López Bofill, Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004).

No curso do ano de 2012, o Tribunal voltou a se deparar com o problema no julgamento de mérito da ADPF 54, Rel. Marco Aurélio, que discutia a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos (ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 12.4.2012).

De fato, ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República quando do julgamento da medida cautelar, o Tribunal já havia admitido a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar de forma criativa, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Ao decidir o mérito da ação, assentando a sua procedência e dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, o Tribunal proferiu uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva em matéria penal.

A doutrina italiana considera manipulativa a decisão mediante a qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição (Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 222).

Como anota Roberto Romboli, tratando das manipulativas, a “Corte modifica diretamente a norma posta ao seu exame, através de decisões que são definidas como ‘autoaplicativas’, a indicar o caráter imediato de seus efeitos, que prescindem de qualquer sucessiva intervenção parlamentar” (Roberto Romboli et al., *Giustizia costituzionale*, 2 ed., Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 304). É fácil ver que se trata de técnica unilateral de supressão da inconstitucionalidade dos atos normativos (Cf. Markus González Beilfuss, *Tribunal constitucional y reparacion de la discriminacion normativa*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 117-130).

Ulterior esforço analítico termina por distinguir as manipulativas de

efeitos aditivos das manipulativas com efeito substitutivo. A primeira espécie, mais comum, verifica-se quando a Corte constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência. As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional.

Entre nós, a técnica manipulativa com efeitos substitutivos foi utilizada no julgamento da ADI-MC 2.332/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 2.4.2004, ocasião em o Supremo Tribunal Federal, vencido no ponto o Relator, decidiu “deferir a medida liminar para suspender, no art. 15-A do Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo art. 1º da Medida Provisória 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão ‘de até seis por cento ao ano’ (*omissis*) para dar, ao final do *caput* do artigo 15-A, interpretação conforme à Carta da República, de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença”.

Como espécies de decisões com alguma eficácia aditiva, ainda devem ser referidas as decisões demolitórias com efeitos aditivos (quando é suprimida uma lei inconstitucional constritora de direitos), as aditivas de prestação (que têm impacto orçamentário) e as aditivas de princípio (onde são fixados princípios que o legislador deve observar ao prover a disciplina que se tem por indispensável ao exercício de determinado direito constitucional).

Ressalte-se que, embora os esforços teóricos acerca do tema tenham frutificado principalmente na Itália, a prolação de decisões manipulativas tem sido uma constante também na jurisprudência dos Tribunais espanhol (Joaquín Brage Camazano, *La accion abstracta de inconstitucionalidad*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 409-410: “*La utilización de este tipo de sentencias se plantea*

especialmente respecto de las hipótesis de desigualdad normativa o trato desigual por parte de una ley, porque la Ley prevé determinadas consecuencias para determinadas hipótesis, pero no para otros supuestos que constitucionalmente hubieran exigido un tratamiento igual. Como dice el TC español, ante tales hipótesis cabe, en principio, equiparar por arriba, suprimiendo las restricciones o exclusiones injustificadas establecidas por el legislador con la consiguiente extensión del beneficio a los discriminados”) e português (Cf. Carlos Blanco de Moraes (Org.), *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, Lisboa: AADFL, 2009, p. 113-115).

Convém observar que, não obstante manifeste-se de forma singular em cada sistema de jurisdição constitucional, a crescente utilização das decisões manipulativas de efeitos aditivos responde a necessidades comuns. Nesse sentido, em lição perfeitamente adequada ao direito pátrio, Augusto Martín de La Vega ressaltou ser possível compreender a proliferação das decisões manipulativas de efeitos aditivos, levando-se em conta três fatores: a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; e c) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional (Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 229-230).

Acrescente-se que é extremamente difícil excluir tal técnica de decisão de regimes como o brasileiro e o italiano, onde inexistente um recurso como o de amparo espanhol ou a *Verfassungsbeschwerde* alemã, já que, em tais circunstâncias, as decisões aditivas tornam-se a via preferencial para a “reinterpretação e tutela dos direitos subjetivos” (La Pergola, *La Constitución como fuente suprema del Derecho*, in Antonio Pina, *Division de poderes e interpretacion: hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 149).

