

Jurisdição Constitucional e Constitucionalização da Pena de Prisão: Desenvolvendo Duas Propostas do Ministro Luís Roberto Barroso para Contenção do *Hiperencarceramento* Brasileiro

Ademar Borges de Sousa Filho

Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Professor em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado.

RESUMO: O presente trabalho discute estratégias de intervenção da jurisdição constitucional brasileira para superação do quadro de superlotação carcerária no Brasil. Para tanto, o artigo identifica e desenvolve duas propostas formuladas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no STF: a flexibilização dos critérios legais de fixação de regime prisional em crimes de menor gravidade; e a possibilidade de realização de compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais dos apenados. O desenvolvimento e aprofundamento dessas duas propostas já defendidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no STF têm potencial para refrear a cultura de *hiperencarceramento* no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional. Leis penais. Contenção do *hiperencarceramento* brasileiro.

ABSTRACT: This paper discusses how judicial review of criminal laws in Brazil can help overcome prison overcrowding. To this end, the article identifies and develops two proposals formulated by Justice Luís Roberto Barroso of the Brazilian Supreme Court: the flexibilization of the legal

criteria for setting the prison regime in relation to less serious crimes; and the possibility of punitive compensation to be granted to prisoners due to the violation of their fundamental rights caused by inhumane prison conditions. The development of these two proposals already defended by Justice Luis Roberto Barroso have the potential to curb the culture of hyperincarceration in Brazil.

KEYWORDS: Judicial review. Criminal laws. Reduction of Brazilian hypercarceration.

I. O HOMENAGEADO

Para quem se dedica à vida acadêmica, é fácil perceber a importância dos encontros com Professores capazes de provocar, desafiar e incentivar. O Professor Luís Roberto Barroso, orientador da tese de doutorado que apresentei há cerca de um ano, é um caso emblemático do que acabo de dizer. Foi dele a ideia de que eu dedicasse meu doutorado à tentativa de constitucionalizar o direito penal brasileiro. Ingressei no doutorado em direito público na UERJ com um projeto de pesquisa sobre controle de convencionalidade e sua relação com o controle de constitucionalidade. Depois de um período de pesquisa na Universidade de Pisa, na Itália, imaginava que um estudo de direito comparado sobre controle de convencionalidade poderia criar novas ferramentas de proteção de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional brasileira.

No primeiro semestre do curso de doutorado, entretanto, ao fim de uma de suas aulas, o Professor Barroso foi direto ao ponto e sugeriu que eu abandonasse meu projeto de pesquisa para abraçar um outro desafio: lançar um olhar constitucional sobre o combalido direito penal brasileiro. Àquela altura, já Ministro do STF, o Professor Barroso constatava, decepcionado, que o direito penal brasileiro estava afundado em uma crise estrutural: rigoroso e injusto com uma imensidão de brasileiros pobres – punidos severamente por crimes patrimoniais e de tráfico de drogas –, não funcionava adequadamente para as camadas mais privilegiadas da sociedade. O país se acostumou a fazer funcionar um sistema de justiça criminal à margem da lei e da Constituição. Estava lançado o desafio. Aceitei sua sugestão e dediquei quatro anos de pesquisa intensa à tentativa de oferecer uma proposta consistente de constitucionalização do direito penal brasileiro.

Cursei o doutorado em direito público na UERJ entre os anos de 2015 e 2019. Nesse período, os desafios para a constitucionalização do direito penal se intensificaram. *De um lado*, no direito penal do mundo real (dos milhões de brasileiros que entram e saem das cadeias superlotadas, violentas e dominadas pelo crime organizado), a violação de direitos fundamentais dos investigados, acusados e apenados se aprofunda a cada dia. A principal tentativa de acionar a jurisdição constitucional como medida anticíclica para conter a espiral de desumanização do sistema de justiça criminal – o ajuizamento da ADPF 347 – ainda não teve seu mérito julgado e quase nada contribuiu para a superação do declarado *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro. *De outro lado*, no direito penal do colarinho branco, o desafio de equilibrar a expectativa de punição de gravíssimos atos de corrupção e desvio de recursos públicos com a necessidade de garantia das conquistas liberais clássicas do direito penal se tornou ainda mais complexo. É inegável a necessidade de republicanizar o direito penal brasileiro e superar a tradição de imunização informal de parte da elite nacional. Na minha visão, entretanto, a contenção dos excessos punitivos e das práticas autoritárias no direito penal que atinge o “andar de cima”, embora exijam enorme de gasto de capital político do STF, também é condição de garantia do Estado de Direito entre nós.

Como resultado de mais de quatro anos de pesquisa intensa, produzi uma tese, hoje publicada em versão comercial, intitulada “O Controle de Constitucionalidade de Leis Penais no Brasil”, que resume uma comovida proposta teórica de ampla constitucionalização do combalido direito penal brasileiro. O Professor Luís Roberto Barroso foi o principal responsável por uma reorientação radical da minha vida acadêmica. Posso dizer que achei meu lugar no direito pelo seu incentivo e talvez pela sua capacidade *quase mágica* de encontrar em cada um dos seus alunos e orientandos o que temos de melhor para oferecer ao mundo. Eu teria muito mais a agradecer ao Professor Luís Roberto Barroso, que também teve e continua a ter enorme importância no campo pessoal e afetivo para mim e para minha esposa, Aline Osório. Esta homenagem acadêmica é, portanto, apenas um registro de como o trabalho apaixonado do homenageado pode promover singelos mas inestimáveis *saltos quânticos* na vida dos seus alunos.

II. O TEMA ESCOLHIDO PARA A HOMENAGEM

O direito penal nunca esteve em tanta evidência na história do país. Não apenas pelos alarmantes índices de violência que destroem milhares de vida todos os anos e que atingem com mais intensidade jovens negros e pobres nas periferias das grandes cidades brasileiras. Mas também pela crescente visibilidade dos esforços do Estado brasileiro para enfrentar o flagelo da corrupção. Investigações e processos criminais formam o pano de fundo das sucessivas crises políticas e, em grande medida, nos trouxeram até o tormentoso momento atual. Nunca foi tão necessário equilibrar os esforços de combate à corrupção com a preocupação de manutenção das condições de realização do projeto democrático.

Atualmente, há amplo consenso entre os constitucionalistas de que o direito penal funciona, simultaneamente, como contenção do poder punitivo estatal e também como mecanismo de proteção de direitos fundamentais. Daí porque os Tribunais constitucionais e supranacionais têm feito uso do princípio da proporcionalidade não apenas para reconhecer restrições excessivas ou abusivas a direitos fundamentais no campo penal, mas também para afirmar que a omissão estatal no acionamento do direito penal pode resultar na desproteção de certos direitos fundamentais. Na busca do equilíbrio entre essas duas funções do direito penal, eu e o Ministro Luís Roberto Barroso temos divergências pontuais, como ele próprio ressaltou no prefácio que lançou no meu livro mais recente. Mas concordamos que o principal papel da jurisdição constitucional no campo penal é o de garantir os direitos fundamentais dos investigados, acusados e apenados. Nessa perspectiva, o Ministro Luís Roberto Barroso tem oferecido relevantíssima contribuição.

