

São Paulo, 12 de setembro de 2023.

Excelentíssimo Senhor Ministro  
Doutor ALEXANDRE DE MORAES  
Por e-mail

Ref.: ADPF 347-DF  
Relator sorteado: Ministro Marco Aurélio (aposentado)

Eminente Ministro:

Na qualidade de membros do Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos (IDDD), habilitado nos autos em epígrafe como amigo da Corte, tendo em vista que está agendada para amanhã a retomada do julgamento da arguição, pedimos licença para dirigir a V. Ex.<sup>a</sup> as seguintes ponderações, já versadas na manifestação escrita do Instituto, bem como na sustentação oral ofertada por meio eletrônico pela segunda subscritora, em busca de contribuir para a mitigação do inegável e já reconhecido estado de coisas inconstitucional de nossos cárceres.

O estado de coisas inconstitucional que assola o sistema carcerário brasileiro é patente, não pode ser negado, dispensando outras considerações adicionais em busca de constatá-lo. Sendo assim, a discussão deve ocupar-se das medidas possíveis para o saneamento da situação dantesca, nos âmbitos constitucionais de competência de cada um dos Poderes da República.

Nesse sentido, o IDDD propôs em sua manifestação a essa E. Suprema Corte que vislumbrasse a parte de responsabilidade que lhe seria cabente na solução do problema, no sentido de aprimorar os instrumentos de saída do sistema carcerário, com a incrementação de eficiência de 3 potentes instrumentos judiciais de desencarceramento: a audiência de custódia, o *habeas corpus* e a progressão de regime de cumprimento de pena.

Com efeito. Há muito o Instituto aponta a relevância da audiência de custódia como medida de diminuição da quantidade de prisões cautelares, que funciona, no mais das vezes, quase como uma porta de entrada definitiva do sistema carcerário. Bem porque não é irrelevante a quantidade de pessoas presas preventivamente que permanecem custodiadas durante todo o processo, até que, transitada em julgado a condenação, a prisão se transforme em cumprimento de pena. E, cada vez mais, a apresentação do preso em flagrante ao magistrado, promovida em tempo reduzido, mostra-se medida eficaz contra o encarceramento excessivo e desnecessário. Tendo-se em vista que o tema se encontra em apreciação no julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, o IDDD pede vênias para apenas registrar a importância da audiência de custódia, sem explicitação de mais argumentos neste memorial, certo de que o tema merecerá, oportunamente, a atenção dessa C. Corte Constitucional, inclusive sob o enfoque de desafogo do sistema carcerário que enfrenta estado inconstitucional de coisas

Trate-se, agora, da importância do instrumento tutelar da liberdade por excelência: o *habeas corpus*. Pondere-se, inicialmente, que, ainda que não seja responsável pelo investimento e manutenção dos presídios, ao Judiciário cabe determinar quem perderá sua liberdade e, hoje, sua dignidade. Isso significa que o Poder Judiciário pode e deve fazer parte da solução ou, ao menos, do abrandamento da gravidade desse estado inconstitucional de coisas. Para tanto, não é possível que os instrumentos jurídicos de que dispõem Juízes e Tribunais para garantir direitos fundamentais básicos, como o *writ of habeas corpus*, encontrem amarras jurisprudenciais, tais como as que caracterizam o que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva”. No ponto, é fundamental que não se olvide que essa denominada jurisprudência defensiva, “(...) no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço”<sup>1</sup>.

Com efeito. Quando se trata do sistema carcerário, negar a possibilidade de acesso a Cortes Superiores, seja por *habeas corpus*, reclamação ou por petição avulsa, significa negar jurisdição no sentido mais brutal. É negar ouvidos àquele que se encontra submetido ao poder e à força de

---

<sup>1</sup>. HC 84.078, Pleno, rel Min. EROS GRAU, j. em 5.2.2009, DJe 26.2.2009.

coação estatal na forma mais severa permitida no ordenamento jurídico. E, dado o estado inconstitucional de coisas, é também dizer-lhe para suportar calado a tortura do sistema prisional caótico e desumano, devendo aguardar que seus reclamos sigam os trâmites ordinários.

Por isso, *data venia*, a eficiência da decisão a ser proferida na presente ADPF passa pela revisão das restrições que têm sido impostas à abrangência do remédio heroico. Um exemplo é o Verbete 691 da Súmula de Jurisprudência desse E. Supremo Tribunal, que, como se sabe, impede a apreciação por instâncias superiores de eventuais ilegalidades praticadas em indeferimentos de liminares em *habeas corpus* por instâncias inferiores, privilegiando a colegialidade dos Tribunais *a quo*, em detrimento de eventual direito do paciente.

No mesmo diapasão está a limitação do uso do *writ* quando cabível recurso ou revisão criminal, orientação jurisprudencial que se encontra, hoje, consagrada. O efeito dessa opção restritiva ao cabimento do *mandamus* é a manutenção de constrangimentos ilegais, que vão da prisão indevida até a existência de processos criminais ilegais, que podem levar ao encarceramento preventivo, por exemplo, com o fito único de privilegiar as fórmulas recursais ou procedimentais, em detrimento da tutela ao direito de liberdade do cidadão.

Com o devido respeito, não há como tratar de excesso ilegal de encarceramento sem lembrar que o instrumento tutelar da liberdade, por excelência, é o *habeas corpus*. Limitar o seu alcance é, também, limitar o controle de legalidade de atos que mediata ou imediatamente podem levar ao encarceramento. É, portanto, indispensável excluir as limitações impostas jurisprudencialmente ao *habeas corpus*, com o objetivo de contribuir para o saneamento do caos inconstitucional tratado nesta ADPF.

É preciso dizer que esse processo de contenção da amplitude do *habeas corpus* é recente e está em descompasso com a tradição assentada pela Suprema Corte, que sempre conferiu alcance bastante amplo ao *habeas corpus*, com o fim de, pelo controle expedito e eficiente de legalidade, impedir que indivíduos acabassem submetidos indevidamente à Justiça Criminal, incluídas situações de coação ou ameaça indireta à liberdade individual<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup>. Nesse sentido, cf. RHC 76.946, 2ª T., rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 27.4.1999; HC 86.120, 1ª T., rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 9.8.2005; HC 79.191, 1ª T., rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 4.5.1999; HC 88.190, 2ª T., rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 29.8.2006, DJ 6.10.2006; HC 94.016, 2ª T., rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 16.9.2008; HC 87.111, 2ª T., rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 21.2.2006; HC 71.373, Pleno, rel. Min. FRANCISCO REZEK, j. em 10.11.1994; HC 98.237, 2ª T., rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 15.12.2009.

Não há como escapar. Limitar o âmbito de atuação do *habeas corpus* é, além de inconstitucional, incrementar o risco de encarceramento indevido e dificultar o desencarceramento quando cabível, razão por que o restabelecimento do âmbito amplo de atuação do *mandamus*, com a revogação do Enunciado 691 e das orientações limitadoras da amplitude da via do *habeas corpus*, é instrumento indicado neste momento que se buscar sanear, ainda que minimamente, o sistema prisional.

Outra proposta concreta apresentada pelo IDDD em sua petição de habilitação, tem o condão de impactar de forma eficaz o sistema carcerário, tornando-o muito mais justo. Trata-se de interpretar o art. 112 da LEP conforme a Constituição. Afinal, é notória a existência de inúmeros sentenciados que, por falta de pedido de progressão de regime ou de benefícios, permanecem nas prisões superlotadas além do que deveriam.

Em relevante avanço, essa E. Corte Constitucional já alterou a interpretação do art. 112 da LEP para entender que a sentença de progressão de regime tem natureza declaratória, não constitutiva<sup>3</sup>.

O entendimento de que se está diante de decisão meramente declaratória, no entanto, não foi suficiente para impactar o nosso sistema de execução da pena. É preciso, *data venia*, um pouco mais: é necessário que, vencido o lapso temporal objetivo no cumprimento da pena, a regra seja a progressão automática, e a exceção, a manutenção do *status* mais grave.

Por isso, o IDDD propõe que o art. 112 da LEP seja interpretado conforme a Constituição Federal para assentar que “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência automática para regime menos rigoroso quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior, podendo o juiz competente obstá-lo, a pedido do Ministério Público, ouvida a defesa, por decisão devidamente fundamentada, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

O caos de nosso sistema penitenciário esvazia a própria razão de ser da pena privativa de liberdade. De ressocialização, torna-se apenas castigo e tortura. E, por isso, cabe ao Judiciário e a essa Suprema Corte a relevante responsabilidade de contribuir com a correção desse estado inconstitucional de coisas, pela incrementação de instrumentos que permitam o saneamento do sistema carcerário.

---

<sup>3</sup>. STF, HC 115.254/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, 2ª Turma, j. em 15.12.2015.

Por esses fundamentos e nos termos acima expostos, cuja motivação detida encontra-se na petição apresentada pelo IDDD nos autos da ADPF 347, entendemos que a decretação de procedência da arguição é de rigor, para conferir maior efetividade amplitude às audiências de custódia, para libertar o *habeas corpus* das amarras impostas pela jurisprudência defensiva, bem como para conferir interpretação conforme ao art. 112 da LEP, nos termos antes propostos.

Contando com a costumeira atenção de V. Ex.<sup>ª</sup>, atenciosamente subscrevemo-nos.



**Roberto Soares Garcia**  
Presidente do Conselho Deliberativo do IDDD  
OAB/SP 125.605



**Flávia Rahal**  
Conselheira do IDDD  
OAB/SP 118.584



**Guilherme Ziliani Carnelós**  
Presidente da Diretoria do IDDD  
OAB/SP 220.558



**Domitila Köhler**  
DIRETORA DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA  
OAB/SP 207.669



**Ana Fernanda Ayres Delloso**  
MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA  
OAB/SP 291.728