Interessante notar que a complexidade de nosso sistema de controle de constitucionalidade emprestou linhas singulares ao fenômeno das

RE 641320 / RS

decisões manipulativas de efeitos aditivos, conforme o voto que proferi na ADPF-QO 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31.8.2007, especialmente p. 170-171). O STF pôde chegar ao resultado aditivo, inovando o ordenamento jurídico, tanto por meio das ações do sistema concentrado de controle como nas ações diretas decididas com uso de interpretação conforme com efeitos aditivos e através dos remédios constitucionais individuais, sendo numerosos os casos em que, por exemplo, o veículo da pretensão aditiva foi o mandado de injunção.

Em decisão de notável relevância doutrinária para o tema em discussão, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação aos servidores públicos da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, pelo que promoveu extensão aditiva do âmbito de incidência da norma (MI 670, Red. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgados em 25.10.2007. Tenha-se presente, ainda, o MI 543, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 24.5.2002, e o MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.11.1991, quando restou assentado que “é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo que fixar, de molde a facultar-lhe, quando possível, a satisfação provisória do seu direito”).

Outro caso de extensão do âmbito subjetivo de incidência da norma ocorreu no julgamento do RMS 22.307, ocasião em que se discutiu a possibilidade de extensão jurisprudencial da revisão de vencimentos, em percentual de 28,68%, para alcançar categorias de servidores públicos não contempladas na lei que disciplinou a revisão. O Supremo Tribunal, por maioria, entendeu desnecessária lei específica que estendesse a revisão de vencimentos aos servidores não atingidos e, de plano, determinou o reajuste nas folhas de pagamento (MS 22.307, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 13.6.1997).

A crescente relevância, entre nós, da técnica decisória aditiva, foi exposta com proficiência por Ayres Blanco de Moraes:

“Sensivelmente desde 2004 parecem, também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos. Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105 (ADI 3.105, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 18.2.2005), a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos. Poderá, igualmente, ter sido o caso no RMS-22.307 (mandado de segurança) que teria englobado os servidores civis num regime de aumentos legalmente concedido a militares” (Carlos Blanco de Moraes, *Justica constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, t. 2, cit., p. 257. Cf., ainda, sob coordenação do Professor Blanco de Moraes, *As sentenças intermedias da justica constitucional*, Lisboa: AAFDL, 2009).

Cabe ressaltar, ainda, o julgamento conjunto, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos Mandados de Segurança n. 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, em que se assentou que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito tem como consequência jurídica a extinção do mandato.

Também de marcado carácter aditivo, registre-se a decisão proferida na Pet 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, quando o Tribunal, enfrentando a situação de insegurança geral deflagrada pela demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, logrou, mediante a disciplina constante do voto do Ministro Menezes Direito, dar margens nítidas à extensão do usufruto dos indígenas sobre as áreas que lhes são constitucionalmente garantidas (Pet 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 19.3.2009).

Por fim, mencione-se o RE 405.579, Rel. Ministro Joaquim Barbosa.

RE 641320 / RS

Trata-se de hipótese em que duas empresas, importadoras de um mesmo produto, foram discriminadas por concessão de benefício tributário a apenas uma delas, o que gera evidente desequilíbrio comercial. Em voto-vista, propus a extensão do benefício tributário (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei 10.182/2001, com vistas a sanar violação ao princípio da isonomia e restaurar o equilíbrio do mercado comercial.

Na sessão de julgamento de 1º de dezembro de 2010, contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, contra meu voto e dos ministros Ayres Britto, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, deu provimento ao recurso extraordinário e manteve a validade da lei referida (RE 405.579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 4.8.2011).

No presente caso, a despeito das limitações impostas pelo regime extraordinário, podemos fazer um esforço para resolver a questão de forma estruturante, além do simples estabelecimento de teses jurídicas. Podemos avançar, determinando a observação de ferramentas que serão essenciais na implementação dos direitos dos sentenciados e no atendimento ao programa legal quanto à execução penal.

Para tanto, é fundamental contarmos com o apoio dos órgãos existentes no Poder Judiciário e no Ministério Público para desenvolvimento e fiscalização das soluções a serem adotadas.

No âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça tem papel importante na supervisão do sistema carcerário. A Lei 12.106/09 criou, no CNJ, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Esse departamento é vocacionado para acompanhamento das medidas aqui deliberadas, conforme se percebe nos incisos do art. 1º, §1º:

§ 1º Constituem objetivos do DMF, dentre outros correlatos que poderão ser estabelecidos administrativamente:

I – monitorar e fiscalizar o cumprimento das recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça em relação à prisão provisória e definitiva, medida de

segurança e de internação de adolescentes;

II – planejar, organizar e coordenar, no âmbito de cada tribunal, mutirões para reavaliação da prisão provisória e definitiva, da medida de segurança e da internação de adolescentes e para o aperfeiçoamento de rotinas cartorárias;

III – acompanhar e propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas;

IV – fomentar a implementação de medidas protetivas e de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário;

V – propor ao Conselho Nacional de Justiça, em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas, a uniformização de procedimentos, bem como de estudos para aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria;

VI – acompanhar e monitorar projetos relativos à abertura de novas vagas e ao cumprimento da legislação pertinente em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas;

VII – acompanhar a implantação e o funcionamento de sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias;

O DMF tem estrutura de pessoal, prevista na própria lei de criação. Além disso, o CNJ tem poder para requisitar outros magistrados e servidores, caso a tarefa assim exija – art. 6º, XXVIII e XXIX, Regimento Interno.

De forma paralela, o Conselho Nacional do Ministério Público também pode ser chamado a tomar parte ativa nesse procedimento, atuando em conjunto com o CNJ. A participação do CNJ e do CNMP é um convite à participação de todos, da comunidade jurídica, das autoridades federais, estaduais e municipais, da comunidade em geral.

Com apoio dos Conselhos, podemos adotar decisão que acolha medidas concretas a serem fiscalizadas por esta Corte.

Há providências de ordem administrativa e de política judiciária que poderão ser implementadas mesmo sem reformas legislativas.

Quanto às providências que podem ser tomadas com coordenação do Conselho Nacional de Justiça, estou propondo que o órgão elabore projetos para sua concretização em prazo razoável.

A adoção desse tipo de decisão pelas Cortes Constitucionais é uma realidade, inclusive de forma bem mais radical do que aqui proponho.

A Suprema Corte norte-americana usou-o no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954, quando reiterou a inconstitucionalidade da discriminação racial nas escolas públicas e determinou que as leis federais, estaduais e municipais fossem ajustadas a essa orientação. Confiou a execução do julgado aos tribunais de distrito que deveriam guiar-se por princípios de equidade, tradicionalmente caracterizados “pela flexibilidade prática na determinação de remédios e pela facilidade de ajustar e conciliar as necessidades públicas e privadas”. Todavia, esses tribunais deveriam exigir das autoridades escolares “um pronto e razoável” início da execução, competindo-lhes verificar a necessidade de que se outorgasse um prazo adicional para a conclusão das reformas exigidas.

Em 2011, analisando recursos provenientes de julgamento por colegiado judicial da Califórnia nas ações coletivas movidas por *Coleman* e outros e *Plata* e outros contra o então governador *Brown*, a Suprema Corte confirmou decisão aditiva local. Considerou que as reiteradas violações a direitos a assistência médica dos presos estavam ligadas à superpopulação carcerária. Em consequência, determinou que o Estado do Califórnia elaborasse, em prazo curto, plano de redução da superpopulação, de forma a redução a ocupação para um máximo de 137,5% (centro e trinta e sete vírgula cinco por cento) do número de vagas, selecionando os encarcerados para serem liberados. Isso representa uma libertação de cerca de 40.000 (quarenta mil) internos. A medida foi fiscalizada por um colegiado de juízes da Califórnia.

Aqui no Supremo Tribunal Federal também já adotamos decisões dessa ordem.

No julgamento de Questões de Ordem nas Ações Diretas 4.357 e

RE 641320 / RS

4.425, referentes à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade do regime de pagamentos de precatórios previsto pela Emenda Constitucional 62/2009, concluído em 25.3.2015, o Tribunal conferiu ao Conselho Nacional de Justiça poderes para fazer diagnóstico do sistema de pagamentos pelas diversas unidades da federação e propor medidas, inclusive de caráter normativo, para assegurar a liquidação do estoque de precatórios, em prazo razoável.