Embora sejam bastante lembrados os votos proferidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso em temas mais estreitamente ligados à intensificação do direito penal de colarinho branco – *e.g.* constitucionalidade do decreto presidencial de indulto e constitucionalidade da condução coercitiva de investigados, entre outros –, são menos conhecidas as suas propostas inovadoras de contenção do poder punitivo. Selecionei, para fins deste artigo, duas das mais relevantes inovações propostas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no STF: (i) a flexibilização dos critérios legais de

fixação de regime prisional (e, conseqüentemente, dos parâmetros para substituição da pena de prisão por pena restritiva de direitos) em crimes de menor gravidade; e (ii) a possibilidade de realização de compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais dos apenados. O desenvolvimento e aprofundamento dessas duas propostas já defendidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no STF têm potencial para refrear a cultura de *hiperencarceramento* no Brasil, como se demonstrará a seguir.

III. A PENA DE PRISÃO COMO MEDIDA DE *ULTIMA RATIO*: UMA META PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL

O senso comum teórico construído em torno do direito penal é unânime em aceitar a ideia de que a intervenção penal só deve ser acionada quando os outros modos de tutela de direitos e interesses não se mostrarem suficientes. Igualmente consensual é a noção de que a mais grave das sanções penais, a pena de prisão, somente deve ser aplicada nos casos de crimes mais graves, quando outras medidas penais menos graves não puderem realizar os objetivos de prevenção buscados pelo direito penal. Afinal, a pena de prisão configura a sanção mais significativa nos países que não contemplam a pena de morte em sua legislação¹.

A jurisprudência do STF, por exemplo, reconhece há décadas que existe uma tendência, ao menos sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, à redução da pena de prisão à *ultima ratio* do sistema². Também reconhece que a prisão preventiva é a *ultima ratio*, a derradeira medida a que se deve recorrer, e que somente poderá ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou suficientes³. De fato, consolidou-se na segunda metade do século passado o consenso no universo científico de que “a prisão deveria ser a *ultima ratio* da *ultima ratio*, deixando, para a grande maioria dos casos criminais, a aplicação das penas não privativas de liberdade”⁴. A realidade caminha, contudo, em sentido diametralmente oposto. Como assinalou Almiro Salvador Netto, “[n]o Brasil, assim como em

1 Corte Constitucional da Colômbia, STC 185/2011.

2 V., a propósito, STF, HC 70362, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 05.10.1993.

3 V., nesse sentido, STF, HC 151788, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 14.08.2018.

4 SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 256.

grande parte dos países ocidentais, a pena privativa de liberdade assume a posição de principal resposta estatal pela violação do dever exigido criminalmente”⁵.

Apesar da crescente percepção da ineficácia da política de encarceramento, aproximadamente metade das sentenças criminais brasileiras, incluindo as de absolvição e as que reconhecem a prescrição, aplicam aos réus penas de prisão. A quantidade de sentenças que aplicam penas privativas de liberdade é quase quatro vezes superior ao volume de sentenças que aplicam penas restritivas de direito⁶. Mais grave ainda é verificar que cerca de 23% dos condenados a penas de prisão receberam penas inferiores a quatro anos de reclusão ou detenção. Apenas para que se tenha uma ideia mais real do significam esses dados, hoje no Brasil mais 170 mil presos receberam penas inferiores a quatro anos de reclusão ou detenção. O marco é relevante porque, nos termos do Código Penal, penas inferiores a quatro anos de reclusão podem ser cumpridas em regime prisional aberto (art. 33) e admitem substituição por penas restritivas de direito (art. 44).

O crescimento da aposta do sistema de justiça criminal na pena de prisão tem aumentado sistematicamente ano após ano. Não há qualquer sinal no horizonte de que a taxa de encarceramento irá diminuir, apesar da larga demonstração da sua ineficiência para reduzir os índices de criminalidade e violência. A falta de eficácia da pena de prisão na contenção da prática delitiva não tem sensibilizado nem as instituições que programam e aplicam a política criminal nem a sociedade civil. Ao contrário, a baixa qualidade do debate público em torno desse tema tem reproduzido um discurso de ampliação contínua do sistema carcerário, apesar das múltiplas evidências do seu fracasso⁷. O reconhecimento pelo STF, no ano de 2016, do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro teve baixo impacto na modificação dos termos do debate público e efeito irrelevante no seu funcionamento real.

Nunca foi tão urgente a tarefa de converter em realidade a promessa de reservar à prisão um espaço residual no sistema de justiça criminal.

5 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 254.

6 BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 37.

7 Como referiu o Ministro Ricardo Lewandowski, as demandas por valorização da cultura do encarceramento, “*destituídas de qualquer fundamento racional, não lograram apresentar – como ficou evidenciado – qualquer resultado positivo para o incremento da segurança pública. Pelo contrário, tão somente demonstraram que a violência estatal acaba gerando mais violência social*” (BRASIL. *Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Atendimento às Pessoas Egressas do Sistema Prisional*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2016, p. 7).

Para isso, é necessário criar condições para tornar operativo o consenso teórico de que “a prisão, em primeiro lugar, deve ser considerada como *ultima ratio*, como violência estatal inigualável, utilizada exclusivamente para situações de extrema necessidade”⁸. A redução do grau de encarceramento não depende apenas da modificação do quadro legislativo. Ajustes no modo de aplicação das leis penais – acompanhados de intervenções pontuais do STF no controle de constitucionalidade incidente sobre essas leis – podem produzir importante impacto na contenção do *hiperencarceramento* brasileiro. Nesse campo, a jurisdição constitucional pode exercer um importante papel racionalizador do sistema penitenciário, não apenas por meio da determinação de realização de atividades materiais por parte do Poder Executivo, mas também, e principalmente, por meio do controle incidente sobre o modo de aplicação das leis penais pelos juízes.

Embora o direito constitucional tenha dado maior importância nos últimos anos à atuação do Poder Judiciário no controle das omissões administrativas do Estado – *e.g.*, no âmbito da construção de presídios e do investimento na estrutura dos presídios existentes –, tem crescido a compreensão de que os juízes criminais têm enorme parcela de responsabilidade pela explosão carcerária no Brasil. Tal percepção foi traduzida com precisão pela petição inicial da ADPF 347, que dirigiu a maior parte dos pedidos à correção da interpretação dada às leis penais pelos magistrados⁹. Infelizmente, nenhum desses pedidos foi acolhido pelo STF na apreciação dos pedidos cautelares¹⁰. Os aportes teóricos

8 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 257.

9 Para um resumo dos pedidos formulados na ADPF 347, v. GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. *Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Por que a decisão do Supremo na ADPF 347 não alterará o quadro do sistema carcerário? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional-09092015>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

10 Como ressaltaram Rubens Glezer e Eloísa Machado, “*não foi acatada nenhuma medida cautelar voltada a lidar com as decisões judiciais de encarceramento, parte crucial do problema. Ministros como Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes – ambos com experiência significativa na presidência do CNJ – reconhecem na cultura punitiva do Judiciário a fonte primordial para a crescente superpopulação carcerária e, conseqüentemente, para o ‘Estado de coisas inconstitucional’*. Esse diagnóstico serviu de subsídio para outras falas assertivas, como a do Ministro Luiz Fux, de que o STF deveria dar diretrizes enfáticas aos demais magistrados do sistema Judiciário. Estas falas, porém, estão desacompanhadas de autoridade. Os ministros, ao se negarem de criar ou fazer valer qualquer mecanismo de controle sobre a atividade dos juízes, como a Reclamação direto ao tribunal ou a possibilidade de apreciar as liminares contra liminares negadas em habeas corpus, transformaram uma decisão judicial em um mero aconselhamento. Em síntese, o Supremo reconhece que o Judiciário é parte do problema. Mas, ao não adotar medidas mais severas para a reversão das decisões de aprisionamento provisório, não faz parte da solução. Ao deferir algumas cautelares sem conceder nenhuma daquelas dirigidas aos juízes, o potencial de mudança estrutural da decisão foi anulado. O Ministro Marco Aurélio alertou o Tribunal de que a decisão estaria esvaziada, sem sorte. Se algo mudou, foi o fato de que o STF perdeu a chance de criar seu próprio grande precedente de direitos humanos”.

V. GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. *Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Por que a decisão do Supremo na ADPF 347 não alterará o quadro do sistema

apresentados neste artigo – desenvolvidos com base em propostas concretas já formuladas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no STF – têm por objetivo investir no potencial que a jurisdição constitucional apresenta para iniciar um virtuoso processo de transformação da pena de prisão em medida de *ultima ratio*.

IV. A FLEXIBILIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS LEGAIS DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E DOS PARÂMETROS PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRISÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM CRIMES DE MENOR GRAVIDADE NA VISÃO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

A transformação da pena de prisão em medida de *ultima ratio* depende de várias iniciativas coordenadas. *Em primeiro lugar*, exige, de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, estimular a “*aplicação mais ampla de penas alternativas à prisão, por meio: a) da imposição aos juízes de um ônus argumentativo mais severo para justificar a não aplicação das penas alternativas na sentença condenatória; e b) do investimento no fortalecimento das centrais de acompanhamento de penas e medidas alternativas e na criação de outros mecanismos que permitam aumentar o controle e a fiscalização do seu cumprimento*”¹¹. *Em segundo lugar*, e de forma emergencial, requer, também de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, a criação de uma “*fila de saída*” que permita “*a concessão de prisão domiciliar ou de antecipação do regime aberto a outro preso que já esteja cumprindo a pena no regime semiaberto e já tenha alcançado ou esteja mais próximo de alcançar o requisito objetivo para progredir para o regime aberto*”¹². Essa iniciativa de flexibilização dos requisitos legais para progressão de regime, defendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso em 2015, se converteu em um dos principais pedidos da ADPF 347 e está em linha com a ideia de equivalentes funcionais da pena e do conseqüente reconhecimento do direito à compensação punitiva por violações a direitos dos presos, temas que serão objeto de desenvolvimento adiante.

Além disso, é necessário também investir no potencial racionalizador da jurisdição constitucional sobre o caótico sistema de dosimetria

carcerário? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional-09092015>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

11 STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

12 STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

de penas e escolha de regimes prisionais no Brasil. Uma das tarefas mais relevantes nesse contexto é a de contribuir para a superação dos resquícios de direito penal do autor em prestígio de um direito penal do fato. Como afirmou o Ministro Luís Roberto Barroso, “o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, ‘personalidades’, ‘meios’ ou ‘modos de vida’, e sim crimes, isto é, condutas significativamente perigosas ou lesivas a bens jurídicos, sob pena de se configurar um direito penal do autor, e não do fato”¹³. O direito penal do autor é aquele que considera legítimo submeter o criminoso à pena em razão da sua personalidade anormal e perigosa, enquanto o direito penal do fato estabelece que o criminoso se submete à pena não porque seja um ser anormal e perigoso por natureza, senão porque, independentemente da sua personalidade, cometeu uma conduta punível.

Um sistema penal que busque se afastar da lógica do direito penal do autor deve impedir que características pessoais do autor que não tenham expressão na culpabilidade revelada pelo fato sejam levadas em consideração para majorar sua pena. Esse tipo de raciocínio não é estranho à experiência comparada. O Tribunal Constitucional da Alemanha, por exemplo, em sentença proferida em 1979, considerou que a adequação do dispositivo legal que estabelece uma causa geral de agravação da pena com base na reincidência à Constituição afasta a sua aplicação nos casos em que a reincidência não implique uma presunção de maior culpabilidade do réu, de modo que o juiz deve verificar, caso a caso, se é possível reprovar mais intensamente a conduta do reincidente que não tenha considerado como advertências as condenações anteriores¹⁴. Alguns anos depois, em 1986, a causa de agravação da pena pela reincidência foi revogada no Código Penal alemão¹⁵.

De fato, as características pessoais do acusado que não tenham ganhado expressão concreta no fato punível não devem assumir qualquer relevância para a dosagem da pena, sob pena de se promover típico direito penal do autor. Nesse sentido, levar a sério a ideia de um direito penal do

13 STF, HC 123108, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015.

14 A jurisprudência alemã realizou verdadeira interpretação conforme à Constituição do instituto da reincidência. A sentença alemã é referida pela Corte Constitucional da Colômbia na Sentencia C-181/2016. Esse entendimento não é necessariamente contrário à jurisprudência do STF que reconheceu a constitucionalidade da reincidência como agravante da pena (RE 453.000/RS)” (HC 93815, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 04.04.2013).

15 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 186.

fato exige limitar a pena ao grau de culpabilidade expressado pela conduta punível praticada. A partir desse limite, as condições pessoais do autor do delito só podem ser consideradas para reduzir a pena, à luz de considerações de ordem utilitaristas, que podem recomendar a cominação judicial de pena inferior ao grau de culpabilidade¹⁶.

Embora seja necessário conferir interpretação conforme ao art. 59 do Código Penal para uniformizar parâmetros de aplicação da pena compatíveis com a ideia de direito penal do fato ou da culpabilidade, parte considerável das deficiências de que padece o modelo de individualização judicial da pena tem sido contornada pelo esforço da jurisprudência do STJ e do STF para reduzir o subjetivismo e a arbitrariedade que caracterizam a sistemática utilização de características pessoais dos réus como fundamentos para intensificar a punição criminal¹⁷. Mesmo sem afirmar a inconstitucionalidade da utilização de características pessoais desvinculadas do fato praticado para elevar a pena, o STJ tem esvaziado a possibilidade de majoração da pena com base na avaliação da personalidade ou da conduta social pelo caminho da afirmação de um ônus argumentativo mais rigoroso para o juiz considerar tais circunstâncias desfavoráveis ao réu¹⁸. Nesse sentido, o aumento do rigor no controle da fundamentação da dosimetria das sentenças criminais tem potencial para amenizar as dificuldades resultantes da falta de uma diretriz interpretativa clara do STF a propósito do modo como o art. 59 do Código Penal deve ser entendido à luz da Constituição.

Além dos problemas estruturais que cercam a dosimetria judicial da pena, há também dificuldades no campo da fixação do regime prisional. O

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

17 *“A simples afirmação de que a personalidade é desvirtuada, conforme a jurisprudência desta Corte, não justifica a valoração negativa dessa circunstância judicial para fixação da pena-base. O mesmo se diga em relação à conduta social, cuja simples menção à reprovabilidade não serve de substrato justificante para considerá-la negativa”* (STJ, HC 203.434, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 20.06.2017).

18 *“Não foram mencionados elementos concretos e idôneos dos autos que, efetivamente, evidenciassem especial agressividade e/ou perversidade do agente, ou mesmo menor sensibilidade ético-moral, de modo que não há como manter a conclusão pela desfavorabilidade da personalidade. Não havendo sido mencionado nenhum fundamento concreto que, de fato, demonstrasse a inadequação do comportamento dos pacientes no interior do grupo social a que pertencem (família, vizinhança, trabalho, escola etc.), deve ser afastada a análise desfavorável da conduta social dos agentes”* (STJ, HC 212.016/GO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 23.02.2016); *“É ilegal a exasperação da pena-base na parte em que o julgador considerou, de forma desmotivada, a “personalidade desvirtuada e voltada ao crime” do paciente e sua “conduta social reprovável”, sem indicar nenhum elemento concreto dos autos que justificasse tal conclusão”* (STJ, HC 268.147, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 07.04.2015).

Código Penal estabeleceu patamares mínimos de pena a partir dos quais o regime mais gravoso deve ser obrigatoriamente aplicado, ao invés de um sistema que previsse a cominação obrigatória de regime mais favorável quando a pena não superasse certa quantidade de pena. O modelo ideal seria, em verdade, aquele que impusesse a aplicação obrigatória de regimes mais brandos e de penas restritivas de direito em certas circunstâncias e facultasse a aplicação de regimes mais rigorosos e da própria pena de prisão a partir da verificação da necessidade dessas medidas mais gravosas à luz de caso concreto pelo juiz. O excesso de rigidez da lei penal brasileira, nesse ponto, pode produzir resultados desproporcionais nas mais diversas situações concretas. Daí a necessidade de controlar a constitucionalidade dessas regras caracterizadas pela absoluta rigidez no campo penal. O exemplo da fixação obrigatória de regime mais gravoso para reincidentes – associado à proibição de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos – é particularmente relevante.

Esse controle jurisdicional da constitucionalidade das leis em razão do excesso de rigidez não é novo no direito comparado. A Itália desenvolveu importante arsenal metodológico para controlar a inconstitucionalidade decorrente do excesso de rigidez normativa. A imposição de regras uniformes para situações jurídicas extremamente diversas pode conduzir à afirmação da inconstitucionalidade da disposição legal. Daí ter surgido na jurisprudência constitucional italiana a sentença aditiva de princípio por *déficit de flexibilidade*¹⁹. A partir desse instrumental, a Corte constitucional italiana passou, por exemplo, a transformar presunções absolutas em relativas e a incorporar exceções inexistentes na disciplina legal. No campo penal, é farta a jurisprudência italiana no sentido da imposição, por via de decisões aditivas de princípio, de exceções a regras penais desprovidas de flexibilidade²⁰. A falta de flexibilidade legislativa no campo da fixação do regime prisional já foi, inclusive, reconhecida pelo STF, a partir do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, nos casos de reiteração da prática de condutas pouco relevantes penalmente:

19 Cf. PANZERA, Claudio. *Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 167-168.

20 Por todas, vale citar, da Corte Constitucional da Itália: (i) sentença 350, de 2003 (concedendo o direito à prisão domiciliar para o pai ou a mãe de sujeito deficiente físico); (ii) sentença 255, de 2006 (recusando a suspensão condicional da pena quando inadequada à sua função reeducativa).

Assim sendo, a opção de mandar essas pessoas para o cárcere deve ser encarada decididamente como a última e radical alternativa num sistema já superlotado e altamente degradante. Dessa forma, proponho que eventual sanção privativa de liberdade aplicável ao furto de coisa de valor insignificante seja fixada em regime inicial *aberto domiciliar*, afastando-se para os reincidentes a aplicação do art. 33, § 2º, c, do CP, que, na hipótese, deve ser interpretado conforme a Constituição. Sua incidência fica paralisada no caso concreto, por produzir resultado incompatível com o texto constitucional.

[...]

Proponho ainda que a referida pena privativa de liberdade seja, como regra, substituída por pena restritiva de direitos, afastando-se as condicionantes previstas no art. 44, II, III e § 3º do CP, que devem ser interpretadas à luz da Constituição, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. As sanções restritivas de direitos têm um caráter ressocializador muito mais evidente em comparação com as penas privativas de liberdade, especialmente em casos abrangíveis pelo princípio da insignificância. Assim, somente em caso de descumprimento da pena restritiva deve haver a reconversão para sanção privativa de liberdade, em regime *aberto domiciliar*. E apenas na hipótese de descumprimento das condições impostas ao condenado em prisão domiciliar é que será possível a regressão para o regime semiaberto.²¹

A própria lei penal conta com uma cláusula de abertura voltada a reduzir o grau de rigidez das regras de imposição obrigatória de pena de prisão aos condenados reincidentes: “[s]e o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime” (§ 3º do art. 44 do Código Penal). Tal cláusula de exceção indica um caminho a ser trilhado, já que estabelece que a negação ao direito de ter a pena substituída por restritiva de direitos está vinculada à demonstração de que a pena de prisão é “socialmente recomendável”²².

²¹ STF, HC 123108, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015.

²² O projeto de reforma do Código Penal em debate no Congresso Nacional pretende caminhar nesse sentido, estabele-

Razões de corte utilitarista podem conduzir, portanto, à fixação de regime prisional mais brando do que aquele estabelecido, de forma rígida, pela lei penal, bem como autorizar a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos nos casos em que a gravidade concreta da conduta não recomende o necessário encarceramento do réu reincidente como condição para a realização dos fins preventivos da pena²³.

Esses avanços da jurisprudência nos setores da dosimetria da pena e da fixação do regime prisional – com impactos sobre a possibilidade de substituição da pena de prisão por restritiva de direito – podem ser melhor explorados pelos juízes e Tribunais criminais, o que depende, fundamentalmente, da revisão da “cultura do encarceramento” que predomina na magistratura brasileira. Para isso, é necessário investir na conscientização dos juízes quanto às mazelas do sistema prisional e à grave ineficiência da aplicação da pena de prisão em casos de menor gravidade.

O quadro dramático do sistema prisional brasileiro demonstra a necessidade de aperfeiçoamento do modo pelo qual o Judiciário brasileiro tem dosado as penas, escolhido o regime prisional e decidido sobre a substituição da pena de prisão por restritivas de direito. Nesse sentido, torna-se necessário elevar substancialmente o ônus argumentativo imposto ao juiz nos casos em que a majoração da pena resulte na obrigatória mudança de regime prisional – especialmente na hipótese em que a pena ultrapassa os quatro anos (alterando o regime aberto para o regime semiaberto). Não se pode admitir que o juiz possa transitar entre a escolha de pena inferior

cendo que “o réu não for reincidente em crime doloso, salvo se a medida for suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Pretende-se excluir o óbice à substituição da pena nos casos de reincidência específica e esclarecer que a não substituição só será permitida quando a pena restritiva se mostrar insuficiente. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/comissoes/documentos/SSCEPI/REFORMA%20PARTE%20GERAL%20_arts%20%2032%20a%2068_.pdf>. Acesso em: 02.01.2019.

23 Nesse sentido, a proposta de interpretação conforme da agravante da reincidência formulada por Ingo Sarlet: “a despeito da habilidade do argumento, não nos parece seja necessário declarar a inconstitucionalidade da agravante da reincidência por ser inviável (em virtude da expressão sempre contida no artigo 61, inciso I, do Código Penal, que, de fato, a exemplo do argumento utilizado no caso da vedação da liberdade provisória na hipótese de crime hediondo, ofende frontalmente as exigências da proporcionalidade) uma interpretação conforme a Constituição. Com efeito, sabe-se que sempre é possível a declaração da inconstitucionalidade até mesmo de uma expressão apenas, de tal sorte que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do termo sempre, o exame do caso concreto permitiria ao aplicador da pena que, mediante uma análise das circunstâncias do caso, aplicasse, ou não, a agravante, especialmente quando se tratar de delitos menos graves, considerando os bens atingidos. Ademais, ainda que aplicada a agravante (embora não sempre) abre-se igualmente a alternativa de não agregar sempre ao reconhecimento da incidência os seus efeitos adicionais, como a impossibilidade da substituição da pena, o agravamento do regime de cumprimento da pena, etc. Mediante esta aplicação diferenciada caso a caso (que, de resto, já foi proposta entre nós), a aferição da proporcionalidade da aplicação da reincidência como agravante e das suas demais conseqüências acabaria por permitir soluções mais afinadas com as exigências da própria proporcionalidade e um equilíbrio entre a sua dupla perspectiva como proibição de excesso e de insuficiência” (SARLET, Ingo Wolfgang, Constituição e proporcionalidade: direito penal e direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 10, 2006, p. 347).

a quatro anos – com possibilidade de aplicação do regime aberto e substituição da pena de prisão por restritiva de direito – e outra superior a esse patamar – que impõe a cominação de regime semiaberto obrigatório sem possibilidade de substituição – com a mesma liberdade que teria para escolher a sanção adequada entre a pena mínima e a pena não superior a quatro anos.

A escolha pela pena de prisão em detrimento das penas restritivas de direito deve contar não apenas com adequada fundamentação sob a ótica das circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal), circunstâncias agravantes e eventuais causas de aumento. Quando a pena mínima cominada ao delito for inferior a quatro anos, o juiz deve apresentar especificamente os motivos pelos quais as penas restritivas de direito não são “socialmente recomendáveis” (§ 3º do art. 44 do Código Penal). Isso significa afirmar que a não aplicação da pena restritiva de direito só se justifica quando ela não se mostrar suficiente para prevenir o delito. O ônus da demonstração da insuficiência é do juiz sentenciante. Sempre que o juiz não se desincumbir desse ônus, deve-se reconhecer que o réu tem direito subjetivo à substituição da pena de prisão pela pena restritiva de direito.

Além disso, outros dois avanços nesse setor podem contribuir para arrefecer essa indesejável “cultura do encarceramento” que domina a prática judicial no Brasil. *Em primeiro lugar*, a interpretação usualmente conferida pelos juízes ao art. 59 do Código Penal permite a majoração da pena com base em circunstâncias exclusivamente pessoais do condenado, o que resulta na aplicação de pena superior ao limite da culpabilidade pelo fato. Essa grave deficiência do modelo judicial de fixação de penas no Brasil pode ser, em grande medida, superada por uma atuação corretiva da jurisprudência pelo STF. Um pronunciamento tomado em controle concentrado de constitucionalidade que confira interpretação conforme a Constituição ao art. 59 do Código Penal para afirmar que as características pessoais e as motivações internas do réu – que não tenham expressão concreta na culpabilidade revelada pelo fato – só podem ser utilizadas para reduzir a pena já teria grande impacto no sistema de justiça criminal brasileiro e contribuiria de forma relevante para a progressiva superação dos resquícios de direito penal do autor no Brasil.

Em segundo lugar, deve-se reconhecer que a reincidência só pode resultar na aplicação de regime prisional mais gravoso e na negativa de subs-

tuição da pena de prisão por restritiva de direito se a reincidência não implicar uma presunção de maior culpabilidade do réu, de modo que o juiz deve verificar, caso a caso, se é possível reprová-lo mais intensamente a conduta do reincidente que não tenha considerado como advertências as condenações anteriores. Nesse contexto, seria necessário também interpretar conforme a Constituição os arts. 33, § 2º, c²⁴ e 44, II, III e § 3º²⁵, todos do Código Penal, para afirmar que a reincidência só poderá implicar aplicação de regime prisional mais gravoso e impedir a substituição da pena de prisão por restritiva de direito se essa circunstância impactar concretamente o grau de culpabilidade expressado pelo fato punível praticado²⁶.

Apesar da alta relevância dessas propostas de intervenção da jurisdição constitucional nos campos da aplicação da pena, da fixação do regime prisional e da substituição da pena de prisão por restritiva de direito, o objetivo de transformar a pena de prisão em medida de *ultima ratio* também pode contar com o auxílio valioso do reconhecimento da ideia de *equivalentes funcionais da pena* e do *direito à compensação punitiva* em razão das restrições de direitos suportadas pelo indivíduo em todas as fases do

24 CP, art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (...) c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

25 CP, art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (...) § 2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. § 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. § 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. § 5º. Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

26 Uma sentença do STF como essa se faz ainda mais necessária diante do fato de que o STJ tem interpretado restritivamente o precedente do STF firmado no julgamento do HC 123.108: “A possibilidade de aplicação do regime aberto, conforme HC 123108 julgado pelo do Pleno do STF, cinge-se à hipótese de furto de valor insignificante em que a incidência do princípio da bagatela - embora cogitável e possível em razão do valor do bem subtraído - tenha sido afastada sob o fundamento exclusivo da reincidência. No caso concreto, o art. 33, § 2º, c, do Código Penal - CP é plenamente aplicável, porquanto o bem subtraído não foi considerado de valor irrisório ou insignificante. Diante disso, não identifiquei flagrante ilegalidade na decisão do Tribunal a quo no sentido de que a fixação do regime aberto não é recomendável no caso em apreço, devendo-se estabelecer o regime semiaberto, em atenção à Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça” (STJ, HC 361.019/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 27/09/2016).

sistema de justiça criminal, desde a investigação até a execução da pena. Essa ideia foi proposta de forma inovadora no Brasil pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do RE 580252, ocasião em que defendeu a possibilidade de compensar violações a direitos fundamentais dos presos no tempo de pena e na modalidade do seu cumprimento. Atualmente, as violações de direitos fundamentais dos presos brasileiros assumem caráter de penas autônomas, que se somam à pena fixada na sentença e institucionalizam um modelo de aplicação de penas cruéis sem o devido processo legal, em patente restrição desproporcional dos princípios da culpabilidade e do *ne bis in idem*. Esse debate, iniciado no Brasil com o ajuizamento da ADPF 347 e posterior julgamento das medidas cautelares pelo STF, deve ser aprofundado para permitir uma adequada compreensão dos seus fundamentos e das suas potencialidades. É o que se verá a seguir.

V. EQUIVALENTES FUNCIONAIS DA PENA: AS MÚLTIPLAS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOFRIDAS PELO INDIVÍDUO NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO, DO PROCESSO E DA EXECUÇÃO PENAL A PARTIR DA VISÃO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

A pena criminal possui duas dimensões fundamentais, conhecidas como *dimensão comunicativa* e *dimensão aflitiva*. Na *dimensão comunicativa*, a pena constitui uma expressão da existência de um injusto culpável atribuível ao autor; já na *dimensão aflitiva*, a pena configura a imposição de sofrimento ao autor do delito. A doutrina costuma assinalar que a imposição de uma carga aflitiva ao réu deve se somar à dimensão comunicativa da condenação para garantir que o direito penal desempenhe função preventiva²⁷. O reconhecimento dessa dimensão aflitiva da pena conduz à ampliação do seu sentido, na medida em que torna clara a realidade segundo a qual o indivíduo submetido à persecução penal pode sofrer as consequências de um conjunto amplo de restrições de direitos fundamentais como resposta ao cometimento do delito e que todas elas devem ser devidamente consideradas pelo Estado como aspectos ou dimensões da pena.

27 O Professor von Hirsch defendeu a ideia de que a reprovação tem uma dimensão retrospectiva e que a causação do dano ao criminoso carrega uma visão prospectiva do necessário em termos preventivos. V. VON HIRSCH, Andrew. The Justification for Punishment's Existence: Censure and Prevention. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew (eds). *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2005, p. 13 e ss.

De acordo com Silva Sánchez, o Estado deve renunciar à dimensão aflitiva da pena ou minimizar a sua intensidade quando tenha recaído sobre o indivíduo algum equivalente funcional da pena²⁸. Esse autor resenhou, sem pretensão de exaurir o tema, os principais equivalentes funcionais da pena²⁹. A ideia fundamental desse conceito é a de que há um conjunto de fatos ou circunstâncias que exercem – parcial ou integralmente – certas funções da pena (simbólica/comunicativa ou aflitiva). O Estado deve identificar todas essas situações para garantir que elas sejam consideradas no momento da cominação judicial da pena, seja para reduzi-la seja para afastá-la completamente³⁰.

O primeiro grupo de equivalentes funcionais da pena é formado por condutas que configuram algum tipo de *comportamento autopunitivo*. Nesses casos, o autor do delito pode impor a si próprio uma punição ou um sofrimento intenso como forma de demonstrar o reconhecimento de que infringiu a norma e a autoreprovação por essa infração. Além dessa dimensão comunicativa – que se manifesta também pela *confissão* e pela *reparação integral do dano* (em ambos os casos existe uma dimensão expressiva de negação do injusto culpável cometido por fatos cometidos pelo próprio agente) –, esse comportamento de punição de si mesmo pode apresentar significativa intensidade aflitiva.

O segundo grupo de equivalentes funcionais da pena pode ser encontrado a partir dos *efeitos colaterais negativos do processo criminal*. Alguns deles são fortemente controvertidos na doutrina, como os que resultam dos “julgamentos paralelos” feitos pela mídia nas situações de publicidade opressiva ou nos casos de vingança privada praticados contra o réu (circunstâncias derivadas de condutas pós-delitivas de terceiros). Outros, porém, têm amplo reconhecimento, tais como as violações processuais perpetradas pelos próprios órgãos responsáveis pela persecução criminal (circunstâncias derivadas do comportamento pós-delitivo do sistema judicial). Esses casos costumam estar associados à violação do direito fundamental à duração razoável do processo e também à violação aos direitos de defesa, na perspectiva de que o próprio processo penal pode ser entendido, em si mesmo, como uma

28 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Equivalentes funcionales de la pena*. Em elaboração.

29 V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Equivalentes funcionales de la pena*. Em elaboração.

30 Para uma síntese das hipóteses em que se podem encontrar esses equivalentes funcionais da pena, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*, v. 47, n. 127, p. 498-501.

pena. Em tais situações, Silva Sánchez afirma que tais restrições de direitos fundamentais costumam não atingir plena equivalência com a pena, mas há boas razões para a sua considerável redução³¹.

A dimensão aflitiva da pena também pode ser encontrada indiscutivelmente em situações nas quais o próprio agente sofre graves danos decorrentes da sua conduta imprudente. O clássico exemplo do acidente de carro que resulta na morte de um familiar, ainda que provocado pelo agente, é reconhecido como situação em que tal sofrimento equivale funcionalmente à pena judicial, razão pela qual esta pode ser reduzida ou até mesmo perdoada. Alguns dos exemplos de equivalentes funcionais da pena, especialmente aqueles que expressam certo conteúdo simbólico ou comunicativo da pena, contam com previsão legal no Brasil, como o perdão judicial³² e as hipóteses de amenização da pena pela confissão³³ e pela integral recomposição do dano³⁴. Em geral, essas circunstâncias que apresentam algum reconhecimento por parte do réu da violação à norma penal costumam resultar apenas na redução da pena, já que não revelam integral equivalência com a pena cominada pelo legislador. Não é esse tipo de manifestação desse fenômeno de equivalência funcional com a pena que se quer enfatizar neste capítulo. Apresentam maior relevância as situações que apresentam conteúdo aflitivo ou punitivo em sentido amplo, já que nesses casos existe uma privação ou restrição de direitos que realiza de algum modo a função retributiva da pena. No momento de fixação da pena, o juiz pode, atento à função de prevenção especial que caracteriza a execução da pena, até mesmo prescindir dela, diante da possibilidade de substituir a pena por equivalentes funcionais³⁵.

31 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Equivalentes funcionales de la pena*. Em elaboração.

32 “Conquanto o texto do § 5º do art. 121 do Código Penal não tenha definido o caráter e a extensão das consequências do crime imprescindíveis à concessão do perdão judicial, não deixa dúvidas quanto à forma grave com que elas devem ter atingido o agente, a ponto de tornar desnecessária e até mesmo exacerbada a aplicação de sanção penal” (STJ, REsp 1444699, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 01.06.2017).

33 “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal” (STJ, HC 467.819/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. em 06.11.2018).

34 Essa circunstância – reparação espontânea do dano – está prevista no art. 65, III, “b”, do Código Penal.

35 Como exemplos dos equivalentes funcionais da pena Jakobs identifica as medidas de segurança, a suspensão da execução das penas privativas de liberdade, a reparação, ou a denominada *poena naturalis*, entre outros. JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p.14.

No Brasil, parte importante da petição inicial da ADPF 347 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 arguição de descumprimento de preceito fundamental é de que as restrições (ilegítimas) de direitos fundamentais sofridas pelos apenados durante a execução possuem irrecusável dimensão afitiva, que deve ser considerada como punição para fins de determinação final da pena a ser cumprida. Dos oito pedidos principais deduzidos nessa ADPF, cinco deles constituem manifestações do reconhecimento de que determinadas práticas estatais violadoras dos direitos do apenado possuem dimensão afitiva equivalente à da pena³⁶. 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 sanção”*³⁷. De acordo com a petição inicial da ADPF 347, a gravidade da punição aplicada deve ser avaliada de acordo com o contexto concreto da sua aplicação, o que impõe reconhecer que a violação de direitos do apenado no curso da execução equivale materialmente à pena criminal:

36 São eles: a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motive expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade); 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 (reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade); 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; 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 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).

37 A petição inicial está disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

O sistema prisional brasileiro está em colapso e as penas privativas de liberdade são sistematicamente cumpridas em condições degradantes, como se afirmou tantas vezes nesta peça. Esta é uma realidade que não pode ser ignorada na aplicação das normas penais. [...]

Na hipótese, a consideração da realidade carcerária impõe aos juízes que, na aplicação da pena, deem absoluta preferência às sanções alternativas à prisão. Afinal, por imperativo constitucional cumpre evitar a submissão de pessoas a tratamentos desumanos e degradantes – e é isso que quase sempre ocorre nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Se, no presente cenário, enviar uma pessoa para a prisão é submetê-la muito provavelmente a tratamento que viola a sua dignidade, e não apenas a restrições juridicamente autorizadas à sua liberdade, o Estado não deve fazê-lo, a não ser em casos excepcionais, e sempre pelo mínimo de tempo necessário.

Mas não é só. Como se sabe, a lei penal comina em abstrato as penas mínima e máxima para cada infração criminal, partindo de uma premissa implícita: supõe-se que as penas serão cumpridas na forma prescrita pelas normas vigentes. A equação legislativa se assenta em um juízo abstrato de proporcionalidade, no qual se busca uma certa correspondência entre a gravidade da sanção a ser infligida e o desvalor da ação do agente.

Porém, quando se altera radicalmente essa premissa implícita, a equação se desfigura. Em outras palavras, uma pena abstratamente proporcional pode se tornar manifestamente desproporcional quando cumprida em condições muito mais gravosas do que aquelas estabelecidas pelo ordenamento. Certamente é uma sanção muito mais severa, por exemplo, passar cinco anos trancafiado em uma “masmorra medieval” imunda e superlotada, do que cumprir o mesmo tempo de pena privativa de liberdade numa instituição que observe escrupulosamente as regras da Lei de Execução Penal. Esse desajuste precisa ser recalibrado judicialmente, sob pena de ofensa à proporcionalidade da sanção.

Não se trata de desprezar os termos e limites da lei penal. Mas, para que a própria proporção sancionatória vislumbrada pelo

legislador seja mantida, o aumento fático da intensidade da pena – isto é, o agravamento das condições reais em que se dá o seu cumprimento, em comparação com o que prevê a legislação – demanda que a respectiva duração seja diminuída, de forma correspondente. A matemática é elementar.³⁸

Apesar da ideia de reconhecer a presença de equivalentes funcionais da pena ser relativamente inovadora no Brasil – a primeira formulação sistemática dessa tese surgiu no cenário jurídico com o ajuizamento da ADPF 347 –, o direito comparado apresenta bons exemplos da aplicação dessa categoria para redimensionar a pena em razão das diversas restrições de direitos fundamentais a que o réu pode se sujeitar durante o processo e também no curso da execução da pena. O Tribunal Supremo da Espanha reconheceu, no ano de 1993, que *“tendo em conta que a pena constitui, exteriormente considerada, uma perda de direitos fundamentais, a doutrina mais moderna tem considerado que as lesões de direitos fundamentais que resultam de um desenvolvimento irregular do processo devem ser abonadas na pena pois têm também um efeito compensador de parte da culpabilidade pelo fato em razão da perda de direitos”*³⁹. Esse mesmo efeito compensador passou a ser compreendido de forma mais ampla para afirmar que se devem computar na pena *“os males injustificados que o acusado tenha sofrido em razão de um processo irregular”*, uma vez que o autor não pode *“receber pelo delito uma perda de direitos maior ao equivalente à gravidade de sua culpabilidade”*⁴⁰. Dito de outra forma, o Tribunal Supremo da Espanha afirmou que *“a privação de bens e direitos que a pena produz não deve ser de superior gravidade que a gravidade da lesão jurídica causada pelo autor”*⁴¹.

O efeito compensador incidente sobre a pena deriva, em um primeiro plano, das situações que conduzem a um reconhecimento expresse da vigência na norma ofendida, tal como ocorre nos casos de confissão e reparação do dano. Para o Tribunal Supremo da Espanha, nesses casos, seria possível falar em uma *compensação construtiva* da culpabilidade porque se trata de um ato do próprio autor no sentido da afirmação dos valores da ordem jurídica. Mas o sistema legal também reconhece um

38 A petição inicial está disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

39 Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

40 Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

41 Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

tipo de *compensação destrutiva* da culpabilidade, que decorre de atos posteriores que adiantam ou produzem uma perda de direitos como consequência do delito e do processo que a que este dá lugar. Essa *compensação destrutiva* é prevista expressamente pela lei quando permite o abono no tempo de cumprimento da pena do tempo de prisão preventiva (art. 58 do Código Penal espanhol) e também quando admite a compensação da pena em razão da perda de direitos sofrida por medidas cautelares de natureza diferente da pena imposta (art. 59 do Código Penal espanhol). Desse modo, o legislador espanhol reconheceu que a equivalência entre a pena aplicada e a gravidade do delito deve ser observada inclusive no caso em que, como consequência do delito, o Estado tenha privado de forma legítima o autor do mesmo de direitos antecipadamente.

Nesse sentido, o Tribunal Supremo da Espanha afirmou que: “[d]ado que a pena é por si mesma uma redução do status do autor em relação aos seus direitos fundamentais, é evidente que toda privação de direitos sofrida legitimamente durante o processo constitui um adiantamento da pena que não pode operar contra o acusado”, de modo que “[s]e se negasse esta compensação da perda de direitos se vulneraria o princípio da culpabilidade, pois se desconheceria que o autor do delito já extinguiu uma parte da sua culpabilidade com dita perda de direitos e que isso deve ser compensado na pena imposta”.⁴² O Tribunal Supremo da Espanha também reconheceu que “se a lei compensa as perdas legitimamente ocasionadas pelo Estado no curso do processo penal, é também evidente que, com maior razão, deve proceder da mesma maneira quando a lesão jurídica não está justificada”⁴³.

Enquanto isso, 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 extremamente deficitária. Os problemas vão desde a falta de regra explícita que permita a compensação na pena final das restrições impostas ao réu pelo juiz 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 dos equivalentes funcionais da pena reduz as chances de reconhecimento de que o caráter aflitivo da pena pode ser exercido concretamente por meio de outras medidas (decorrentes da correta aplicação da lei pelo juiz

⁴² Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

⁴³ Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

ou do descumprimento dela pelo juiz ou pela administração carcerária). Contudo, a noção de pena justa exige que o juiz considere todas as restrições e violações de direitos sofridas pelo indivíduo como resposta ao cometimento do delito.

Como visto, a ideia de equivalentes funcionais da pena conduz à necessidade de considerar todas as formas de restrição dos direitos fundamentais do autor do delito tanto no momento da fixação da pena na sentença condenatória como no seu eventual redimensionamento na fase executória. Entre todas as situações que podem revelar conteúdo punitivo – e que, portanto, devem impactar o processo de individualização da pena –, a ADPF 347 centra esforços em um grupo específico de equivalentes funcionais: aqueles que resultam da violação de direitos fundamentais imputadas diretamente ao Estado na fase da execução da pena. 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. Não há nenhuma razão teórica ou pragmática para recusar o reconhecimento de que esse *plus* de aflictividade deve ser compreendido como pena.

De fato, 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. Contudo, como tem reconhecido a Corte Constitucional da Colômbia, o cumprimento da pena de prisão deixa intactos outros direitos que devem ser respeitados e garantidos pelas autoridades públicas. A jurisprudência colombiana tem classificado os direitos dos presos em três grupos⁴⁴. O primeiro compreende os *direitos suspensos* como consequência lógica e direta da pena imposta, entre os quais a livre locomoção e os direitos políticos. O segundo grupo abrange os *direitos restringidos* ou *limitados* em razão da situação de sujeição dos internos em relação ao Estado – *e.g.*, os direitos à intimidade pessoal e familiar, de reunião, de associação, ao livre desenvolvimento da personalidade, à liberdade de expressão, ao trabalho e à educação –, tudo em ordem a contribuir para o processo de ressocialização dos

44 Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-328/2016.

condenados, de garantia da disciplina, da segurança e da salubridade dos cárceres. Por fim, o terceiro grupo engloba os *direitos intocáveis* ou *intangíveis*, conformados pelos direitos fundamentais da pessoa privada da liberdade que permanecem intactos, porque 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, à petição e ao devido processo legal⁴⁵.

Nesse sentido, a Corte possui firme orientação no sentido de que a especial situação de sujeição entre os internos e o Estado gera fortes tensões sobre seus direitos, pois a prisão implica a suspensão ou a restrição de alguns de seus direitos, mas aquelas garantias constitucionais inerentes à dignidade do ser humano permanecem intactas e o Estado está obrigado respeitá-las e garanti-las⁴⁶. 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 tenha institucionalizado, com o consentimento do Supremo Tribunal Federal, que a pena de prisão pode ser cumprida em condições indignas. Uma vez verificadas tais violações, porém, é preciso que sejam obrigatoriamente consideradas como equivalentes funcionais da pena, na perspectiva do reconhecimento de situação de *compensação destrutiva* da culpabilidade, para usar a linguagem da jurisprudência espanhola. O mecanismo jurídico por meio do qual se pode promover compensações na pena é a detração penal. No Brasil, a incorporação da ideia de equivalentes funcionais da pena – especialmente

45 Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-328/2016.

46 Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-328/2016.

nessa dimensão da *compensação destrutiva* da culpabilidade (por restrições de direitos fundamentais impostas legítima ou ilegitimamente pelo Estado) – resultará na releitura constitucional da detração penal, para permitir que todas essas restrições de direitos sejam devidamente consideradas pelo juiz, seja na fixação da pena em sentença, seja no seu redimensionamento durante a execução.

A ausência de previsão legal para a compensação integral e obrigatória das restrições de direito sofridas pelo réu como resposta estatal ao cometimento do delito constitui um “*estado indesejável de vácuo normativo*”⁴⁷. De fato, a omissão do legislador em instituir um regime legal de detração dessas restrições – tanto das medidas cautelares como 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. Essa evidente lacuna normativa, por importar em violação objetiva a direitos fundamentais dos condenados, pode ser enquadrada como verdadeira omissão inconstitucional. Tal vácuo normativo indesejado implica, ainda, violação ao princípio da proporcionalidade na vertente da proibição da proteção insuficiente⁴⁸.

Nesse contexto, doutrina e jurisprudência têm 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 binário da detração penal – em que se compensa apenas o período de prisão preventiva – com o novo regime legal graduado e flexível das medidas cautelares penais⁴⁹. Como tem demonstrado a

47 A expressão foi utilizada pelo STF no julgamento da Rcl 8643, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 03.05.2010.

48 Sobre o tema, v. 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; PINTO, Henrique; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo P. de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 324-326; e SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 31- 49.

49 O Ministro Luís Roberto Barroso resenhou as hipóteses mais comuns de reconhecimento do direito à remição sem correspondência na lei penal: “o direito processual penal tem admitido a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, inclusive criadas por Tribunais. A própria remição penal pelo estudo foi concedida durante muitos anos por decisões judiciais (há julgados do STJ que datam de 2003 e até uma súmula sobre o tema), mas apenas em 2011 ganhou previsão legal. Atualmente, também a remição pela leitura é aplicada, no âmbito federal, sem que haja autorização em lei. A hipótese é regulada pela Portaria Conjunta Depen/CJF no 276, de 2012, que prevê a possibilidade de redução de 4 dias de pena por obra lida por mês pelo detento, no limite de 48 dias de remição de pena por ano, e foi objeto da Recomendação no 44/2013, do CNJ, que orientou os Tribunais estaduais a reconhecerem a remição pela leitura de acordo com os mesmos critérios” (STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017).

experiência jurisprudencial brasileira nos últimos anos, o Poder Judiciário está autorizado a corrigir, na análise dos casos concretos, as insuficiências do regramento legal da detração, tanto por meio da técnica de interpretação extensiva da disposição contida no art. 42 do CP, como também pelo preenchimento de vazios normativos por meio do emprego da analogia *in bonam partem*.

Em sentido contrário a essa tendência de ampliação, por meio da analogia, do âmbito de incidência da detração, a decisão proferida pelo STF no exame das medidas cautelares no âmbito da ADPF 347 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. O Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF, propôs que o Tribunal reconhecesse 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 (reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade)”*⁵⁰. O Tribunal, entretanto, se recusou a 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.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, deferia em seu voto duas medidas cautelares que funcionavam como uma admissão geral dos equivalentes funcionais da pena, determinando *“aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal”* e também *“aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo”*⁵¹. Embora o Relator tenha acatado esses pedidos mais gerais, indeferiu os pedidos que dariam maior concretude e operacionalidade às noções de equivalentes funcionais da pena e de compensabilidade das restrições de direitos com carga punitiva na pena a ser cumprida:

50 STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

51 STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

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.

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.⁵²

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 do direito à compensação na pena das restrições ilegítimas de direitos fundamentais sofridas pelos presos brasileiros uma vez que eles seriam oportunamente analisados no momento do julgamento do mérito da ADPF. 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 todos 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

52 STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

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.⁵³

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, nesse ponto, apresenta alguns aspectos bastante 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 ensejariam o cabimento de reclamação constitucional e isso poderia criar um ambiente propício a fazer do STF

53 STF, ADPF 347 MC, Rel, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

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. 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.

Há, ainda, outro aspecto relevante no voto-vogal proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso que merece ser melhor 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”* e que essa situação o teria levado a propor, em outro julgamento, que o modelo de reparação do dano sofrido pelo preso nesses condições privilegiasse um sistema de diminuição da pena, a título de remição, que resultaria no abatimento do tempo de prisão. Por isso, em seu voto na MC da ADPF 347, 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”*⁵⁴.

A admissão dessa possibilidade de abatimento da pena em razão da violação de direitos na fase de execução constitui um passo importante para a consolidação dessa orientação jurisprudencial. Entretanto, não parece ser necessário adotar um regime processual rígido, como inicialmente

54 STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

cogitou o Ministro Luís Roberto Barroso, 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 deve ser 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*⁵⁵. Não há qualquer razão para adotar requisitos processuais mais rigorosos para os pedidos de compensação da pena do que aqueles exigidos para o cabimento do *habeas corpus*, já que é o direito à liberdade de locomoção que está em jogo.

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 “[d]iante 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”⁵⁶.

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 trabalho –, 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

55 V., sobre o tema, SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O habeas corpus coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 25, n. 137, p. 287-319, nov. 2017.

56 STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

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”⁵⁷, 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 Humanos⁵⁸. 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*”⁵⁹.

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.

⁵⁷ Código Civil, art. 944.

⁵⁸ As decisões de tribunais internacionais, além de importante fonte doutrinária, devem ser consideradas na interpretação constitucional a partir da lógica de uma integração discursiva entre as ideias, argumentos e soluções empregados. Como apontou Daniel Sarmento, “*existe uma tendência crescente e positiva de invocação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comparado na interpretação constitucional. Hoje, as ideias constitucionais ‘migram’. Há uma positiva troca de experiências, conceitos e ideias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo*” (SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Direito Internacional: diálogo e tensões. In: LISBÔA, Cândice (Org). *Vulnerabilidades e Invisibilidades*. Belo Horizonte: Arraes, 2015).

⁵⁹ CEDH, Caso *Rexhepi et al. v. Italie*, j. em 16.09.2014.

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.

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*”⁶⁰. 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 fundamen-

60 STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

tais 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 – o Ministro Luís Roberto Barroso defende que a analogia seria estabelecida a partir do instituto da remição enquanto este trabalho aposta na analogia com o instituto 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 condenatória⁶¹. 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 bem 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, mais recentemente, tem ocorrido com 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

61 Nesse sentido, o voto proferido pela Ministra Rosa Weber: “*Bem relembra, todavia, o Ministro Luís Roberto, a existência de antecedentes nacionais autorizadores da remição pelo estudo, historicamente concedida pelos Tribunais brasileiros antes de sua positivação no ordenamento pátrio. Em qualquer hipótese, observo que tanto a remição pelo estudo como a remição pelo trabalho, as duas categorias básicas citadas pelo art. 126 da Lei de Execuções Penais, pressupõem prática de ato pelo reeducando, indicativo de seu interesse na ressocialização. Trata-se de um agir orientado a fim positivamente valorado pela Lei de Execuções Penais. Ainda que o art. 126, § 4º, da LEP autorize remição ao preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou estudo, o que se tem na base do instituto é a vontade do interessado, interrompida por motivos alheios ocorridos enquanto este exercia tal autodeterminação*” (STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017).

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 aflitiva equiparável à da pena (equivalentes funcionais 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.

VI. CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional brasileira deve promover uma urgente constitucionalização da prisão, tornando-a uma verdadeira medida de *ultima ratio*. A superação da cultura do encarceramento exige intervenções estratégicas do STF para corrigir as principais deficiências dos modelos de aplicação da pena e do regime prisional e também para reconhecer um sistema de compensações punitivas com base na ideia de *equivalentes funcionais da pena*. Essas medidas, defendidas de forma inovadora no STF pelo Ministro Luís Roberto Barroso, podem contribuir para reduzir o *hiperencarceramento*, racionalizar o sistema punitivo e superar o *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro.