Boletim - 274 - Setembro/2015

Sumário
Editorial
Artigos
Jurisprudência

DIRETORIA EXECUTIVA

Coordenador chefe:

José Carlos Abissamra Filho

Coordenadores adjuntos:

Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Suguimori Santos

Conselho Editorial

Sobre o cárcere, o Judiciário e irresponsabilidades

Autor: Bruno Shimizu

O aprisionamento é estruturalmente ilegal. Qualquer aprisionamento.(1)

Mesmo que respeitados os parâmetros de legalidade impostos pela legislação de determinado local no que tange às condições das prisões, os próprios critérios de seleção que determinam quem será encarcerado são essencialmente discriminatórios, seja na América Latina, onde o cárcere se coloca como aparato de segregação e extermínio da juventude negra, pobre e periférica, seja em países "centrais", onde o cárcere funciona como mecanismo de contenção de segmentos indesejados, fazendo-se como *locus* da institucionalização da xenofobia e da inocuização dos "consumidores falhos".(2)

No Brasil, contudo, onde a política de encarceramento em massa da pobreza transforma o sistema penal em um aparato genocida,(3) a ilegalidade do encarceramento não é sequer contestável. Em um contexto de "deslegitimação pelos próprios fatos",(4) a seletividade estrutural se alia a práticas medievais de tortura e horror.

A Defensoria Pública de São Paulo, no cumprimento de suas atribuições previstas no art. 81-B, V, da LEP, desenvolveu política de visitas de inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado.(5) A experiência contribuiu para reafirmar o que é de conhecimento geral: a situação prisional viola os direitos humanos mais básicos e degrada, em um pretenso Estado Democrático de Direito, a vida de milhares de pessoas. Todos os estabelecimentos visitados até o momento estavam superlotados, chegando, não raro, a quase 400% de lotação; o que representa, em geral, mais de 50 pessoas em celas com capacidade para 12.

As condições das celas são indignas. A falta de luminosidade e ventilação é assustadora. A insalubridade, aliada à péssima conservação das instalações hídricas, proporciona um odor pútrido e piora a situação daqueles que dormem no chão, sobre pedaços de espuma infestados de percevejos. Não bastasse, os presos são submetidos a racionamento crítico de água, passando, na maioria dos locais, dois terços do dia sem acesso a esse recurso. O banho de água gelada, mesmo em períodos de frio, torna doenças respiratórias uma constante. Quanto à alimentação, os presos relatam que, muitas vezes, os alimentos estão azedos, cheiram mal, além de chegarem em quantidade insuficiente. Em São Paulo, invariavelmente, nenhum alimento é entregue aos detentos entre 16hs e 7hs. A maioria das unidades não conta com equipe mínima de saúde, ficando os presos doentes quase sempre relegados ao próprio azar.

Diante desse cenário de barbárie, cabe perguntar qual o papel do Poder Judiciário e como ele tem se portado ao ser confrontado com esse paradoxo, no qual a aplicação do Direito Penal importa, obrigatoriamente, a violação de direitos fundamentais.

Do ponto de vista jurídico-formal, o Estado, ao se valer do *ius puniendi*, processando e prendendo o cidadão, assume responsabilidade sobre sua custódia. Em razão do dever de guarda, a responsabilidade estatal por danos que advenham dessa relação é objetiva.(6)

A aplicação das normas pelo Judiciário, contudo, quando se trata da garantia de direitos dos excluídos, nunca se dá de forma objetiva, sendo a ideologia de extermínio do inimigo o vetor que, na maioria das vezes, orienta as decisões.

A título de exemplo, cita-se uma ação civil pública ajuizada pela Defensoria, requerendo fornecimento suficiente de água aos presos do CDP de Praia Grande, estabelecimento extremamente precário e superlotado, onde os presos, não bastasse se amontoarem em celas com espaço de menos de um metro quadrado por pessoa, ainda sofrem intenso racionamento de água. Em primeira instância, foi concedida medida liminar. Contudo, em sede de agravo interposto pelo Estado, o Desembargador**José Luis Gavião de Almeida** cassou a liminar, alegando que não haveria urgência no provimento: "*O presídio envolvido não é novo e a população carcerária do local, de uma forma ou outra, tem sobrevivido, como mostra o relatório do CNJ que não aponta rebeliões, fuga ou morte entre presos*". (7) O mero risco à vida e à integridade física dos presos não é suficiente para que se reconheça situação de urgência. Exige-se que presos morram ou que causem rebeliões que, de preferência, sejam transmitidas por programas policiais sensacionalistas. O direito tutelado pelo Judiciário não é o direito do preso, mas o

direito da classe média de não ser incomodada pela lembrança de que há um contingente enorme de pessoas tratadas como lixo, sendo empurradas às masmorras brasileiras por este mesmo Judiciário que, ao ser confrontado com sua própria ilegalidade, escolhe o cinismo como expediente para se esquivar de sua responsabilidade.

Essa mesma postura é acompanhada pela cúpula do Tribunal Paulista. Em duas ações civis públicas movidas pela Defensoria pleiteando a instalação de equipes mínimas de saúde no CDP de Serra Azul e na Penitenciária de Ribeirão Preto, cada uma contando com uma população de mais de mil presos, as medidas liminares impondo obrigação de fazer ao Estado foram suspensas pelo Presidente do Tribunal, sob o argumento de que o cumprimento da legislação, mediante prestação de atenção à saúde dos presos, *"expõe a risco grave a ordem pública, compreendida aqui como ordem administrativa".* O Desembargador **Renato Nalini** asseverou que, caso mantida a decisão de primeira instância, haveria um "*evidente potencial replicador, multiplicador, porque é inegável que, se preservada sua eficácia, servirá de paradigma para situações relacionadas com outros estabelecimentos prisionais*".(8) Logo, a medida foi suspensa, por razões políticas e econômicas, eis que, a garantir o direito à saúde dos presos de duas unidades prisionais, o Judiciário teria de reconhecer que as outras unidades também funcionam à margem da legalidade. Para que se evitasse esse contratempo, pareceu melhor ao Tribunal simplesmente deixar que nenhuma unidade fosse contemplada. Interessante notar, ainda, como questões orçamentárias e administrativas aparecem tranquilamente em decisões, como justificativa para a violação de direitos fundamentais, quando a sociedade discute justamente os impactos orçamentários deletérios da concessão de volumosos "auxílios moradia" e outras gratificações e verbas indenizatórias a juízes e demais operadores do sistema.

As esquivas do Poder Judiciário em reconhecer a responsabilidade jurídica pelas condições indignas de encarceramento – inclusive sua própria responsabilidade –, institucionalizaram-se, em São Paulo, bem como em vários Estados, por via da invenção da exótica figura do "juízo corregedor dos presídios", relegando-se as atividades judiciais de fiscalização e garantia de direitos sociais dos presos a um "juiz com função administrativa", conforme entendimento endossado pelo CNJ.(9) Assim, as violações de direitos da população carcerária, em vez de serem levadas à apreciação do juízo natural das Varas da Fazenda Pública, sofrem o deslocamento de competência para um "juiz sem poderes jurisdicionais", que pouco mais faz que expedir ofícios protocolares recomendando que se garanta esse ou aquele direito, se possível. O sistema de Justiça, ciente da ilegalidade estrutural do cárcere, desenvolveu manobra jurídica que impede o efetivo acesso à Justiça da população carcerária, por meio da "administrativização" inconstitucional das funções judiciais do art. 66, VII e VIII, da LEP.

Atualmente, tramitam no STF algumas ações sobre o tema da responsabilidade civil do Estado pelas condições de encarceramento. A ADIn 5.170, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, pede que seja conferida interpretação conforme à Constituição aos dispositivos 43, 186 e 927 do Código Civil, para reconhecer o dever de indenizar por condições carcerárias violadoras de direitos fundamentais. Chama a atenção, contudo, que, na própria inicial, sem qualquer amparo legal, o autor peça que o valor pago a título de indenização não se destine à vítima da violação, mas, sim, seja depositado em um fundo próprio. Por sua vez, no RE 280.252, em trâmite no STF, o Min. Roberto Barroso apresentou voto reconhecendo a contrariedade ao direito representada pela situação carcerária. Contudo, propôs inovação, sugerindo que, em vez de compensar o preso mediante indenização, dever-se-ia reconhecer-lhe o direito à remição, instituto originalmente pensado como forma de fomentar o estudo e o trabalho, direitos que, por sistematicamente não serem garantidos, poderiam ser substituídos pelo ato de suportar condições de tortura. Em ambos os casos, verifica-se que os próprios operadores do Direito, mesmo quando reconhecem a ilegalidade do cárcere, recusam-se a dispensar ao preso tratamento isonômico. No que toca à "remição por tortura", parece óbvio que os institutos não guardam relação entre si. A minoração ou o perdão da pena pela indignidade na forma de cumprimento deveria vir pelos instrumentos político-criminais do indulto e da comutação,(10) evidentemente sem prejuízo da justa indenização. De toda forma, verifica-se que, na lógica do Poder Judiciário, o direito do preso é visto com preconceito, sendo ele tratado como um não cidadão, acobertado, quando muito, por regras de um "direito humanitário não escrito", que só entra em ação, modestamente, quando for inevitável se evitar a visibilidade do extremo excesso de crueldade.

Notas

(1) Sobre a concepção do cárcere como uma instituição "fora da lei", cf. Wacquant, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. port. de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 147-158.

(2) Bauman, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. port. de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 24.

(3) Para uma leitura do sistema penal brasileiro como produto de um projeto genocida, cf. Flauzina, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

(4) Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. port. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes

da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

(5) A metodologia utilizada nessas inspeções se consubstancia em questionamentos feitos à direção dos estabelecimentos prisionais, entrevistas reservadas com algumas das pessoas presas no local, escolhidas aleatoriamente, diálogo com os presos nos locais de aprisionamento e observação direta pelos Defensores Públicos. Cumpre salientar que a incursão se dá em todas as áreas utilizadas para a custódia de pessoas, tais como os setores de inclusão de presos, do convívio rotineiro, de cumprimento de sanção disciplinar, de proteção e segurança pessoal e enfermaria.

(6) Nesse sentido: "[...] *são as hipóteses nas quais é o* ***Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano****. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da* ***responsabilidade objetiva***" (Bandeira de Mello, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009. p. 1036-1037).

(7) TJSP – AI 0136175-50.2013.8.26.0000 – j. em 18.07.2013.

(8) TJSP – Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 2031991-72.2014.8.26.0000 – j. em 07.03.2014.

(9) Refere-se, aqui, à decisão do CNJ no procedimento de controle administrativo 200810000002397, de 08.04.2008: "*A decisão que decreta a interdição de estabelecimentos prisionais é de natureza administrativa e não jurisdicional, não sendo desafiável por meio do recurso de agravo em execução (art. 197 da LEP), consoante entendimento do STJ (MC n. 5220/MG e RMS n. 4059/RS). Analogia com a natureza jurídica da decisão que transfere presos, igualmente consubstanciadora de ato administrativo (STF:* HC *n. 64347/SP e* HC *n. 67221/PR; STJ: CC n. 40326/RJ). II. Sendo administrativo, submete-se ao controle hierárquico da Administração e compete ao juízo da execução criminal, desde que observadas as formalidades e procedimentos, caso regulamentados, do Tribunal de origem. Exegese conjugada dos arts. 65 e 66, VIII, da LEP*".

(10) Vale mencionar que a Defensoria Pública de São Paulo e a Pastoral Carcerária Nacional encaminharam sugestão para o decreto de indulto de 2014 no sentido de se conceder indulto ou comutação a partir de parâmetros de superlotação, convocando a Presidência a levar em conta as condições materiais de encarceramento para o exercício do poder de indultar. A proposta, contudo, aprovada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pela Secretaria de Assuntos Legislativos da Presidência, foi barrada pelo gabinete do Ministério da Justiça.

Bruno Shimizu
Mestre e Doutor em Criminologia pela USP.
Defensor Público Coordenador Auxiliar do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.
Presidente da Comissão de Sistema Prisional do IBCCRIM.

IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - Rua Onze de Agosto, 52 - 2º Andar - Centro - São Paulo - SP - 01018-010 - (11) 3111-1040