Deliberou-se que as propostas do CNJ deveriam ser analisadas, em sessão jurisdicional, prosseguindo o julgamento da questão de ordem na ação de controle concentrado, pelo próprio STF.

De forma semelhante, no caso Raposa Serra do Sol, o Tribunal expediu várias determinações de ordem aberta, delegando ao relator, em articulação com o TRF1, a supervisão de sua implementação – Pet 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 19.3.2009.

Na ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, o STF deferiu medidas de caráter liminar, voltadas à superação do caos do sistema carcerário (9.9.2015). O pedido daquela ação é justamente para que o Tribunal expeça determinações de caráter aberto e fiscalize seu cumprimento, retendo a jurisdição.

Nesses precedentes, adotamos a técnica do *complex enforcement*. SARGENTICH, tido como o primeiro autor a empregar a locução, definiu o “*complex enforcement*” como o tipo de litígio “*no qual um segmento grande da realidade social é denunciado como ofensivo ao direito e transformado por ordens judiciais de fazer ou não fazer*” (“*in which a large segment of social reality is denounced as offensive to law and transformed through the judicial process of injunction*” - SARGENTICH, Lewis D. *Complex Enforcement*. Trabalho não publicado. Disponível em: <<http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1134127.files/March%2014%20Readings/SargentichComplexEnforcement.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2015.).

No presente caso, tenho que é necessário adotar solução semelhante.

Aqui, há a peculiaridade de estarmos tratando de matéria na qual há ponto de conexão entre a atividade administrativa e judicial. Os juízes da

execução penal têm competências administrativas, dentre elas “zelar pelo correto cumprimento” das penas e inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos da execução, podendo chegar a sua interdição – art. 66 da Lei 7.210/84.

Em grande parte, o que está sendo aqui defendido é a transposição dessas competências para o Supremo Tribunal, como uma espécie de órgão jurisdicional central, na medida em que analisa a presente questão constitucional com repercussão geral.

Essa transposição é recomendada pela eficácia expansiva que os recursos extraordinários com repercussão geral possuem. A análise do caso concreto não deixa dúvida de que a solução da questão constitucional posta requer mais do que uma simples declaração do direito aplicável. Pede a adoção de medidas transformativas, num campo em que a magistratura das execuções penais tem atribuição de atuar.

Passo a expor as propostas.

Criação do Cadastro Nacional de Presos. Aumentar as vagas é fundamental, mas seria ingênuo pensar que haveria fôlego financeiro para triplicar as vagas dos regimes semiaberto e aberto em prazo razoável.

Precisamos de medidas que contemplem soluções para otimizar as vagas existentes e ofereçam alternativas à institucionalização.

Para permitir a saída antecipada de sentenciados mais próximos ao cumprimento de pena, nos termos preconizados neste voto, é indispensável que o Juízo das execuções penais disponha de informações acerca da situação das execuções penais em trâmite.

O quê a prática demonstra é que uma vara de execuções penais que controla os processos apenas por autos em papel não tem condições de atender aos direitos dos sentenciados em tempo adequado. Fácil projetar que, se deferida a antecipação de benefícios em razão da lotação carcerária, não se terá tampouco meios de verificar quais os sentenciados estão mais próximos de obter a saída.

Nem todas as Unidades da Federação contam com órgãos centrais

RE 641320 / RS

da administração da execução penal. Muitas vezes, o Poder Executivo demite-se da tarefa, deixando a cargo das varas de execuções penais administrar as vagas no sistema prisional.

É preciso centralizar a gestão da execução penal, em órgãos do Poder Executivo, com capacidade de vislumbrar o sistema como um todo.

Para tanto, é indispensável a criação do Cadastro Nacional de Presos.

Registro que, nesse ponto, não estamos criando algo sem embasamento no ordenamento.

A utilização de ferramentas de tecnologia da informação na execução penal é prevista em lei como um dever para a administração pública. A Lei 12.714/12 determina que os “dados e as informações da execução da pena, da prisão cautelar e da medida de segurança deverão ser mantidos e atualizados em sistema informatizado de acompanhamento da execução da pena”.

Esse sistema deve “informar tempestiva e automaticamente, por aviso eletrônico, as datas” previstas para “progressão de regime” e “livramento condicional”. Além disso, deve avisar o “enquadramento nas hipóteses de indulto ou de comutação de pena”.

Em tese, os sistemas deveriam ter sido instalados pelas Unidades da Federação em setembro de 2013, final da *vacatio legis* de um ano (art. 6º).

Ou seja, a administração está em mora.

O Poder Executivo da União deveria não só ter apoiado as Unidades da Federação no desenvolvimento e na implantação dos sistemas, mas também na instituição de “sistema nacional” para interoperabilidade dos sistemas estaduais – art. 5º.

Muito embora a Lei 12.714/12 não mencione o Conselho Nacional de Justiça, o papel do Conselho na informatização da execução penal é consagrado pela Lei 12.106/09, que cria o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, em seu âmbito. É um dos objetivos do DMF “acompanhar a implantação e o funcionamento de sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismo de

RE 641320 / RS

acompanhamento eletrônico das prisões provisórias” – art. 1º, §1º, VII.

Além de instrumentalizar as saídas antecipadas, a criação de um cadastro de sentenciados traria outras conveniências.

Com um sistema informatizado, seria possível que os benefícios dos presos fossem decididos no seu devido tempo. Teríamos aí um grande avanço. As vagas no sistema prisional são um recurso escasso. Extinção de pena, progressão de regime, livramento condicional, são judicialmente concedidos e abrem vagas no sistema. Além disso, seria possível liberar a força de trabalho das Varas de Execuções para decidir outros incidentes relevantes.

Não bastasse isso, com a utilização da tecnologia da informação na execução penal, teríamos estatísticas confiáveis, em tempo real, da situação prisional do país. Hoje, os esforços do Ministério da Justiça em tabular os dados demandam energia desproporcional e produzem estatísticas incompletas e defasadas. Em junho de 2015, foi concluído e divulgado o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias relativo a junho de 2014, um ano de defasagem. Esse relatório é feito com base em questionários submetidos pelo Ministério às Secretarias de Segurança Pública dos Estados. O sucesso da compilação depende da boa vontade das Unidades da Federação em fornecer seus dados. No último relatório, São Paulo simplesmente se omitiu. Ou seja, não há dados sobre a maior massa carcerária do país.

Outro benefício seria a possibilidade de verificação da situação do sistema em tempo real e de otimização do manejo de vagas. Isso foi feito no Estado do Paraná, pela Secretária de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, Maria Tereza Uille Gomes, que criou centrais de vagas e monitoramento em tempo real dos presos, usando ferramentas de administração – *business intelligence*. A prática participou da edição de 2014 do Prêmio Innovare e melhorou substancialmente a administração penitenciária do Estado do Paraná.

Também o projeto de reforma da Lei de Execução Penal (PLS 513/2013, autor Senador Renan Calheiros, relator Senador Eunício Oliveira, atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado)

RE 641320 / RS

prevê a utilização de tecnologia da informação para que os benefícios aos sentenciados sejam automatizados e o despacho somente seja necessário para negá-las.

O número de prisões e progressões de regime pode ser previsto apenas até certo ponto. Situações excepcionais criam demandas imprevisíveis. Já mencionei, nesta decisão, a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para crimes hediondos, que, de um dia para outro, criou a necessidade de milhares de vagas no regime semiaberto.

Mesmo um sistema bem estruturado deve prever alguma válvula de escape, para reduzir o tempo de encarceramento em caso de necessidade excepcional.

Nos já mencionados casos da Califórnia, a solução para o colapso do sistema foi justamente liberar presos ainda com penas a cumprir. Restou escolher os condenados que estavam mais próximos ao término da pena e, presumivelmente, apresentavam menor risco de reincidência.

Aqui, estou propondo decisão de caráter semelhante – saída antecipada. A instrumentalização da saída antecipada depende da centralização das informações acerca dos presos em cada unidade.

Para tanto, é fundamental a criação de cadastro de presos, com dados suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena.

Com isso, assegura-se a igualdade de tratamento entre os presos.

A medida pode ser implementada administrativamente, sem a necessidade alteração da legislação.

A providência é absolutamente prioritária, na medida em que estruturação do cadastro servirá de plataforma para todas as outras medidas.

Proponho que o Conselho Nacional de Justiça apresente, em 180 dias, contados da conclusão deste julgamento, projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação.

Centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas. Nesta decisão, estou propondo a adoção de prisão domiciliar e penas alternativas como resposta à falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto.

Para que essas medidas sejam viáveis, é fundamental a estruturação de centrais de monitoração eletrônica e acompanhamento das medidas alternativas.

A monitoração eletrônica, como já afirmado, tem previsão legal e é adotada em alguns Estados. A padronização dos serviços espalharia a tecnologia para estados que atualmente não dispõem do sistema. Além disso, a escala pode permitir ganhos econômicos e tecnológicas.

Quanto às demais medidas alternativas, a proposta de substituição de penas do regime aberto por penas restritivas de direito sobrecarregará as atuais estruturas de fiscalização. Na maior parte das Comarcas, a fiscalização das penas alternativas é feita diretamente pelas Varas de Execuções Penais, com colaboração de entidades conveniadas. A estruturação de centrais permitiria uma otimização dos recursos e diminuiria a sobrecarga das varas.

Registro que, nessa seara, há recente iniciativa da maior importância. Convênio firmado pelo ministro Ricardo Lewandowski, como presidente do CNJ, com o ministro da justiça, José Eduardo Cardozo, em 9.4.2015, busca justamente avançar nesse campo.

Quero também registrar a importância da iniciativa do Ministério da Justiça, que, por meio da Portaria 250/2015, previu a destinação de recursos do FUNPEN a “projetos de Implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica de Pessoas Cumpridoras de Medidas Cautelares Diversas da Prisão e Cumpridores de Medidas Protetivas de Urgência e de Centrais Integradas de Alternativas Penais”.

Proponho que, em 180 dias, contados da conclusão deste julgamento, o CNJ apresente relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas.

Trabalho e estudo. Muito embora não seja esse o objeto principal da questão constitucional em julgamento, o trabalho e o estudo na prisão encurtam a pena, na forma do art. 126 da Lei 7.210/84, e favorecem a ressocialização.

Programas de fomento ao trabalho e estudo reduziriam o problema da falta de vagas nos regimes carcerários, razão central deste recurso.

Veja-se que nem sequer o Estado se dispõe a aceitar o trabalho dos condenados. O atual modelo de execução de obras públicas tem privilegiado a contratação de empresas, pelo regime de empreitada. Há muitos condenados que podem e devem trabalhar, na forma do art. 31 da Lei 7.210/84, que poderiam ser envolvidos em empreitadas públicas.

É possível pensar em soluções que viabilizassem a atuação do preso em entidades beneficiadas com recursos públicos, como é o caso das integrantes dos serviços sociais autônomos, o chamado Sistema S, seja na prestação de serviços de interesse da comunidade ou, ainda, em atividades profissionalizantes.

Indo além, os Tribunais administram verbas decorrentes de prestações pecuniárias, na forma da Resolução 154 de 2012 do CNJ. A resolução permite a destinação dos recursos a órgãos públicos “*para atividades de caráter essencial à segurança pública*”. Essa poderia ser outra fonte de recursos, centralizando-se a verba na criação de postos de trabalho e oferta de cursos.

O CNJ pode ser chamado a articular os potenciais atores envolvidos, governos e tribunais, para desenvolver projetos de criação de oportunidades nessa área. O Conselho já tem experiência na matéria. O Projeto Começar de Novo é uma iniciativa de recolocação de sentenciados no mercado de trabalho por ele estruturada.

Criado pela Resolução 96/2009 do CNJ, o Começar de Novo tem por objetivo “promover ações de reinserção social de presos, egressos do sistema carcerário e de cumpridores de medidas e penas alternativas”.

O programa compõe-se de “um conjunto de ações educativas, de capacitação profissional e de reinserção no mercado de trabalho”.

Sua execução é feita por “todos os órgãos do Poder Judiciário”, em

parceria com a administração pública e entidades públicas e privadas.

Segundo dados do CNJ, na presente data, há uma oferta de 16.252 vagas de trabalho, sendo 11.479 já preenchidas. No campo da capacitação, há 8.054 vagas de cursos disponíveis.

Ou seja, o CNJ e os Tribunais de Justiça já contam com expertise na área da capacitação e oferta de trabalho para presos e egressos do sistema carcerário.

O esforço de expansão do projeto atualmente existente, com foco nos condenados em fase de cumprimento de pena, seria de capital importância para remediar a falta de oferta de vagas no sistema carcerário, viabilizar a inserção produtiva dos egressos, e, em última análise, reduzir a taxa de reincidência.

Proponho que o CNJ, em 1 ano, elabore relatório para expansão do Programa Começar de Novo e adoção de outras medidas buscando o incremento da oferta de estudo e de trabalho aos condenados.

Aumento do número de vagas nos regimes semiaberto e aberto. Indo além, para uma solução satisfatória do problema, o número de vagas nos regimes semiaberto e aberto precisa ser aumentado, para aproximar-se da demanda.

O CNMP, dentro do Programa Segurança sem Violência, tem trabalhado no sentido de que buscar alternativas ao déficit.

Da mesma forma, o CNJ pode se debruçar sobre a questão e oferecer soluções.

Parece claro que a questão do financiamento dos estabelecimentos penais é central. Na ADPF 347, foi expedido provimento cautelar para vedar o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94.

A “*construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais*” é uma das finalidades do Fundo – art. 3º, I.

No entanto, as unidades da federação reclamam de entraves burocráticos para liberação dos recursos.

RE 641320 / RS

Compreende-se que o investimento público necessite de rígidos controles. Ainda assim, é indispensável que os estados sejam auxiliados para se desincumbir de tais tarefas satisfatoriamente. Os processos precisam ser desburocratizados, para que o Fundo possa atender suas finalidades.

Indo além, a mão de obra dos sentenciados poderia ser utilizada na construção e reforma de unidades prisionais, reduzindo o custo das construções.

Não se pode descartar envolver órgãos da administração nas construções. O Departamento de Engenharia do Exército conta com a Diretoria de Obras e Cooperação, destinada à construção de obras de engenharia de interesse civil. Eventualmente, poderia liderar o trabalho construtivo.

Outra alternativa ligada ao financiamento das estruturas carcerárias é o estabelecimento de Parcerias Público-Privadas.

O Estado de Minas Gerais tem iniciativa nessa linha. A construção e a administração do Complexo Penal de Ribeirão das Neves foram contratadas mediante PPP.

O modelo tem vantagens expressivas, especialmente no âmbito da redução e da estimativa de custos.

O projeto mineiro entregou a construção e a administração do complexo ao parceiro privado.

Na fase da instalação, o parceiro privado ficou responsável por projetar o empreendimento (observados parâmetros mínimos de arquitetura carcerária) e executar o projeto. A remuneração somente surgiu com a disponibilização das vagas, pelo que a demora na construção prejudica principalmente o parceiro privado.

Após, o parceiro privado ficou responsável por toda a administração e segurança do estabelecimento.

Sua remuneração é calculada, principalmente, com base nas vagas colocadas à disposição. Assim, se por qualquer razão, uma cela deixa de ficar operacional, o risco é do parceiro privado.

Por outro lado, a administração tem que pagar a parte substancial da

RE 641320 / RS

remuneração, mesmo que não use as vagas disponibilizadas. Isso dá segurança ao parceiro privado.

Também tem influência fundamental na remuneração a qualidade do serviço prestado, avaliada por auditoria independente, em conjunto com a comunidade, com base em indicadores estabelecidos. Rebeliões e doenças na população carcerária, por exemplo, reduzem a contrapartida.

O projeto procura dar ao parceiro privado os incentivos corretos, para que administre o estabelecimento com eficiência – sem desperdício, mas mantendo a qualidade.

Do ponto de vista da administração, é esperada maior previsibilidade e uma redução moderada dos custos.

No caso de Minas Gerais, o Estado arcou com os custos da parceria. Não vislumbro empecilho para que o FUNPEN participe do financiamento da construção, na medida em que há previsão de aplicação de seus recursos em “construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais” e “manutenção dos serviços penitenciários”.

Outra alternativa seria a adoção de estabelecimentos específicos para os casos de segurança mínima, desafogando o sistema. Nessa linha, não se pode deixar de registrar o sucesso do método APAC, baseado na autodisciplina. Os sentenciados ficam recolhidos a centro de recuperação – sem grades – gerido por eles próprios. Já há várias iniciativas dessa ordem em diversas Unidades da Federação. O Prêmio Innovare de 2014 premiou, com menção honrosa, a prática em São José dos Campos – SP.

Modelos baseados em autodisciplina podem ser alternativa para os condenados de menor periculosidade, reduzindo a sobrecarga do sistema.

A fim de consolidar as alternativas para atingir o resultado, o CNJ deverá, em 1 ano, apresentar relatório com projetos para o aumento do número de vagas nos regimes semiaberto e aberto.

Friso que os pontos mencionados são simples delineamentos para a proposta a ser apresentada. Não há aqui nenhuma pretensão de esgotar o tema. Caberá ao CNJ ampla liberdade para avaliar e desenvolver as propostas que entender adequadas, ou outras que venham a surgir. Para

tanto, o Conselho poderá interagir com o CNMP, com a administração em todos os seus níveis, com os tribunais, com o Ministério Público, com as defensorias públicas, com a advocacia e com a sociedade em geral.

Em suma, estou propondo que o Tribunal vá além da simples enunciação da tese para solução da questão constitucional, estabelecendo providências para adequar a execução penal nos regimes semiaberto e aberto ao plano legal. Para a execução da tarefa, proponho que o Tribunal convoque o CNJ, com poderes elásticos, para desenvolver e implementar as medidas determinadas e adotar outras que sejam oportunas.

5ª Parte: Caso concreto

No caso concreto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga.

Neste recurso, o Ministério Público do Rio Grande do Sul pugna pela reforma da prisão, para que o condenado inicie a execução da pena no regime mais gravoso – fechado, enquanto aguarda a vaga.

Antes de mais nada, ressalto que a possibilidade desse tipo de questão ser debatida durante o processo de conhecimento não é objeto do recurso extraordinário. A revisão do entendimento do Tribunal de Justiça quanto ao ponto seria potencialmente contrária ao réu, pelo que não pode ser analisada de ofício.

Neste voto, estou propondo que a falta de vagas no regime semiaberto não autoriza a inserção do preso no regime mais gravoso, mas autoriza (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado

RE 641320 / RS

que progride ao regime aberto.

Como consequência, estou dando provimento do recurso extraordinário apenas nessa extensão.

Registro, no entanto, que a informação nestes autos é de que o recorrido foi inserido em estabelecimento adequado ao regime semiaberto (fls. 455-471), pelo que a questão posta em julgamento representará pouca eficácia no cumprimento de sua pena, salvo alterações fáticas ulteriores.

Isso, no entanto, não representa perda do objeto do recurso ou necessidade de substituição do processo que representa a controvérsia, como proposto pelo Procurador-Geral da República.

No curso da execução penal, o condenado pode ser transferido para outro estabelecimento. Nada impede que, após o julgamento deste recurso, a administração penitenciária local use essa faculdade em relação ao recorrido. Além disso, no futuro, o sentenciado terá a expectativa de progredir ao regime aberto, reavivando a questão da consequência de eventual falta de vagas.

Logo, enquanto houver pena a cumprir, é relevante a projeção do entendimento ao caso concreto.

Dessa forma, ainda que a situação atual do recorrido esteja de acordo com o título em execução, é cabível analisar o recurso, na medida em que pode ser transferido para outro estabelecimento.

Dispositivo

Ante o exposto, resolvo a controvérsia com repercussão geral fixando o entendimento de que:

a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;

b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "*colônia agrícola, industrial*" (regime semiaberto) ou

RE 641320 / RS

“*casa de albergado ou estabelecimento adequado*” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”);

c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

Determino que Conselho Nacional de Justiça apresente:

a) em 180 dias, contados da conclusão deste julgamento, (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas;

b) em 1 ano, relatório com projetos para (i) expansão do Programa Começar de Novo e adoção de outras medidas buscando o incremento da oferta de estudo e de trabalho aos condenados; (ii) aumento do número de vagas nos regimes semiaberto e aberto.

Dou parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto.