

Recebido em: 30/08/2023

Aprovado em: 24/11/2023

DOSSIÊ

COMPENSAÇÕES PUNITIVAS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS: REFLEXÕES SOBRE O FUTURO DA ADPF 347 NO STF

*PUNITIVE COMPENSATIONS FOR VIOLATIONS
OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF PRISONERS:
REFLECTIONS ON THE FUTURE OF THE CLAIM
OF NON-COMPLIANCE WITH A FUNDAMENTAL
PRECEPT (ADPF) 347 BEFORE THE BRAZILIAN
FEDERAL SUPREME COURT*

Ademar Borges de Sousa Filho¹

Aline Osório²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os fundamentos constitucionais da compensação punitiva.

¹ Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Colaborador da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ. Professor do Mestrado e Doutorado do IDP.

² Mestre em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito (LL.M.) pela *Harvard Law School*. Professor de Direito do CEUB.

1.1. A compensação punitiva e o princípio da culpabilidade; 1.2. A compensação punitiva e o princípio do ne bis in idem. 1.3. A compensação punitiva e o princípio da proporcionalidade sancionatória. 2. A possibilidade de ampliação do regime de compensação punitiva por meio da analogia com o instituto da detração. 3. O debate sobre as compensações punitivas na ADPF 347. Conclusão. Referências.

RESUMO: No Brasil, há um subdesenvolvimento teórico da categoria da compensação punitiva, que pretende o reconhecimento de que violações de direitos fundamentais dos presos devem produzir efeitos compensatórios na pena a ser cumprida. À luz do nosso sistema constitucional e de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o artigo defende que o STF deve, no julgamento do mérito da ADPF 347, afirmar o direito à compensação punitiva pela violação dos direitos dos presos decorrentes da superlotação carcerária. Essa solução contribuirá, a um só tempo, para reparar, de maneira rápida e eficaz, a violação de direitos dos presos e reduzir o elevado grau de superlotação carcerária que caracteriza o sistema prisional brasileiro há décadas.

PALAVRAS-CHAVE: Compensações punitivas; Direitos fundamentais; Presos; superlotação carcerária; STF; estado de coisas inconstitucional; presídios.

ABSTRACT: In Brazil, there is an underdevelopment of the theoretical category of punitive compensation, which seeks the recognition that violations of fundamental rights of prisoners should produce compensatory effects on the sentence to be served. In light of our constitutional system and decisions from the Inter-American Court of Human Rights, the article argues that the Brazilian Federal Supreme Court (STF) should, in the judgment of the merits of Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept (ADPF) 347, affirm the right to punitive compensation for the violation of prisoners' rights resulting from prison overcrowding. This solution will, at the same time, quickly and effectively repair the violation of prisoners' rights and reduce the high degree of prison overcrowding that has characterized the Brazilian prison system for decades.

KEYWORDS: Punitive compensations; Fundamental rights; Prisoners; Prison overcrowding; Federal Supreme Court of Brazil; Unconstitutional state of affairs; Prisons.

INTRODUÇÃO

Violações de direitos fundamentais dos presos devem produzir efeitos compensatórios na pena a ser cumprida: essa é a lógica que explica a categoria das compensações punitivas. O tema tem ganhado crescente atenção da doutrina e da jurisprudência nacionais (ROIG, 2017; TAVARES, 2015; SOUSA FILHO, 2019; LIMA, 2022).

O primeiro ensaio de reconhecimento jurisprudencial de que violações de direitos também constituem penas e devem gerar consequências jurídicas ocorreu em maio de 2015, quando o Supremo Tribunal Federal discutia o direito de presos à indenização por danos morais diante do encarceramento em condições indignas. No julgamento do RE 580.252, o Ministro Luís Roberto Barroso apresentou voto-vista no qual defendeu a adoção de um mecanismo alternativo de reparação de danos pela violação de direitos fundamentais dos presos: a remição de parte do tempo de execução (BRASIL, STF, 2015a). Contudo, a posição não angariou maioria diante de objeções de que a proposta encontra óbice no princípio da legalidade penal.

Logo após, o debate sobre o tema das compensações punitivas foi inserido na agenda da STF com o ajuizamento da ADPF 347, que pedia, entre outros, que se reconhecesse que as violações de direitos fundamentais sofridas sistematicamente pelos presos brasileiros deveriam resultar em compensações quantitativas e qualitativas na pena. A pretensão deduzida na ação foi, porém, rejeitada no julgamento do pedido de medida cautelar, em 2016. Embora a Corte tenha declarado, de maneira inédita, a existência de um estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, entendeu que a ausência de previsão legal para esse tipo de compensação punitiva seria um óbice ao acolhimento da pretensão.

No julgamento da medida cautelar na ADPF 347, o Ministro Luís Roberto Barroso, embora tenha acompanhado o Relator, Ministro Marco Aurélio, no indeferimento dos pedidos relativos à compensação punitiva, reconheceu que “muitas vezes o condenado cumpre pena em condições mais gravosas do que seria tolerável” (BRASIL, STF, 2015b). Por isso, afirmou que “havendo pedido de reparação que, a meu ver, deve ser feito perante o Juízo da execução penal, acho, sim, que, a título de reparação, o juiz pode eventualmente reduzir a pena” (BRASIL, STF, 2015b).

Depois dessa primeira rodada de debates em torno do tema nos anos de 2015 (no RE 580.252) e 2016 (na ADPF 347-MC), o direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais no cárcere recebeu importante impulso da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 2018, quando decidiu pela contagem em dobro de todo o período de pena cumprido em situação degradante por interno do se Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC, no Complexo Penitenciário de Bangu, na

Zona Oeste do Rio de Janeiro (COSTA RICA, Corte IDH, 2018). Mais recentemente, em 2021, no AgR no RHC 136.961, a 5ª Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Reynaldo Fonseca, reconheceu a obrigatoriedade da aplicação pelos juízes nacionais da decisão da Corte IDH (BRASIL, STJ, 2021).

Esses avanços na jurisprudência sobre o tema ampliaram significativamente o espaço para a afirmação, no Brasil, de um regime jurídico de compensações punitivas no campo penal. Caberá ao STF decidir, no julgamento do mérito da ADPF 347, se as violações de direitos fundamentais dos presos devem produzir compensações punitivas, bem como, em caso positivo, o modo como essas compensações devem operar na ordem jurídica brasileira. O tema possui, portanto, enorme relevância para a pretendida superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Este artigo se organiza em três partes. Na primeira, são expostos os fundamentos constitucionais da noção de compensações punitivas. A segunda parte defende a ampliação do regime de compensação punitiva no país por meio de uma analogia com o instituto da detração. Por fim, a terceira parte analisa criticamente o debate sobre as compensações punitivas na ADPF 347 e explora as potencialidades desse julgamento.

1. OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA COMPENSAÇÃO PUNITIVA

No Brasil, o sistema de compensação punitiva por restrições (legítimas e ilegítimas) de direitos fundamentais sofridas pelo indivíduo seja no curso da investigação e do processo seja na fase de execução da pena é bastante incipiente. Os problemas vão desde a falta de regra explícita que permita a compensação, na pena final, das restrições impostas ao réu como medidas cautelares até a completa ausência de parâmetros para compensação de restrições de direitos resultantes da violação da lei pelo Estado. O subdesenvolvimento teórico da categoria da compensação punitiva em nosso país tem dificultado o reconhecimento de que o caráter aflitivo da pena pode ser exercido concretamente por meio de outras medidas restritivas de direitos fundamentais ou até mesmo pela violação de direitos do apenado.

À luz do nosso sistema constitucional, é preciso, porém, reconhecer que a noção de pena justa exige que o juiz considere todas as violações de direitos sofridas pelo indivíduo como resposta ao cometimento do delito. Com efeito, a categoria da compensação punitiva conduz à necessidade de que tais violações dos direitos fundamentais do autor do delito produzam consequências tanto no momento da fixação da pena na sentença condenatória como na fase executória, com a possibilidade de eventual redimensionamento da pena (LIMA, 2022, p. 138).

Uma boa oportunidade para inaugurar o acolhimento dessa categoria no STF é o julgamento de mérito da ADPF 347. Do universo de situações que podem revelar conteúdo punitivo – e que, portanto, devem impactar o processo de individualização da pena –, tal ação centra esforços naquelas que resultam da violação de direitos fundamentais imputadas diretamente ao Estado na fase da execução da pena. Nesse contexto, não há maiores dificuldades teóricas em reconhecer a necessidade de compensação na pena a ser cumprida das restrições ilegítimas de direitos fundamentais impostas pelo próprio Estado. A elevada carga punitiva presente na submissão do apenado a condições ilegais de execução da pena é associada ao fato de que é o aparato estatal que responde diretamente por tais ilegalidades.

A execução da sanção penal implica uma forte afetação dos direitos fundamentais dos condenados, já que a pena imposta gera a restrição ou a suspensão de direitos, como a liberdade física e a livre locomoção e os direitos à intimidade pessoal e familiar, à liberdade de expressão, ao trabalho e à educação. Contudo, o cumprimento da pena de prisão deixa intactos outros direitos que devem ser respeitados e garantidos pelas autoridades públicas. São os chamados direitos intocáveis ou intangíveis da pessoa privada da liberdade, que encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana e não podem ser limitados ou suspensos, dos quais são exemplos os direitos à vida, à integridade pessoal, à dignidade, à igualdade, à saúde e ao devido processo legal (COLOMBIA, 2016a).

Nesse sentido, as únicas restrições de direitos fundamentais autorizadas pela Constituição são aquelas que decorrem direta ou indiretamente da especial sujeição do apenado decorrente do cerceamento da sua liberdade de locomoção. Os direitos passíveis de restrição em função do cumprimento da pena – que resultam da necessidade de o Estado garantir as condições de cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais – só devem ser limitados na exata medida do necessário para a realização das finalidades legais, e.g., para a garantia da segurança dos detentos, dos visitantes e dos agentes estatais. Para além disso, todos aqueles direitos que podem ser reconduzidos à dignidade humana devem ser garantidos em sua integralidade. As violações a esses direitos não poderiam ser admitidas em nenhuma situação.

É inaceitável que o Estado brasileiro institucionalize a permissão para que a pena de prisão possa cumprida em condições indignas. Uma vez verificadas tais violações, no mínimo, é preciso que sejam obrigatoriamente consideradas como equivalentes funcionais da pena, de modo a darem ensejo ao direito à compensação punitiva. Os primeiros precedentes do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo o direito à detração dos períodos de prisão domiciliar, nos HCs 3109 (BRASIL, STJ, 1996), 11.225 (BRASIL, STJ, 2000) e 459.377 (BRASIL, STJ, 2018) e de recolhimento noturno, no

HC 380.369 (BRASIL, STJ, 2017), indicam um caminho a ser trilhado pelo STF nessa matéria. Essas decisões revelam que os Tribunais brasileiros estão dispostos a recepcionar a ideia de compensação punitiva. Esse movimento de virtuosa filtragem constitucional do instituto da detração penal – que teve início com o reconhecimento da carga punitiva contida em medidas cautelares alternativas à prisão – pode e deve culminar com a afirmação de um direito geral à compensação punitiva também pelas violações de direitos fundamentais dos presos no julgamento da ADPF 347.

Para chegar a esse resultado, é preciso construir um marco teórico mais amplo para a categoria da compensação punitiva a partir de fundamentos constitucionais específicos: os princípios da culpabilidade, da vedação à dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*) e da proporcionalidade sancionatória. Tal tarefa pode se beneficiar do arcabouço argumentativo já construído para viabilizar a compensação das restrições (legítimas) de direitos fundamentais do investigado/acusado/apenado decorrentes da aplicação de medidas cautelares penais, estendendo-o para as situações de violações ilegítimas de direitos nas fases de investigação, processamento e execução (e.g., pelo encarceramento em condições sub-humanas). Essas premissas teóricas permitem também criar parâmetros para operacionalizar esse tipo de compensação na pena definitiva.

De fato, a lei prevê o instituto da detração como um mecanismo apto a limitar a sanção à exata medida da culpabilidade expressada pelo fato delituoso (DONINI, 2010, p. 604-605). Ao determinar a compensação do período de restrição à liberdade sofrida no curso do processo, a detração impede que a pena definitiva – resultado da soma da restrição à liberdade imposta à título cautelar com a pena aplicada na sentença condenatória – supere o grau da culpabilidade. Além de concretizar o princípio da culpabilidade, o reconhecimento do direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais do preso tem fundamento nos princípios da vedação ao *bis in idem* (DOTTI, 2004) e da proporcionalidade sancionatória (LOPERA MESA, 2006). Esses princípios que fundamentam o instituto da detração – limitada, na lei vigente, à compensação apenas das restrições à liberdade de locomoção – são os mesmos que autorizam o reconhecimento desse efeito compensador das violações de direitos fundamentais dos presos.

1.1. A compensação punitiva e o princípio da culpabilidade

O limite máximo da pena, em sistemas jurídicos que protegem a dignidade humana, consiste na medida da culpa revelada pelo réu (ROXIN, 2003). A necessidade de vincular a pena a um juízo de reprovação é a única forma de evitar a instrumentalização do acusado. O caráter preventivo da pena não pode fazer com que ela ultrapasse o limite da culpabilidade

do agente³. O espaço de liberdade de conformação judicial da pena deve ser tal que possibilite ao juiz aplicar uma pena conforme a culpabilidade do autor (DONINI, 2010, p. 85). Esse é um critério material que serve como parâmetro de legitimidade das restrições legislativas aplicáveis ao momento de individualização judicial da pena⁴. Se a concretização legislativa do princípio da individualização da pena impedir a imposição judicial de uma sanção penal correspondente à culpabilidade do autor, o legislador não terá alcançado o objetivo de harmonizar os momentos legislativo e judicial da individualização da pena (JESCHECK, 1993, p. 794). Isso porque, ao aplicar a lei, o juiz estaria descumprindo o postulado constitucional segundo o qual a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade expressada pelo fato delituoso (DONINI, 2010, p. 67-68).

Daí decorre a conclusão de que a conformação legislativa da pena – nela incluída não apenas os limites mínimo e máximo, mas o seu regime de cumprimento, a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito e o regime legal de detração – deve ser compatível com o princípio constitucional da culpabilidade (COLÓMBIA 2016b; CASABONA, 1999). Esse princípio impõe que a pena deve resultar da avaliação da gravidade do fato (resultante de lesão ou de perigo ao bem jurídico) e da sua relação com a culpabilidade (de conformidade com o grau de autonomia do sujeito). É nesse sentido que se afirma que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade: o juiz não pode ser impedido pelo legislador de aplicar a sanção criminal compatível com o grau de culpabilidade. Mas a pena também deve ser útil: tanto a falta de aptidão para produzir efeitos preventivos quanto a existência de outras formas de imputação de retribuição ao réu podem funcionar como elementos para atenuar ou eximir a sanção. O grau de culpabilidade pelo fato constitui o limite da punição, não o seu conteúdo definitivo. A primeira referência deve ser o grau de culpa pelo fato, e, depois, o grau de utilidade da pena – a partir das funções por ela realizadas – pode determinar a sua diminuição, substituição por outras medidas sancionatórias, ou até seu completo afastamento (CASABONA, 1999, p. 37).

O juiz, ao fixar a pena, procura estabelecer uma relação de equivalência entre a sanção aplicada ao réu e o grau de culpabilidade revelado pelo autor em face do fato criminoso praticado (TAVARES, 2011). Esse é o vetor axiológico que deve orientar o sistema legal de balizamento da quantidade e da qualidade da pena. O regime de compensação entre as mais diversas punições recebidas em razão do mesmo fato garante que a pena efetivamente cumprida pelo

3 Não cabe imposição de pena alguma, se não concorre culpabilidade ao autor e de que a pena não pode exceder a medida da culpabilidade: a culpabilidade constitui o fundamento e o limite da pena (BRUNONI, 2008, p. 33).

4 A opção por esse critério-base para dosagem da pena foi feita de forma expressa pelo legislador alemão, como se colhe da Seção 46 do Código Penal alemão - StGB: “A culpabilidade do autor será fundamento da dosimetria da pena. Deverão ser considerados os efeitos derivados da pena para a vida future do autor” (ALEMANHA, 1998).

condenado não ultrapasse a medida da culpabilidade (ESPANHA, 1999). Por isso, da interação entre os princípios da individualização da pena e da culpabilidade se extrai a exigência de que o legislador estabeleça um regime jurídico da detração capaz de oferecer ao juiz a possibilidade de considerar, na fixação da pena final, todas as medidas restritivas de direitos fundamentais impostas ao acusado.

Se a pena fixada na sentença em atenção à culpabilidade – i.e. em razão da gravidade do fato resultante de lesão ou de perigo ao bem jurídico e ao grau de autonomia do sujeito – for somada às restrições ilegítimas de direitos fundamentais sofridas no curso do processo ou da execução da pena, todas elas com evidente carga punitiva, a sanção total a que ele estará submetido superará o limite da culpabilidade pelo fato praticado. A compensação punitiva constitui, portanto, mecanismo para evitar que a superposição de medidas que apresentem carga punitiva resulte na ofensa ao princípio da culpabilidade. Em outras palavras, ao determinar a compensação na pena das diversas violações de direitos fundamentais sofridas pelo réu, o juiz impede que a pena definitiva (resultado da soma da pena aplicada na sentença condenatória com as restrições impostas ilicitamente pelo Estado) supere o grau da culpabilidade⁵.

1.2. A compensação punitiva e o princípio do *ne bis in idem*

O princípio do *ne bis in idem* informa o sistema sancionador estatal sob uma perspectiva dúplice: (i) sob o ponto de vista processual, proíbe a renovação de processos e julgamentos pelos mesmos fatos; e (ii) sob a ótica material, veda a dupla punição pelos mesmos fatos (CARPIO DE BRIZ, 2009). A feição substancial do *ne bis in idem* se fundamenta na interdição de acumulação de consequências sancionatórias pelos mesmos fatos (BRASIL, STJ, 2015). Sob essa perspectiva material, esse princípio constitucional impede que o mesmo sujeito seja sancionado em mais de uma ocasião com o mesmo fundamento e pelos mesmos fatos, pois a soma da pluralidade de sanções produziria uma reação punitiva desproporcional. Essa desproporcionalidade, além de constituir uma violação constitucional em si, afrontaria, ainda, a garantia da previsibilidade das sanções por parte dos cidadãos (ESPANHA, 2003a).

O *ne bis in idem* – nessa dúplice dimensão – tem sido reconhecido como princípio constitucional implícito nos mais diversos quadrantes

⁵ O Tribunal Supremo da Espanha tem afirmado que, tendo em conta que a pena constitui uma perda de direitos fundamentais, a doutrina mais moderna tem considerado que as lesões de direitos fundamentais que são consequência de um desenvolvimento irregular do processo devem ser abonadas na pena pois apresentam um efeito compensador de parte da culpabilidade pelo feito extinta por essa perda de direitos. Esse mesmo Tribunal Supremo reconheceu que esse efeito compensador decorre diretamente da ideia de Estado de direito, razão pela qual se devem computar na pena os males injustificados que o acusado tenha sofrido em razão de um processo penal irregular, pois é um imperativo de justiça que o autor não receba pelo delito uma perda de direitos maior que àquela equivalente à gravidade da sua culpabilidade (ESPANHA, 1999).

(MUÑOS CLARES, 2006, p. 34; CRUZ, 2008, p. 17). É particularmente relevante, no Direito Comparado, a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha, que tem afirmado que a garantia de não se submeter à dupla punição configura direito fundamental que, em seu aspecto material, impede que o mesmo fato seja sancionado em mais de uma ocasião com o mesmo fundamento (ESPANHA, 1985).

No Brasil, embora a garantia de não ser submetido ao *bis in idem* não seja prevista expressamente na Constituição de 1988, ela costuma ser extraída dos princípios constitucionais do Estado de Direito, da proporcionalidade e da legalidade (SABOYA, 2014). Mais recentemente, tem ganhado destaque outra finalidade da vedação à dupla punição: juízes e tribunais passaram a se valer do princípio para promover a redução da pena principal em razão de restrições a direitos fundamentais do acusado pela aplicação de medidas cautelares. Afinal, para fins de compensação punitiva, mais importante do que a análise da identidade de finalidades entre as medidas restritivas é o reconhecimento de que tanto a pena quanto as medidas cautelares produzem restrições à liberdade e outros direitos fundamentais.

Esse mesmo raciocínio levou o Tribunal constitucional espanhol a ampliar o conteúdo do princípio da vedação à dupla punição. Em primeiro lugar, a Corte espanhola afirmou que o núcleo essencial da garantia do *ne bis in idem* reside em impedir o excesso punitivo, tendo em vista que tal excesso constituiria uma sanção não legalmente prevista (ESPANHA, 2003a). Ampliando o âmbito de proteção dessa garantia, o mesmo Tribunal passou admitir a possibilidade de verificar a sua violação pela submissão do indivíduo a processos sancionadores de naturezas diferentes. Nesse contexto, construiu o argumento de que apenas não há uma reiteração punitiva constitucionalmente proibida na imposição de sanção dupla nos casos de identidade de sujeito, fato e fundamento, quando a decisão sancionatória subsequente desconta todos os efeitos negativos vinculados à resolução sancionatória anterior (ESPANHA, 2003a). Para o Tribunal Constitucional espanhol, a partir da dimensão material estrita, somente quando há esse desconto pode-se considerar que a sanção aplicada não foi desproporcional, afastando-se o excesso punitivo (ESPANHA, 2003a). Em caso posterior, o Tribunal entendeu que não haveria violação ao *ne bis in idem* se, apesar de cominação anterior de sanção administrativa ao acusado, o juiz descontasse certo tempo de privação de liberdade aplicada na ação penal em razão da imposição anterior de sanção administrativa (ESPANHA, 2005). Como se vê, o Tribunal Constitucional espanhol se baseou na ideia de que as medidas sancionatórias anteriormente cominadas ao indivíduo, por sua equivalente natureza e magnitude, podem ser equiparadas à sanção a ser aplicada posteriormente.

Essas inovações produzidas pela jurisdição constitucional espanhola culminaram no reconhecimento de que, para impedir o *bis in idem*, não se pode compreender a sanção apenas como pena aplicada em sentido autônomo e individualizado, devendo englobar todas as consequências substanciais de natureza repressiva ou restritiva de direitos em decorrência de um ilícito. Nessa linha, o Tribunal Constitucional da Espanha afirmou que toda medida aplicada como consequência de um ilícito que tenha carga repressiva e que promova a restrição de direitos deve ser entendida como pena em sentido material (ESPANHA, 2003b). Com base nessa visão atualizada do sentido de pena, entendida como o conjunto de restrições a direitos fundamentais impostas pelo Estado como reação à prática do delito, torna-se ainda mais evidente a necessidade de considerar que as violações de direitos fundamentais dos presos constituem verdadeiras sanções, devendo ensejar uma compensação punitiva.

1.3. A compensação punitiva e o princípio da proporcionalidade sancionatória

O princípio da proporcionalidade é usualmente utilizado com o sentido de juízo de proporcionalidade, na versão desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, com estrutura definida e elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) com significado próprio e ordem de aplicação pré-definida (SILVA, 2002). No campo penal, a noção de proporcionalidade é também referida com o sentido menos difundido, de limitação das sanções criminais a partir de critérios vinculados à culpabilidade, à intensidade da lesão ou perigo causado ao bem jurídico e à relevância axiológica do bem jurídico no sistema constitucional.

De acordo com Massimo Donini, é necessário distinguir o princípio da proporcionalidade no direito penal (voltado à verificação da legitimidade constitucional das restrições a direitos fundamentais impostas pela lei penal) do princípio (mais restrito) da proporcionalidade sancionatória (DONINI, 2013, p. 12). Segundo o autor, a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia consagrou essa diferença ao tratar, de um lado, do princípio da proporcionalidade como critério de legitimação da restrição de direitos fundamentais (art. 52, 1o), e, de outro, do princípio da proporcionalidade da pena criminal, que determina que a pena aplicada não deve ser desproporcional em relação ao delito (art. 49). (DONINI, 2013).

A utilização do princípio da proporcionalidade como meio para limitação da intensidade das penas decorre da ideia central do direito penal moderno segundo a qual deve haver uma correspondência entre a gravidade da sanção penal e a conduta castigada. Essa noção de proporcionalidade das penas é baseada na profunda ligação que o direito penal, fruto do pensamento iluminista, engendrou entre a gravidade da pena e a relevância do bem jurídico afetado e

o grau de sua afetação. A utilização da proporcionalidade como mecanismo de parametrização da gravidade das penas fez com que parte da doutrina e da jurisprudência estrangeiras passasse a utilizar o princípio da proporcionalidade como substituto funcional do princípio da culpabilidade (ALVAREZ, 2001). Para aqueles que consideram a proporcionalidade das penas como princípio autônomo, independente dos princípios da culpabilidade e do *ne bis in idem*, o importante é reafirmar a proibição de cominação de penas desnecessárias, excessivas ou injustificadas⁶. O princípio da proporcionalidade sancionatória exerce, portanto, uma função subsidiária de proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal na cominação de penas criminais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o regime de compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais de presos constitui elemento fundamental para coibir o comportamento arbitrário do juiz na aplicação da resposta penal do Estado. A desconsideração de tais violações resulta na elevação injustificada do total da carga sancionatória a eles aplicada. Ao ignorar as ofensas a direitos fundamentais dos presos, não é possível manter a “necessária relação de proporcionalidade e de equilíbrio entre a pretensão estatal da máxima punição e o interesse individual de mínima expiação, tudo em ordem a inibir soluções arbitrárias ditadas pela só e exclusiva vontade do juiz” (BRASIL, STF, 2014).

Esse raciocínio não é estranho à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Alguns precedentes do STF têm empregado a proporcionalidade sancionatória de modo a contemplar não apenas a noção de vedação à arbitrariedade estatal, mas também a exigência de que a fundamentação utilizada para dosar a pena mantenha o indispensável vínculo de pertinência com os dados da realidade que conferem expressão concreta aos parâmetros legais de dosimetria (BRASIL, STF, 2013; BRASIL, STF, 2014). E é precisamente com esse sentido – de proibição da arbitrariedade e de exigência de justificação das penas – que o princípio da proporcionalidade da sanção penal pode funcionar como fundamento constitucional para o reconhecimento do direito à compensação punitiva decorrente da sistemática violação de direitos fundamentais dos presos brasileiros.

2. A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO REGIME DE COMPENSAÇÃO PUNITIVA POR MEIO DA ANALOGIA COM O INSTITUTO DA DETRAÇÃO

A ausência de previsão legal para a compensação integral e obrigatória das violações de direito sofridas pelo preso constitui “estado indesejável de

⁶ O princípio da proporcionalidade informa todo o ordenamento jurídico constitucional no sentido de estabelecer uma cultura de justificação do poder público. (BARAK, 2012, p. 458)

vácuo normativo”⁷. De fato, a omissão do legislador em instituir um regime legal de detração dessas restrições – especialmente das violações atípicas aos mais diversos direitos fundamentais no curso do processo e da execução da pena – criou uma situação jurídica de patente violação aos postulados constitucionais da culpabilidade, do *ne bis in idem* e da proporcionalidade sancionatória, deixando de lhes conferir proteção suficiente (RODRIGUES, 2016, p. 324; SOUSA FILHO, 2016, p. 31). Essa lacuna normativa, por importar em violação objetiva a direitos fundamentais dos condenados, pode ser enquadrada como verdadeira omissão inconstitucional.

Nesse contexto, tem-se reconhecido a analogia como a técnica mais adequada para que o Poder Judiciário supere esse quadro de omissão legislativa, permitindo a adaptação do antigo e defasado regime legal da detração penal em que se compensa apenas o período de prisão preventiva⁸. O próprio legislador determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, LINDB, art. 4º). Não há dúvida de que a analogia é amplamente admitida no direito penal nos casos em que é empregada para suprir lacunas legislativas em benefício do réu (DOS SANTOS, 2018, p. 21). Como afirmou Nelson Hungria, o princípio da legalidade funciona como proteção do indivíduo contra a expansão do poder punitivo estatal e, por isso, “somente diz com incriminações e cominação de penas”, de modo que o direito penal admite o emprego da analogia em favor do réu para viabilizar, por exemplo, “a exclusão de crime ou culpabilidade, isenção ou atenuação de pena e extinção de punibilidade” (HUNGRIA, 1949, p. 75-77).

No direito comparado, Portugal fornece exemplo ilustrativo do emprego da analogia para ampliar o escopo da detração em benefício ao réu. O art. 80 do Código Penal português prevê a possibilidade de cômputo, no cumprimento da pena de prisão, do tempo de detenção, prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação sofridos no curso do processo. Para além disso, os Tribunais portugueses, na análise dos casos concretos, têm ampliado o escopo desse dispositivo para outras hipóteses nele não previstas, mediante a aplicação da analogia em favor do réu, com o intuito de evitar a ocorrência de *bis in idem*. Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência majoritária daquele país tem promovido o desconto do tempo de suspensão da carteira de habilitação na pena acessória de proibição de conduzir veículo, a despeito da ausência de previsão legal que autorize a operação (PORTUGAL, 2013; PORTUGAL, 2014). Conforme consta de acórdão do Tribunal da Relação do Porto que autorizaram esse tipo de detração penal, “[d]efrontamo-nos, isso sim, com a falta de solução legal

7 A expressão foi utilizada pelo STF no julgamento da Reclamação 8.643 (BRASIL, 2010).

8 O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto proferido no RE 580.252, resenhou as hipóteses mais comuns de reconhecimento do direito à remição por analogia sem correspondência na lei penal (BRASIL, STF, 2015a).

para um espaço da realidade e da vida carecido de regulação e solução jurídica e não se antolha qualquer obstáculo a que se integre uma tal lacuna por aplicação analógica das citadas normas do Código Penal [arts. 80 e 82]” (PORTUGAL, 2017).

A propósito do tema, o Professor Jorge Figueiredo Dias observa que, pela lei portuguesa, “o instituto do desconto só funciona relativamente a privações da liberdade processuais, a penas de prisão e (ou) a penas de multa, já não relativamente a outras penas de substituição e a medidas de segurança”. No entanto, o autor adverte que “[u]ma tal restrição não parece, porém, ao menos em todos os casos pensáveis, político-criminalmente justificável”, de modo que “[m]elhor será, por isso, considerar que se está perante uma lacuna, que o juiz pode integrar – tratando-se, como se trata, de uma solução favorável ao delinquente, sempre que possa encontrar um critério de desconto adequado ao sistema legal e dotado de suficiente determinação” (FIGUEIREDO DIAS, 1993, p. 300). Esse mesmo raciocínio analógico pode ser empregado para embasar, em primeiro lugar, a detração penal de qualquer medida cautelar processual diversa da prisão e, em segundo lugar e com maior razão, a detração de qualquer violação de direitos fundamentais no âmbito da execução da pena.

No Brasil, o debate sobre a possibilidade do recurso à analogia para ampliar o âmbito de incidência da detração se deu a propósito da compensação das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva na pena definitiva. Nesse campo, há relevante corrente doutrinária que defende que a “ausência de menção à detração para cautelares distintas da prisão no ordenamento não impede sua aplicação pelo juiz, que, por analogia, pode beneficiar o réu com uma interpretação ampla da abrangência do instituto para além da prisão” (BOTTINI, 2011, p. 13).

Também a jurisprudência já tem aplicado esse entendimento, assumindo protagonismo no emprego da interpretação extensiva e da analogia em favor do réu no campo da detração penal. São várias as hipóteses em que o Poder Judiciário tem conferido maior amplitude ao art. 42 do Código Penal. Por meio da técnica de interpretação extensiva, tais decisões têm ampliado o sentido do vocábulo prisão provisória para alcançar também a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva (v., por todas, BRASIL, STJ, 2018).

Há, ainda, inúmeras outras situações em que a jurisprudência, pelo emprego da analogia, reconhece o direito à detração em hipóteses não previstas em lei. Esse é o caso da detração na pena de multa, em que se tem afirmado que se aplica, “por analogia, no desconto da pena de multa o tempo de prisão provisória. Assim, quem foi preso preventivamente para, ao final, ser condenado apenas à pena pecuniária não terá nada a cumprir” (SÃO PAULO, 2010). De igual modo, a detração tem sido aplicada por analogia para compensar o tempo de prisão provisória com

penas restritivas de direitos, nos seguintes termos: “é cabível a detração do tempo de prisão provisória para reduzir o tempo de cumprimento da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade” (RIO GRANDE DO SUL, 2011). O mesmo raciocínio tem sido aplicado à detração entre processos distintos (detração cruzada) (BRASIL, STF, 2012) e à detração da medida cautelar de recolhimento noturno e em finais de semana e feriados (BRASIL, STJ, 2017). A respeito desta última hipótese, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que, embora inexista “previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena”, “o período de recolhimento noturno, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem” (BRASIL, STJ, 2017).

A mesma técnica empregada para ampliar o escopo da detração penal para os casos de imposição de medidas cautelares alternativas à prisão serve também ao reconhecimento do direito à compensação punitiva por violação de direitos fundamentais dos presos.

3. O DEBATE SOBRE AS COMPENSAÇÕES PUNITIVAS NA ADPF 347

Parte importante da petição inicial da ADPF 347, protocolada em 2015, se baseia na noção de que a pena cumprida em condições mais severas do que as determinadas pela lei apresenta um conteúdo punitivo mais intenso, que deve ser levado em consideração pelos juízes para fins de readequação (redução ou extinção) da pena aplicada pela sentença. A premissa fundamental utilizada nessa ação é de que a gravidade da punição aplicada deve ser avaliada de acordo com o contexto concreto da sua aplicação, o que impõe reconhecer que a violação (ilegítima) de direitos do apenado no curso da execução equivale materialmente à pena criminal, devendo ser considerada como punição para fins de determinação final da pena a ser cumprida.

Dos oito pedidos principais deduzidos na ADPF, cinco deles constituem manifestações do reconhecimento de que determinadas práticas estatais violadoras dos direitos do apenado possuem dimensão aflitiva equivalente à da pena. O principal deles requer que o STF:

Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela

sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção⁹.

Contudo, por ocasião do julgamento do pedido de medidas cautelares na ação, em 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu todos os pedidos que pretendiam ampliar o escopo da detração para nela incluir uma cláusula geral de compensação punitiva em decorrência das violações aos direitos dos presos (BRASIL, STF, 2015b). É verdade que o relator da ADPF, o Ministro Marco Aurélio, propôs que o Tribunal reconhecesse que o cumprimento sistemático das penas aplicadas em condições “muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, de modo que “a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão” (BRASIL, STF, 2015b). Além disso, o Ministro Marco Aurélio deferia em seu voto duas medidas cautelares que funcionavam como uma admissão geral dos equivalentes funcionais da pena (BRASIL, STF, 2015b):

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro *fático* do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

Nada obstante isso, a maioria do Tribunal deixou de afirmar que o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional deveria ser considerado pelos juízes na fixação da pena e no exame dos pedidos de concessão de benefícios da execução penal. Embora o Relator tenha acatado pedidos mais gerais, ele indeferiu os pedidos que dariam maior concretude e operacionalidade ao regime de compensação punitiva:

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

⁹ Disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais. Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, falta previsão legal para tanto. (BRASIL, STF, 2015b)

A recusa do Tribunal em admitir que as graves violações aos direitos dos presos brasileiros deveriam refletir no redimensionamento da pena se baseou em diversos fundamentos. O Ministro Edson Fachin se limitou a afirmar que deixava de conceder a medida cautelar em relação aos pedidos que pretendiam o reconhecimento da compensação punitiva, uma vez que eles seriam oportunamente analisados no momento do julgamento do mérito da ADPF 347. Já o Ministro Luís Roberto Barroso, embora tenha indicado concordar com as premissas gerais de que a pena cumprida em condições degradantes deveria gerar um direito à compensação punitiva, também indeferiu os pedidos cautelares que buscavam o reconhecimento desse direito por meio de uma decisão com efeito vinculante do STF:

A medida cautelar referida na letra “c” pede que se determine aos juízes que considerem o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro, no momento da concessão de cautelares penais, no momento da aplicação da pena, e durante o processo de execução penal. Também aqui, Presidente, eu interpreto este pedido cautelar da letra “c” como uma boa e necessária recomendação aos órgãos do Poder Judiciário. É preciso levar em conta que o sistema está sobrecarregado, que o Sistema não ressocializa, que o sistema embrutece. Porém, acho que já decorre do sistema jurídico esse dever dos juízes, e também não veria razão para verter essa determinação em uma ordem cautelar. É certo que, muitas vezes, os juízes não levam isso em conta, pois estou aqui reafirmando que devem levar isso em conta, mas não sob a forma de medida cautelar vinculante, ensejadora de reclamações.

Em relação à letra «d», os juízes devem aplicar, sempre que viável, penas alternativas à prisão. Penso que há uma certa semelhança com a letra “a” e, pelas mesmas razões, eu não estou deferindo essa cautelar. Reitero, todavia, que estou de acordo com a proposição que nela se contém de que, muitas vezes, o condenado cumpre pena em condições mais gravosas do que seria tolerável.

Para reparar isso, numa ação de reparação de dano, da Relatoria do eminente Ministro Teori Zavascki, eu propus que o modelo de indenização fosse um modelo que se materializasse em diminuição da pena, em remição de pena, em vez do pagamento de valores pecuniários.

A Ministra Rosa Weber pediu vista para estudar mais adequadamente essa complexa questão. Desse modo, em relação à letra «d» e também às letras “e” e “f”, penso que o eventual abatimento de tempo só poderia se dar a título de remição de pena, como observou o Ministro Marco Aurélio. Quer dizer, o Juiz não pode, como regra geral, fugir das regras de progressão de regime e de fixação de pena que constam da legislação. Porém, eu repito, havendo pedido de reparação que, a meu ver, deve ser feito perante o Juízo da execução penal, acho, sim, que, a título de reparação, o juiz pode eventualmente reduzir a pena. (BRASIL, STF, 2015b)

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, nesse ponto, apresenta alguns aspectos interessantes. Em primeiro lugar, percebe-se uma cautela do Ministro em relação ao deferimento dessas medidas cautelares por uma razão de ordem pragmática: o descumprimento dessas determinações por juízes e Tribunais ensejaria o cabimento de reclamação constitucional e isso poderia tornar o STF um órgão de revisão geral de todas as decisões criminais do país. Essa preocupação não é irrelevante. De fato, uma decisão judicial proferida pelo STF no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade que determinasse que todos os juízes criminais brasileiros considerassem o estado de coisas inconstitucional no momento da determinação da pena e dos benefícios da execução penal – afirmando uma cláusula geral de compensabilidade da violação de direitos no tempo e no modo de cumprimento da pena – poderia incitar o abuso na utilização da reclamação constitucional como mecanismo de revisão de toda e qualquer sentença condenatória ou decisão no âmbito da execução da pena.

Contudo, essa preocupação legítima de ordem pragmática pode ser contornada por outros meios que não impeçam o avanço da jurisprudência no sentido da incorporação definitiva da noção de equivalentes funcionais da pena e da afirmação do direito à compensação na pena das restrições de direitos fundamentais sofridas pelos indivíduos como resposta ao cometimento do delito. Tal direito à compensação fica ainda mais evidente na medida em que essas restrições sejam ilegítimas e praticadas diretamente pelo Estado, como as que resultam da violação de direitos na execução da pena em razão do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional.

É, portanto, necessário garantir que o STF avance no sentido do reconhecimento de um direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais praticados pelo Estado sem criar, com isso, um sistema de ampla revisão das decisões criminais pelo STF pela via da reclamação. Por exemplo, a Corte poderia definir o não cabimento de reclamação contra decisões judiciais que, interpretando a decisão proferida pelo STF no âmbito

da ADPF, indeferissem a compensação punitiva, seja por entender que não havia, no caso concreto, violação a direito fundamental do preso, seja para questionar o modo pelo qual o juiz procedeu à compensação punitiva em cada caso concreto. Somente se admitiria reclamação na hipótese excepcional de a decisão questionada entender que, mesmo diante da comprovada violação aos direitos do preso, não seria cabível qualquer tipo de redimensionamento (qualitativo ou quantitativo) da pena. Nessa situação de relutância explícita em seguir a orientação jurisprudencial do STF, se poderia cogitar do cabimento da reclamação para cassar o ato judicial e determinar reexame da matéria à luz do precedente (que eventualmente venha a ser firmado).

A expressa limitação do cabimento da reclamação em certas circunstâncias, especialmente quando a decisão dotada de efeito vinculante tiver potencial para atingir um número muito expressivo de casos, já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em caso de concessão de habeas corpus coletivo em favor de mães e gestantes presas, a 2ª Turma ressaltou que o descumprimento daquele julgado deveria ser objeto de recursos, e não de reclamação constitucional (BRASIL, STF, 2018). De fato, a técnica da modulação dos efeitos da decisão proferida pelo STF não está limitada ao aspecto temporal. Pelo contrário, o Tribunal dispõe de ampla liberdade para conformar os aspectos processuais da sua própria atuação, que decorre dos poderes implícitos da Corte Constitucional (RODRÍGUEZ-PATRÓN, 2003, p. 127). Nesse sentido, o STF pode, com base nos seus poderes implícitos, afirmar expressamente que não admitirá a utilização da reclamação constitucional para questionar suposta afronta à decisão que acolha, no julgamento da ADPF 347, os pedidos voltados a concretizar o direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais do apenado¹⁰.

Há, ainda, outro aspecto relevante no voto-vogal proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso que merece ser mais bem explorado, especialmente no julgamento do mérito da ADPF 347. É que o Ministro reconheceu que “muitas vezes o condenado cumpre pena em condições mais gravosas do que seria tolerável”, mas a redução de pena deve se dar a título de reparação, desde que haja um pedido de reparação (BRASIL, STF, 2015b).

A admissão dessa possibilidade de abatimento da pena em razão da violação de direitos na fase de execução constitui passo importante para a

10 São dois os pedidos que objetivam obter do STF o reconhecimento desse direito à compensação pela violação de direitos fundamentais: “e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as 70 previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (fruição de benefícios processuais); f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (abrandamento do tempo de prisão)” (BRASIL, STF, 2015b).

consolidação dessa orientação jurisprudencial. Entretanto, não parece ser necessário adotar um regime processual rígido baseado no ajuizamento de ação de reparação de danos para o que o juiz efetue as devidas compensações na punição em função do reconhecimento da presença de certos equivalentes funcionais da pena. O direito à tutela judicial substancial exige que para cada tipo de violação ao direito à liberdade haja uma tutela jurisdicional adequada, de modo que o acesso à justiça seja o mais amplo possível, especialmente quando se trata de uma clientela hipossuficiente como os presos brasileiros. Os pedidos de compensação punitiva devem ser recebidos sem maiores formalidades, como, aliás, a própria jurisprudência brasileira admite em relação ao habeas corpus (SOUSA FILHO, nov. 2017, p. 287-319). Não há razão para adotar requisitos processuais mais rigorosos para os pedidos de compensação da pena do que aqueles exigidos para o cabimento do habeas corpus.

Outro aspecto de grande relevância está na proposta formulada pelo Ministro Luís Roberto Barroso de admitir a compensação na pena decorrente da violação de direitos fundamentais dos presos. Essa proposta representou, no Brasil, a semente do desenvolvimento jurisprudencial da teoria dos equivalentes funcionais da pena e do reconhecimento do direito à compensação punitiva resultante da imposição de restrições ilegítimas aos direitos dos apenados. Depois de sintetizar com precisão os direitos fundamentais dos presos que são sistematicamente violados pelo Estado, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que:

Diante dessa situação calamitosa, é evidente que, na esmagadora maioria dos casos, mandar uma pessoa para o sistema prisional é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente aplicada. Mais do que a privação de liberdade, impõe-se ao preso a perda da sua integridade, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade (BRASIL, STF, 2015b).

Embora a proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso tenha se baseado na aplicação analógica da remição – e não na aplicação analógica da detração, como se propõe neste artigo –, suas premissas sustentam adequadamente a ideia de que o cumprimento da pena em condições mais gravosas do que aquela estabelecida em lei revela um conteúdo punitivo autônomo que deve ser compreendido como pena em sentido amplo para fins de compensação punitiva:

Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparados, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei

de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano”, a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento. [...] O mecanismo de reparação de danos proposto, como se viu, é admitido no Direito Comparado, tendo sido adotado pela Itália e aprovado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Ao analisar o mecanismo, a CEDH concluiu se tratar de “uma reparação adequada em caso de más condições materiais de detenção”, com “a vantagem inegável de contribuir para o problema da superlotação”.

109. No Brasil, muito embora a remição da pena como meio indenizatório ainda não tenha sido cogitada pelo Direito, ela é inteiramente reconduzível ao sistema normativo vigente, tanto em sua lógica estruturante, quanto em sua forma e modo de execução. É o que se passa a demonstrar.

110. Primeiro, sua lógica estruturante corresponde à ideia de que o tempo de pena cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas em lei. Parece nítido que a situação calamitosa dos cárceres brasileiros agrava a pena imposta ao preso e atinge de forma mais intensa a sua integridade física e moral. Nesse sentido, a redução do tempo de prisão nada mais é do que o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo detento. [...]

112. Segundo, no que se refere à sua forma, a remição da pena nada mais é do que um dos diversos mecanismos possíveis de reparação específica ou in natura de lesões existenciais. O preso confinado em celas superlotadas, insalubres e sem mínimas condições de vida digna experimenta inevitavelmente uma diminuição mais acelerada de sua integridade física e moral e de sua saúde. O tempo de pena vivido pelo preso nessas condições é um tempo agravado, que não guarda proporção com a pena cominada abstratamente. Assim, ao abreviar a duração da pena, o remédio cumpre o papel de restituir ao detento o exato “bem da vida” lesionado. É que nas palavras de Ana Messuti, o tempo é o “verdadeiro significante da pena”. A redução do tempo da condenação representa, assim, um remédio específico: a liberdade antecipada conquistada por meio do desconto da pena faz cessar as

violações suportadas pelo preso no cárcere. O tempo de liberdade, fora das condições degradantes das prisões, torna-se, portanto, uma reparação muito mais efetiva que o dinheiro (BRASIL, STF, 2015a).

Nessa mesma oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso rejeitou o argumento de que a ausência de previsão legal constituiria óbice ao reconhecimento do direito à compensação punitiva. Para isso, lembrou que “o direito processual penal tem admitido a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, inclusive criadas por Tribunais” (BRASIL, STF, 2015a). Além disso, o aspecto central mais relevante dessa proposta está no reconhecimento do direito à redução da pena em razão de restrições ilegítimas de direitos fundamentais sofridas pelos presos e a adoção de critérios objetivos para tornar essa ideia operativa. A divergência quanto ao fundamento legal do argumento analógico que permitiria a compensação da pena – se a analogia seria estabelecida a partir do instituto da remição ou da detração – não parece produzir efeitos mais relevantes para a afirmação da tese jurídica na qual se baseia a ideia de equivalentes funcionais da pena e o regime de compensação punitiva por ela exigida.

A escolha da detração como instituto-base da argumentação desenvolvida no sentido da incorporação definitiva da noção de equivalentes funcionais da pena para a afirmação do direito à compensação na pena das restrições de direitos fundamentais sofridas pelos indivíduos como resposta ao cometimento do delito se baseia em duas razões principais. Primeiro, o instituto da detração parece ter maior proximidade com o problema enfrentado do que a remição. Esta tem por objetivo reduzir a pena com fundamento da ideia de compensação constitutiva ou positiva da culpabilidade, que se mostra presente naquelas hipóteses em que medidas ressocializadoras realizadas pelo apenado podem amenizar a utilidade da pena tal como definida pela sentença condenatória. Já a detração tem por objetivo compensar a restrição de direitos fundamentais sofridas no curso do processo, como consequência de compensação destrutiva da culpabilidade. A sua ratio está mais próxima àquela da compensação na pena de qualquer tipo de restrição de direito fundamental, independente do momento em que ocorra (no curso do processo ou na fase de execução da pena).

Segundo, os avanços já alcançados pela doutrina e jurisprudência no Brasil em relação ao tema da detração, inclusive com o uso da analogia, para ampliar seu alcance – como a detração resultante do cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – constituem um forte capital argumentativo para o reconhecimento amplo do direito à compensação na pena das mais diversas restrições de direitos fundamentais, especialmente aquelas impostas pelo próprio Estado como resposta à prática delitiva.

A virtuosa proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, embora não tenha sido acolhida pelo STF como modalidade preferencial de reparação por danos sofridos pelo preso, tem potencial para alterar a interpretação constitucional do instituto da detração, para nele fazer incluir a possibilidade de compensação das mais diversas formas de restrição de direitos fundamentais impostas aos investigados, réus e apenados, em qualquer fase da persecução criminal ou da execução da pena. O reconhecimento de que essas restrições possuem carga afiativa equiparável à da pena constitui passo essencial para a consolidação de uma cultura de respeito aos direitos fundamentais no campo penal, produzindo, ainda, enorme potencial para impactar positivamente o grave problema da superlotação carcerária no Brasil.

CONCLUSÃO

A lógica da compensação punitiva já inspirou julgados de diversas cortes constitucionais estrangeiras e, após o ajuizamento da ADPF 347, foi expressamente adotada em importante decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se da Resolução de 22 de novembro de 2018, em que a Corte IDH, a partir da situação de superlotação e grave deterioração das condições de privação de liberdade verificada no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC, no Complexo Penitenciário de Bangu, na Zona Oeste do Rio de Janeiro, decidiu (COSTA RICA, 2018):

91. Toda pena privativa de liberdade e qualquer privação de liberdade, ainda que a título preventivo ou cautelar, implica necessariamente uma cota de dor ou aflição inevitável. Não obstante isso, essa dor ou aflição se reduz basicamente às inevitáveis consequências da restrição de movimento da pessoa, à necessária convivência imposta por uma instituição integral e ao respeito aos regulamentos, indispensáveis para a conservação da ordem interna do estabelecimento. 92. Quando as condições do estabelecimento se deterioram até dar lugar a uma pena degradante como consequência da superpopulação e de seus efeitos antes mencionados, o conteúdo afitivo da pena ou da privação de liberdade preventiva aumenta numa medida que se torna ilícita ou antijurídica. [...] 121. Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que importaria que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes.

Como se sabe, a relação entre as jurisdições do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve ser de diálogo e influência recíproca, em prol de proteção mais robusta da dignidade humana. Dessa maneira, a edição da Resolução da Corte IDH aponta para a necessidade de o STF rever a orientação adotada no julgamento cautelar da ADPF 347 e reconhecer o direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais dos presos.

A solução empregada pela Corte IDH foi a de estabelecer o fator de compensação punitiva a partir do grau de superlotação da unidade prisional. Como no caso examinado o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC, no Complexo Penitenciário de Bangu, contava com duas vezes mais presos que o número de vagas, o fator de compensação punitiva encontrado foi o de contagem de dois dias de pena para cada de prisão efetiva (COSTA RICA, 2018). Não há motivo algum para deixar de aplicar o critério estabelecido pela Corte IDH a todos os presos brasileiros. Ao contrário, ele oferece inúmeras vantagens. *Primeiro*, cria um critério objetivo que pode ser aplicado de maneira isonômica a todos os presos no país. Se o fator de compensação punitiva ficar a critério de cada juiz de execução, haverá, sem dúvida, enorme disparidade de tratamento entre os presos, com o risco adicional de aqueles com melhores condições financeiras obterem melhores condições de abatimento da pena. *Segundo*, prestigia a lógica segundo a qual a superlotação carcerária – que, por si só, gera a violação direta de direitos fundamentais como a integridade física e psíquica do apenado – produz outras tantas violações ligadas à falta de estrutura material necessária à garantia da dignidade dos presos, como a boa alimentação, o acesso a medicamentos, a salas de aula, etc.

Sem prejuízo da possibilidade de reconhecimento do direito a compensação punitiva decorrente de violações específicas a outros direitos fundamentais (*e.g.* violência física, sexual, privação de alimentação, de água, etc.) – que devem ser objeto de apreciação individualizada pelo juízo de execução –, cabe ao STF, no julgamento do mérito da ADPF 347, afirmar o direito à compensação punitiva pela violação dos direitos fundamentais dos presos decorrentes da superlotação carcerária. Em prestígio ao critério estabelecido pela Corte IDH, deve-se estabelecer o fator de compensação punitiva a partir do grau de superlotação da unidade prisional. Essa solução contribuirá, a um só tempo, para reparar, de maneira rápida e eficaz, a violação de direitos dos presos e reduzir o elevado grau de superlotação carcerária que caracteriza o sistema prisional brasileiro há décadas.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, Código Penal (Strafgesetzbuch – StGB), publicado em 13/11/1998, Seção 46.

ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español. Granada: Comare, 2001.

BARAK, Aharon. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, New York: Cambridge University Press, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais reflexões sobre a lei n. 12.403/11. Boletim IBCCRIM, ano 19, n. 223, jun. 2011, p. 12-13.

BRASIL, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Habeas Corpus 3.109. Relator: Ministro Adhemar Maciel, Relator para acórdão: Ministro Vicente Leal. DJ: 24/06/1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 11.225. Relator: Ministro Edson Vidigal. DJ: 02/05/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). HC 320.626, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 09/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 380.369/DF. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe: 27/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 459.377. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe: 13/09/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 136.961/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 21/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 8.643. Relator: Ministro Dias Toffoli. j. em 03/05/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 110.576. Relator: Ministro Ayres Britto. DJe: 26/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 111.844. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 01/02/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 100.027. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 30/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.469. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Relator para acórdão: Ministro Celso de Mello. DJe: 30/10/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), RE 580.252, Relator: Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, julgado em 16/02/2017, voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso proferido em 06/05/2015. 2015a

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. 2015b

BRASIL. Superior Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 143.641. Relator: Ricardo Lewandowski. DJe: 09/10/2018.

BRUNONI, Nivaldo. Princípio de Culpabilidade: considerações. Curitiba: Juruá, 2008.

CASABONA, Carlos María Romeo (coord.). El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999.

CARPIO DE BRIZ, David. Europeización y reconstrucción del non bis idem. Efectos en España de la STEDH Serguei Zolotoukhine v. Rusia de 10 febrero 2009. Revista General de derecho penal, n. 14, 2010, p. 1-20. Disponível em: <<http://www.iustel.com>>. Acesso em: 28 nov. 2022.

COLÔMBIA, Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-238/16, julgado em 22/06/2016. 2016a.

COLÔMBIA, Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-181/16, julgado em 13/04/2016. 2016b.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de 22 de noviembre de 2018. Medidas Provisórias a Respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. A proibição de dupla persecução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DONINI, Massimo. El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad. Peru: ARA Editores, 2010.

DONINI, Massimo. Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei, *Rivista Trimestrale de Derecho Penal*, n. 4, p. 4-43, 2013. p. 12.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Tirant, 2018, p. 21-22.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ESPANHA, Tribunal Supremo (Sala Segunda – Penal), STS 934/1999, de 08/06/1999.

ESPANHA, Tribunal Constitucional. Sentencia 334/2005. Relator: Pablo Pérez Tremps, 20/12/2005.

ESPANHA, Tribunal Constitucional, Sentencia 2/2003. Relatora: María Emilia Casas Baamonde, 16/01/2003. 2003a.

ESPANHA, Tribunal Constitucional. Sentencia 48/2003. Relator: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, 12/03/2003. 2003b.

ESPANHA, Tribunal Constitucional. Sentencia 159/1985. Relator: Francisco Rubio Llorente, 27/11/1985.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal Português – Parte II - As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Coimbra Editora, 1993, p. 300.

HUNGRIA, Nélon. “Comentários ao Código Penal”, Vol. I, arts. 1 a 27, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1949, p. 75-77.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIMA, Thaís dos Santos. *Compensação punitiva: uma reinterpretação do princípio constitucional da individualização da pena para redução de danos*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2022.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

MUÑOS CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologíay contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006.

PORTUGAL, Tribunal da Relação de Évora. Recurso Penal 108/11.7PTSTB.
E1. Relator: Sénio Alves, 11/07/2013.

PORTUGAL, Tribunal da Relação de Guimarães. Recurso Penal 7/13.8PTBRG.
G1. Relator: António Condesso, 22/09//2014.

PORTUGAL, Tribunal da Relação do Porto. Recurso Penal 18/05.7GBVLG.PI.
Relatora: Maria Luísa Arantes, 29/03/2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça (3ª Câmara Criminal). Agravo de
Execução Penal nº 70038270575. Relator: Desembargador Odone Sanguiné, 10
de fevereiro de 2011.

RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. O STF às voltas com a
“navalha de Ockham”: uma proibição de insuficiência como controle
de proporcionalidade das omissões?. In: VOJVODIC, Adriana (et. al).
Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 324-
326.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. La “autonomía procesal” del Tribunal
Constitucional. Madrid: Civitas, 2003.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões
abusivas. In: Revista brasileira de ciências criminais, v. 25, n. 132, p. 331-381,
jun. 2017

ROXIN, Claus. Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Tradução da 2. edição
Alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peñá, Miguel Díaz Y García Conlledo
e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (14ª Câmara de Direito
Criminal). Execução Penal nº 990101514613. Relator: Desembargador Wilson
Barreira, 17 de junho de 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos
Tribunais, v. 798, ano 91, 2002, p. 30.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Sentenças aditivas na jurisdição
constitucional brasileira. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 31- 49.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis
penais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 445.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs). Cem anos de repressão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Parecer jurídico. A Situação Carcerária no Brasil. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>>. Acesso em: 31 ago. 2023.