

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

GABRIEL BRAGA SILVA

FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS PARA UMA TEORIA DA
COMPENSAÇÃO PENAL BRASILEIRA: proposta de instrumento para a aplicação
prática ajustada do instituto

BRASÍLIA

2024

GABRIEL BRAGA SILVA

**FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS PARA UMA TEORIA DA
COMPENSAÇÃO PENAL BRASILEIRA: proposta de instrumento para a aplicação
prática ajustada do instituto**

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Carolina Costa Ferreira

BRASÍLIA

2024

Código de catalogação na publicação – CIP

S586f Silva, Gabriel Braga

Fundamentos político-criminais para uma teoria da compensação penal brasileira: proposta de instrumento para a aplicação prática ajustada do instituto / Gabriel Braga Silva. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

242 f. il

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Carolina Costa Ferreira.

Tese (Doutorado acadêmico em Direito Constitucional) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2025.

1. Direito penal. 2. Compensação penal - Brasil. 3. Direitos carcerários. I. Título.

CDDir 341.5

Elaborada por Biblioteca Ministro Moreira Alves

GABRIEL BRAGA SILVA

**FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS PARA UMA TEORIA DA
COMPENSAÇÃO PENAL BRASILEIRA:** proposta de instrumento para a aplicação
prática ajustada do instituto

Tese de Doutorado apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Doutor em Direito
Constitucional, pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito do Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Orientadora: Prof^a. Dra. Carolina Costa Ferreira

Brasília, 10 de dezembro de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Carolina Costa Ferreira
Orientador(a)

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dr. Eduarda Toscani Gindri

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)
Membro Interno

Prof. Dr. Patrick Lemos Cacicedo

Universidade de São Paulo (USP)
Membro Externo

Prof^a. Dra. Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
Membro Externo

A todas as pessoas que estão ou, algum dia, estarão presas, que meu singelo esforço acadêmico ajude a aliviar as injustiças vividas no cárcere.

AGRADECIMENTO

Em primeiro lugar, agradeço meus avós, vô Denir e vó Derez, por todo o apoio durante toda a minha vida acadêmica. Sem vocês, nada disso seria possível.

À minha mãe, por sempre me motivar e prestar suporte, quando necessário.

Ao meu pai, pela formação filosófica de vida, que me permitiu alcançar reflexões pessoais motivadoras da escrita desta tese.

Aos meus sócios, Rafael Dall'Amico e Rafael Moraes, pelos anos de amizade, confiança e suporte profissional, quando necessitei me ausentar para conclusão do curso.

À minha orientadora, Dra. Carolina, quem me acompanhou durante os anos desta investigação, pelas matérias lecionadas, que muito me auxiliaram a sustentar meus argumentos, pelas indicações de leitura e críticas, sempre muito construtivas.

Por fim, aos professores Dr. Patrick Cacicedo, Dra. Érica Babini e Dr. Ademar Borges de Sousa Filho, os quais aceitaram participar da minha banca de qualificação e tanto me ajudaram a robustecer minha tese, com sugestões muito relevantes. Da mesma forma, à professora Eduarda Gindri e André Callegari, que participaram da banca de defesa da tese e, da mesma forma, muito adicionaram em suas considerações, contribuindo para o robustecimento do estudo.

Não sei o que é o tempo. Não sei qual a verdadeira medida que ele tem, se tem alguma.

A do relógio sei que é falsa: divide o tempo espacialmente, por fora. A das emoções sei também que é falsa: divide, não o tempo, mas a sensação dele. A dos sonhos é errada; neles roçamos o tempo, uma vez prolongadamente, outra vez depressa, e o que vivemos é apressado ou lento conforme qualquer coisa do decorrer cuja natureza ignoro.

Julgo, às vezes, que tudo é falso, e que o tempo não é mais do que uma moldura para enquadrar o que lhe é estranho. [...]

(PESSOA, Fernando. **Livro do desassossego**: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2006, p. 303)

RESUMO

Nos últimos anos, o tema das compensações punitivas vem ganhando relevância em território nacional, principalmente após a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao cômputo duplo de pena no presídio Plácido de Sá Carvalho (RJ). Diante deste contexto, a presente tese posicionou como objetivo geral a criação de um instrumento capaz de parametrizar indicadores objetivos, extraídos da realidade carcerária, a fim de permitir um cálculo mais ajustado da operação compensatória, proporcional ao dano causado ao jurisdicionado preso. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo para, a partir de revisão bibliográfica sobre o tema, fixar-se como marco teórico autores que defendem um viés emancipatório à execução penal, que privilegie a realidade carcerária em detrimento do mero formalismo jurídico, tendo como base o dever de garante estatal em relação aos custodiados, devendo ser responsabilizado pelos danos antijurídicos causados quando da execução de uma pena. Em seguida, a tese propõe modelo de instrumento de aplicação ajustada do cômputo em dobro, dividido em três fases: a primeira, destinada à estruturação interna, hierarquizando-se em três níveis os direitos tangenciados no processo executório; na segunda, fixaram-se indicadores gerais e individuais, extraídos da realidade carcerária, os quais resultaram em uma pontuação, tão maior quanto o era o nível de infração aos direitos; na última fase, os pontos refletiram um valor objetivo sobre a base de cálculo, cujo objeto é a diminuição da expectativa de vida devido à exposição às condições carcerárias, alcançando-se, ao final, compensação proporcional ao dano observado.

Palavras-chave: Direitos Carcerários. Precariedade Estrutural. Compensação Penal. Pena real. Instrumento prático.

ABSTRACT

In recent years, the issue of punitive compensations has gained prominence in the national discourse, particularly following Brazil's condemnation by the Inter-American Court of Human Rights regarding the double punishment at the Plácido de Sá Carvalho Penitentiary (RJ). In light of this context, the present thesis sets as its primary objective the creation of an instrument capable of establishing objective indicators, derived from the reality of the prison system, in order to enable a more precise calculation of the compensatory operation, proportionate to the harm caused to incarcerated individuals. To achieve this, a deductive method was employed, relying on a bibliographic review of the subject, and establishing a theoretical framework grounded in authors who advocate for an emancipatory approach to penalty execution, one that prioritizes the realities of incarceration over mere legal formalism. This approach is grounded in the state's duty to guarantee the rights of detainees, which implies that the state must be held accountable for the unlawful harm caused during the execution of a sentence. Subsequently, the thesis proposes a model for a tool that adjusts the application of double penalty computation, divided into three phases: the first phase focuses on internal structuring, categorizing the rights affected in the execution process into three levels; the second phase establishes general and individual indicators, derived from the prison reality, resulting in a score that increases in proportion to the level of rights violations; in the final phase, the points are translated into an objective value for the calculation base, aimed at assessing the reduction in life expectancy due to exposure to prison conditions, ultimately achieving a compensation proportional to the observed harm.

Keywords: Prisoner Rights. Structural Precariousness. Penal Compensation. Real Penalty. Practical Instrument.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: indicadores gerais de segunda classe.	169
Tabela 2: indicadores gerais de terceira classe.	176
Tabela 3: indicadores individuais de segunda classe.	190
Tabela 4: indicadores individuais de terceira classe.	197

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
PRIMEIRA PARTE: DA TRADICIONAL TEORIA DA PENA À REALIDADE PENITENCIÁRIA.....	19
2 O SOFRIMENTO COMO MOEDA DE TROCA NA EXECUÇÃO PENAL: REINTERPRETAÇÃO DOS PRINCIPAIS ELEMENTOS DAS TEORIAS DA PENA	19
2.1 A retribuição do mal causado em forma de sofrimento	23
2.2 A moeda de troca da sistemática executória	33
2.3 A reinterpretação do tempo-medida como um espaço-tempo	38
2.4 A compreensão multidimensional da pena e o necessário abandono da exclusiva linearidade temporal	40
3 GESTÃO DE VIDAS: O CUSTO DA POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO EM MASSA AO ESTADO.....	44
3.1 Vida nas prisões: do definhamento à morte nas masmorras modernas	49
3.2 “Cada cassete é um chicote para um tronco”: as diversas formas da violência estatal contra o corpo negro no âmbito prisional	58
3.3 O Estado-garantidor: responsabilização e o dever de informar.....	71
SEGUNDA PARTE: DA VIRADA EPISTEMOLOGICA NA EXECUÇÃO PENAL À CRIAÇÃO DE UM INSTRUMENTO BRASILEIRO DE COMPENSAÇÃO PUNITIVA	76
4 A INDETERMINAÇÃO DA PENA E SEUS POSSÍVEIS TRATAMENTOS	76
4.1 Fundamentos de uma teoria da compensação penal brasileira	77
4.1.1 Teoria crítica da execução penal: uma nova epistemologia.....	77
4.1.2 Conceitos-base para a determinação da pena indeterminada	83
4.2 Evolução jurisprudencial sobre o tema	88
4.2.1 Supremo Tribunal Federal e o Recurso Extraordinário nº 580.252: a opção pela indenização pecuniária e sua inadequação à realidade brasileira	89
4.2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e o necessário aperfeiçoamento da decisão	97
4.2.3 Supremo Tribunal Federal e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e o retorno do tema da compensação penal.....	102
4.3 Contribuições teóricas atuais no campo da compensação penal	112
4.4 Compensação penal como única saída? Outras alternativas possíveis à remediação do problema	120

5 INSTRUMENTO PARA APLICAÇÃO AJUSTADA DA COMPENSAÇÃO PENAL NO BRASIL	128
5.1 Natureza jurídica.....	132
5.2 Viabilidade material e processual no ordenamento.....	137
5.3 Estruturação interna.....	140
5.3.1 Contributos da “lei do sopesamento” e da “fórmula do peso” de Robert Alexy.....	142
5.3.2 Perspectivas sobre a fundamentalidade dos direitos	144
5.3.3 Infrações estatais aos direitos carcerários: classificação tripartida dos pesos abstratos.....	145
5.4 Estruturação externa.....	147
5.4.1 Indicadores gerais	152
5.4.1.1 Direito de primeira classe	154
5.4.1.2 Direitos de segunda classe	156
5.4.1.3 Direitos de terceira classe	170
5.4.2 Indicadores individuais	177
5.4.2.1 Direito de primeira classe	180
5.4.2.2 Direitos de segunda classe	181
5.4.2.3 Direitos de terceira classe	191
5.5 Queda na expectativa de vida como base de cálculo para a compensação	197
5.6 Desenho geral do instrumento.....	207
5.7 Plano complementar: acompanhamento individual personalizado	209
6 CONCLUSÃO.....	214
REFERÊNCIAS	219
APÊNDICE A – GUIA PRÁTICO PARA APLICAÇÃO DO INSTRUMENTO.....	235

1 INTRODUÇÃO

Seja por negligência estatal ou pelo ajustamento da instituição ao modelo neoliberal de gastos mínimos (Godoi, 2015, p. 172), o fato é que qualquer pessoa presa, no Brasil, sofre com as mazelas do cárcere, resultado do tolhimento reiterado dos direitos mais básicos, teoricamente, previstos na Lei de Execução Penal (LEP; Brasil, 1984) e na Constituição Federal (Brasil, 1988). Não obstante os diplomas penais prescrevam a privação de liberdade aos indivíduos que infringiram os preceitos primários, é certo que os encarcerados têm muitas outras esferas da vida restringidas durante o cumprimento de pena, de forma totalmente antijurídica. Uma vez não previstos em lei, estes ultrajes derivam do descumprimento do dever estatal de proteção aos bens jurídicos, em tese, não alcançados pela pena restritiva de liberdade, razão da ilicitude da imposição destes revezes.

Ao se analisar a estimativa de custos prisionais no Brasil, produzida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ; 2021a, p. 22), a par da deficiente produção de dados básicos, de modo geral – diversas informações, em diferentes estados da Federação, foram omissas –, pode-se concluir que o prognóstico da situação carcerária brasileira é pessimista. A título exemplificativo, no tocante a dispêndios com alimentação, o custo diário por preso, naquele ano, em Pernambuco, foi de menos de R\$6,00, informação esta que permite indagar o nível da qualidade do alimento fornecido aos custodiados naquele estado (CNJ, 2021a, p. 26).

A par da notória falibilidade estrutural do sistema penitenciário brasileiro, depreendida tanto pelos dados oficiais quanto pela experiência cotidiana de quem vivencia de perto a realidade carcerária, o Brasil também já teve a situação calamitosa de seus estabelecimentos prisionais reconhecida nacional¹ e internacionalmente². Este panorama caótico tem motivado acadêmicos a se debruçarem sobre as chamadas compensações punitivas (Roig, 2017, p. 6-8; Sousa Filho, 2019; Vacani, 2024). Esta linha argumentativa parte do pressuposto de haver uma punição dupla à pessoa que cumpre pena sob tais condições: ao sancionamento previsto em lei soma-se outro, extralegal (Zaffaroni, 2012, p. 355-365). Assim, concluindo-se que a pessoa

¹ Ver Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, julgada, no mérito, em dezembro de 2023 pelo Supremo Tribunal Federal (STF; Brasil, 2023b).

² Ver Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH; 2018a) de 22 de novembro de 2018; Resolução de 28 de novembro de 2018 (2018b).

cumpra pena em uma situação antijurídica, porquanto fora dos parâmetros legais, mostra-se justo que se adeque, nas palavras de Tavares (2015, p. 41-42), a “pena ficta”³ à “pena real”⁴.

Toda esta dinâmica até agora abordada parece ter uma aceitação teórica, ao menos sob um ponto de vista lógico. Ora, se a lei prescreve o cumprimento de pena respeitando-se certos patamares de saúde, higiene, alimentação, entre outras condições de vivência, é certo que não garantir o mínimo existencial para as pessoas custodiadas torna a experiência no cárcere mais penosa. Ante o desrespeito destes padrões, a execução real da pena passa a ser desproporcional à quantidade ideal de retribuição pretendida ao ilícito cometido, quando do sentenciamento. Neste caso, mostra-se justa a reparação da situação jurídica da pessoa privada de liberdade prejudicada.

Embora pesquisas atuais tenham avançado no estabelecimento de premissas-base desta linha argumentativa, por outro lado, nenhuma investigação ainda se debruçou sobre a complexa tarefa de parametrizar o sofrimento a maior percebido pelo encarcerado. Isto é, inexistente pesquisa que tenha focado em estabelecer balizas concretas e objetivas para se executar esta compensação, com vistas a permitir o correto ajuste da situação jurídica do jurisdicionado, proporcional ao excesso extralegal.

A exemplo da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2018a), que trata do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Rio de Janeiro), o parâmetro aplicado pelo Tribunal foi o de dois dias de contagem de cumprimento para cada dia efetivamente encarcerado. A Corte assim considerou devido à taxa de superlotação representar 200%, razão de se adotar a proporção dupla (CIDH, 2018a, p. 23-24). Apesar de a solução ter se concretizado seguindo esta lógica naquele caso concreto, questiona-se: seria a estimativa de uma taxa de superlotação o único fator apto a guiar este procedimento compensatório? Não haveria outras características do cárcere capazes de contribuir ao aumento do sofrimento do custodiado, necessárias de serem consideradas na equação? A resposta é certamente positiva.

Início, aqui, a escrita em primeira pessoa pois, a partir de agora, passarei a explicar todos os passos percorridos para a construção dos fundamentos político-criminais para a construção da teoria que pretendo realizar nesta tese. Partindo daquelas perguntas, comecei a refletir sobre

³ “[...] possui um valor numérico, o qual reflete, primariamente, um valor abstrato decorrente da avaliação discricionária do Poder Legislativo e, secundariamente, uma medida da intensidade lesiva – na melhor das hipóteses – da conduta realizada” (Tavares, 2015, p. 41)

⁴ “Tal conceito deve assimilar realisticamente as condições locais de cumprimento da privação de liberdade, tais quais a superlotação, as deficiências infraestruturais, a escassez de recursos, a falta de pessoal especializado, etc.” (Tavares, 2015, p. 42)

como respondê-la, bem como nas questões paralelas correlacionadas a elas. Parto, primeiro, do porquê de se falar em fundamentos de uma “teoria”.

Venho observando que as grandes questões levadas ao Judiciário⁵, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (Brasil, 2023), são de complexa resolução. Muitas vezes, remediar o problema proposto exige esforços que superam até mesmo a capacidade técnica do Judiciário, por relacionar a áreas diversas do conhecimento humano.

Assim, o órgão judicante é colocado a desempenhar funções atípicas, que nem sequer deveriam ter sido designadas a ele. Porém, dada a inércia de outros Poderes e órgãos que, *a priori*, deveriam se ocupar da tarefa delegada ao Judiciário, este é convocado a agir, devendo dar uma solução pontual ao caso concreto posto à mesa. Seria o ambiente judiciário o melhor para discutir questões estruturais sobre os estabelecimentos prisionais brasileiros? Certamente não; porém, inexistindo outro órgão a quem socorrer, o STF faz as vezes do Executivo, como representante do Estado em última instância, na tentativa de promover Justiça às pessoas presas⁶.

Nesta mesma linha, não acredito ser o Judiciário o *locus* mais adequado para se discutir compensação penal. O tema é complexo e exige uma convergência de saberes para se analisar sua viabilidade, discussão que extrapolaria os limites de uma ação judicial, em que alguma solução deverá ser obrigatoriamente aplicada ao cabo, ainda que não seja a melhor possível⁷. Por isso, entendo necessária a criação de uma teoria sistematizada em solo acadêmico e brasileiro – onde a convergência de conhecimentos é possível – passível de ser, a posteriori, importada pelo Judiciário e, se preciso, somente ajustada neste âmbito.

Ademais, o superencarceramento consiste em um problema coletivo – por envolver uma pluralidade de pessoas, extrapolando seus efeitos até mesmo à sociedade livre⁸ -, e estrutural,

⁵ Barroso (2017, p. 2178-2180) explica o fenômeno de judicialização como algo natural do desenho institucional de parte dos Estados Democráticos, no que se inclui o Brasil, especialmente prevendo “o acesso à justiça, a definição constitucional de direitos fundamentais e a existência de Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais com o papel de dar-lhes cumprimento”. Consiste, em síntese, na transposição ao Judiciário da tarefa de decidir, em última instância, questões importantes no âmbito social, político e moral, em detrimento do Legislativo e Executivo,

⁶ Muito se discute na doutrina sobre o ativismo judicial. Este seria, a meu ver, um exemplo positivo. É importante estabelecer-se que, apesar de o termo ter sido cunhado de forma negativa, quando orientado à expansão e efetivação de direitos fundamentais à classe de pessoas presas, que dificilmente alcançaria pelas vias pelas vias tradicionais (Legislativo e Executivo) – mormente pela suspensão dos direitos políticos enquanto em cumprimento da pena -, o ativismo é mais que positivo (Barroso, 2017, p. 2182-2183), necessário.

⁷ Tratarei, no tópico 3.3, mais detidamente sobre as limitações da cognição relativa a casos concretos submetidos ao Judiciário.

⁸ A superlotação reverbera em inúmeros outros fatores que tornam a experiência com o cárcere mais propícia ao estreitamento de laços pró-criminosos (Silva, 2023, p. 249-251), além de outras consequências negativas à vida e à saúde da pessoa presa.

consistindo em “[...] uma situação de ilicitude contínua e permanente [...]”, que “[...] não corresponde ao estado de coisas considerado ideal” (Didier Junior; Zaneti Junior; Oliveira, 2020. p. 2). Estas características exigem que a discussão esteja aberta a contribuições de múltiplas áreas do conhecimento, e não limitada às balizas processuais de um caso concreto.

O tema da compensação penal vem sendo utilizado de forma fragmentada, pretendendo-se extrair dele soluções – como por exemplo, no caso internacionalizado do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho –, quando o próprio conceito não foi ainda devidamente construído e terminado. É imprescindível, antes de fazer uso de um instrumento, que este tenha sido forjado sobre uma teoria sólida. Embora tenha dito sobre o avanço acadêmico da construção de algumas premissas-chave, há temas centrais que podem esbarrar na aplicação prática do instituto, os quais pretendo tratar ao longo desta tese. Ainda, demonstrarei como algumas tentativas de utilização ocorreram de forma desordenada, mostrando sua falta de acurácia, a fim de motivar a imperatividade da construção teórica pretendida.

O que tento justificar é que, antes de se chegar a um número pronto, a uma porcentagem para aplicação da compensação, um mecanismo muito complexo de conhecimento deve anteceder esta operação. Primeiro, o que é a compensação penal? Onde ela se posiciona no nosso ordenamento? Como ela pode se dar? Quais suas bases? Quais direitos a compõem? Qual é a melhor forma de sua aplicação? Perguntas como estas, entre outras, condicionam a utilização do instituto como solução a um problema. Estas respostas não devem exsurgir dentro dos limites do julgamento de um caso pelo Judiciário, mas, sim, no ambiente acadêmico. Por isso, proporei uma teoria que englobe tudo isto.

Assim, a presente investigação pretenderá responder à seguinte questão: quais os adequados parâmetros jurídicos objetivos e seus graus de preponderância, dentro da ordem constitucional brasileira, para respaldar um modelo de compensação penal aplicável a uma pessoa que cumpre pena em algum estabelecimento prisional no Brasil no período de confecção desta tese (2022-2024)?

Neste contexto, a investigação terá por objetivo geral a formulação de um instrumento prático, utilizável por qualquer magistrado brasileiro, que levará em conta diversos fatores objetivos, ancorados nos direitos carcerários concebidos pela Constituição Federal (CF), pela lei e por tratados internacionais. Isto permitirá uma compensação penal de forma adequada, proporcional ao grau de infração de direitos carcerários verificado em qualquer estabelecimento prisional no Brasil.

Para tanto, a pesquisa deverá enfrentar algumas questões intermediárias. Quais os direitos fundamentais, tutelados pela Lei de Execução Penal, pela Constituição e pelos tratados

internacionais, essenciais à vida com dignidade na prisão? Sob a ótica da fundamentalidade dos direitos, quais os diferentes pesos abstratos atribuíveis a cada um daqueles? Na prática, como aferir cada direito a partir de parâmetros objetivos? Em qual proporção o tempo de prisão pode reduzir a expectativa de longevidade da pessoa presa em determinadas condições? De acordo com os graus de preponderância dos direitos fundamentais mínimos à vida digna e com a potencial diminuição da expectativa de vida, qual a adequada compensação penal a ser realizada no cumprimento de pena em certo espaço-tempo?

Uma das maiores dificuldades do(a) julgador(a) é traduzir em parâmetros concretos o sofrimento de alguém. No Direito Civil, a jurisprudência tem enfrentado o tema quando da quantificação do dano moral assim fundado⁹. A tarefa não se torna mais fácil quando a concretização do sofrimento se relaciona à influência de determinadas condições espaciais de tratamento ao longo do tempo de privação de liberdade.

Desta sorte, ainda que identificados todos os fatores que possivelmente influenciam na qualidade do tempo de prisão, o modelo que não elucidasse de maneira lógica a proporção máxima de pena a ser compensada, em se considerando a pior prisão possível dentro de um plano abstrato, estaria fadada ao fracasso. Em outras palavras, constatado que determinada pessoa está presa sob as piores condições possíveis, em quanto esta pena efetivamente cumprida deve ser compensada pelo Estado? Esta resposta norteará a construção de todo o instrumento.

Para tanto, a investigação partirá da seguinte premissa: quanto maior o tempo de aprisionamento em determinadas condições precárias, maior o prejuízo vivencial gerado. A variável “tempo” será operacionalizada como “dias de pena cumprido em determinadas condições”, enquanto o “prejuízo vivencial” o será como “diminuição da expectativa de vida”. Assim, exsurtem questões sobre como o tempo de permanência na prisão impacta em redução de expectativa de vida, ou sobre como mensurar elementos que reflitam na expectativa de vida, em um contexto ambiental precário. A relação interna dos parâmetros objetivos dentro do instrumento estará intrinsecamente ligada ao resultado destas perguntas.

Para alcance dos objetivos propostos, partirei de uma revisão bibliográfica por meio de um estudo organizado pelo método dedutivo. Especificamente, as seções partirão de um grau maior de abstração teórica convergindo, no decorrer do trabalho, até tangenciar um aspecto

⁹ A exemplo desta tentativa, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou o Recurso Especial nº 1.584.465, que fixou alguns parâmetros objetivos para se aferir a existência de dano moral em casos de atraso de voo, tais como sua duração, o nível de informação por parte da companhia, prestação material, entre outros (Brasil, 2018c). Ainda assim o julgador estará limitado à análise de circunstâncias paralelas que permitem uma aproximação da compensação justa e integral do dano, que nem sempre corresponde, com grande acurácia, ao efetivo sofrimento da vítima.

prático, de abordagem da realidade. Neste sentido, a pesquisa será dividida metodologicamente em duas partes. Na primeira, buscarei construir um amparo teórico sobre o qual a compensação penal se sustentará, também trazendo estudos empíricos relacionados, para, após, verticalizar o estudo para a realidade sobre a qual se aplica aquela teoria abordada, tudo por meio de revisão bibliográfica sobre os temas. Já na segunda, fixado o problema, sedimentarei a base teórica da compensação penal, para, depois, construir o instrumento propriamente dito.

A construção prática do modelo será dividida em três fases principais: a primeira consistirá em sua estruturação interna, que depende do arranjo dos diferentes direitos fundamentais entre si, do peso abstrato atribuído a cada um; a segunda será destinada à estruturação externa, identificando-se quais parâmetros concretos, aferíveis a partir da realidade carcerária, refletirão os direitos fundamentais da fase anterior, especificando-se sua operacionalização prática; a terceira é a fase final, quando fixarei a queda na expectativa de vida como base de cálculo sobre a qual o resultado das fases anteriores se aplicará, para, então, se chegar à proporção final adequada de compensação para aquele caso concreto.

Adotarei como referencial da pesquisa uma teoria da execução penal emancipadora, que leve em conta a realidade em detrimento do formalismo jurídico, cujos principais autores trabalhados serão Pablo Andrés Vacani (2015; 2024) e Patrick Cacicedo (2023a; 2023b). Somente por meio desta mudança de perspectiva de análise das questões carcerárias é possível se conceber a necessidade e adequação do instrumento que pretendo criar, incluindo-se a qualidade da pena como fator relevante para aferir o modo de seu cumprimento.

O resultado dependerá de revisão da bibliografia relacionada e de sua concatenação com o instrumento, selecionando-se a literatura mais adequada – algumas delas possivelmente correlatas a outras áreas extrínsecas ao Direito, tal como a Saúde Pública e a Criminologia. Portanto, por depender da conjugação de vários saberes empíricos, outros métodos qualitativos ou quantitativos não se mostram mais adequados a trazer os contributos científicos necessários ao alcance do objetivo geral estabelecido.

Para tanto, na primeira parte, tratarei, no primeiro capítulo, de justificar a possibilidade sistêmica da compensação penal dentro da teoria da pena e do ordenamento brasileiro, perpassando pelas finalidades atribuídas à punição. Ainda, analisarei como a retribuição penal se converte, na prática, em sofrimento, sendo esta a moeda de troca do jurisdicionado com o Estado. Adiante, proporei uma nova leitura do tempo, com base essencialmente na literatura de Ana Messuti (2012, p. 41-42), aplicado ao terreno da execução penal, o que abrirá espaço, ao final, a uma compreensão multidimensional da pena.

Já no segundo capítulo procurarei analisar, de maneira ampla, o dever estatal de gerir vidas, ao submeter pessoas à privação de liberdade, posicionando, a partir de dados científicos, o atual estado da arte das penitenciárias brasileiras. Também delinearei formas de violência e racismo próprias destes ambientes. Por fim, fixarei a extensão da responsabilidade estatal e alguns desdobramentos disso, em especial, o dever de produção de dados (informação) sobre tais instituições.

Na segunda parte da pesquisa, o terceiro capítulo será destinado a sedimentar teoricamente no que consiste o olhar emancipatório que pretendo conferir ao instrumento, propondo uma virada epistemológica conceitual. Adiante, apresentarei alguns elementos-chave para se conceber a compensação penal como alternativa, com base em princípios constitucionais. Ainda, trabalharei a evolução jurisprudencial sobre o tema, verificando até onde se chegou e quais os necessários avanços. Então, trabalharei as evoluções mais atuais no campo das compensações punitivas, apresentando conceitos que serão úteis à construção do meu instrumento. Por fim, posicionarei alternativas desencarceradoras, as quais, a meu ver, devem preceder as compensações punitivas.

No último capítulo, construirei o instrumento propriamente dito, aplicado à realidade brasileira. Para tanto, demonstrarei, primeiro, sua natureza jurídica e sua viabilidade material e processual no ordenamento pátrio. Depois, sustentarei sua estrutura interna – os pesos de cada espécie de direito, a depender dos graus de fundamentalidade. Em seguida, inserirei os indicadores que representarão cada direito e sugerirei as formas de aferição práticas, justificando o modo de composição do instrumento. Após, justificarei o patamar máximo possível de compensação penal, alcançável ao final das operações práticas, ancorado em trabalhos empíricos que avaliem a queda na expectativa de vida derivada da exposição ao contato carcerário. Por fim, sugerirei um plano complementar de acompanhamento individual do recém-liberto, executável pelo próprio Judiciário, com base em regras e instituições já criadas pela LEP (Brasil, 1984), o qual pode contribuir com a diminuição da recidiva e a rediscussão de políticas penitenciárias no Brasil.

PRIMEIRA PARTE: DA TRADICIONAL TEORIA DA PENA À REALIDADE PENITENCIÁRIA

2 O SOFRIMENTO COMO MOEDA DE TROCA NA EXECUÇÃO PENAL: REINTERPRETAÇÃO DOS PRINCIPAIS ELEMENTOS DAS TEORIAS DA PENA

Compreender a compensação penal exige, antes, entender como se dá a dinâmica da execução penal brasileira. Quando um indivíduo comete um crime no Brasil, o que a sociedade, consubstanciada na figura do Estado, espera em troca desta pessoa para considerá-la apta a voltar a viver livre? Eu sustento, na mesma linha de outros autores da Criminologia Crítica¹⁰, que é o sofrimento do infrator. Isto porque o cárcere é naturalmente designado para ser uma experiência negativa, um local de proporção de dor (Cacicedo, 2023b, p. 419).

Assim, ainda que se considere, em um plano ideal, a prisão perfeita, que respeite todas as normativas, leis e os direitos fundamentais dos presos, as pessoas ali aprisionadas suportariam certa carga de sofrimento durante os dias privação de liberdade. Por esta razão, concluo inegável que o sofrimento seja uma consequência inerente à sanção penal. Esta é uma premissa segura, sobre a qual desenvolverei meu pensamento.

Por outro lado, este posicionamento, a princípio, contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos (Brasil, 1992), Pacto de São José da Costa Rica, que encerra status supralegal e prevê expressamente, em seu artigo 5º, n. 6, que “as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. No mesmo sentido, a própria Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) prevê formalmente como finalidade da pena a reintegração social (art. 1º).

Portanto, baseando-se tanto nas regras do plano internacional quanto do nacional, a resposta para a pergunta acima postada seria a ressocialização do indivíduo por meio do cumprimento de uma pena. Mas, a primeira pergunta que se deve fazer é: o que é ressocialização? A resposta, todavia, não se encontra descrita na Lei, sendo esta uma forte crítica de Vacani (2024, p. 335), haja vista nenhum dispositivo legal delimita o termo. Quando a reintegração social é alcançada? Quais os parâmetros a serem observados para se verificar sua ocorrência? O silêncio da Lei gera uma indefinição do termo e permite grande amplitude de

¹⁰ Em sentido semelhante, ver Zaffaroni (2020, p. 27-29).

interpretações as quais, por vezes, podem até mesmo funcionar contrariamente à pessoa presa, dificultando a aquisição de seus direitos¹¹ (Vacani, 2024, p. 336).

De fato, como pretendo demonstrar ao longo deste capítulo, o ideal ressocializador, quando atrelado tão somente ao ato de punir, não passou de um mito; um objetivo utópico e filosófico impossível de ser extraído tão somente da punição, em especial da forma aplicada no Brasil. Anitua (2008, p. 805) sinaliza a transição de justificativa para a punição embasada no “populismo punitivo”, pelo qual, “sob a invocação de ‘justiça’, se buscaria satisfazer uma suposta demanda social por maior dureza com aqueles que ‘merecem’”. Essa tendência iniciou-se nos Estados Unidos, na década de 1970, diante de uma falência das justificativas utilitárias da pena, em especial do ideal ressocializador (Anitua, 2008, p. 805), fazendo retornar o retribucionismo como principal motivo para a punição. Portanto, diante de uma constante falha na comprovação da efetividade da pena para os fins buscados pelas teorias utilitárias, uma outra justificativa teve de ser encontrada.

Neste mesmo sentido, Slokar (2012, p. 90) entende que a ideia de ressocialização cumpre tão somente um papel ideológico, sendo minada quando contraposta a críticas conceituais e empíricas, porquanto incapaz de cumprir seus objetivos instrumentais. Ao revés, o autor propõe uma reinterpretação do princípio, devendo ser entendido como uma exigência de trato em relação ao recluso, a fim de garantir sua segurança, sobrevivência, integridade física e psíquica, bem como um tratamento de sua vulnerabilidade, no sentido de lhe permitir regressar à sociedade sem as consequências de um estereótipo de criminoso (Slokar, 2012, p. 90).

No mesmo sentido, encontra-se o pensamento de Pablo Vacani (2024, p. 352), para quem o princípio da reinserção social está longe de ser algo presumido, como pretende a Lei; pelo contrário, deve ser aferido empírica e casuisticamente durante a análise do percurso da execução penal de determinada pessoa. Assim, esta análise deve se basear nas provas produzidas dentro do processo de execução em relação às condições carcerárias proporcionadas pelo Estado ao longo do período de cumprimento de pena (Vacani, 2024, p. 352-353). Assim, o termo “reforma” ou “reinserção” deve corresponder a um trato humano, não degradante, objetivado a diminuir - e, não, aumentar -, as vulnerabilidades do indivíduo, sendo este um requisito mínimo para se vislumbrar a realização daquele fim, dever oriundo da posição de garante própria do Estado em relação aos seus custodiados (Vacani, 2024, p. 353).

¹¹ Exemplo disso são os exames criminológicos, estabelecido como requisito para a aquisição de direitos, sendo que as pessoas reprovadas o são assim consideradas por uma suposta ausência de ressocialização, por uma periculosidade remanescente que ainda justifique sua prisão, avaliação totalmente arbitrária. Retornarei à crítica sobre este instituto mais adiante.

É importante deixar claro que não estou, aqui, defendendo ou criticando o retribucionismo, apesar de inquestionável a ilegitimidade da pena, na forma aplicada no Brasil. O objetivo deste capítulo não é responder qual a melhor destinação da pena – a que ela *deve* servir. Esta tarefa vem ocupando estudiosos há mais de um século e, até hoje, parece não haver um consenso sobre a resposta correta, de maneira que seria enorme pretensão minha querer resolver esta questão. Na verdade, limitar-me-ei a identificar os traços fortemente retributivos da aplicação penal brasileira e, sendo inegável sua existência, bem como pretendendo construir um instrumento ligado à realidade, incluir-lhe-ei em minha análise.

Para tanto, primeiro, passarei por uma breve explicação sobre os fins da pena, da forma posta na tradicional teoria da pena, e como, ao cabo da análise, a retribuição deve ser considerada como finalidade precípua da punição no Brasil, especialmente para fins de política criminal. Devido à importância deste termo para o desenvolvimento de meu raciocínio, necessário expor o que se entende por política criminal. A explicação deste conceito é necessária até mesmo pois, muitas vezes, sua utilização ocorre sem que se saiba ao certo seu significado, fruto de um ensino usualmente deficitário nos bancos das faculdades de Direito. Assim, compreender os fins reais da pena, ao meu sentir, configura o passo inicial para se conceber a ideia de compensação penal, como será explicado adiante.

A política criminal consiste em um conjunto de recomendações e princípios, os quais constituem diretrizes orientadas aos órgãos que transformam e aplicam a lei penal, no que se inclui o âmbito penitenciário (Batista, 2007, p. 34). É um ramo ligado intimamente a dados empíricos, por depender do conhecimento da realidade criminal, além de desenvolver em paralelo aos avanços teóricos da criminologia, os quais também se constroem a partir de um empirismo próprio desta ciência (Batista, 2007, p. 34). Portanto, quando se projeta um plano de política criminal, não se pode levar em conta tão-somente ideias abstratas, não testadas cientificamente.

Ainda, a partir da realidade brasileira, tendo-se em conta que a política criminal está subordinada à Constituição Federal, Carolina Costa Ferreira (2016, p. 29) entende que aquela deve ser interpretada como política pública de Estado. Isto implica dizer que deve haver uma simbiose entre técnica eficiente e viabilidade política, com vistas a um resultado, por meio do planejamento e avaliação de ações orientadas a este fim (Agum; Riscado; Menezes, 2015, p. 16).

Em suma, ao se avaliar um plano de política criminal, especialmente orientado ao sistema executório e carcerário, o aprisionamento não pode consistir em um instituto inócuo; pelo contrário, deve ser parte de uma diretriz geral, orientado a um resultado

constitucionalmente possível. Por sua vez, este objetivo deve ser amparado pela ciência, o que implica ser comprovado de maneira empírica, não sendo suficiente sua mera assunção teórica.

Compreendida a finalidade da pena a partir da possibilidade de um plano de política criminal aplicado à realidade brasileira, passarei à tradução da linguagem da execução penal, que eu escolhi chamar de “moeda de troca”, imprescindível para se entender como a compensação penal pode operar. Este novo termo corresponde ao significado prático do cumprimento de uma sanção tanto para o condenado como para a sociedade. Para tanto, parto de um contraste entre a lei e o mundo real penitenciário, tentando decodificar o significado desta relação. Sem a compreensão desta realidade, é impossível perceber a injustiça a partir da qual as bases da compensação penal se solidificam. Assim, somente após a observação da disparidade entre o que a lei exige do condenado e o que de fato é subtraído deste indivíduo findado o cumprimento da pena, pode-se vislumbrar a necessidade de uma reparação estatal.

Passados estes pontos, outra condição precedente para o prosseguimento das reflexões pretendidas nesta tese consiste no que chamei de compreensão multidimensional da pena. A prática forense vem negligenciando as demais dimensões, atendo-se a um plano único: o da linearidade temporal. Se me limito a racionalizar o tempo de maneira linear, forma própria das sociedades industriais em que vivemos (Roig, 2017, p. 331), como que em dias, horas, minutos e segundos, a compensação penal simplesmente não tem lugar.

Isto porque, neste caso, a sanção efetivamente aplicada sempre estará adequada com aquela imposta na sentença, uma vez independente das condições do estabelecimento prisional. Assim, o sujeito terá sempre cumprido a exata pena aplicada, desde que respeitada a quantidade de tempo atribuída no decreto condenatório, quando se procede à aferição meramente linear do tempo de restrição de liberdade. Por refletir o desvalor do crime cometido, a quantidade de dias de privação conserva sua aparente justiça. Ao se afastar da análise da adequação o julgamento qualitativo, aferido a partir das condições da prisão, qualquer aprisionamento passa a ser justo e adequado, quando respeitado o tempo de pena.

Por esta razão, proporei uma mudança paradigmática na forma de se compreender o fenômeno da prisão, que passa necessariamente por uma nova forma de interpretar o tempo, sendo este o primeiro passo para tanto. Assim, pretendo abandonar o tempo-medida para, então, adotar o tempo-espço (Messuti, 2012, p. 41-42), abrindo-se caminho à compreensão das diversas dimensões contidas dentro de uma cela, em uma concepção que envolva o tempo-privação de direitos.

A partir destas noções, pretendo situar o sofrimento dentro dos limites onde é produzido – muito além de uma simples contagem de dias -, permitindo-se o diálogo entre “pena real” e

“pena ficta” (Tavares, 2015). Para se conceber a lógica da compensação penal, imperativa a mudança paradigmática sobre alguns pontos-chave do sistema executório que tradicionalmente foram construídas. Em razão disto, este capítulo se prestará a explanar temas precedentes, de certa forma introdutórios, sem os quais a tese não se justifica.

2.1 A retribuição do mal causado em forma de sofrimento

Antes de avançar ao cerne desta investigação, volto-me a entender por que punimos. Não obstante a elevada importância deste tema – base de todo o sistema punitivo -, parece-me que a questão tem sido, há muito tempo, esquecida no Brasil. Observo que, muitas vezes, os juízes e juízas prendem excessivamente¹² sem saber ao certo o porquê. Não por incapacidade técnica, mas devido à pouca produção científica de conhecimento empírico e difusão sobre o tema.

A par das teorias da pena certamente estudadas pelos magistrados ao prestarem o concurso para se empossarem do cargo público, no momento da sentença, estes objetivos teóricos quedam-se ofuscados em detrimento de operações dosimétricas mecânicas, numéricas. Contudo, tendo em vista o termo “penal” referir-se à sanção aplicada, antes de proceder a uma compensação, devo saber a razão de se impor determinada reprimenda.

É importante explicar que, quando falo em finalidade, refiro-me à pena ser meio para um objetivo. Por sua vez, para se admitir algum fim como possível, factível, é necessário que se comprove cientificamente o meio ser capaz de alcançar o objetivo eleito. Por exemplo, a escrita acadêmica depende de um amplo revolvimento literário, de estudo pretérito, o qual não pode ser alcançado desenhando. Ainda que, para desenhar, se utilize o artista de instrumentos similares ao que o cientista acadêmico precisará para executar sua escrita – como um lápis ou uma caneta e papel -, o ato de desenhar poderá gerar, no máximo, uma belíssima figura, mas nunca um texto acadêmico. Assim, o desenho não é meio para o objetivo “escrita acadêmica”, muito embora o modo de execução possa se assemelhar, a partir do contato do instrumento com a folha de papel. Ao se trazer tal linha de pensamento para o campo das ciências criminais, as

¹² Não se ignora que grande parte dos reclusos estejam presos em caráter provisório, sendo que a finalidade deste tipo de segregação é distinta da prisão-sanção. Aqui, de um modo geral, critica-se o excesso de aprisionamento como um todo, o que, para além das prisões provisórias sem fundamento, envolve condenações sem provas suficientes, prestação jurisdicional ineficiente e ultrages diversos aos direitos e garantias processuais penais, que contribuem para que o Brasil alcance a posição de terceira maior população prisional mundial (Institute For Crime & Justice Policy Research, 2023), muito embora seja o sexto país mais populoso (United Nations, 2022).

correlações entre fins e meios podem não ser tão evidentes, contudo, ainda assim, são de extrema relevância.

Em se tratando de política criminal, isto é, ao se pensar em diretrizes gerais para a pena, tem-se que o fim considerado deve não somente ser possível, mas muito provável de ser alcançado pelo meio eleito. Ou seja, objetivos que, embora possam ser alcançados, sejam secundários, paralelos, não podem ser considerados como preponderantes. Assim, a este respeito, se se busca determinado fim, não faz sentido utilizar-se de um meio pouco ou nada efetivo. Traduzindo-se para os termos desta tese, se se demonstra, por exemplo, que a prevenção não é um fim alcançável com efetividade pela pena, talvez este não seja o meio mais adequado para se chegar ao objetivo pretendido.

A teoria utilitária da pena, consequencialista, prega que a sanção, por ser algo indesejável, em virtude de trazer sofrimento a quem for sancionado, somente se justifica se trouxer benefícios que extrapolem o mal causado (Bagaric; Amarasekara, 2000, p. 131). A promessa daquela linha teórica é considerar o bem da punição como sendo a incapacitação, a dissuasão e a ressocialização do indivíduo punido. Portanto, a punição (evento negativo) só se justifica pelas consequências positivas que dela advirão em um futuro, razão de os autores atribuírem um “olhar para frente”¹³ à teoria (Bagaric; Amarasekara, 2000, p. 131).

Por sua vez, as teorias retributivistas encerram como base central o princípio da proporcionalidade. Bagaric e Amarasekara (2000, p. 160) diferenciam aquela teoria desta pelo fato de a retributivista ter uma perspectiva para o fato ocorrido no passado, o que, em síntese, significa sustentar a tese de a punição ser devida pelo simples fato de o ofensor ter infringido a lei, “ainda que nenhum bem derive disso”¹⁴. Puig (2011, p. 34) também explica que retribuição não consiste em vingança, porquanto aquela decorre de uma exigência objetiva de justiça pelo ato criminoso cometido, enquanto esta pretende a satisfação de uma “necessidade emocional da vítima ou dos parentes”¹⁵.

O ordenamento brasileiro não adota expressamente nenhuma destas linhas teóricas acerca do porquê punir. Ao invés, há pulverizado na legislação um intuito retributivo, dissuasivo¹⁶ e reabilitativo¹⁷. Portanto, a par do que a legislação, em seu plano ideal, pretendeu estabelecer como finalidade da aplicação da pena, devo me colocar, primeiro, antes de discutir

¹³ “Forward-looking” (tradução nossa).

¹⁴ “[...] offenders should be punished even when no good comes from this” (tradução nossa).

¹⁵ “[...] necesidad emocional de la víctima o alegados [...]” (tradução nossa).

¹⁶ O art. 59, do Código Penal prevê que o julgador, ao aplicar a pena, deve ater-se à quantia necessária “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (Brasil, 1940).

¹⁷ Art. 1º da Lei de Execução Penal prevê como objetivo da execução “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (Brasil, 1984).

a viabilidade da compensação penal, a entender o objetivo do Estado com o ato de condenar. Mas não só isso. Independentemente do que esta ou aquela teoria assumem sobre o ato de punir, ou mesmo o que a legislação brasileira intenciona, preciso identificar, na prática, como a dinâmica executória ocorre, a fim de saber se os meios disponíveis podem alcançar os fins almejados.

Se comprovado o alcance dos fins reabilitativos e dissuasórios a partir do modelo prisional aplicado hoje no Brasil, deverei eu lidar com outras problemáticas ao pensar em compensação penal, complexificando a questão para que, compensada a pena, estas finalidades não deixem de ser atingidas. Portanto, tenho a tarefa inicial de identificar as especificidades desta realidade.

Em outra oportunidade, realizei uma análise mais aprofundada sobre os objetivos da punição à maneira brasileira, concluindo que apenas a retribuição tem fundamento empírico para servir de norte para políticas criminais no Brasil (Silva, 2024, p. 39-40). Para tanto, procurei verificar, a partir de evidências científicas, se se pode afirmar que a pena aplicada no Brasil encerra caráter incapacitante, dissuasório, ressocializador e retributivo a ponto de estes objetivos poderem constituir norte seguro para políticas criminais.

A incapacitação¹⁸ é, de plano, excluída das finalidades da pena brasileiras, haja vista inexistir previsão legal neste sentido. Ainda que toda privação de liberdade incapacite, em certa medida, o condenado, este elemento não é formalmente levado em conta para guiar sentenças ou, de um modo amplo, a política criminal. Faço a ressalva de que a incapacitação, a meu ver, se vê presente, *e.g.*, na prisão cautelar orientada ao resguardo da ordem pública, quando o juiz manda prender objetivando evitar a reiteração delitiva. No entanto, em se tratando de prisão-sanção, este fim não se vê presente no ordenamento estudado.

A dissuasão consiste na “omissão de um ato criminoso pelo medo da sanção ou punição”¹⁹ (Paternoster, 2010, p. 766) sendo necessário diferenciá-la em duas espécies: a geral e a específica. Em suma, aquela consiste na expectativa de a aplicação de uma pena prevenir potenciais ofensores da população geral de cometerem crimes, em virtude do temor de sofrerem a mesma reprimenda (Nagin; Cullen; Jonson, 2009, p. 115-116). Já a segunda é destinada à

¹⁸ O conceito de incapacitação usualmente é referido como o impedimento de um indivíduo cometer novos delitos em virtude de estar preso. Contudo, hoje, principalmente após a introdução dos celulares nos estabelecimentos prisionais, o recluso não se vê impedido de cometer crime quando encarcerado, podendo atentar contra outros internos, contra funcionários ou mesmo em desfavor de terceiros fora dos limites da prisão, por meio dos aparelhos telefônicos. Por isso, sugiro um conceito mais específico, como “o impedimento, em virtude do encarceramento, de um indivíduo cometer potencialmente novos delitos, de forma presencial, fora dos limites espaciais da prisão” (Silva, 2024, p. 7).

¹⁹ “[...] it is the omission of a criminal act because of the fear of sanctions or punishment” (tradução nossa).

pessoa que recebe a punição, no intuito de dissuadi-la de voltar a delinquir (Nagin; Cullen; Jonson, 2009, p. 115-116), a partir da natural inclinação humana para evitação de dor. Por este raciocínio, o indivíduo punido, em tese, não incorreria em nova conduta ilícita pelo temor da repetição da punição, caso viesse a ser pego novamente.

Apesar de as assunções desta teoria enquadrarem-se dentro do esperado à racionalidade humana, ao se trazer para o campo empírico, percebe-se que os mecanismos para ocorrência efetiva do abandono de um intuito criminoso em razão da ameaça da imposição de uma pena ainda são extremamente desconhecidos. Não buscarei esmiuçar o tema neste tópico, pois o estenderia em demasia e fugiria do foco da tese, mas apresentarei de forma breve as grandes incógnitas que impedem a dissuasão de figurar como fonte concreta para nortear políticas criminais, embora prevista na legislação brasileira.

A priori, a prevenção geral se opera a partir de uma tríade de fatores: a certeza, a severidade e a celeridade da punição (Paternoster, 2010, p. 783). Para cada um destes fatores, há a diferenciação entre suas propriedades objetivas e subjetivas. Aquelas consistem nos dados oficiais que reproduzem cada fator (Paternoster, 2010, p. 784-785), como, por exemplo, qual porcentagem dos crimes de roubo são efetivamente punidos, ou qual a média de pena aplicada em determinada localidade para este crime, ou, ainda, qual o tempo médio de demora entre o cometimento do delito e o início da punição. Já as propriedades subjetivas são a forma como os jurisdicionados assimilam tais fatores e como constroem sua impressão de certeza, severidade e celeridade do sancionamento (Paternoster, 2010, p. 785).

A partir destas premissas, a primeira evidência que denota a grande dificuldade de se prevenir crimes por meio da legislação é que dificilmente as propriedades subjetivas corresponderão às objetivas (Anderson, 2002, p. 308; Kleck; Sever; Gertz, 2005, p. 653; Paternoster, 2010, p. 818), tendo em vista aquelas dependerem da interpretação de cada indivíduo da realidade (Nagin; Pogarsky, 2001, p. 884). A fim de ilustrar o panorama de incertezas, Anwar e Loughran (2011, p. 692), em seu estudo, constataram que 47% da percepção de risco da punição era composta por “sinal inobservado”²⁰. Ou seja, as pessoas apreendem a realidade de infinitas formas, utilizando, para tanto, inúmeras fontes, muitas vezes desconhecidas. Assim, a propriedade subjetiva de determinada pessoa pode ter sido construída de maneira tão teratológica que, apesar de absurda e desconexa à realidade, ainda assim serviria de norte às ações deste indivíduo.

²⁰ “Unobserved signal” (tradução nossa).

Paternoster (2010, p. 818), após extensa revisão bibliográfica sobre o tema, concluiu haver indícios moderados de eficácia da certeza da punição na prevenção, não verificando o mesmo em relação à severidade e celeridade. Portanto, dada a ausência de um conjunto robusto de evidências científicas que comprovem a forma e intensidade que a ameaça de punição pode interferir no comportamento criminoso, assume-se a dissuasão geral não poder constituir um fim a guiar políticas criminais no Brasil (Silva, 2024, p. 36).

No tocante à prevenção específica, de plano, necessário estabelecer que, para se assumir a desistência do engajamento em determinado delito tenha se dado pelo temor do indivíduo da repetição da punição aplicada no passado, este medo deve ser o motivo principal de sua decisão. Portanto, estariam excluídos desta porção as pessoas que, após retornarem à sociedade livre, *e.g.*, estreitaram seus laços sociais, ou desenvolveram mais sua moral e, por estas razões, abandonaram a vida do crime.

Ao se escrutinarem estudo empíricos sobre o tema, não se verifica maior certeza sobre seus mecanismos de ocorrência em relação à dissuasão específica. Neste sentido, a investigação de Drago, Galbiati e Vertova (2009, p. 275-276) evidencia a perda progressiva da sensibilidade à severidade da pena para pessoas que já tenham um contato maior com a prisão (no estudo, com pena superior a 69 meses). Desta sorte, permite-se questionar, especialmente para indivíduos já com um vasto histórico criminoso, se este período de prisão influenciaria no momento de decidir por engajar-se ou não em uma conduta criminosa.

Piliavin *et al.* (1986, p. 115), ao estudarem uma população exposta a alto risco de sancionamento formal²¹, correlacionaram a percepção de risco com o contato passado com a prisão, concluindo não haver influência das experiências de aprisionamento passadas no modo como o indivíduo observa o risco de ser apanhado. Esta conclusão põe em xeque toda a base sobre a qual se constrói a ideia da prevenção específica.

Pogarsky e Piquero (2003, p. 96) trazem um estudo muito interessante, em que buscam analisar a “falácia do apostador”²², testando o que os autores chamam de efeito positivo da punição. O eixo central é o de que, assim como apostadores, pessoas condenadas por algum ilícito podem voltar a se engajar em condutas criminosas por reiniciarem sua percepção de certeza, afetando sua percepção em contrariedade à atualização esperada pela teoria da dissuasão específica (Pogarsky; Piquero, 2003, p. 112).

²¹ Ao menos metade da amostra, de 3300 pessoas, ostentava histórico de prisão (Piliavin *et al.*, 1986, p. 104-105).

²² “Gambler’s fallacy” (tradução nossa). Segundo a crença popular, um mal não ocorre várias vezes sucessivas, o que pode fazer, por exemplo, com que um apostador, após perder, volte a apostar, e até mesmo aumentar sua aposta, por imaginar não ser reduzida sua chance de perder novamente (Pogarsky e Piquero, 2003, p. 96).

Apresento estes estudos apenas com o fim de demonstrar como até mesmo as assunções mais básicas da teoria da dissuasão específica são colocadas em xeque quando trazidas para o campo empírico. É por isso que Nagin, Cullen e Jonson (2009, p. 166) assumem ser necessário “um desincentivo muito tangível, ‘na sua cara’, à reofensa, que seja difícil de negar”²³, para que a dissuasão opere.

Novamente, tanto em relação à dissuasão geral quanto à específica, não estou a afirmar que elas não ocorrem de maneira nenhuma, mas, sim, que, dado este panorama de incertezas, não são objetivos idôneos para guiar políticas criminais. Trazendo para os fins desta tese, a dissuasão, embora presente em algum grau no sancionamento penal, não pode ser assumida como um fim concreto da pena, pois nem sequer sabemos como ela se opera. A concretude à qual me refiro corresponde a uma consequência comprovada cientificamente. Assim, embora possa haver consequências reflexas da aplicação de uma pena, os objetivos concretos são aqueles empiricamente comprovados. Por esta razão, sustento que assumir a dissuasão como base para a política criminal brasileira é, no mínimo, temerário, diante do contexto ora apresentado.

Já a ressocialização, ou reabilitação, há mais de século, foi atrelada ao ato de punir, como que em uma esperança quase mítica de que o sujeito, após meses ou anos preso, sairia de lá “regenerado”, pronto para respeitar as leis penais. Como se as causas do crime constituíssem um fenômeno simples, houve tempo em que se acreditava aprisionar o indivíduo em uma cela com mau cheiro, proliferação de doenças, ventilação e iluminação insuficientes, superlotação, entre outras “regalias” concedidas aos reclusos fosse o fator mágico para transformá-lo em uma pessoa melhor. Contudo, hoje já se sabe isto não ser verdade.

Neste sentido, em uma importante meta-análise sobre o tema, Smith, Goggin e Gendreau (2002, p. 20-21) apontaram para um efeito nulo, ou, quiçá, criminógeno, da aplicação da pena com caráter estritamente punitivo²⁴. Esta investigação é mais um exemplo de que assunções meramente abstratas, teóricas sobre determinado assunto podem levar a anos de engano, como no caso da ressocialização atrelada tão somente à punição.

Embora não seja o objetivo, apenas a título explicativo, novamente, não estou a afirmar não haver formas eficazes de reabilitar um indivíduo. Nem seria essa a função de uma tese em Direito. Todavia, sustento não ser a prisão um meio para tanto. Em sentido oposto, encontram-se programas aplicados de maneira muito efetiva em populações de presos, embasados, por

²³ “A very tangible, ‘in your face’ disincentive to reoffending that is hard to neglect” (tradução nossa).

²⁴ Leiam-se punições que consistam exclusivamente no aprisionamento.

exemplo, no modelo *Risk-Need-Responsivity* (RNR)²⁵, com taxas de diminuição na recidiva do grupo experimental em detrimento do grupo controle de até 30% (Smith; Gendreau; Swartz, 2009, p. 160). O objetivo deste tipo de programa é justamente desenvolver outras esferas da vida do sujeito preso, a fim de diminuir sua vulnerabilidade, equipando-o com instrumentais para a adoção de um estilo de vida voltado mais ao respeito às leis penais²⁶

Estabelecidas tais premissas, assim como o ato de desenhar não é meio à escrita acadêmica, não pode o Estado impor uma pena imbuído tão somente da esperança de se alcançar alguns objetivos, quando estes forem cientificamente impossíveis – ou muito difíceis –, de serem atingidos por este meio. Vera Andrade (1997, p. 246-254) divide as funções da pena em declaradas, quais sejam as humanistas, e as latentes ou reais, consistentes na seletividade da aplicação da norma. Na medida em que o Sistema Penal parece falhar em sua função declarada – especialmente a ressocialização do indivíduo –, alcança com sucesso sua finalidade de se aplicar a uma parcela certa da sociedade, controlando classes sociais indesejadas (Andrade, p. 254).

É em sentido semelhante que Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 567) também classifica os objetivos da pena em “declarados” e “reais”, concluindo que “o discurso de prevenção da criminalidade é refutado pela experiência histórica da prisão e a pena criminal é simples retribuição equivalente, sem qualquer finalidade útil”. Diante da incompatibilidade fática entre a prevenção e a reabilitação e os fins propostos neste tópico, nos moldes brasileiros, volto-me a analisar a retribuição.

Messuti (2003, p. 20) enxerga este conceito como de fundamental importância para a vida social, devido à lógica de contraprestações sobre a qual a sociedade moderna se vê construída. Se uma pessoa é gentil ou perpetra uma ação positiva à outra, espera-se que a recíproca seja a mesma. Ao invés, uma ação negativa tende a provocar outra de mesma natureza. Portanto, há certa simetria das prestações que compõem as relações sociais fundantes da comunidade, de maneira que a retribuição é atrelada à própria lógica da vida social (Messuti, 2003, p. 20).

Dentro desta linha, o delito é um ato que desequilibra as relações sociais, devido ao cometimento de uma conduta negativa por um dos partícipes da comunidade contra outro. Assim, o delito é um mal em si mesmo, independentemente das consequências causadas à

²⁵ Este é um modelo de programa de reabilitação que busca alterar características pessoais, interpessoais e sociais do indivíduo, fatores estes que realmente influenciam na decisão de se cometer ou não um crime e, por isso, mostram eficácia na diminuição da recidiva (Andrew; Bonta, 2010a, p. 44-45).

²⁶ Em suma, os programas procuram promover aquela mesma diminuição de vulnerabilidade defendida por Vacani (2024, p. 353).

vítima, no sentido de desestabilizar a sociedade de maneira geral – vítima final, em última instância, dos crimes cometidos. Contudo, explica a autora, “a reparação de suas consequências não constitui a pena” (Messuti, 2003, p. 21), ponto no qual ela diferencia reparação e retribuição. Enquanto a primeira relaciona-se com a vítima e com o restabelecimento de uma situação anterior ao delito, na tentativa de reparar o dano sofrido, a segunda diz respeito ao restabelecimento do equilíbrio ameaçado pelo delito ocorrido na comunidade, em relação ao agente e, não, à vítima (Messuti, 2003, p. 21-22). Super importante dialogar mais com a Messuti quando você propuser uma nova hipótese de “tempo-compensação”.

É como se a reparação tivesse a ver com a esfera individual da vítima, tentando-se estabelecer a situação anterior ao delito, enquanto a retribuição dissesse respeito à desestabilização social gerada na comunidade como um corpo, sempre que um delito ocorre. Assim:

[...] a comunidade de pessoas converte-se dessa forma na destinatária indireta de toda lesão sofrida por uma pessoa, posto que considera que cada lesão a uma pessoa ameaça, põe em perigo, toda a comunidade. Daí que não só interessa “aquilo que se restitui à vítima” mas, principalmente “aquilo que sucede ao agente” (Messuti, 2003, p. 22).

Desta forma, a contraprestação do infrator é a aplicação de uma pena – a retribuição do mal causado -, e, não, a reparação do dano à vítima. A autora justifica na desigualdade de direitos entre a comunidade, como corpo, e seu membro a ausência de uma “contraprestação” gerada àquela, quando da aplicação de uma pena. Nisto reside a diferença entre a sanção e a vingança. Esta é exercida pelo ofendido e de forma desproporcional, muitas vezes, o que pode causar uma relação cíclica de vinganças uns contra os outros. A proporcionalidade da retribuição – em quantidade e qualidade -, é o que a diferencia da vingança, revestindo-a, de fato, do caráter de “contraprestação”, proporcional à conduta geradora, e, não, uma nova prestação sem relação à primeira (Messuti, 2003, p. 23-24).

Rememorando Sérgio Cotta, Messuti (2003, p. 24) explica que, segundo este autor, a pena encerra três medidas: “[...] uma medida interna ao ato, pela qual se dá um atuar com certa medida; uma medida externa, pela qual se dá um atuar segundo certa medida; e a medida final, que o ato está destinado a introduzir”. Estabelecerem-se medidas pressupõe limitar, por outro lado, a punição. A pena, ao mesmo tempo, deve ser proporcional à medida do delito que a gerou; seguir a medida externa das leis penais; e servir para reequilibrar a situação afetada a priori (Messuti, 2003, p. 24-25). Portanto, obedecer a estas medidas é o que equipara a pena e o delito que a motivou, em relação de proporcionalidade.

Von Hirsch (1993, p. 14) atribui à punição a função majoritária de censurar a conduta do ofensor, de maneira que o ato de punir serviria para incutir uma moralidade estatal à pessoa

sancionada, transmitindo-se a ideia de que aquele comportamento é contrário à ordem social, às regras daquela comunidade. Para o autor, censurar significa culpar, responsabilizando o infrator pelo seu comportamento, por meio de um tratamento tão duro quanto o nível de reprovação de sua conduta (Hirsch, 1993, p. 15). Uma punição moralmente neutra, apenas simbólica, não alcançaria o objetivo de transmitir ao infrator o grau de contrariedade ética de sua conduta em relação ao conjunto de regras sociais (Hirsch, 1993, p. 15).

Tendo por base este conceito, entendo razoável admitir o termo “reprovação”, previsto no art. 59 do Código Penal como um dos objetivos a serem alcançados com a pena, como compatível com a ideia de retribuição, por ser a privação de liberdade um meio de censurar o ofensor. Assim, permite-se, de maneira proporcional, ratificar a institucionalidade estatal, consubstanciada nas leis penais e desestabilizada pelo cometimento do delito, transmitindo-se ao infrator a mensagem de reprovação e contrariedade daquele comportamento ao conjunto de regras da comunidade.

Em síntese, parece-me adequado assumir a retribuição como um fim, concomitantemente, compatível com a legislação brasileira, por equivaler à mencionada “reprovação”, bem como comprovado de maneira empírica. Isto porque as inúmeras mazelas do cárcere, da forma aplicada, evidentemente trazem dores à pessoa punida, que correspondem a sofrimento, sendo estes revezes proporcionados como resposta a um mal anterior causado pelo sujeito: o crime cometido.

Neste ponto, esclareço um detalhe de meu raciocínio que não pode passar despercebido, embora sutil. Não sustento que o Estado retribui o sofrimento causado, mas, sim, um mal. Este, por sua vez, materializa-se na forma de sofrimento. O esclarecimento é importante, pois, do contrário, assumiria que o ofensor necessariamente causa sofrimento com sua conduta delituosa, o que nem sempre é verdade. Há uma imensa gama de crimes que não possuem como sujeito passivo uma pessoa natural, mas, sim, uma ficção jurídica, como, *e.g.*, a administração pública, a coletividade, o erário, entre outras. Assim, equivocado seria afirmar que toda infração penal causa sofrimento a alguém.

Por outro lado, de maneira abstrata, toda transgressão normativa desta natureza traz algo indesejável, um mal, em maior ou menor medida, ainda que o bem jurídico lesado pertença a uma ficção jurídica. Embora a devolução desta negatividade pudesse se dar alternativamente por outro meio – como a imposição exclusiva de uma multa²⁷ –, optou o Estado brasileiro majoritariamente pela privação de liberdade.

²⁷ Trazendo um exemplo de um sistema penal similar ao brasileiro, o português prevê a possibilidade de substituição da pena de prisão por multa, para condenações não superiores a um ano de prisão, nos termos do art.

A propósito, convém ressaltar que a punição, no Brasil, não está adstrita à aplicação de pena privativa de liberdade. Há inúmeras previsões legais no sentido de se aplicarem medidas alternativas, como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou substituição condicional da pena, dispostas, respectivamente, no art. 43 e art. 77, ambos do Código Penal (Brasil, 1940).

No mesmo sentido, existem institutos despenalizadores mais recentes, tais como a transação penal (art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95; Brasil, 1995) e o acordo de não persecução penal (art. 28-A, do Código de Processo Penal; Brasil, 1941), voltados a uma justiça negociada entre o jurisdicionado e o Ministério Público. Contudo, para todos estes institutos, um dos requisitos para a aplicação é a não reincidência em crime doloso, acabando por impossibilitar, na prática, seu reconhecimento a grande parte das pessoas que cometem ilícitos que poderiam ser encampados, *a priori*.

De um ponto de vista político-criminal, a lógica deveria ser inversa, preferindo o Estado a aplicação de penas alternativas na maioria dos casos relativos a crimes de menor gravidade, *e.g.* relativamente àqueles cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. A opção majoritária em sentido diverso contraria a própria lógica e a ciência criminológica. Smith, Goggin e Gendreau (2002, p. 11) apontaram, a partir de uma meta-análise sobre 117 estudos, um aumento de recidiva na sanção pelo encarceramento de 5% a 9% maior, quando comparado a penas alternativas cumpridas junto à comunidade. Estes resultados, se interpretados pela realidade brasileira, tendem a ser ainda maiores, considerando-se o fenômeno das facções. Este fator, peculiaridade nacional, já demonstrou aumentar a propensão criminógena na dinâmica carcerária (Silva, 2023, p. 249-251). Sendo a privação da liberdade a tônica no sistema executório brasileiro, analisarei a promoção de dores e sofrimento.

Nesta linha, penso que, para cada tipo penal insculpido no ordenamento pátrio, há uma porção de mal previamente determinada pelo Estado a ser devolvida ao infrator, caso condenado por alguma conduta ilícita. Ao ser condenado, o indivíduo precisa sofrer, preso; perde sua vitalidade, anos de vida, sendo esta a porção de sentimento indesejável a ser suportado em determinado intervalo de tempo para que esta pessoa se torne digna a retornar à vida em liberdade. Os limites da punição correspondem ao exato grau dos direitos conservados pela pessoa presa, não afetados pela pena.

45 do Código Penal português (Portugal, 1995). Da mesma maneira, há inúmeros tipos penais que preveem a pena de reclusão ou multa, de maneira alternativa e não cumulativa, como no Brasil, a exemplo do furto, art. 203, do Código Penal português (Portugal, 1995).

Destaco, por fim, que assumir a retribuição como fim precípua da pena traz para a dinâmica executória o princípio da proporcionalidade como equalizador de justiça. Isto porque a quantia de sofrimento proporcionada é passível de ser aferida objetivamente. É claro que não estou a falar do sentimento propriamente dito, intangível e subjetivo, mas das condições externas que o produzem. Esta aptidão permite a retribuição guiar políticas criminais de maneira muito mais acurada e, por isso, justa. A partir do momento em que o Estado devolve mais sofrimento do que aquele devido – aferido a partir de balizas objetivas –, esta pena passa a ser ilegal e a punição, a estar à margem da lei.

Uma segunda conclusão passível de ser extraída disso é que todos os crimes são reduzidos ao denominador comum do sofrimento. Desde a contravenção de gravidade mais diminuta até o crime mais bárbaro, todas as infrações penais às quais se comine restrição de liberdade serão, assim, medidas: em dias, meses e/ou anos de prisão, dentro das condições determinadas pela lei²⁸. Em razão disso, concluo ser o sofrimento a moeda de troca do recluso, devendo à sociedade proporcionalmente ao mal causado por seu ilícito penal. Agora, resta entender quais os contornos desta linguagem estabelecida entre o Estado e o jurisdicionado, em especial o indivíduo condenado.

2.2 A moeda de troca da sistemática executória

Puig (2011, p. 33-34) compara a pena aplicada pelo cometimento de um delito como “o salário recebido por um trabalho”²⁹. Como sustentei no tópico anterior, ao fim e ao cabo, espera-se que quem foi condenado por um crime sofra, sendo este o meio para “pagar” pelo mal cometido e, só então, poder retornar à sociedade livre. Não digo “regenerado”, como a corrente consequencialista entende, pois, como demonstrado, a prisão, por si só, não regenera ninguém. Assumo que o retorno ao convívio livre se dá por estar o infrator quite com o Estado. Assim como assimilado no linguajar popular prisional, o sujeito “pagou” o crime cometido.

²⁸ Ao longo desta tese, restará clara minha crítica sobre esta característica do desenho executório brasileiro, especificamente pela incapacidade de o Estado garantir as condições mínimas de vivência em uma cadeia brasileira. Na prática, a redução a este denominador comum permite questionar se a penalização, em alguns casos, quer seja por uma semana de prisão em condições deploráveis, não extrapola em muito o mal causado pelo infrator de um ilícito de diminuto grau de lesividade, dentro da ideia de proporcionalidade, como, e.g., no caso de uma pessoa punida pela contravenção de jogo do bicho (art. 58, do Decreto-Lei nº 3688/41; Brasil, 1941). Embora a lei, a princípio, diferencie a prisão simples da reclusão, na prática, pela forma como o sistema executório se vê estabelecido, um indivíduo reincidente pode acabar cumprindo a pena oriunda de uma condenação por contravenção em regime fechado, muito embora, em tese, a prisão simples deva ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, sem rigor penitenciário, conforme preceituado pelo art. 6º da Decreto-Lei 3.688/41.

²⁹ “[...] el salario que se percibe por un trabajo” (tradução nossa).

No entanto, há limites para a imposição daquele sofrimento, nomeadamente as fronteiras dos direitos carcerários e, como preceituado por Messuti (2003, p. 23-24), a “contraprestação” que lhe deu origem. Assim, a aplicação da sanção, no intuito de retribuir o mal causado, deve respeitar os direitos fundamentais e aqueles previstos na Lei de Execução Penal, sob pena de ilegalidade.

Aqui, entro em um ponto crucial para o desenvolvimento dos fundamentos da teoria que proponho. O sofrimento não é algo novo, já vem consubstanciado na legislação penal desde o princípio. Porém, vem camuflado de forma negativa: o que o Estado *não* pode fazer contra a pessoa presa. O justo-meio da dor imposta a esta, portanto, consiste nos direitos fundamentais e carcerários conferidos pelo nosso ordenamento a quem cumpre pena.

Ou seja, utilizando-se o exemplo do tráfico de drogas³⁰ (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06; Brasil, 2006), uma pessoa que comete este delito deverá sofrer, para se ver quite com a sociedade, de cinco a quinze anos de pena de reclusão³¹, a depender do nível de gravidade de sua conduta dentro deste espectro de sanção. Contudo, este período de tempo somente representa a carga punitiva imaginada pelo Congresso se se considerar o cumprimento de pena em um estabelecimento prisional que garanta todos os direitos carcerários previstos no ordenamento. Em condições piores do que as designadas pela lei, certamente a quantidade de anos deveria ser menor para se alcançar a mesma carga punitiva pretendida a priori para aquele delito.

Assim, no mundo ideal, o Estado deveria promover a qualidade mínima exigida por lei em todos os presídios brasileiros, tendo em vista a isonomia de tratamento aos jurisdicionados inerente às leis. Isto porque não é justo com o indivíduo preso ser tratado de maneira mais recrudescida do que prevê o ordenamento. Da mesma forma, também é injusto que uns sejam

³⁰ Apesar de eu poder usar qualquer tipo penal como exemplo, trago especificamente o tráfico de drogas diante de sua centralidade no debate sobre encarceramento e política-criminal no Brasil. Até dezembro de 2023, o delito em questão era responsável por encarcerar 30,6% da população prisional masculina, chegando a 51,27% da feminina (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024b, p. 108). Apenas a título ilustrativo, há imensa literatura sobre a nebulosidade da política de drogas nacional, que Valois prefere chamar de “guerra” (2021). Após extensa explanação histórica das raízes desta política de combate, o autor explica como, no Brasil, o direito penal foi deturpado, transmudando-se de instrumento de defesa contra o poder punitivo estatal para verdadeiro aliado na guerra (Valois, 2021, p. 425). Como exemplo disso, citam-se os 18 núcleos do tipo penal previsto no art. 33, da Lei nº 11.343 (Brasil, 2006), alguns deles (como o “trazer consigo”) que permitem interpretação objetiva de a mera posse da droga poder configurar o crime, prescindindo da demonstração de dolo (Valois, 2021, p. 424). O Judiciário, em vez de coibir esta abertura legislativa e falta de objetividade legal com uma interpretação estrita do tipo, exigindo demonstração clara do dolo orientado ao repasse a terceiro, acaba flexibilizando o direito para permitir a condenação, como se fosse alistado para a guerra às drogas (Valois, 2021, p. 425-426). Em sentido semelhante, ver Salo de Carvalho (2016).

³¹ Desconsideradas causas de aumento ou diminuição, em um plano abstrato. Considera-se, aqui, a simples indicação do preceito secundário previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (Brasil, 2006).

tratados de forma diferente do que outros³², deixando o sujeito à mercê da sorte de ser custodiado em um presídio “melhor”. Embora indesejáveis, estas dinâmicas são uma realidade no Brasil.

Ademais, convém lembrar que a lei penal encerra em si uma moralidade, a qual o Estado busca impingir nos cidadãos ao fazer valer a aplicação legal. Ao desrespeitar suas próprias regras para punir, o Estado-infrator em nada se diferencia do indivíduo que pretende sancionar por ter infringido, em um primeiro momento, a norma penal. A punição fora das balizas normativas não passa de uma hipocrisia estatizada.

Embora, na teoria, deversem todas as penitenciárias brasileiras apresentarem características espaciais e materiais de acordo com os direitos previstos pela lei de regência, por óbvio, a realidade é diametralmente oposta. Do contrário, a criação desta tese seria desnecessária. Portanto, há pontos de injustiça permanentes na aplicação real da pena, da maneira realizada no Brasil, que devem ser por mim considerados. Aqueles correspondem às deficiências do espaço prisional, visto de maneira ampla, em desconformidade com o previsto na Lei e na Constituição. A identificação destes pontos é imprescindível para a construção do meu instrumento.

Para compreender mais profundamente a questão da correlação entre carga punitiva abstrata e condições de execução da pena, necessário rememorar a característica do direito penal de ser articulado de maneira sistemática. Isto implica dizer, primeiro, que este campo apresenta coesão normativa - coerência entre as normas que o compõem (Bobbio, 1995, p. 71). Em segundo plano, especificamente em se tratando da lógica penalista, entende-se que os diversos dispositivos relativos ao tema, previstos tanto nos códigos como nas leis esparsas, devem ser interpretados em conjunto, enquanto normas com vigência atual, de mesma hierarquia e de unidade sistemática (vigência simultânea), na classificação sugerida por Gomes (2009, p. 164).

Baseando-se nestas premissas, normas penais incriminadoras e suas cominações, embora prevejam figuras abstratas e gerais - seja a partir de um comando normativo proibitivo ou mandamental -, não se veem dissociadas do momento posterior de execução destas sanções. Portanto, a interpretação sistemática deve buscar extrair das normas penais a chamada “totalidade ordenada”, da forma preceituada por Bobbio (1995, p. 76), de maneira que o sentido é extraído da análise do conjunto sistêmico de normas.

Trazendo novamente o exemplo do tráfico de drogas, quando o Congresso entendeu que a retribuição do mal ocasionado por este delito seria a privação da liberdade de cinco a quinze

³² A comparação que faço é a grosso modo, em relação a pessoas em uma mesma situação, dentro de um plano abstrato, como, por exemplo, presos em regime fechado.

anos (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06; Brasil, 2006), fê-lo a partir das balizas dos direitos carcerários. Isto implica dizer que a carga punitiva designada ao prever o aludido intervalo de pena como suficiente está sistematicamente ligado à forma de cumprimento desta sanção, como previsto na Lei de Execução Penal (Brasil, 1984). Por sua vez, em um plano abstrato, aquele intervalo serve para punir desde o crime de tráfico de drogas mais singelo até o mais gravoso, desconsiderando-se eventuais causas de diminuição ou aumento da pena, que poderiam conduzir a reprimenda final a patamares distintos.

Isto é, a repreensão estatal pensada abstratamente a um crime de tráfico encerra o exato peso designado pela Lei de Execução Penal, o que implica respeitarem-se todos os direitos conferidos ao encarcerado, quando da aplicação da pena. Quanto mais se restringem direitos fundamentais na prática, mais se recrudescer a sanção efetivamente imposta, logo, tornando a reprimenda real muito mais gravosa do que aquela designada pela lei, no plano teórico.

Já no plano concreto, as limitações derivam do próprio decreto condenatório. Do princípio da culpabilidade se extrai que a pena deve ser compatível com a gravidade do fato cometido pelo agente e sua culpabilidade, aferida pelo grau de autonomia de ação (Sousa Filho, 2019, p. 603). O resultado desta operação, alcançada após individualização da pena, ditará o limite máximo de punição que o Estado pode sujeitar o agente em decorrência daquele fato criminoso específico (Sousa Filho, 2019, p. 603).

Em síntese, a Constituição e a Lei de Execução Penal equalizam a proporção de sofrimento da restrição de liberdade, cabendo à sentença sua delimitação concreta. Não reconhecesse a lei de regência direitos aos presos, criando verdadeiro estado de exceção nas prisões – em um exemplo lúdico, que nem sequer seria compatível à Carta Cidadã –, um ano de prisão passaria a ser absurdamente mais penoso do que é hoje.

Assim, o sofrimento correspondente, por exemplo, a cinco anos de prisão deve equivaler àquele que respeite todos os limites estipulados pela lei de regência. Metaforicamente, é como se, em uma casa de câmbio, o delito fosse a moeda entregue para a conversão, o sofrimento, o dinheiro convertido, e as condições carcerárias, a taxa aplicada. Da mesma maneira que na troca dólar pelo real o valor retornado depende da taxa de câmbio, o sofrimento gera muito mais dor ao condenado quando as condições carcerárias são precárias, mesmo sendo estático o crime motivador da punição.

Embora a premissa estipulada seja razoavelmente de fácil conclusão, a dificuldade emerge quando se deixa o campo teórico e passa-se à realidade. Neste contexto, há situações fáticas cuja adequação à norma se mostra mais complexa de ser analisada, enquanto outras exalam prontamente sua ilegalidade ao olhar do observador. De forma prática, enquanto avaliar

se o fornecimento de alimento está adequado, dentro de prescrições nutricionais médias mínimas sugeridas para uma vida digna, concluir pela ilegalidade de se colocar nove pessoas em uma cela com capacidade para seis parece mais evidente.

Das conclusões aqui trazidas, emerge a própria necessidade da compensação penal. Ora, se a moeda de troca é o sofrimento, e a porção devida deste, por sua vez, é estática - equivalente à devolução do mal causado pela infração à norma penal, determinada por uma sentença condenatória -, a devolução a maior pelo Estado, como no exemplo de cinco anos de reclusão, cria uma situação de injustiça em desfavor da pessoa punida. Em síntese, novamente consagrando-se a moralidade que se busca promover com o exercício do *jus puniendi* estatal, toda situação de disparidade entre a lei e a realidade deve ser corrigida de alguma maneira, até mesmo pelo natural atraso do Direito em relação à evolução social.

Veja-se que a compreensão qualitativa do sistema executório é condição intransponível para a percepção da injustiça, e esta situação, componente inseparável da compensação penal. Quando ausente, inexiste situação de disparidade a ser reparada. A grande questão é que a prática forense vem renegando, propositalmente ou não, a existência deste aspecto qualitativo. A quantidade massiva de processos penais trouxe junto uma objetificação do indivíduo, a partir da qual este perde paulatinamente sua humanidade, característica que dá lugar a um número de processo, a ser prontamente despachado pelo magistrado. Como resultado, o tratamento próximo, compreensivo e individual que se espera de um juiz da execução acaba reduzido à mecanicidade e distanciamento da leitura de uma “folha de papel”, hoje, em meio virtual.

Ao perder sua essência humana, as condições de vida no local de custódia têm importância muito menor. Os direitos carcerários, próprios daquela, por seu turno, também são substituídos por números, de sorte que a pena passa a ser analisada tão somente por seu aspecto linear, em dias, meses e anos. Por ser objetiva e, assim, não comportar relativização – se se passou onze meses preso e, não, doze, não há falar no alcance de determinado requisito objetivo, por exemplo -, o cumprimento de pena avaliado desta maneira sempre estará correto, se respeitada a quantia imposta.

Por esta razão, estabelecido que retribuição é sofrimento, e que este, por sua vez, é a única moeda de troca na relação entre o sujeito condenado e o Estado, entendo que o terceiro passo para se conceber a necessidade e forma da compensação penal consiste na compreensão multidimensional da pena.

Roig (2017, p. 331), em um estudo brasileiro vanguardista sobre o tema das compensações penais, inicia realizando importante distinção da interpretação do tempo. Segundo o autor, o aprisionamento deve ser compreendido mediante o binômio tempo-

sofrimento, e, não, de forma puramente aritmética, cronológica, medido em anos, meses e dias, da maneira refletida no sistema de justiça (Roig, 2017, p. 331). Portanto, conclui Roig (2017, p. 331) que deve ser levado em conta o “sofrimento existencial (vivencial) experimentado pela pessoa presa ao longo do encarceramento (elemento qualitativo)”.

Assim, para se mensurar a extensão da dor suportada por alguém preso em determinado local, a fim de possibilitar a efetiva reparação, necessário abandonar-se a dimensão única, temporal. Isto porque a punição é composta por um espaço – apertado -, cheiro ruim, pouco ou nenhum estímulo intelectual, alimentação estragada, afastamento familiar, dentre outras inúmeras dimensões que extrapolam o simples contar de tempo e fogem até mesmo à minha capacidade imaginária, de pessoa livre.

2.3 A reinterpretação do tempo-medida como um espaço-tempo

Desde a ascensão do aprisionamento como modo primordial de punição das transgressões penais, o Direito se apropria do tempo de vida das pessoas. Acima, discorri sobre o sofrimento – compreensão imprescindível para que alguém se permita pensar em compensação penal. Mas e o tempo? Nós estamos acostumados a enxergar sempre a privação de liberdade atrelada a um tempo, linear, contado em dias, meses e anos. Mas, o que significa, de fato, o tempo expropriado do indivíduo preso? Apesar de a resposta poder ser dada a partir de vários prismas – filosófico, físico, histórico, etc. -, buscarei delinear de uma forma mais simples.

Para a reflexão que busco iniciar, recorro a uma alegoria sugerida por Jacques Derrida (1995), que, embora antiga, é de grande valia para o ponto em que pretendo chegar. O autor, então, inicia sua conferência tratando sobre o tempo, para tanto, analisando trecho de uma carta enviada por Madame de Maintenon³³ a Madame Brinon, na França do século XVII, durante o reinado de Luís XIV – o Rei-Sol. Assim, ela diz: “o rei toma todo o meu tempo; Dou o resto a Saint-Cyr, a quem gostaria de dar tudo”³⁴ (Derrida, 1995, p. 11).

A partir deste trecho, Derrida começa seus questionamentos sobre o tempo. Se Maintenon dá todo seu tempo ao rei, o que restaria para dar a Saint-Cyr? Mais ainda, se o tempo é algo intangível, não pertence a ninguém, por isso, não poderia ser tomado nem dado (Derrida,

³³ Foi uma amante de Luís XIV, com quem este se casou, tornando-se sua esposa morganática – por não pertencer à nobreza (Derrida, 1995, p. 11).

³⁴ “El rey toma todo mi tiempo; doy el resto a Saint-Cyr, a quien querría dárselo todo” (tradução nossa). “Saint-Cyr” foi um centro de educação criado à época, após ascensão de Madame Maintenon como esposa de Luís XIV, destinado a jovens mulheres pobres, provenientes da nobreza arruinada (Derrida, 1995, p. 13).

1995, p. 12-13). Na verdade, quando se diz “dar tempo”, refere-se mais às coisas contidas dentro do tempo, aquilo que se faz ou que se dispõe naquele período (Derrida, 1995, p. 13).

O autor prossegue nesta compreensão, dizendo que o tempo somente é preenchido pelo momento presente, o agora, de maneira que o futuro e o passado são, na verdade, um passado-presente e um futuro-presente (Derrida, 1995, p. 36). Sendo o tempo propriamente dito nada, até que preenchido por algo presente, o tempo a ninguém pertence nem pode ser dado, mas, sim, dá-se algo distinto do tempo, medido por este (Derrida, 1995, P. 36).

A expropriação realizada pelo Estado para cumprimento de uma pena insere-se neste mesmo contexto. “E como não é possível ‘tomar o tempo’, o que se está tomando é algo distinto do tempo”³⁵ (Messuti, 2012, p. 34). Assim, a definição aristotélica de contagem temporal cronológica, como número, trata-o como tempo-medida, deixando escapar toda a carga ontológica, a realidade subsumida dentro de um intervalo temporal (Messuti, 2012, p. 36).

O direito penal pretende legitimar a reprovação promovida por si, aqui, entendida com retribuição, a partir de uma pretensa proporcionalidade entre delito e pena. Quanto mais grave o crime, maior a pena aplicada; assim se constrói toda a sistemática penal. Contudo, o uso de unidades temporais cronológicas objetivas – dias, meses e anos -, falseia a justiça pretendida por esta relação (Messuti, 2012, p. 41-42).

Messuti (2012, p. 42) justifica o equívoco existente nesta proporcionalidade em ser composta por apenas uma razão, em vez de duas, de três termos: o delito, sua gravidade³⁶ e a pena. Assim, afere-se um valor negativo X ao delito, a depender de sua gravidade concreta, de maneira que, enquanto a primeira razão (delito e consequência) encerra dois termos, o direito penal presume uma segunda razão, contudo, composta de apenas um termo: a pena, medida em unidades temporais (Messuti, 2012, p. 41-42). Assim, exclui-se da relação a complexa realidade que transcorre na prisão durante o tempo-medida.

Nesta linha, sustenta a autora, se se pretende construir o sistema penal ancorado na ideia de proporcionalidade, não é admissível que a segunda razão seja composta tão somente por um termo, haja vista o montante de pena é também determinado por inúmeros fatores atrelados à realidade das condições carcerárias (Messuti, 2012, p. 42). Isto porque a contagem cronológica, por si só, nada diz sobre como este período de tempo será vivido pela pessoa aprisionada, de maneira a ferir a proporcionalidade, logo, a justiça promovida pela pena imposta. Assim, “[...]”

³⁵ “Y como no es posible ‘tomar el tiempo’, lo que se está tomando es algo distinto del tempo.” (tradução nossa).

³⁶ Entendida, no caso brasileiro, por todos os potenciais fatores que podem influenciar a dosimetria, em suas três fases.

devemos considerar como o valor, expresso no número de unidades temporais atribuídas à pena, se traduz na realidade concreta, na experiência humana do tempo [...]”³⁷ (Messuti, 2012, p.42).

Em suma, assim como o delito, da forma abstrata prescrita no tipo penal, não traduz a realidade fática – um crime de roubo cometido mediante grave ameaça é menos grave que outro no qual se emprega violência -, a “gravidade” da sanção aplicada a ele, medida em tempo cronológico, somente é concretizada com o segundo termo, a qualidade da forma de cumprimento. Somente com a conjugação de todos estes termos se torna possível equalizar uma punição proporcional e justa.

2.4 A compreensão multidimensional da pena e o necessário abandono da exclusiva linearidade temporal

Como sugerido no tópico anterior, entender a sanção penal friamente como um número de dias de reclusão extirpa, quase que por completo, a possibilidade de se vislumbrar a injustiça no sistema executório brasileiro. No entanto, embora o termo “compreensão multidimensional da pena” seja novo, a essência do meu pensamento remonta ao próprio ordenamento jurídico, à doutrina mais especializada no tema e aos princípios de uma política criminal baseada em direitos fundamentais.

Os direitos dos presos são previstos expressamente na “Seção II” da Lei de Execução Penal. Em seu art. 40, garante-se de maneira mais ampla “[...] o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios” (Brasil, 1984). Já o art. 41, em seus 16 incisos, reconhece direitos de maneira mais específica (Brasil, 1984). Por permear toda a legislação penal, a punição deve, ainda, respeitar os direitos fundamentais não atingidos pela pena. Sobre este ponto, convém trazer à discussão as três categorias construídas pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir das quais se permite analisarem as possíveis intensidades das limitações de direitos fundamentais pela prisão.

A primeira classe consiste nos direitos suspensos, os quais possuem justificação constitucional e legal para alcance dos fins da sanção penal, tais como a livre locomoção e os direitos políticos (Colômbia, 2016). A segunda é a dos direitos restringidos ou limitados, derivados da relação de sujeição entre o indivíduo e o Estado, necessários para garantia da disciplina e segurança da prisão, desde que limitados com razoabilidade e proporcionalidade, tais como direito à intimidade pessoal e familiar, reunião, associação, liberdade de expressão,

³⁷ “[...] deberíamos considerar cómo el valor, expresado en el número de unidades temporales asignado a la pena, se traduce a la realidad concreta, a la experiencia humana del tiempo [...]” (tradução nossa).

desenvolvimento da personalidade, entre outros (Colômbia, 2016). Por fim, há os direitos intocáveis ou intangíveis, os quais devem permanecer intactos, porquanto ligados à dignidade da pessoa humana, não podendo ser limitados ou suspensos em nenhuma hipótese, a exemplo do direito à vida, à integridade pessoal, dignidade, igualdade, saúde, petição, devido processo entre outros (Colômbia, 2016).

Ademais, analisarem-se as condições carcerárias sob o prisma constitucional implica no contraste de algumas situações reais com “normas de direitos fundamentais” (Alexy, 2006, p. 102). Estas normas podem derivar *prima facie* do conteúdo de um princípio, ou do resultado do sopesamento de dois ou mais, em dada situação concreta (Alexy, 2006, p. 102-105)³⁸. Neste ponto, iniciam-se as primeiras dificuldades desta complexa tarefa. Especificamente, refiro-me que, no cotidiano carcerário, o funcionamento interno do estabelecimento possui como que uma vida própria, um organismo. Dentro dele, as inúmeras relações interpessoais e materiais ganham uma forma singular em cada local. Mais ainda, a depender do tipo de estabelecimento prisional – *e.g.* cadeias públicas, penitenciárias estaduais e federais -, as formas se criam diferentemente.

De maneira mais clara, as relações entre funcionários da administração, reclusos e familiares, assim como a construção espacial e a distribuição material havida em certo presídio diferem-se a depender de diversas características. Assim, a posição geográfica do estabelecimento, seu tipo, as regras estaduais de administração penitenciária às quais está submetido, entre outros fatores influenciam no desenvolvimento deste organismo.

Em razão desta da ampla discricionariedade na gestão dos estabelecimentos, observada na prática em virtude tanto de omissão legal quanto de insuficiente fiscalização das autoridades competentes, a forma de gestão de determinado presídio faz nascer inúmeras situações peculiares, criadas de maneira local, de acordo com o arranjo estabelecido destes fatores. Por exemplo, os procedimentos para visita de advogado em uma penitenciária no Paraná, podem se diferir sobremaneira daquelas havidas no estado de Pernambuco. Diante destas peculiaridades do cotidiano individual de cada estabelecimento brasileiro, é certo que surge uma série de situações as quais, contrastadas com a Lei ou com a Constituição, ferirão de alguma maneira os direitos das pessoas presas.

³⁸ Alexy (2006, p. 102-105) explica que as normas de direitos fundamentais podem se constituir de princípios, que são mandamentos de otimização, de maneira que “algo seja realizado na maior medida possível”; ou regras, que, diante de um conflito em determinado caso concreto, apenas uma prevalece. O autor explica que a norma com conteúdo de regra pode surgir do sopesamento de princípios, tendo por base determinado caso concreto (Alexy, 2009, p. 102). Neste caso, sempre que aquela mesma situação ocorrer – envolvendo os princípios sopesados -, o resultado será o mesmo, de maneira que, a partir do sopesamento, se criou uma regra (Alexy, 2009, p. 102).

Portanto, se a simples convivência de centenas de pessoas confinadas em um mesmo local já daria azo a um sem-número de situações passíveis de infringir direitos, esta dinâmica é ainda potencializada diante das discricionariedades e discrepâncias próprias da gerência de presídios pelo Brasil. Em razão disto, admitindo-se existirem tantas dimensões da pena quantas podem ser as esferas humanas feridas pelo aprisionamento, terei de limitar a apreciação daquelas de forma a permitir a operacionalização desta tese.

Apenas a fim de enriquecer o debate de como esta tarefa pode se complexificar, convém trazer o estudo de Kolber (2009), professor estadunidense que submeteu à análise as impressões subjetivas das pessoas quando do cumprimento da pena, e como a sensibilidade delas deveria ser levada em conta no momento de se impor uma reprimenda. O autor, partindo do pressuposto que o nível de sensibilidade influiria diretamente na percepção da severidade da pena, contrapôs, então, pessoas sensíveis e insensíveis, arguindo que uma mesma pena, em um mesmo estabelecimento, seria vivenciada por estes dois indivíduos de maneira diametralmente oposta: para o sensível, uma pena de quatro anos encerraria peso muito maior do que para o insensível (Kolber, 2009, p. 183-184). Esta discussão, não obstante ir muito além do que proponho no presente estudo, serve para demonstrar como o nível de sofrimento suportado pode ser relativo até mesmo em um mesmo presídio, onde, em tese, a severidade no tratamento é a mesma para todos.

A par destas subjetividades, procurarei limitar as dimensões de maneira objetiva e geral, a fim de torná-las generalizáveis a todos os estabelecimentos prisionais brasileiros. Por óbvio, ao fazer isto, não estou a negar a existência de outros possíveis fatores secundários, mais pontuais, capazes de piorar a experiência do indivíduo no cárcere, mas, sim, procuro estabelecer balizas fixas, aferíveis objetivamente. Isto porque a subjetividade, por ser algo relativo, afastaria o instrumento que pretendo criar da cientificidade dele esperada.

Portanto, estabeleço 13 dimensões gerais, como categorias, dentro das quais os direitos específicos se amoldam, sendo elas: vida; saúde (*e.g.* assistência médica e odontológica, alimentação, vestuário, etc.); assistência material (fornecimento de mantimentos mínimos para sobrevivência); trabalho (oportunidade, remuneração, previdência social, pecúlio, etc.); assistência educacional; recreação e esporte; condições estruturais (superlotação, ventilação na cela, etc.); assistência jurídica e religiosa (entrevista com advogado, livre manifestação religiosa, audiência com diretor, etc.); família (visitas comuns e íntimas, envio de cartas, etc.); integridade física (taxa de mortalidade, tortura, etc.); integridade moral (proteção ao sensacionalismo, igualdade de tratamento, chamamento nominal, etc.); assistência social; igualdade (instalações para pessoas com necessidades especiais).

Neste tópico inicial, tratei apenas de explicar a que me refiro quando trato das múltiplas dimensões da pena – mais relacionadas à classe de direitos intocáveis ou limitáveis (Colômbia, 2016) -, e o porquê de sua necessidade, por pretender promover uma reparação proporcional e justa. Dada a importância desta compreensão, abordarei, em outro capítulo, pormenorizadamente cada uma das classes, bem como os direitos que entendo serem relevantes e objetivamente aferíveis para o instrumento que pretendo criar.

3 GESTÃO DE VIDAS: O CUSTO DA POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO EM MASSA AO ESTADO

Tratei, no capítulo anterior, de maneira mais abstrata como enxergo a pena, hoje, no modelo aplicado no Brasil, em sua essência jurídica e empírica, dentro das teorias relacionadas. Assim, chego à mesma conclusão de Ademar Borges de Sousa Filho, de que “não há nenhuma razão teórica ou pragmática para recusar o reconhecimento de que esse plus de afluência deve ser compreendido como pena” (2019, p. 589).

No presente, buscarei verticalizar a análise teórica para a realidade, ampliando a lente interpretativa para adentrar nas entranhas das penitenciárias. Após estabelecer que a pena não se resume a um número de dias, mas alcança um plano muito mais complexo na prática, necessário aproximar-se do problema de estudo. Portanto, nesta seção, procurarei estabelecer o estado da arte da realidade prisional, e como isto reflete no plano jurídico, destacando o papel do Estado como grande garantidor da sustentabilidade deste sistema.

O Brasil vem adotando, na mesma linha dos Estados Unidos, uma política de acentuação do encarceramento em massa, que teve seu início, em território nacional, pelo menos desde a década de 1990 (Jesus Filho; Da Fonseca, 2017, p. 105). Este resultado tem inúmeras causas, as quais, apesar de coexistentes, acredito que não estão necessariamente orquestradas, devido à inexistência de um verdadeiro projeto de política criminal brasileiro. Por esta razão, os programas aplicados acabam caminhando, na prática, de maneira desordenada, a depender das ações convergentes – porém, não organizadas -, das diversas instâncias políticas e jurídicas que o determinam.

Em virtude disso, acredito que esta lógica punitivista – a qual, repito, não é exclusiva do Brasil -, tem sua origem em um conjunto de razões político-sociais observadas ao longo das últimas décadas. Os sinais deste modo de pensar são observados em vários aspectos. Por um lado, há uma produção contínua e inflacionada de leis penais, algumas de qualidade legislativa questionável, por basearem-se essencialmente em um discurso político que se fortalece no aumento da punitividade (Ferreira, 2016, p. 92), como em relação ao enrijecimento da progressividade da pena³⁹.

De outro, observam-se tentativas reiteradas, no Congresso Nacional, de extinção de alguns dos limitados institutos ressocializadores existentes no ordenamento pátrio, sendo o exemplo mais recente a extinção da saída temporária para visitas familiares ou atividades de

³⁹ A exemplo, houve o aumento do cumprimento máximo de pena para 40 anos e do requisito objetivo para progressão, podendo chegar a 70%, em alguns casos (Brasil, 2019a).

cunho ressocializador, promovida pela Lei nº 14.843/24 (Brasil, 2024a). No Judiciário, há recalcitrância em obedecer-se à regra da liberdade durante o processo penal brasileiro, que determina prisão cautelar apenas após seletiva filtragem de quem efetivamente necessita permanecer encarcerado sem condenação (Lages; Ribeiro, 2019, p. 9). Portanto, estes enlaces dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, que compõem a construção das diretrizes de política criminal brasileira, apontam para o norte do punitivismo.

Dentro deste cenário, parece-me ainda mais evidente que a implementação deste projeto não seja algo orquestrado entre as instituições que regem o panorama geral da criação e aplicação da pena, quando se observa a natural fragmentação do Estado. O Congresso reage aos clamores sociais – basta um caso criminal de grande repercussão (Ferreira, 2016, p. 73-74) para se recrudescer a pena de determinado delito, ou para se criar um novo. Por sua vez, os magistrados prendem desenfreadamente sob o argumento de aplicação da lei, enquanto parecem ignorar os desdobramentos fáticos da superlotação dos presídios – consequência cuja responsabilidade resta delegada ao Poder Executivo e para o juízo da execução. A partir desta visão fragmentada, de aplicação da parcela de poder que compete a cada órgão despida de uma perspectiva holística – ignorando-se a alimentação sistêmica que cada parte desempenha -, o resultado se verifica no abarrotamento das penitenciárias.

Embora o funcionamento de cada uma destas engrenagens do aparelho estatal seja previsto pela Constituição e se desenvolva em aparente consonância à lei, na outra ponta, no lado mais obscuro das prisões, ao se abandonar a visão fragmentada, o efeito é um grande “estado de coisas inconstitucional”⁴⁰, cuja solução ainda consiste em uma incógnita ao Poder Público. Contudo, é certo que aos custodiados não cumpre suportarem as antinomias estatais, de sorte que o ônus da adoção deste modelo punitivista deve recair sobre quem lhe deu causa: o próprio Estado⁴¹.

Ainda que haja variações ano a ano nos níveis de superlotação dos presídios – mediante sucessivos aumentos e diminuições⁴² -, é certo que as celas continuam abrigando um número

⁴⁰ Referenciando o termo aplicado pela Suprema Corte brasileira no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (Brasil, 2023b).

⁴¹ Traçando um paralelo com este pensamento, Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 580), ao discorrer sobre a reincidência, divide-a em “real” e “ficta”. Para o autor, aquela ocorreria quando o sujeito tivesse efetivamente sido condenado e passado pelo sistema formal de controle estatal, pelo cumprimento de pena, caso em que a reincidência deveria ser considerada como circunstância atenuante, por denotar verdadeira falha estatal no trato com este indivíduo, bem como ser resultado de um processo de “deformação e embrutecimento” do sujeito (Santos, 2008, p. 580). A reincidência ficta ocorreria quando o novo crime se desse após simples formalidade do trânsito em julgado, ocasião em que deveria ser um “indiferente penal” (Santos, 2008, p. 580).

⁴² No decorrer desta da escrita desta pesquisa (2022-2024), por exemplo, de 2021 para 2022 houve uma queda na população prisional de 4,54%; deste ano para 2023, notou-se um aumento de 0,14%, alcançando-se 649.595 (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024b, p. 5).

maior de pessoas do que deveriam. No primeiro semestre de 2023, por exemplo, havia um déficit de vagas de 166 717, que representa ao menos uma taxa média de 34,5% sobre o total registradas no território nacional (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024a, p. 11). Já até junho de 2024, houve déficit de cerca de 35,67% das vagas, com déficit de 174 436 (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024c, p. 15-17),

É curioso notar que a palavra “custo”, apesar de, literalmente, remeter a fatores econômicos, no âmbito estudado, diz respeito também a um outro plano muito mais delicado que o financeiro. Manter uma pessoa presa é caro, isto é fato. Em média, o valor mensal por preso, considerando todo o território nacional, é de R\$1.803,00, enquanto, para um sujeito preso no Regime Disciplinar Diferenciado, o valor individual mensal pode alcançar R\$30.217,00 (Conselho Nacional de Justiça, 2021a, p. 20-23), montantes que representam muito mais que o salário-mínimo⁴³.

A fim de ilustrar esta dinâmica, convido a uma breve reflexão, partindo do ponto de vista estatal, sobre o sistema carcerário – prisma a partir do qual prevalece a visão econômica. Para o Estado – de modo global, indiferentemente ao ente federativo -, as penitenciárias nada mais são que parte dos gastos com a segurança pública. Mas, diferente de constituir uma despesa “útil”, possivelmente invocada positivamente em um discurso político – como a folha de pagamento dos policiais, que atuam de forma direta na segurança da população -, parece-me mais como um gasto de manutenção, como que o substrato da ação da parte “útil”. É como se fosse um “resto” que, infelizmente, exige dispêndio financeiro.

No entanto, por se tratar de uma parte menos importante, uma camada da sociedade esquecida e pouco popular - mais ainda por ser não votar -, há uma facilidade maior na substituição do capital humano por cifras financeiras. Nenhuma outra área do desenvolvimento social tem tão bem recebido a renegação estatal, refletida em contenção de gastos; basta se pensar no emprego de dinheiro em saúde, educação, meio ambiente, ou qualquer outro que é representado como investimento orientado ao futuro, ao avanço. O sistema penitenciário parece-me representado mais como um retrocesso, comportando, por isso, o máximo de enxugamento de gastos possível.

A síntese do meu ponto de vista é que prisão significa tão somente dispêndio econômico ao Estado. Mas mais grave do que a redução de pessoas a números enxutos é o fato de as pessoas terem de se adaptar aos números, e, não, o contrário. Explico: o aumento da população

⁴³ No ano de 2024, o valor equivalia a R\$1403,00.

carcerária não representa uma ampliação proporcional de gastos ao Estado, justamente em virtude de as pessoas terem de se adaptar à dotação orçamentária destinada.

Para exemplificar meu pensamento, volto ao cálculo dos “custos prisionais”. O Conselho Nacional de Justiça promoveu um honroso esforço recente intencionado à reunião de dados – muitas vezes obscuros e de obtenção difícil (Rudnicki; Costa; Bitencourt, 2021, p. 116-118) -, sobre as instituições prisionais brasileiras. Isto porque, até 2012, havia diversas metodologias em cada unidade da federação para se produzirem tais dados, existindo muitas discrepâncias e dificuldades na análise e comparação das informações no território nacional (Conselho Nacional de Justiça, 2021a, p. 13).

Em virtude disso, o Ministério da Justiça, por meio do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), editou a Resolução nº 6/2012, a qual padronizou os métodos para obtenção dos custos prisionais. O art. 5º do ato normativo dispõe que “o custo mensal do preso será resultante do total de despesas apresentado no mês de referência dividido pela população carcerária do mesmo mês” (Ministério da Justiça, 2012, p. 1). Em respeito à normativa, no relatório do Conselho Nacional de Justiça (2021a, p. 13) calculou-se o custo dividindo-se “[...] as despesas com pessoal e administrativas do mês de referência pelo número de encarcerados no mês.”

O modo de se calcularem os custos evidencia minha premissa – de que os gastos estatais não aumentam proporcionalmente ao número de presos -, todavia, de maneira velada. Do custo médio mensal por preso que mencionei, de R\$1.803,00, apenas R\$704,00 correspondem a gastos com necessidades básicas dos presos (Conselho Nacional de Justiça, 2021a, p. 20), aproximadamente 39%.

Isto corresponde dizer que o número de presos, de maneira direta, interfere em apenas pequena parte das despesas estatais com esta área – menos da metade. O restante é destinado a custos que não variam necessariamente em função do número de presos – tal como a folha de pagamento dos funcionários. Assim, cada preso a mais no sistema carcerário não corresponde ao aumento de R\$1.803,00 ao mês para o Estado, mas, sim, apenas ao mínimo do mínimo (com o perdão da redundância) que este sujeito precisará para não morrer: o suficiente para bancar uma alimentação de qualidade questionável, água, roupas e, com sorte, a depender do estado da federação, itens de higiene pessoal e colchão.

Sobre este ponto, convém antecipar uma argumentação contrária, de quem pudesse indagar que o número de funcionários varia de acordo com o número de presos, o que não procede totalmente. É claro ambos guardam ligeira relação um com os outros, mas a admissão de pessoal depende de uma série de fatores – tais como a abertura de concurso, para as vagas

respectivas -, influenciados, por sua vez, por outros movimentos políticos que não respondem exatamente ao aumento imediato no número de presos⁴⁴. Por isso, afirmo que a maioria dos gastos fixos são relativamente independentes da variação do número de presos, fazendo com que os cofres estatais sejam atingidos de maneira muito mais atenuada pelo excesso de reclusos.

Quando se tenta avaliar a dinâmica pela ótica da dotação orçamentária, tem-se que os dados, além de difícil aquisição para serem alvo de pesquisas científicas, como notado por Rudnick, Costa e Bitencourt (2021, p. 116-118), são dúbios e contraditórios. Se, de um lado, observa-se um sistema caótico, com déficit de vagas alarmante, de outro, há uma falta de planejamento imensa por parte dos estados-membro no gerenciamento da verba destinada à melhoria das condições carcerárias, muitas vezes tendo de devolvê-la aos cofres da União, por deixar de empregá-la da maneira exigida (Rudnick; Costa; Bitencourt, 2021, p. 112).

Estas reflexões me fazem concluir que, mesmo havendo um elevado custo econômico estatal, as constantes variações na população carcerária pouco incomodam ou atrapalham a gestão estatal, a grosso modo. Na disputa entre o Estado e o particular, recluso, muito mais custoso é para este. Ele paga o preço da política de encarceramento em massa com sua saúde ou – na pior das hipóteses -, com a sua própria vida.

Partindo desta premissa, meu intuito, neste capítulo, é demonstrar que o ônus deste modelo adotado pelo Brasil recai de maneira mais incisiva sobre o próprio encarcerado. O Estado construiu este “estado de coisas inconstitucional”, mas quem paga o preço pela sua opção não é quem deu causa. É uma dinâmica curiosa, pois, se o próprio Estado obtivesse grande prejuízo com isso, certamente haveria interesse e agilidade maior na mudança da situação atual.

Para tanto, em um primeiro momento, identificarei a gestão da prisão como uma verdadeira gestão de vidas, evidenciando alguns dados sobre a letalidade e as condições de saúde proporcionadas nas prisões, entre outras características que moldam o sistema brasileiro. Ainda, o Estado direciona este prejuízo de maneira mais incisiva a uma classe específica da sociedade: a população pobre e negra.

A partir disso, procurarei demonstrar, em seguida, como a responsabilização deve recair sobre o próprio Estado. A tarefa de gerenciar estas instituições – tão relevantes no plano social -, exige deste saber exatamente o que acontece até mesmo nas celas mais escuras da penitenciária mais distante. Por isso, destacarei a grande importância que se deve atribuir ao

⁴⁴ O Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (caso tratado com mais profundidade no tópico 4.2.3), quando denunciado à Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018a, p. 9), contava com um efetivo de nove funcionários para gerirem mais de 3 mil presos, o que ilustra a situação desenhada.

dever estatal não só de fornecer, mas, principalmente, de produzir a informação sobre os espaços em debate.

3.1 Vida nas prisões: do definhamento à morte nas masmorras modernas

A transferência de eventuais custos de uma ação a outrem deixa o causador do dano em uma posição confortável. O contato com o sistema carcerário deixa marcas. A saúde do preso é deteriorada devido às condições sanitárias, de higiene, alimentação, entre outras às quais é submetido, além de consequências sociais e psicológicas herdadas do período de encarceramento.

“Morre-se muito, sabe-se pouco, registra-se quase nada. Praticamente não se responsabiliza, tampouco se repara” (Conselho Nacional de Justiça, 2023b, p. 9). Com esta frase, pesquisadores nacionais introduziram, talvez, a investigação mais extensa e completa que se tem notícia, no Brasil, acerca da letalidade prisional. A partir de agora, procurarei condensar especificidades brasileiras que tornam nosso caso, ousar dizer, muito mais grave do que os estrangeiros. Aqui, ao ambiente social – que também possui grande exposição a fatores criminógenos, tal como a propensão à afiliação a uma organização criminosa durante o período de aprisionamento (Silva, 2023, p. 249-251) -, somam-se, ainda, fatores derivados dos altos graus de superlotação, que influenciam na piora da saúde e propensão à morte do recluso.

Ressalto que a letalidade prisional não está relacionada tão somente com o que acontece intramuros, mas tudo que deriva da experiência com o cárcere, até mesmo após a pessoa ser liberta. O termo, também entendido neste sentido amplo na pesquisa a seguir escrutinada, “[...] refere-se ao conjunto de eventos e riscos para a saúde associados à exposição à vida prisional e aos elementos que afetam e condicionam esses eventos e riscos, como as práticas institucionais de agentes e de organizações do sistema de justiça criminal.” (Conselho Nacional de Justiça, 2023b, p. 9). Como consequência da adoção desta amplitude, a classificação “pessoas sob custódia estatal” (PCE) foi aplicada a qualquer indivíduo que estivesse, de alguma maneira, ligado ao sistema de justiça, ainda que distante de um estabelecimento prisional, como em regime aberto, restritiva de direitos ou até execução de multa, por exemplo (Conselho Nacional de Justiça, 2023b, p. 10).

Portanto, para a minha pesquisa, ocupei-me em extrair do relatório como essas “pessoas sob custódia estatal” morrem ou têm sua saúde piorada, quando a causa é, de alguma maneira, derivada do contato com o cárcere. Procuro esta relação devido à importância do conhecimento

dos motivos mais frequentes, o que possibilita, também, se vislumbrar eventual processo de responsabilização estatal.

Enumerar as mortes e classificar suas causas é de grande relevo para a construção do instrumento cerne desta tese, a fim de que eu possa traçar comparações e análises a partir da realidade. Apesar do fascínio pela profundidade da pesquisa sob análise, tive de recortá-la para não me afastar do objetivo central estabelecido. Assim, tratarei especificamente sobre as dinâmicas que interligam a piora na saúde, de alguma maneira, a cada um desses períodos do cumprimento de pena.

A amostragem da pesquisa se deu aleatoriamente a partir de dados oriundos dos 27 tribunais estaduais, selecionando-se 200 processos em cada um destes nos quais houve extinção da punibilidade por morte do agente, distribuídos entre 2017 e 2021 (CNJ, 2023a, p. 126). O relatório partiu de uma divisão analítica para estudo dos dados, classificando-os em “mortes internas” e as “externas”⁴⁵. Para efeito daquelas, consideraram-se “[...] espaços físicos que, de alguma forma, representavam uma extensão do estabelecimento prisional em determinada configuração jurídica e espacial [...]” (CNJ, 2023a, p. 149), tal como unidades de saúde para as quais os reclusos eram levados, ou mesmo os veículos de transporte, não se restringindo, portanto, ao estabelecimento propriamente dito. As mortes “externas” (90,03% da amostra), logo, foram assim consideradas quando o indivíduo ainda se encontrava sob a vigilância do sistema de justiça, porém, não vinculado a um estabelecimento prisional, a exemplo de pessoa que goza de livramento condicional, regime aberto ou trabalho externo durante o semiaberto (CNJ, 2023a, p. 149).

O primeiro ponto é tanto a dificuldade em o próprio Conselho Nacional de Justiça (2023a, p. 155) obter os dados para a pesquisa quanto a forma como o Estado classifica as mortes sob sua tutela. O relatório deixa muito claro como essas lacunas informativas funcionam como engrenagens internas para mascarar e dificultar a responsabilização estatal, ponto ao qual retornarei no tópico seguinte.

Há casos em que se atribui naturalidade à causa da morte quando, nitidamente, decorreu de tortura ou de deficiência nas condições materiais proporcionadas à pessoa presa (CNJ, 2023a, p. 22). Neste sentido, o relatório aponta mortes tidas por incêndio e choque, por

⁴⁵ Os próprios pesquisadores reconhecem esta como uma divisão mais analítica do que existente na realidade, tendo em vista a construção cada vez mais robusta, na literatura, de uma verdadeira simbiose entre a vida intra e extramuros. Isto porque há alguns padrões que se repetem, denotando como relações sociais vivenciadas durante o período de prisão moldam as e ambiente externo ao qual o ex-recluso retorna, quando de sua liberdade, influenciando em sua experiência de vida, tornando ainda mais difícil, na prática estabelecer esta diferenciação entre ambiente “externo” e “interno” (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 152).

exemplo, como “causas naturais”, ainda que se relacionem especificamente às deficiências estruturais dos presídios (CNJ, 2023a, p. 34).

Por esta razão, é necessário se analisar com cautela se as causas são efetivamente naturais ou provocadas. O motivo deste cuidado se deve, por exemplo, à não naturalidade da causa de morte de uma pessoa reclusa em uma penitenciária em virtude de doença tratável, quando esta já era anunciada; ou de óbito causado por exposição indevida de fios elétricos, geradora de incêndios ou choques. Pelo contrário, foi este tipo de causa tem origem na negligência de cuidado na custódia.

Em sentido semelhante, Babini (2023, p. 44) explicita como os dados penitenciários são mascarados e omitidos, muitas vezes devido ao recolhimento quantitativo de informações, por meio de questionários padronizados, com reducionismo das categorias, especialmente em se tratando das mortes no sistema penitenciário. Ainda, o registro como mortes “naturais” quando causadas por doenças – algumas já erradicadas da população geral há muito tempo -, prejudica a construção de políticas públicas voltadas à população presa (Babini, 2023, p. 45). É por isso que a autora propõe, como marco epistemológico para pesquisas voltadas a esta área, considerar-se que “toda morte sob custódia prisional é resultado de uma violência coletiva⁴⁶ e, portanto, responsabilidade de Estado” (Babini, 2023, p. 48).

Esta correta classificação da causa da morte influencia até mesmo no diálogo estabelecido entre o Estado brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no bojo das denúncias em relação a alguns presídios perante a instância supranacional. Quando da imposição de medidas provisórias pela CIDH, como ocorrido em relação à Unidade Socioeducativa do Espírito Santo ou ao Complexo Penitenciário de Pedrinhas (MA), por exemplo, o órgão internacional envia questionários para acompanhamento da situação durante o período de vigência das medidas. Uma das perguntas indagadas é qual o “número de mortes intencionais [...]” no estabelecimento prisional em determinado período (Conselho Nacional de Justiça, 2021b, p. 24). Assim, na linha do que se explanou no relatório do CNJ (2023a, p. 22), estas respostas podem, em última instância, ser enviesadas pela forma de se avaliar uma morte como “intencional” ou não. Consequentemente, acabam influenciando até mesmo na conclusão da Corte sobre os resultados esperados das medidas impostas.

Regressando-se ao relatório, as causas foram divididas em:

⁴⁶ O termo se refere a uma classificação da Organização Mundial da Saúde (2002, p. 213), que reconhece a violência coletiva como, entre outras formas, aquela perpetrada pelo Estado, a fim de alcançar certa agenda social, por meio de repressão, tortura, desaparecimentos, entre outros abusos relacionados a direitos humanos.

- (1) mortes naturais, isto é, cuja causa foi documentada como sem interferência externa, ou seja, secundária ao mal funcionamento ou falência de órgãos, ainda que mortes patológicas;
- (2) mortes por causa externa ou morte violenta, ou seja, que foram documentadas como por ação ou força externa (p. ex.: esgorjamento, facada, tiro), e são hipóteses de homicídio, suicídio ou acidente;
- (3) indefinidas, quando não é possível, pelas informações apresentadas ou sua forma, reconhecer a causa da morte. Essa indefinição pode estar associada à grafia ou ao motivo apontado que não apresenta relação imediata com o evento morte (p. ex.: sobrepeso, obesidade mórbida), ainda que contribua para o morrer;
- (4) externa ou natural, quando não é possível identificar se foi evento causado por ação externa ou essencialmente por desordem natural da pessoa, mal funcionamento ou falência; e
- (5) não identificada, quando a causa da morte não foi identificada e está apontada como não identificada. (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 213)

Das mortes internas, as causas mais encontradas foram insuficiência respiratória e cardíaca, septicemias, pneumonias e tuberculose, as quais, se somadas, representam 62,6% das causas naturais (CNJ, 2023a, p. 44). Em contrapartida, mortes por asfixias mecânica, indireta e não especificadas representaram uma proporção de 15%; as por arma de fogo ou agressão por instrumento cortante, 25% da amostra. Enquanto as insuficiências cardíaca e respiratória, septicemias e pneumonias encontram-se semelhantes às observadas na população geral, as mortes por asfixia nesta representam tão somente 0,11% no Brasil (CNJ, 2023a, p. 214). Ao menos 54% foram classificadas como causa externa, ou seja, provocadas por um agente exógeno, atribuível a alguma característica da atmosfera prisional – seja violência ou outra causa (CNJ, 2023a, p. 216).

Quando se analisam as mortes extramuros – advindas a pessoas não vinculadas a um estabelecimento prisional -, os padrões mantêm-se parecidos. As mortes por agentes exclusivamente externos representam mais de 66%, chamando a atenção o grande número de mortes violentas, tais como por arma de fogo, ação de objetos cortantes, asfixias, decapitações, entre outras ações que denotam violência, representando 28% da amostra (CNJ, 2023a, p. 217).

Estes dados abrem o debate de como o contato com o sistema carcerário amplia a exposição a fatores de risco de morte não presentes na mesma proporção na sociedade livre. As causas diretas de morte violenta, por vezes, escondem as razões anteriores, mais profundas, que as permeiam, tais como as chacinas e massacres que geraram o óbito.

De antemão, os pesquisadores alertam sobre a dificuldade de se identificar, em meio aos dados, evidências deste tipo de morte, mais ainda pela responsabilização envolvida na assunção destes eventos pelo Estado. Muitas vezes, os registros classificam “rebelião”, na tentativa de isentar a Administração de sua responsabilidade, quando, em verdade, independentemente da

terminologia empregada, trata-se de situação clara de negligência, em que o Estado tinha o dever de zelar pelas vidas dos custodiados (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 234).

Intramuros, do total da amostra (115), 4,35% (5) mortes foram classificadas como oriundas de “massacres, rebeliões ou chacinas”, enquanto, em 19,13% (22) dos casos, não foi possível afirmar com certeza (CNJ, 2023a, p. 235). Já em relação às mortes externas, o Conselho Nacional de Justiça (2023a, p. 234) considerou “chacina” quando, em um mesmo episódio de prisão em flagrante ou cumprimento de mandado, três ou mais pessoas foram executadas em episódio de letalidade policial. Do total da amostra (1.049), 0,2% (dois casos) foram assim classificados, enquanto em 15,56% (163) não foi possível se afirmar com certeza (CNJ, 2023a, p. 235).

Dada a grande diversidade espacial existente de norte a sul, enquanto se pode observar a construção de laços de solidariedade entre os reclusos, em alguns estabelecimentos prisionais onde há hegemonia de uma facção, no intuito de se ajudarem ante a situação calamitosa compartilhada por todos (Silva, 2023, p. 239-242), existem outras realidades muito diversas. É fato que o espaço penitenciário é fértil para a disputa pelo poder informal, devido aos vácuos de controle formal deixados pelo Estado⁴⁷.

A literatura é repleta de estudos voltados às constantes disputas existente no ambiente carcerário⁴⁸, e, quando ocorrem, muitas vezes o recluso é compelido a adotar uma posição em meio ao combate que se instala (Amarante; Melo, 2020, p. 71). Por óbvio, estas dinâmicas - das quais o recluso não pode se abster, por serem próprias de certas penitenciárias -, afetam diretamente a segurança, os níveis de tensão e a exposição à violência durante o cumprimento de pena.

Ressalto, ainda, que, em se tratando do Primeiro Comando da Capital – facção de domínio em diversos estados brasileiros -, ao mesmo tempo que procuram estabelecer uma disciplina interna nas penitenciárias (Silva, 2023, p. 235-239), por outro lado, a organização possui um dicionário disciplinar com regras duríssimas que envolvem a cobrança⁴⁹, podendo chegar à morte do infrator (Primeiro Comando da Capital, 2023). Portanto, ainda dentro de um

⁴⁷ Freitas (2020, p. 107) sustenta haver um “consórcio público privado” nesses pontos de aparente inércia estatal. Longe de se tratar de uma “omissão”, a abstenção é voluntária, como um novo modo de agir pelo Estado paralelo à lei, em determinadas áreas marginais da sociedade, tais como nas favelas e nas penitenciárias. É como se a administração, por meio de diversos acordos cotidianos tácitos com as facções, delegasse parte do dever de gerir as penitenciárias ao coletivo informal.

⁴⁸ Sobre o tema das disputas, ver Siqueira e Paiva (2019); Manso e Dias (2018). Em solo estadunidense, ver Lerman (2013).

⁴⁹ O dicionário disciplinar do PCC prevê, em diversas passagens, as “cobranças” – resposta particular a determinada ocorrência -, as quais, “[...] podem consistir na outorga de uma resposta agressiva ao infrator sem que este possa se defender (excetuando-se a agressão nas partes íntimas e na face), nem sempre correspondem a isto, variando casuisticamente.” (Silva, 2023, p. 238)

ambiente mais pacificado, parece-me que o recluso também está exposto a um risco de violência contínuo.

O relatório chama atenção também para o aumento das taxas de suicídio entre as pessoas presas, que aumentaram, de 2016 para 2019, de 15,7 para 25,2 casos a cada 100 mil presos (CNJ, 2023a, p. 24). Apesar de os estudos brasileiros serem muito incipientes nas dinâmicas sociais e psicológicas envolvidas no suicídio, há uma literatura robusta estrangeira sobre o tema.

Em território nacional, convém ressaltar como o Estado brasileiro reluta em reconhecer sua responsabilidade sobre tais eventos, nada obstante o Supremo Tribunal Federal tenha, recentemente, fixado a responsabilização objetiva nestes casos⁵⁰ (Brasil, 2016a, p. 2). Neste sentido, Chies (2023, p. 140) demonstra, em pesquisa empírica que analisou acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre indenização a presos que se suicidaram, como o Estado, na maioria dos casos⁵¹, indefere o pleito indenizatório, negando a responsabilidade estatal⁵². A pesquisa também evidenciou indícios de que, na maioria dos casos⁵³ (dois terços), o suicídio estava associado a prisões recentes (cautelares), no mesmo sentido de outros estudos relacionados (Chies, 2023, p. 142).

Enquanto presos, o abuso de substâncias prévio à prisão, a entrada no estabelecimento, a espera pelo resultado processual, a superlotação e o isolamento disciplinar se mostram como fatores de risco para o suicídio (Moreira, 2009, p. 98-102). Especialmente em relação à superlotação, Moreira (2009, p. 101) destaca como maiores fatores estressantes positivamente relacionados ao risco suicida a falta de privacidade e o barulho excessivo feito pelos demais detentos.

Um estudo inglês apontou que homens eram oito vezes e mulheres 36 vezes mais propensos a cometerem suicídios no primeiro ano de liberdade do que as pessoas da sociedade livre (Pratt *et al.*, 2006, p. 121). Os pesquisadores atribuíram os resultados às dificuldades de reintegração, devido à exclusão na tentativa de retorno à sociedade e a doenças mentais associadas ao aprisionamento (Pratt *et al.*, 2006, p. 122).

⁵⁰ Trata-se do Recurso Extraordinário 841.526/RS que fixou a seguinte tese: “em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento” (Brasil, 2016a, p. 2)

⁵¹ A amostra era de 16 acórdãos, sendo que em 14 deles foi negada a indenização (Chies, 2023, p. 140).

⁵² Um dos fundamentos mais empregados para indeferir o pedido foi que “decorreu de ato voluntário do próprio preso”, em doze dos casos (Chies, 2023, p. 141), sendo evidente que isto é uma característica inerente ao ato de suicidar. Por este entendimento, nenhum ato suicida seria então de responsabilidade do Estado, negando-se a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, com tema de repercussão geral (Brasil, 2016a, p. 2).

⁵³ É importante notar que a amostra é pequena, sendo o estudo de cunho exploratório, típico de temas pouco explorados na literatura, como o é no caso brasileiro.

O relatório também trata de casos de desaparecimento forçado nas prisões, quando o Estado anuncia determinadas pessoas como “desaparecidas”, usualmente atribuindo uma fuga, sem, contudo, fazer qualquer prova de vida da pessoa. Esta prática costuma ser acompanhada por uma negativa em fornecer documentos e registros sobre o fato (CNJ, 2023a, p. 39). A fim de ilustrar a dinâmica, citou-se o caso de sete pessoas ditas “desaparecidas” da Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Roraima, em 2017, ocorrida após uma rebelião. As famílias dos reclusos, apresentando versão diversa daquela apresentada pelo Estado, informaram que seus entes queridos foram retirados à força do estabelecimento prisional e, por isso, estavam desaparecidos (CNJ, 2023a, p. 39).

Diante da disputa de narrativa, houve instauração de inquérito, de Comissão Parlamentar de Inquérito e a confecção de relatório pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Neste, constatou-se, de fato, que havia fortes indícios de que dois indivíduos presos, no dia 21 de abril de 2017, por suposta morte de um agente penitenciário foram torturados na sala de triagem, sendo que, no dia 23, outros cinco indivíduos juntaram-se àqueles e, no dia 24, todos foram levados por policiais, desaparecendo (Brasil, 2018a, p. 119).

É curioso notar como este tipo de prática não é novo no Brasil, remontando à época da ditadura. Em sentido semelhante, o Estado foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de novembro de 2010, no caso “caso Gomes Lund e outros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil”. Segundo a denúncia, apurou-se a responsabilidade do Estado brasileiro sobre a “detenção arbitrária, tortura e desaparecimento” de 70 pessoas, membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses, executada pelo exército, entre 1972 e 1975, com o fim de erradicar a Guerrilha do Araguaia (CIDH, 2010, p. 3-4).

A Corte tem por definição de desaparecimento forçado⁵⁴ “a detenção ilegal por agentes, dependência governamental, ou grupo organizado de particulares atuando em nome do Estado, ou contando com seu apoio, autorização ou consentimento” (CIDH, 2010, p. 39). Portanto, agentes de polícia enquadram-se no conceito descrito, como pessoas atuando em nome do Estado, quando perpetram detenções ilegais e tortura de sujeitos presos, omitindo posteriores informações sobre o paradeiro destes.

A par da condenação do Brasil, naquele caso, perante a ordem internacional, pela violação de direitos de 62 pessoas (CIDH, 2010, p. 114), tem-se que tais práticas, fatos apurados pela Corte datados de mais de 50 anos, parecem persistir até a atualidade, nada obstante a

⁵⁴ Elencam-se os seguintes elementos simultâneos e constitutivos do conceito: “a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) a negativa de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada [...]” (CIDH, 2010, p. 39).

inauguração de um Estado Democrático de Direito em 1988. O caso específico citado no relatório do Conselho Nacional de Justiça (2023a, p. 39) é distinto por ter recebido tamanha repercussão, no entanto, apenas um dentre os inúmeros que ocorrem periodicamente.

Em minha prática forense, não raros são os relatos de reclusos que passam por situações de tortura durante a prisão; permanecem horas dentro de uma viatura, rodando por cantos ermos da cidade; ou notícia de pessoas que foram presas e nunca mais encontradas. Muitas vezes, o policial esquece seu dever de agente público, estrito cumpridor da lei, e adota uma personalidade de justiceiro, para a qual deve agir às margens do ordenamento na promoção de uma justiça por ele imaginada.

No relatório, algumas causas de morte ditas “naturais” também chamam atenção, especialmente casos de caquexia, derivada da má nutrição, gerando perda de peso e massa muscular, que podem ter ligação direta com a alimentação fornecida nos presídios. Apesar de apenas 0,29% da amostra ter apresentado esta causa de morte (três indivíduos), tem-se que a doença é extremamente rara na população geral, representando apenas 0,02% das mortes neste universo (CNJ, 2023a, p. 217). É mais curioso ainda notar que a caquexia foi observada nas mortes “externas” da amostra, o que corrobora o argumento de haver resquício negativos na saúde do sujeito, atribuídos à vida na prisão, que perduram para além desta.

Sobre o tema, interessante evidenciar como a variação e o enriquecimento da dieta das pessoas presas depende em grande medida das entregas periódicas de mantimentos realizadas familiares⁵⁵, popularmente chamadas de “jumbadas”. Os relatos de insuficiência alimentar do que é fornecido pelo Estado é uma constante (Almeida *et al.*, 2023, p. 242). Um exemplo recente prático disso foi o surto de Béríbéri ocorrido em Altos/PI, entre março e junho de 2020, quando 199 pessoas foram atendidas, 56 internadas e seis morreram devido à alimentação pobre em nutrientes. Este resultado foi observado concomitantemente à cessação de entrega de sacolas durante aqueles meses devido à pandemia, somente retornando à normalidade em 20 de agosto de 2020 (Secretaria de Estado da Justiça do Piauí, 2020).

As marcas do cárcere permanecem na saúde do ex-recluso para além da prisão. A experiência com a prisão vulnerabiliza o sujeito a uma vasta lista de doenças, muitas delas que o acompanharão para além da soltura. No estado do Rio de Janeiro, o nível de tuberculose nas penitenciárias já foi aferido como 30 vezes maior do que na população geral (Sánchez; Larouze,

⁵⁵ Godoi (2015, p. 172-179) enxerga esta dinâmica de dependência extramuros - no ponto tocante à tese, da alimentação minimamente digna do preso -, a partir da inserção das prisões em uma lógica neoliberal, em que o Estado garante um mínimo - ainda que à margem das exigências dignas da lei -, forçando a mobilização externa, como a de familiares, para a manutenção da vida mínima das pessoas presas.

2016, p. 2072). Há, ainda, evidência de alta exposição a doenças osteomusculares - tais como dores no pescoço, coluna e costas, bursite, artrite, entre outras -, ligadas possivelmente à qualidade ou ausência de colchões, doenças do aparelho respiratório – além da tuberculose, sinusite, bronquite, rinite, entre outras -, e doenças de pele (Minayo; Ribeiro, 2016, p. 2035-2037).

Todas as evidências, aqui, levantadas sustentam o que os pesquisadores chamaram de “política de definhamento” engendrada nas prisões brasileiras (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 53). Se as vidas que passam por estas não são findadas por mortes violentas – responsáveis por grande parcela dos óbitos observados na pesquisa -, por outro lado, são marcadas progressivamente por um definhamento, próprio das condições precárias de vivência proporcionadas nestes estabelecimentos. Das pessoas que morreram após o contato com o cárcere, o tempo médio de vida foi 548 dias (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 150). No relatório, esta dinâmica foi ilustrada no caso de “Pedro”:

Erroneamente diagnosticado com rubéola; transferência de estabelecimento penal enquanto tratava a tuberculose; recidiva da doença; falta de tratamento por profissionais adequados; ausência de cuidados diários; lacunas na ingestão de medicamentos; envio à unidade de saúde extramuros tardiamente: tudo isso, tendo o sistema prisional como contexto, portanto, a superlotação em espaços sem ventilação e com pouca luminosidade, fatores decisivos para o desenvolvimento e a disseminação da própria tuberculose. (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 63).

A falta de assistência material, condições estruturais comprometidas, superlotação, exposição a uma gama imensa de riscos a doenças, somado a uma recalcitrância estatal de tratar propriamente estas situações, exasperam os prejuízos à saúde da pessoa presa. Este ciclo degenerativo não é exceção. E, voltando à pergunta que iniciei esta seção: quem paga o preço desta política adotada pelo Estado? Certamente não é quem lhe deu causa, mas um terceiro: o indivíduo ali inserido.

A responsabilização estatal é demasiadamente difícil, o que restou claro nos estudos citados, muito em virtude da burocratização estatal – o Estado se escora em lacunas e deficiências próprias, criando uma situação que quase impossibilita o particular ou seus familiares serem minimamente indenizados pelos danos sofridos. Esta dinâmica, apesar de muito conhecida e corriqueira, é ilegal, antijurídica. Entendo imperativo se encontrar uma alternativa viável para, ao menos, atenuarem-se as vastas consequências negativas na vida de quem passa por este tipo de experiência.

3.2 “Cada cassetete é um chicote para um tronco”⁵⁶: as diversas formas da violência estatal contra o corpo negro no âmbito prisional

Toda a situação desenhada no subtópico anterior ainda possui uma peculiaridade. Ela é ajustada de maneira mais específica a uma parcela da população: o povo negro. A primeira evidência que salta aos olhos ao se explorar as informações sobre o sistema penitenciário é que, apesar de os pretos e pardos constituírem 55,5% da população brasileira (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2022), eles representam mais de 66% das pessoas presas⁵⁷ (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024b, p. 86). Uma resposta imediata poderia justificar no fato de a população negra cometer mais delitos do que as demais, porém, a razão é outra.

É impossível falar de sistema carcerário e não falar de racismo. Ambos caminham juntos há séculos, como forma de exercício do controle sobre determinadas classes sociais⁵⁸. Não pretendo, aqui, esgotar o tema – suficiente até mesmo para subsidiar uma tese própria sobre ele –, mas, tão somente, evidenciar este traço próprio da repressão estatal que, em última instância, como demonstrarei, atua fortemente para impedir ou dificultar a mudança estrutural deste *status quo* prisional de atrocidades chanceladas pelo Estado.

Para tanto, preciso, antes, voltar-me um pouco à história do Brasil, haja vista o racismo não nasceu nas prisões, mas é herança de um passado escravocrata, cuja marca essencial é a superioridade do povo branco sobre o negro, relegando a este a ocupação de espaços periféricos na sociedade. Sobre isto, Lélia Gonzalez (1988, p. 69-70) evidencia diversas formas como a cultura europeia se sobrepôs à africana, nada obstante esta seja muito mais presente no dia a dia do brasileiro do que aquela, tanto nos vocábulos, na cultura, nas crenças, entre outros aspectos. A autora aponta como esta visão etnocêntrica teve seu início na época pré-colonial, entre os séculos XV e XIX, quando o europeu enxergava a cultura africana como supersticiosa ou exótica, derivada dos povos selvagens e, por isso, colocava-a em posição de inferioridade, o que autorizou a naturalização da violência contra o povo negro (Gonzalez, 1988, p. 71).

⁵⁶ Trecho da música “Esquiva da Esgrima”, de Criolo (2014).

⁵⁷ De acordo com a Secretaria Nacional de Políticas Penais (2024b, p. 86), das 603.157 pessoas cuja cor de pele foi avaliada, 401.385 eram negras (303.202 pardas e 98.183 pretas). A informação é um pouco confusa e o relatório não explica por quê a população total de presos registrada é 642.491 (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024b, p. 12), porém, o total de pessoas, contando com os de cor de pele “não informada”, soma quantia bem inferior (603.157).

⁵⁸ Valois (2021, p. 82-83) evidencia como, nos Estados Unidos, a proibição do álcool, cuja primeira lei estadual surgiu em 1851, almejava, em verdade, o controle dos inferiores sociais, construindo-se junto à política proibicionista um estereótipo racista. Da mesma forma, no Brasil, entre a era Vargas e o golpe militar, demonstra o autor como a polícia brasileira foi treinada pela estadunidense, a fim de fazer frente ao fantasma da ameaça comunista, voltando-se a repressão policial contra qualquer indivíduo suspeito (Valois, 2021, p. 345-348).

A partir da segunda metade do século XIX, os colonizadores passaram a racionalizar o exercício da violência, a qual passou a assumir diversas formas, sendo esta uma das estratégias destinadas a ratificar a ideia de superioridade do europeu sobre os colonizados (Gonzalez, 1988, p. 71-72). No entanto, diferente da colonização anglo-saxônica, germânica e holandesa⁵⁹, na América Latina, desenvolveu-se um racismo disfarçado, que a autora chama de racismo por denegação⁶⁰, utilizando-se desta categoria freudiana para tanto.

É como se o branco ignorasse a presença do negro no cotidiano, característica própria do racismo “à brasileira”, a partir do qual, ao mesmo tempo que a sociedade se volta contra a população fundante da raiz nacional, a negra, por outro lado, não assume expressamente que o faz (Gonzalez, 1988, p. 69-70). Apesar de não declararem expressamente o racismo, os colonizadores propagam a ideologia do branqueamento, a partir da qual se promove a cultura europeia em detrimento da africana e indígena, a fim de “purificar” os colonizados, compelindo-os a abandonarem a própria cultura e assimilarem a estrangeira (Gonzalez, 1988, p. 73).

Esta dinâmica de pretensa equiparação entre brancos (colonizadores) e negros (colonizados) é muito bem representada na afirmação de que todos são iguais perante a lei, a qual, muito embora pretenda estabelecer formalmente uma relação de igualdade, não retrata a real situação discriminatória existente (Gonzalez, 1988, p. 73). O racismo por denegação encerra esta característica de, ao mesmo tempo, consagrar e perpetuar institutos jurídicos de igualdade racial, porém, permitir práticas institucionais de genocídio contra a população negra (Flauzina; Pires, 2020, p. 1213). Dentro deste contexto, as autoras analisam a dinâmica a partir dos conceitos da “zona do ser” e “zona do não ser”, os quais encerram o elemento raça como determinante na categorização entre humanos e não humanos (Flauzina; Pires, 2020, p. 1214).

A violência é o fator diferenciador dos indivíduos em cada um dos grupos: enquanto os sujeitos da zona do ser fazem jus à liberdade e à legalidade, aos demais resta a repressão (Flauzina; Pires, 2020, p. 1214). Para estes, o gozo de direitos ganha um aspecto diferido, relativo. Ainda, explicam as autoras que a humanidade da zona do ser só é possivelmente exercida porquanto alicerçada na constante degradação da zona do não ser, por inúmeros processos de violência que extirpam sua humanização (Flauzina; Pires, 2020, p. 1214). A zona

⁵⁹ Gonzalez (1988, p. 72) explica que o traço desta colonização é um racismo aberto, a partir do qual há uma negativa da miscigenação, diferenciando-se o branco do não-branco, a exemplo do *apartheid*, na África do Sul, cuja segregação do povo negro é evidente.

⁶⁰ “Processo pelo qual o indivíduo, embora formulando um de seus desejos, pensamentos ou sentimentos, até aí recalcado, continua a defender-se dele, negando que lhe pertença” (Laplanche; Pontalis *apud* Gonzalez, 1988, p. 69).

do não ser, então, nas sociedades construídas a partir do colonialismo, é reservada ao colonizado, classificando-se sua raça como inferior, o que permite a coisificação e desumanização dos indivíduos que nesta classe se enquadrem (Flauzina; Pires, 2020, p. 1217).

Dentro disso, as autoras apontam a centralidade da função do sistema de justiça na manutenção e naturalização das relações de abuso própria da zona do não ser, na medida em que legitima os institutos que desempenham esta função repressiva (Flauzina; Pires, 2020, p. 1217), como é o caso das prisões. Esta exclusão, segundo Flauzina e Pires (2020, p. 1217), não é apenas do acesso à justiça, mas tem um viés mais amplo, abarcando a própria construção normativa do Direito e o desenvolvimento jurisprudencial, estando fora da zona material de concretização dos direitos.

Esta ideia apenas reforça o que já apontei no início desta tese e que irei melhor trabalhar no capítulo seguinte: não é à toa que o desenvolvimento teórico dentro da execução penal é tão raso, quando em comparação a outras teorias do direito penal (como as relativas à parte geral e especial), por exemplo. É um tema que não desperta grandes interesses pela maioria dos juristas por atingir diretamente uma classe impopular: os reclusos. Flauzina e Pires (2020, p. 1231) atribuem esta impopularidade ao racismo.

As autoras, portanto, concluem que o autoritarismo e exclusão promovida pelo Direito em relação às pessoas da zona do não ser impede sua emancipação, porquanto suas experiências de vida são excluídas do processo de construção dos bens jurídicos tutelados, o que evidencia que a legalidade é atributo próprio da zona do ser (Flauzina; Pires, 2020, p. 1217). Já para os indivíduos inseridos nesta, reconhece-se “sua humanidade, o acesso a direitos e a recursos materiais, bem como a consideração social de suas subjetividades, identidades, epistemologias e espiritualidades”, o que é negado aos demais (Flauzina; Pires, 2020, p. 1217-1218). Toda esta dinâmica só é possível de ser mantida por meio da violência, ínsita em processos de brutalização e morte cancelados pelo Estado (Flauzina; Pires, 2020, p. 1218).

A fim de exemplificar esta chancela, as autoras utilizam o julgamento da ADPF nº 347⁶¹ (Brasil, 2023) para demonstrar como o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, mesmo constatando uma situação calamitosa no sistema carcerário – brutal e insustentável -, é incapaz de conceber o desencarceramento como alternativa (Flauzina; Pires, 2020, p. 1223-1224). Na visão de Flauzina e Pires (2020, p. 1224), isto é um reflexo do pacto

⁶¹ Destaco que, à época do artigo, o julgamento do mérito ainda não havia ocorrido, apenas da medida cautelar. Sobre esta ação, realizarei análise mais detida no subtópico 4.3.2.

narcísico⁶² dominante na sociedade brasileira, que enseja uma constatação meramente formal e abstrata, gerando indignação por parte do Estado, porém, sem qualquer responsabilização dos órgãos públicos pelo quadro de inconstitucionalidades e violência verificado, por não atingir a zona do ser.

A normalização do estado de coisas inconstitucional consiste em “uma realidade que institucionaliza o não acesso aos mecanismos formais de aplicação normativa para um contingente expressivo da população brasileira e que, apesar de não se restringir ao ambiente prisional, tem no cárcere a experiência exacerbada de seus efeitos” (Flauzina; Pires, 2020, p. 1224-1225). Uma vez longe da zona do ser, as barbáries perpetradas pelo Estado nestes espaços de exceção, embora notadas, não comovem a ponto de ensejar uma mudança drástica à altura do que exige o problema (Flauzina; Pires, 2020, p. 1225).

Quando pinçado pelo sistema de justiça, ao estigma próprio da raça negra soma-se o de criminoso, em um acúmulo de desvantagens⁶³ que permite, pela visão dominante, o posicionamento definitivo destes indivíduos na zona do não ser, como pessoas que merecem um tratamento desumanizado. Os indivíduos da zona do ser que cometem crimes, por não pertencerem ao ambiente de exclusão, encontram no pacto narcísico uma maior facilidade de serem vistos como alguém que não é “delinquente contumaz”, mas uma pessoa que “apenas cometeu um erro esporádico”. Nestes sujeitos, o estigma do criminoso dificilmente é afixado.

Isto tem conexão intrínseca às teorias clássicas criminológicas da reação social, em especial à obra “*outsiders*” de Howard Becker. Segundo o autor, o desvio não é uma qualidade do ato, mas, sim, um rótulo aplicado por uma audiência a alguém, a partir da criação de regras e aplicação de sanções, passando a tratar a pessoa etiquetada como *outsider*⁶⁴ (Becker, 2008, p. 22). Por esta razão, “o desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal” (Becker, 2008, p. 22). Como consequência, a lei não se aplica automaticamente assim que um ato desviante é cometido, mas depende da reação social do grupo dominante, a qual, por sua vez, não é uniforme a todos os integrantes da sociedade.

⁶² Segundo Maria Aparecida Silva Bento (2002, p. 44-45), o termo refere-se a acordos tácitos existentes entre os brancos de negar sua condição de responsável pela subjugação negra das mais diferentes formas, atribuindo, como consequência, os reflexos do racismo e da discriminação a condições próprias do negro, como se os brancos não tivessem responsabilidade por esta relação. Este pacto também impede que os brancos enxerguem os privilégios próprios de sua raça, corroborando o discurso da meritocracia, como se a posição inferior destacada aos negros derivasse de uma falta de esforços próprios, própria de sua inferioridade (Bento, 2002, p. 45).

⁶³ Segundo as autoras, é ainda mais acentuada a discriminação em relação à estratificação hierárquica de gênero e sexualidade, classes para as quais os efeitos são ainda mais devastadores (Flauzina; Pires, 2020, p. 1234).

⁶⁴ Na definição de Becker (2008, p. 21-22), grupos sociais criam suas regras e, com isso, determinam quem são as pessoas que as desviam, intitulando-as como *outsiders*, por não se enquadrarem no padrão comportamental do grupo.

É neste âmbito que se situam alguns questionamentos levantados neste subtópico, tal como o porquê de duas pessoas cometerem o mesmo ato e apenas uma delas ser punida, ou somente uma ganhar o rótulo de “bandido”. Assim, Becker (2008, p. 22) explica que a etiqueta do desvio não deriva do cometimento do ato propriamente dito, mas da reação social de quem tem poder para aplicar a regra e suas sanções. E, por ser resultado de algo subjetivo (reação) e não objetivo (ato), o processo de rotulação não é infalível, podendo alguns indivíduos serem rotulados até mesmo sem cometer qualquer desvio (Becker, 2008, p. 22). Esta imposição deriva de grupos hegemônicos dominantes, os quais, por sua maior capacidade de poder político e econômico, conseguem impor suas regras, sendo eles os responsáveis por dizer quem as rompeu e qual será a consequência por isso (Becker, 2008, p. 29-30).

Resta claro que, na sociedade brasileira, este grupo corresponde aos colonizadores, brancos, os quais tem poder para dizer quem é ou não desviante e sancioná-lo de acordo com tal rótulo; já os colonizados, aos *outsiders*. Aqueles criam as regras, as estabelecem e as julgam; estes sofrem as sanções. E dentro disso, ainda que haja quem, dentro do grupo dominante, cometa desvios, a resposta para tal, caso cheguem a ser pinçados pelo sistema de justiça, uma vez proveniente de um igual ou semelhante a quem pune, é mais abrandada. É por isso que Flauzina e Pires (2020, p. 1231) relembram que “há quem cometa crimes e não tenha a sua humanidade questionada como tantas (os) outras(os) que são desumanizadas(os) independente de suas condutas serem consideradas ilícitas pelo ordenamento jurídico brasileiro”. Isto deixa claro que não é o cometimento do delito a razão da perda da dignidade, mas isso se deve a uma condição pretérita: a cor da pele.

Embora eu tenha posicionado algumas formas de subjugação da população carcerária no subtópico anterior, tais como as mortes e a deterioração da saúde, eles são os resultados finais de um grupo mais amplo de tipologias de violência. E quais são estas? Vacani (2015) as divide em três: estrutural, ativa e interna. A primeira guarda relação com a escassez própria do ambiente carcerário, a qual, segundo o autor, longe de ser algo ocasional ou acidental, consiste objetivamente na exata forma como o Estado pretende o funcionamento das prisões, promovendo a limitação de acesso a bens básicos à população carcerária (Vacani, 2015, p. 101). Em verdade, há grande distanciamento da norma jurídica e da realidade, porquanto, a par da previsão constitucional da posição de garante do Estado em relação aos custodiados, a realidade prisional é especificamente designada para promover distribuição irregular e escassa de recursos materiais essenciais à vida dos reclusos (Vacani, 2015, p. 99).

Para Vacani (2015, p. 99-100), a economia penitenciária é desenhada para funcionar desta maneira pois é assim que os interesses por detrás desta instituição total são alcançados,

instituindo-se tensões e lutas internas, as quais, em última instância, constituem parte do trato punitivo designado à população carcerária. Assim, a carência de bens materiais encerra uma arbitrariedade ínsita, provocando um sistema de relações internas de busca por interesses, privilégios e benefícios por parte dos reclusos que se constrói ao redor deste fator (Vacani, 2015, p. 100).

Godoi (2015, p. 176) descreve o sistema penitenciário paulista – situação que ousou estender a todo o território nacional -, de maneira similar, evidenciando especificamente a forma como o Estado estrutura os fluxos nas prisões a partir da escassez de bens materiais. Nesta linha, longe de representar uma “omissão”, é, em verdade, uma forma deliberada de gerir as prisões, a partir da qual se incita os familiares a promoverem auxílio material periódico aos parentes presos para sua sobrevivência, por meio do envio regular de mantimentos, o que, em última instância, possibilita a continuação do funcionamento das prisões (Godoi, 2015, p. 176).

Vacani (2015, p. 119), ainda, enxerga que o desenvolvimento penitenciário, neste sentido, tem seu contraponto e gênese na propaganda do discurso político da segurança pública, a qual, diferente de compreender um princípio de proteção social a todos os cidadãos, limita-se exclusivamente à defesa da população urbana contra o cometimento de delitos. Em contrapartida, as pessoas segregadas encontram-se fora deste escopo de proteção estatal, haja vista a verdadeira função das prisões consiste em depósito humano de indivíduo indesejados (Vacani, 2015, p. 119).

Por esta razão, há o propósito de tornar o sistema carcerário, não, um local de promoção de direitos – uma vez excluído do conceito de segurança -, mas um ambiente de repressão, de tolhimento de direitos e de escassez (Vacani, 2015, p. 120-121). Este seria o interesse verdadeiro imaginado a estas instituições. Assim, a insegurança promovida no cárcere à zona do não ser tem sua origem no discurso de garantia da segurança da população livre – da zona do ser.

Ao lado da escassez material, deriva também da violência estrutural a deterioração do espaço físico, das condições de habitação. A estrutura do desenho penitenciário faz criar uma disputa entre os próprios reclusos⁶⁵, ensejando uma divisão desigual de forças, em que uns têm mais capacidade que outros para a aquisição de bens materiais, na tentativa de se buscar uma melhora da situação vivenciada (Vacani, 2015, p. 133). Relembro, contudo, que a realidade brasileira pode se diferir da argentina em algumas penitenciárias, principalmente aquelas dominadas pela facção PCC. Isto porque já evidenciei que a ética desta organização presume o

⁶⁵ Sobre as disputas em torno da aquisição de bens dentro das prisões estadunidenses, ante a escassez material, ver Lerman (2013).

respeito, a união e a solidariedade da massa carcerária, de maneira que estas disputas podem ganhar uma conotação um pouco menos conflitiva⁶⁶, dados estes ideais difundidos nestes locais (Silva, 2023, p. 239-242)

A escassez de recursos, a restrição e deterioração do espaço físico e a divisão de forças desigual dentro do ambiente carcerário exercem também uma força simbólica, de maneira a exigir dos reclusos uma posição ativa, na tentativa de conseguirem driblar estas adversidades, em especial, dependendo de esforços próprios a aproximação de algo mais parecido com uma vida digna enquanto no cárcere (Vacani, 2015, p. 139). Na realidade brasileira, esta mobilização envolve a ação de familiares extramuros, como já mencionei.

Já em relação à violência ativa, o autor vislumbra duas vertentes principais. A primeira deriva do traslado injustificado de indivíduos, o que gera uma suspensão parcial de direitos, entre eles, não raramente, o aumento da distância dos familiares⁶⁷ (Vacani, 2015, p. 157). A segunda se trata do uso da força para subjugação da população carcerária, por meio da tortura e maus tratos, físicos e psicológicos (Vacani, 2015, p. 160).

Em relação ao traslado⁶⁸, entende o autor como prática arbitrária de governo penitenciário que enseja um estado permanente de incerteza nos reclusos, por estarem sujeitos a qualquer momento a este ato administrativo (Vacani, 2015, p. 157-158). A ameaça de traslado põe em xeque as expectativas de direito das pessoas presas e a possibilidade de alcance destas, ativando no recluso a necessidade de desenvolver novas estratégias de comportamento a cada vez que é transferido (Vacani, 2015, p. 159). Necessário, contudo, realizar um recorte nas considerações do autor para a realidade brasileira.

Pelo desenvolvimento das considerações de Vacani, pareceu-me esta ameaça de traslado ser algo muito mais corriqueiro do que como ocorre no Brasil, sendo os reclusos sujeitos à transferência de maneira mais acentuada. Nada obstante, esta arbitrariedade também é notada

⁶⁶ Por exemplo, Vacani (2015, p. 157) cita o relato de um detento que narra ter de aguentar o roubo de suas coisas por outros detentos para não ser trasladado para outra unidade, o que ocorreria caso arrumasse algum conflito ou inimizade. No entanto, esta e outras práticas abusivas de um recluso para outro foram abolidas pelo PCC desde a sua instituição, havendo punições severas para quem desrespeitar a regra.

⁶⁷ Em verdade, o autor enxerga ainda um outro eixo derivado do traslado, especificamente o controle da população carcerária no sentido de dissipar a formação de grupos, a fim de neutralizar a organização das pessoas presas como entes coletivos (Vacani, 2015, p. 141), o que eu interpretei como impedir a formação de algo parecido com as facções brasileiras. Neste ponto, entendo que a realidade argentina diverge da nacional, uma vez que a massa carcerária do Brasil já possui, desde pelo menos os anos 90 do século passado, um nível de organização muito mais sofisticado, que não é afetado pelo mero transporte de indivíduos de uma penitenciária a outra, exceto em casos excepcionais de envio do sujeito a um presídio federal, ato jurídico-administrativo que tem maior capacidade de dismantelamento de lideranças. Portanto, realizei um recorte, focando mais na distância familiar.

⁶⁸ Na legislação brasileira é a chamado de remoção ou de transferência do preso e vem previsto no art. 86 da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984).

em território nacional. Muito embora haja regras legais⁶⁹ e internacionais⁷⁰ específicas sobre o cumprimento da pena próximo ao convívio familiar, a fim de diminuir os prejuízos em relação aos laços, torna-se evidente a autonomia administrativa das prisões em relação às normas que a deveriam reger, neste ponto. A bem da verdade, pouco importa se a família do recluso reside na mesma cidade em que está preso, se for conveniente à administração, ele será transferido, seja qual for a distância deste novo estabelecimento, longe ou perto.

Esta dinâmica, além de prejudicar evidentemente o convívio familiar, haja vista a grande maioria da massa carcerária é composta por pessoas pobres, não tendo seus parentes condições de viajar para visitá-los – o que de per si já seria ilegal –, há outros desdobramentos conexos. Cito ao menos dois: a interrupção do recebimento de mantimentos e da aquisição de trabalho e estudo. Tendo por premissa a necessidade de articulação extramuros para se ter uma manutenção minimamente digna, o indivíduo transferido para longe de sua família deixa também de receber as sacolas periódicas, caso as recebesse.

Além disso, sabe-se que, nos estabelecimentos que possuem postos de trabalho e estudo, não há, na maioria das vezes, vagas para todos os interessados, muito embora trate-se de um direito garantido por Lei⁷¹. Usualmente, existe uma regra de implantação, por ordem cronológica de chegada na unidade, de maneira que a pessoa transferida, caso trabalhasse e estudasse na prisão anterior, perderá este direito, tendo de iniciar novamente o processo de implantação na nova unidade. A suspensão deste direito, além de impedir um desenvolvimento pessoal do recluso, influencia diretamente em sua capacidade de remir sua pena.

Ressalto, ainda, que as unidades possuem um período de triagem - no Paraná, pelo prazo aproximado de 30 dias -, durante o qual o recluso permanece em uma galeria de observação até ser alocado definitivamente em uma cela. Durante este período, ficam suspensas suas visitas. Paralelamente, é de se mencionar também a necessidade de os familiares, ainda que tenham capacidade de visitar o parente no novo estabelecimento, precisarem reiniciar todo o processo burocrático de emissão de carteirinha, documento sem o qual não se permite o ingresso na unidade, o que muitas vezes atrasa as visitas.

Enquanto a transferência ocorre por mera liberalidade da autoridade administrativa, sob o manto da necessidade e oportunidade, o pedido de aproximação familiar depende da ação de advogado – nem sempre disponível à pessoa pobre -, além de seguir um rito extremamente

⁶⁹ Embora não norma expressa, decorre da interpretação de alguns dispositivos da Lei de Execução Penal, tais como o art. 41, inciso X e art. 103.

⁷⁰ Previsto na regra de Mandela nº 59 (Conselho Nacional de Justiça, 2016b).

⁷¹ Art. 126, *caput*, da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984).

burocrático, ainda que haja ordem judicial para tanto. Em suma, o retorno do indivíduo à penitenciária próxima à sua família acaba também ficando à mercê da conveniência das autoridades administrativas envolvidas.

Por fim, destaco que, em minha experiência profissional, já vivenciei a discricionariedade (arbitrariedade) das transferências serem deturpadas para o fim de promover tortura de detentos – outra forma de violência ativa. Na ocasião, a pessoa presa, acusada de matar um agente penitenciário, foi transferida, no período de cerca de 30 dias, para quatro unidades distintas, no estado do Paraná, sofrendo abusos durante os trajetos. Isto foi utilizado como meio de omitir a localidade – os agentes não sabiam informar onde ele estava, somente que havia sido transferido -, e dificultar a responsabilização dos agentes, porquanto a vítima não tinha capacidade de os reconhecer. O lento provimento judicial somente adveio dias após a ocorrência da tortura, quando já era inócuo.

No tocante a esta outra vertente da violência ativa, a noção de tortura não pode se limitar ao uso de força excessiva, de forma brutal ou cruel, mas deve compreender também uma interpretação mais ampla da proteção dos direitos fundamentais dos reclusos (Vacani, 2015, p. 161). Indo além, o autor pretende demonstrar como este tipo de violência ativa é intrínseco ao modo como as prisões são geridas, integrado a diversas práticas cotidianas estatais, de forma sistemática, tais como o isolamento, o maltrato verbal, agressões físicas, dentre outros atos repressivos (Vacani, 2015, p. 161). Assim, a tortura compreende não somente atos de extrema crueldade, mas também agressões leves e mais corriqueiras que corroboram o processo de degradação da humanidade do outro (Vacani, 2015, p. 162).

Valois (2021, p. 376) explica que o costume de práticas menos brutais, tais como “um tapa na cabeça, um chute na costela, colocar o preso nu cela, deixar a cela escura, sem água”, encampadas no cotidiano da polícia acabam amenizando sua ocorrência, como se não fossem tortura. As condições de vida das populações mais miseráveis, sendo cotidianamente alvo do Estado policial e do descaso, acabam por banalizar atos menos graves de violência, exigindo-se formas mais brutais e incisivas para que sejam notadas como prática de tortura (Valois, 2021, p. 376-377).

No Brasil, um exemplo que ilustra perfeitamente esta dinâmica são as incursões aleatórias das equipes de choque nas celas, as quais, no Paraná, são chamados de Setor de Operações Especiais. Segundo a Secretaria da Segurança Pública do Paraná (2024), trata-se de um “grupo de intervenção prisional”, que “atua em situações de crises e em operações de alto risco”. Muito embora seu lema seja “a preservação da vida é a razão da nossa existência”

(Secretaria da Segurança Pública do Paraná, 2024), suas práticas não se direcionam exatamente à defesa deste direito fundamental, ao menos em relação à zona do não ser.

As incursões ocorrem periódica e aleatoriamente, duram horas, e, conforme venho observando em minha experiência profissional, a partir de conversas com diversos reclusos, dão-se com extrema violência. Os agentes são encapuzados e sem identificação, o que impede a formalização de qualquer procedimento por parte dos reclusos em desfavor dos responsáveis, quando vítimas das agressões por eventuais atos à margem da lei. Utilizam-se de cassetetes, balas de borracha, gás de pimenta, entre outros meios de subjugar as pessoas presas. A forma aleatória e arbitrária como ocorrem instaura um senso constante de alerta nos reclusos, de que a qualquer momento podem ser submetidos a tal situação.

Em contrapartida, ainda que vencida a imensa dificuldade de identificação dos sujeitos ativos, esbarra-se na burocracia judicial, que exige provas de difícil aquisição por parte das vítimas para responsabilização dos agentes. Por vezes, tentei perquirir judicialmente os responsáveis, por meio da requisição das imagens de câmeras internas, as quais raramente são fornecidas, seja por alegação do decurso do tempo (foram deletadas), seja pelo não fornecimento imotivado. Isto quando a vítima possui advogado, que não é a maioria dos casos. Por estes e outros obstáculos⁷², alcançar a responsabilização criminal e administrativa dos agentes que excedem o seu dever legal é praticamente impossível, o que apenas fortalece e incentiva a continuidade de tais práticas ilícitas.

Segundo Vacani (2015, p. 183), a incorporação destas práticas – desde as mais severas às menos intensas - no dia a dia penitenciário servem à lógica de definir certas condições de vida no interior das prisões, no intuito de debilitar, controlar, dominar e docilizar o corpo do preso. A partir desta encampação cotidiana, a tortura deixa de ser um ato de força isolado e passa a ganhar também uma conotação simbólica, fazendo parte da própria estrutura do ambiente carcerário, motivo pelo qual passa a desempenhar função específica na forma como o indivíduo vivenciará a experiência com a prisão (Vacani, 2015, p. 183).

O autor ainda destaca como a institucionalização destas práticas também estrutura os possíveis comportamentos dos reclusos frente os abusos: ou se adota uma postura conformativa e passiva, a fim de, por exemplo, conservarem-se “regalias” conquistadas (como postos de trabalho ou estudo, sobre os quais há uma concorrência interna⁷³), ou, ainda, tomar-se uma

⁷² Tratarei de maneira mais pormenorizada sobre a dificuldade processual no subtópico seguinte.

⁷³ Apesar de serem direitos garantidos, dada a escassez e restrição da possibilidade de uma classe seleta de presos, trato como regalia.

posição reativa, de insurgência e denúncia, a qual pode desencadear atos ainda mais incisivos contra o sujeito destoante (Vacani, 2015, p. 184).

Portanto, evidencia-se a necessidade de uma conceitualização ampla da ideia de tortura e maus tratos, a qual compreenda sua presença de maneira perene nas práticas penitenciárias, não se reduzindo somente a atos mais pontuais contra um ou outra pessoa, mas, sim, como uma constante na vida dos reclusos, seja na forma de ameaça ou de efetiva submissão à agressão (Vacani, 2015, p. 184). A força psicológica exercida nesta relação de poder entre Estado e custodiado corrobora a degradação humana e, por isso, molda a experiência não somente dos indivíduos que sofreram atos específicos de agressão por parte de agentes estatais, mas de toda a massa carcerária, exigindo-se incorporar esta noção mais ampla à ideia de tempo vivencial (Vacani, 2015, p. 184-185).

A terceira e última forma de violência é a interna, derivada da terceirização (delegação) da vigilância à própria população carcerária, reflexo atribuído por Vacani (2015, p. 185) à lógica neoliberal, responsável por remodelar as relações sociais, estruturando subespaços, como a prisão, de modo a retirar ou diminuir a presença do Estado. Para o autor, esta violência se manifesta no contexto de disputa já mencionada entre os reclusos, incitando lutas e conflitos internos, os quais, por sua vez, são responsáveis por gerar grande insegurança (Vacani, 2015, p. 186). A terceirização da vigilância exige um efetivo de agentes muito inferior ao necessário⁷⁴, ocorrendo, conseqüentemente, o distanciamento entre a administração penitenciária e a massa, o que abre espaço para as violentas disputas por melhores condições materiais no ambiente⁷⁵ (Vacani, 2015, p. 186-187).

Esta nova dinâmica hierarquiza a população carcerária a partir de uma relação de força e poder assimétrica, na busca por espaço, no que o autor chamou de cumplicidade ativa entre a administração e a massa carcerária (Vacani, 2015, p. 208). A relação se adequa ao chamado “consórcio público privado” (Freitas, 2020, p. 107), havido diante de aparentes “omissões” estatais as quais, em verdade, são abstenções voluntárias, em especial, em áreas periféricas da sociedade, cujo traço principal são diversos acordos cotidianos tácitos entre o Estado e o

⁷⁴ A título exemplificativo, no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, cuja situação calamitosa foi denunciada à Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018a, p. 11-13), havia nove funcionários de segurança para cuidarem de mais de 3800 presos, em contraposição à orientação sob parâmetros internacionais sugira a proporção máxima de um funcionário a cada 12 reclusos.

⁷⁵ Esta lógica não é nova. Sykes (1972, p. 17), em sua clássica obra *“The society of captives”*, cuja primeira edição foi lançada em 1958, já tratava sobre a grande dificuldade de os agentes penitenciários exercerem controle sobre a população presa, devido à multiplicidade de tarefas atribuídas a eles – dentre elas, a de “regenerar” criminosos. Lerman (2013, p. 59) também tratou, sobre a realidade estadunidense, como a disparidade numérica entre agentes e reclusos abre espaço para o controle informal, exercido pela própria massa carcerária.

particular – no caso ora estudado, as facções -, delegando-se parte do dever de gerir as penitenciárias ao coletivo informal.

A partir desta nova ordem negociada da vigilância, entende o autor ter deixado o Estado sua posição de custódia direta e de proximidade, a qual foi transferida à massa carcerária, sem, contudo, que isto signifique ausência de controle (Vacani, 2015, p. 187). Todavia, o controle deixa de ser da integridade física dos reclusos e passa a ser econômico, de receita, à distância, ao mesmo tempo que, terceirizar a violência, passa também a legitimar as ações perpetradas de um recluso contra outro (Vacani, 2015, p. 188) – não atribuíveis ao Estado, mas, sim, a uma “fatalidade”, como o “acerto de contas entre facções”.

Novamente, farei um recorte à realidade brasileira, realizando-se uma interpretação com base nesta, a qual se difere sobremaneira da argentina. Como já mencionei, hoje, a realidade de grande parte das penitenciárias, tais como as dominadas pelo PCC, é de relativa paz e estabilidade, sendo proibido pela ética da facção o abuso de uns contra outros, o que pode ser punido de acordo com a lógica estabelecida. A narrativa do autor argentino aproxima-se mais de um período pré-facções, quando imperava o que chamei de “guerra de todos contra todos, ou de vários contra alguns”⁷⁶ (Silva, 2023, p. 223).

A história brasileira mostra como os espaços penitenciários, antes do advento das facções, também era fragmentado em pequenos grupos, os quais disputavam entre si por espaço e dominação, buscando hegemonia (Amorim, 2007, p. 70-72). Com a paulatina difusão dos ideais de união e solidariedade entre a massa carcerária, encabeçada principalmente pelas facções recém constituídas, um dos reflexos desta pacificação foi observado por Biondi (2014, p. 13) ao longo da década dos anos 2000, período no qual as taxas de mortalidade caíram de maneira significativa⁷⁷.

Todavia, isto não quer dizer que o ambiente carcerário é, em todo o lugar, pacífico. Muito pelo contrário, há diversas regiões em que há constante disputa por poder e espaço entre as facções. É de se mencionar, por exemplo, o conflito entre o PCC e o Sindicato do Crime (SDC), no Rio Grande do Norte, na Penitenciária de Alcaçuz, que originou um massacre,

⁷⁶ Este resultado da individualidade dos reclusos em tentarem uma posição mais favorável dentro do microssistema da prisão é justificado na dinâmica explicada pelo autor em relação aos traslados, os quais, na realidade argentina, servem para enfraquecer a constituição de coletivos entre os presos, fragmentando a população carcerária e impedindo que ajam em conjunto (Vacani, 2015, p. 187)

⁷⁷ Biondi (2017, p. 233) atribui este resultado à mudança central na forma de se resolverem os conflitos, substituindo-se a força física pelo diálogo, sendo as partes envolvidas chamadas, primeiro, a um debate verbal sobre o ocorrido.

iniciado em 14 de janeiro de 2017⁷⁸. O número total de mortos nem sequer é sabido até hoje, havendo, pelo menos, 26 mortos e 71 desaparecidos (Amarante; Melo, 2020, p. 77).

Durante os dias de rebelião, tanto os reclusos quanto pessoas da periferia extramuros foram compelidas a escolher uma das facções para defender, não sendo possível ficar neutro (Amarante; Melo, 2020, p. 71). As autoras atribuem este colapso à ausência de controle formal pelo Estado, permitindo que os grupos organizados tomem conta dos espaços e façam vigor suas próprias regras, assim como permite o desenvolvimento destes conflitos entre aqueles (Amarante; Melo, 2020, p. 74). As autoras, ainda, destacam como o Estado se beneficia da rivalidade das facções, porquanto este tipo de conflito, embora tenha sua raiz justamente na omissão estatal na promoção da segurança interna nas penitenciárias, acaba legitimando ações estatais ainda mais degradantes contra a população carcerária, para solucionar a situação (Amarante; Melo, 2020, p. 74).

A realidade brasileira, neste sentido, se aproxima do que narrou Vacani (2015, p. 188), no fomento de disputas internas, ao menos nos locais onde duas ou mais facções dividem o espaço. Isto se deve à precariedade material e estrutural e ao distanciamento do Estado no exercício de seu dever de vigilância, com a consequente abertura de espaços informais aos coletivos, dinâmica que potencializa a ocorrência da violência interna. A aparente outorga aos particulares, presos, do domínio do ambiente da vigilância é, em verdade, uma nova forma de manifestação da autoridade, a partir da qual se permite que os reclusos entrem em conflito, a fim de lançar mão de ações violentas ainda mais incisivas contra a massa (Vacani, 2015, p. 209).

Neste sentido, as disputas por espaço pelas facções dão subsídio ao discurso punitivista encabeçado pelo próprio Estado, de guerra às drogas e ao crime organizado, o qual sustenta ações incisivas⁷⁹ (como o aumento da letalidade policial), próprias de momentos de guerra (Amarante; Melo, 2020, p. 74). Esta lógica corrobora, em última instância, o encarceramento em massa, alimentando-se, assim, o ciclo vicioso apresentado. As autoras, então, concluem que o modo como o sistema de justiça brasileiro funciona é por meio da violência institucional (Amarante; Melo, 2020, p. 83-84).

⁷⁸ Sobre a disputa de poder no estado do Amazonas, pela facção Família do Norte (FDN), ver Siqueira e Paiva (2019).

⁷⁹ As autoras ainda destacam, naquele caso concreto, atos mais restritivos por parte da autoridade administrativa que “ferem o senso de dignidade dos presos e de suas famílias, com a prática de tortura; a transferência de presos para outras unidades prisionais sem o conhecimento das famílias; a proibição temporária de visitas e de visitas íntimas; a realização de revistas vexatórias, etc.” (Amarante; Melo, 2020, p. 77-78).

É como se as disputas territoriais das facções fizessem o que é proibido ao Estado brasileiro: a pena de morte. À população matável, cuja humanidade foi extirpada, própria da zona do não ser, quanto mais mortes, melhor, menos indivíduos indesejáveis retornarão à sociedade. Assim se desenha a exclusão, a partir de diversas formas de violências, porém, todas, orientadas à mesma finalidade: a subjugação de uma parcela social específica.

3.3 O Estado-garantidor: responsabilização e o dever de informar

Neste tópico, deixarei um pouco o plano realístico, a fim de entender como este fenômeno pode ser interpretado à luz da Constituição Federal. A par das motivações que cada instituição responsável pelo manejo do poder penal tem para contribuir com o abarrotamento das prisões, a adoção prática desta política punitivista faz nascer certos contrapesos – ônus constitucionais atribuídos ao Estado para a garantia de direitos fundamentais.

O primeiro deles consiste na responsabilidade objetiva estatal sobre as pessoas mantidas sob sua custódia. A regra decorre da inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal (Brasil, 1988)⁸⁰, de tal sorte que o Estado responde por qualquer dano causado às pessoas presas, no que se incluem os derivados de condições carcerárias precárias, ausência de atendimento médico, ou até mesmo a morte. Esta responsabilização, por sua vez, anda de mãos dadas com o dever de informação do Estado, apesar de esta relação poder não saltar aos olhos de pronto, em uma análise apressada.

Apesar de a Constituição, em seu art. 5º, inciso XIV, assegurar a todos o acesso à informação, é apenas no inciso XXXIII, do mesmo dispositivo, que se estabelece expressamente o “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral [...], sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (Brasil, 1988).

A fim de regular este direito fundamental, houve a criação da Lei nº 12.527/2011 (Brasil, 2011), conhecida como Lei de Acesso à Informação, cujo advento se deu para facilitar sua garantia, a partir da organização de procedimentos para que o particular possa requerer o fornecimento de informações ao Poder Público. Podem, ainda, os agentes público ou militar serem responsabilizados em caso de recusa, ocultação, manipulação da informação, entre outras condutas ilícitas previstas no art. 32, do mencionado dispositivo legal (Brasil, 2011).

⁸⁰ A integralidade do parágrafo vem assim prescrita: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (Brasil, 1988).

Algo, talvez, mais latente dentro deste direito à informação seja a necessidade de se produzir o dado a ser fornecido, dever que ganha especial relevância principalmente dentro da discussão ora travada. Assim, pergunto: como pode o ex-recluso abusado pelo Estado, após ter sofrido danos ao longo de diversos anos, enquanto preso, insurgir-se contra seu algoz? Dito de outra maneira, o preceito constitucional mencionado, que atribui a responsabilidade estatal pelos danos causados, somente pode se materializar, via de regra⁸¹, a partir do exercício do direito de ação pela vítima.

Daí já nasce o primeiro empecilho: a necessidade de um advogado. O acesso à justiça é dificultoso para grande parte da massa carcerária, por exigir dispêndio financeiro, dada a inviabilidade - ou impossibilidade, em alguns locais -, de se recorrer à Defensoria. A este respeito, o relatório do Conselho Nacional de Justiça (2023a, p. 169) apontou que, das mortes internas, apenas 31,30% da amostra era assistida por defensor particular; já em relação às externas, apenas 24,17% (CNJ, 2023a, p. 188). Portanto, ainda que a vítima vença este primeiro obstáculo, de pronto, já enfrentará o segundo: a produção de provas.

No interior das cadeias não deve existir, ao menos legalmente, celulares, de sorte que a gravação de imagens e vídeos se torna inexigível. Depositar todas as esperanças na prova testemunhal também parece difícil – encontrar ex-colegas de cela tempos depois da libertação e, ainda, dispostos a depor também é desencorajador. Portanto, a alternativa mais viável para se produzir provas, em um caso hipotético como o sugerido, parece-me recorrer ao dever de informação inerente ao Estado – não havendo qualquer exclusão constitucional em relação aos serviços de segurança pública próprios dos estabelecimentos penais.

Requererem-se dados sobre as condições carcerárias, relativos ao período de aprisionamento, e eventualmente filmagens das câmeras de segurança internas parecem uma boa solução para a produção probatória. No entanto, mais uma vez, acredito que as chances de êxito em conseguir tais dados de maneira conclusiva seriam muito baixas – as imagens, por exemplo, costumam ficar armazenadas por pouco tempo, ainda que se consiga a autorização de seu fornecimento.

Em síntese, a materialização do direito indenizatório previsto na Constituição para o ex-recluso, caso tenha vivenciado anos de aprisionamento em condições precárias, tende, ao menos pela via ordinária de uma ação judicial autônoma contra o Estado, fortemente ao fracasso. Ilustrando esta dinâmica com dados científicos, Duarte, Chies e Madruga (2021, p. 217), ao investigarem processos de indenização de pessoas que morreram sob a custódia do Estado,

⁸¹ Há a possibilidade de ações coletivas, como, por exemplo, as ajuizadas pelo Ministério Público ou Defensoria Pública em prol dos reclusos.

concluíram que a maioria dos pedidos foram indeferidos ou por se entender que o tratamento adequado foi fornecido pelo Estado, ou por alegar que a doença não foi causada pelo encarceramento.

Um caso concreto, de repercussão nacional, que exemplifica muito bem esta dinâmica é a da Casa de Detenção de São Paulo, conhecida como Carandiru, local em que houve um Massacre, em 2 de outubro de 1992. De antemão, merece destaque a dificuldade que pesquisadoras tiveram em acessar alguns documentos públicos relacionados ao ocorrido, em especial na Corregedoria da Polícia Militar de São Paulo, a despeito da invocação da Lei nº 12.527/2011, de acesso à informação (Machado *et al.*, 2015, p. 67).

Se o requerimento a título de pesquisa, por pesquisadoras conceituadas, enfrentou tais dificuldades, a gama de possíveis complicações nos requerimentos perante os variados órgãos relacionados ao sistema carcerário é grande, mormente quando para a finalidade probatória em eventual processo de indenização. Esta dificuldade observada para acessar informações penitenciárias não é exceção, visto que até mesmo pesquisadores do Conselho Nacional de Justiça (2023b, p. 26) narraram similar resistência dos entes públicos em fornecer os dados requeridos.

A par disso, além do grande fracasso na responsabilização penal dos agentes públicos responsáveis por este “verdadeiro massacre, sem precedentes na história do penitenciarismo mundial” (Machado *et al.*, 2015, p. 66), melhor desempenho não demonstrou o Estado brasileiro na indenização cível das famílias das vítimas.

Neste âmbito, houve pelo menos 73 pleitos de indenização por dano moral e material pelas vítimas do massacre, dos quais ao menos 65 foram procedentes, com indenizações médias em cerca de 100 salários-mínimos (Machado *et al.*, 2015, p. 72). Contudo, o primeiro precatório só foi pago em 2011, sendo que, do total de processos, havia apenas 39 precatórios pagos até abril de 2013 (Machado *et al.*, 2015, p. 73). A grande demora no processo de responsabilização civil como um todo, considerando a ocorrência do fato em 1992 e o início dos pagamentos quase 20 anos depois, apenas “reflete a ausência de qualquer ação estatal para facilitar o caminho dos familiares a esse direito: cada família teve de buscar individualmente o acesso a um procurador, promotor ou advogado que a representasse na propositura uma ação civil individual” (Machado *et al.*, 2015, p. 74).

Estes números demonstram que nem sequer as famílias das vítimas de um dos episódios mais marcantes e sangrentos da história brasileira – contando com 111 detentos friamente assassinados -, tiveram um provimento estatal satisfatório, menos ainda é de se esperar em casos “comuns”. Em suma, se o massacre do Carandiru se situa no patamar mais extremo de um

espectro de possíveis acontecimento a uma pessoa custodiada, esperar a indenização por abusos e situações antijurídicas mais cotidianas – tais como fornecimento de água e alimentos de má qualidade, ausência de ventilação adequada, quantidade de banhos de sol aquém do indicado, entre outras -, mostra-se mais como uma ilusão.

Por outro lado, parece-me, no mínimo, conveniente ao Estado esta posição de inércia, mais uma vez, verificada a partir de suas instituições fragmentadas: o Judiciário, precisa ser motivado; as provas dependem da produção de dados, os quais não são devidamente produzidos pelos órgãos competentes – seja o Departamento Penitenciário Nacional, Ministério Público, Magistratura, ou qualquer outro que detenha o dever de zelar pelas condições carcerárias. Ainda, nenhuma consequência mais grave advém para as instituições estatais inertes, sempre como o cumprimento destes deveres de cuidado não passassem de meras recomendações.

O resultado prático é a inviabilidade fática de qualquer responsabilização formal por parte do Estado, em virtude da infração diária dos direitos fundamentais das pessoas que mantém custodiado. Beneficia-se de sua própria torpeza. Na realidade, emprestando-se um pouco da morbidez próprias dos presídios, é como se a responsabilidade objetiva estatal fosse “letra morta”, quando relacionada ao assunto “prisão”.

Aproveito-me desta reflexão para justificar duas premissas às quais chego. A primeira é que o ônus da devastação de vidas oriundo desta política punitivista desenfreada não pode recair sobre o jurisdicionado, como se observa acontecer há décadas. No sentido já apresentado neste tópico, são inúmeras as pesquisas que demonstram a dificuldade em se reunirem dados relativos ao sistema carcerário. O motivo principal é sua inexistência, porquanto, na maioria das vezes, nem sequer são produzidos.

A título exemplificativo, mais uma vez trazendo ao debate a morte nas prisões, não há dados a contento nem sequer das pessoas que morrem no interior das penitenciárias – que seria primordial, em virtude da responsabilidade estatal debatida -, havendo grandes vazios na documentação destes fatos (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 213). Se ocorrências extremas, como mortes, não encerram os devidos registros, muito maior a dificuldade de se conseguirem dados mais triviais.

Veja-se que tais vazios são assumidos pelo próprio Estado, ao deixar de constar determinados dados em seus documentos oficiais, o que é ainda mais alarmante. Por outro lado, as lacunas, burocratizações internas e recalcitrância em fornecer/produzir os dados beneficia o próprio causador do dano em detrimento do indivíduo ultrajado. É dentro deste contexto cíclico que defendo a inércia estatal dever pesar contra o próprio Estado, em benefício de quem suporta o dano.

Adotando esta lógica, para os fins desta tese, a eventual ausência destas informações influenciará diretamente no resultado final do coeficiente a ser aplicado na compensação penal que proporei. Isto porque a disponibilização das informações é pré-condição necessária à elucidação da real possibilidade de exercício dos direitos carcerários conforme a lei prescreve (Vacani, 2019, p. 122).

A par do uso que farei dos dados penitenciários, sustento, assim, que sua produção funciona como uma garantia ao direito à informação, ação da qual, conforme argumentei nesta seção, a efetiva possibilidade de responsabilização estatal encerra intrínseca dependência. Em contrapartida, a negativa deste direito também não pode prejudicar ainda mais o jurisdicionado, sob pena de tornar esta prática vantajosa ao Estado, deixando a sua mercê a faculdade de escolher se – e em que medida –, será punido pelos atos ilícitos praticados.

Em decorrência desta interpretação, parece-me correto que qualquer dado faltante, de impossível aquisição, seja devido à não produção por parte do Estado, seja pela negativa em se fornecê-lo, deva ser considerado como o mais vantajoso possível ao cidadão. Ou seja, quando, no decorrer da operação compensatória que pretendo inaugurar nesta tese, houver informação faltante, esta será considerada de forma a representar o máximo possível de compensação de pena.

A segunda premissa consiste no equívoco de se interpretar a responsabilização prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (Brasil, 1988) como exclusivamente financeira – disposição esta, diga-se, não escrita no dispositivo. Se estou falando de um prejuízo em diversos aspectos da vida do indivíduo preso, parece-me mais justo que o “pagamento” estatal se dê na mesma moeda. Assim, a principal via indenizatória não deve ser a financeira, mas, sim, a compensação *in natura* do bem da vida subtraído do indivíduo: dias de sua vida.

SEGUNDA PARTE: DA VIRADA EPISTEMOLOGICA NA EXECUÇÃO PENAL À CRIAÇÃO DE UM INSTRUMENTO BRASILEIRO DE COMPENSAÇÃO PUNITIVA

4 A INDETERMINAÇÃO DA PENA E SEUS POSSÍVEIS TRATAMENTOS

Depois de apresentado um panorama atual e mais abstrato de cunho político-criminal à luz da teoria da pena, pretendi mergulhar no terreno concreto das prisões, fixando a responsabilidade estatal por este “estado de coisas inconstitucional”. Contudo, antes, cumpre-me explicar algumas questões. A divisão metodológica em dois momentos desta tese destina-se a separar o desenvolvimento de meu pensamento. Primeiro, pretendi demonstrar, por meio do contraste entre teoria e realidade, como esta se encontra muito afastada daquela. As diversas formas de violência, somadas ao racismo estrutural e todas as outras deficiências reais evidenciadas, ainda que de maneira resumida na primeira parte, conduzem à ilegitimidade da pena aplicada no Brasil.

Esta constatação me leva a um questionamento de ordem prática, que será melhor esmiuçado neste capítulo. O que fazer em relação a esta pena ilegítima? Novamente no plano real, o instituto da prisão não deixará de existir em um futuro próximo, nem sequer, ao que tudo indica, as condições carcerárias encerram expectativa de melhora. Portanto, quais as alternativas reais frente esta constatação? As considerações trazidas nesta segunda parte, logo, não devem ser interpretadas como um aceite desta situação ilegítima, mas, sim, como tentativa de amenização da dor sentida pelas pessoas presas, como forma de diminuição das injustiças havidas no cárcere.

Todo este cenário de incertezas traduz o que Pablo Vacani (2019, p. 113) nomeou de indeterminação relativa da pena durante a execução penal. Isto porque o autor entende que a carga punitiva da sanção penal não é estanque, como aquela definida abstratamente no decreto condenatório, mas, sim, variável, dinâmica, a depender do trato punitivo dispensado ao indivíduo durante o cumprimento (Vacani, 2019, p. 113). Assim, a individualização da pena não cessa com a subsunção do fato à norma e posterior dosimetria da pena definitiva na sentença, mas “[...] termina com o controle judicial do modo de cumprimento da pena durante o seu processo de execução” (Sousa Filho, 2019, p. 601).

Contudo, a compreensão deste panorama de indeterminação, como preceituei na seção 2, exige uma mudança epistemológica interpretativa da execução penal. Isto porque a admissão das compensações punitivas só pode derivar deste novo modo de se enxergar o sistema

executório. Em contrapartida, a mera limitação da visão positivista sobre este momento processual impede os avanços pretendidos nesta tese.

Portanto, esta seção será destinada a desenhar os traços desta nova epistemologia e delimitar exatamente o terreno de onde a compensação penal exsurge. Devo também, diante da realidade penitenciária abordada no capítulo anterior, vislumbrar ocasiões de aplicação – ou não –, deste novo instituto, contrapondo-o com outras possíveis alternativas existentes ao problema da precariedade de tratamento das pessoas presas. Por fim, tratarei de como andou a jurisprudência – brasileira e internacional –, no desenvolvimento da discussão atinente às compensações punitivas.

4.1 Fundamentos de uma teoria da compensação penal brasileira

Pretender uma teoria da compensação penal é, antes, situá-la dentro da – incipiente –, teoria da execução penal. Na maioria das faculdades brasileiras, dentro dos cinco anos obrigatórios do curso de Direito, os alunos passam anos estudando direito penal, material e processual, mas pouco – ou quase nada –, se ensina sobre execução. Não é à toa que o desenvolvimento teórico desta é muito inferior aos demais temas relativos ao direito penal.

Portanto, antes de passar especificamente à compensação penal, necessário se ampliar o espectro epistemológico da execução, aprofundando-se neste tema. Este conhecimento é imprescindível, porquanto a visão tradicional positiva da execução penal não comporta as conclusões às quais chegarei, como já introduzido na seção 2.

Fixados este marco teórico, trabalharei alguns elementos essenciais para alicerçar a ideia central desta tese, tais como a perspectiva da criminologia realista e as compensações construtivas e destrutivas. Ao final, restará evidenciada a adequação teórica e necessidade de adoção, dentro desta nova perspectiva, das compensações punitivas.

4.1.1 Teoria crítica da execução penal: uma nova epistemologia

Pablo Vacani (2019, p. 105-106), ao analisar a realidade penitenciária da Argentina, faz um retrospecto de como a execução penal derivou, ao longo do século XX, mais do direito administrativo do que do penal, de modo a restar mais sujeito à eficácia da administração do que dos princípios próprios desta área do direito. Este histórico dificultou o controle jurídico sobre as práticas penitenciárias de castigo, em especial no estabelecimento de limites à punição (Vacani, 2019, p. 106).

Dentro deste contexto, o autor identificou situação semelhante à mencionada por mim na seção 2, destacando a impossibilidade fática de se alcançarem os objetivos constitucionalmente atribuídos à execução penal, em especial a ressocialização, a partir dos modelos reais observados nas prisões (Vacani, 2019, p. 98). Como herança daquele histórico, a administração penitenciária reluta em transparecer as formas de castigo efetivamente aplicadas durante o período de cumprimento de pena, tais como os tratamentos cruéis e torturas, estratégia para uma tentativa de legitimação do sistema de ilegalidades proporcionados às pessoas presas (Vacani, 2019, 98-99).

Aliado a isto, o autor argentino aponta uma deficiência teórica do direito penal, derivada do desenvolvimento atrofiado do processo de execução, que limita as avaliações dos direitos carcerários a um formalismo legal, como se o ser e o dever-ser correspondessem um ao outro (Vacani, 2019, p. 99). Esta dinâmica é responsável por consagrar a impunidade gerada por este sistema, de maneira a impedir que as condições carcerárias mais gravosas sob as quais as pessoas cumprem pena reflitam processualmente em seus processos de execução (Vacani, 2019, p. 99).

Em sentido semelhante, pode-se dizer que “o estado da arte do direito de execução penal no Brasil transita entre a limitação do positivismo jurídico no campo teórico e na práxis forense e um estado pré-positivista de barbárie em sua realidade concreta” (Cacicedo, 2023a, p. 19). Em vista disso, no plano teórico da execução penal, destaca o autor a necessidade de um novo paradigma, que ultrapasse a mera análise mecânica de direitos, dentro da ótica da progressividade da pena, estabelecida pela lei (Cacicedo, 2023a p. 19-20). Tomado por esta cegueira é que se resume o Direito à norma jurídica, exclui-se tudo o que desta não consta. Consequentemente, anula-se a realidade de onde aquele exsurge e se nega a promoção de justiça (Cacicedo, 2023a, p. 20).

O professor ainda reconhece a “execução penal como um espaço de não-direito”, a partir de uma “construção jurídica do cidadão de segunda categoria” (Cacicedo, 2023a, p. 22), característica manifestada nos planos judicial e prisional. No primeiro, devido à demora na apreciação de pedidos, em sua negativa sem motivo, falta de rigidez procedimental em relação a faltas graves, em suma, pelo descompasso entre Poder Judicial e realidade (Cacicedo, 2023a, p. 22). Já no plano prisional, talvez o espaço de não-direito por excelência, deve-se ao “estado de coisas inconstitucional” já tratado exaustivamente no capítulo anterior, com negativa reiterada dos direitos fundamentais mais básicos à casta social dos indivíduos presos. Esta dinâmica é até mesmo anterior ao próprio positivismo, pois não se respeita a norma, o espaço de não-direito se caracteriza pelo estado de exceção (Cacicedo, 2023a, p. 23).

Vacani (2019, p. 107-108) sugere que a reelaboração da teoria da execução penal exige, primeiro, o posicionamento da política penitenciária como parte de uma política-criminal mais abrangente, subordinada ao texto constitucional e ao respeito aos direitos fundamentais. O autor elenca quatro obstáculos conceituais que precisam ser superados, para tanto:

- a) a prisão equivale à privação de liberdade e, portanto, funciona para os fins previstos na lei;
- b) o tempo de prisão é comparável à duração cronológica do tempo social;
- c) o espaço prisional é determinado pelas condições de ordem e disciplina que a lei protege;
- d) a duração da pena é projetiva, assume a pessoa presa como sujeito que vive e se desenvolve positivamente na prisão, tendo em vista a sua reinserção social⁸² (Vacani, 2019, p. 107-108).

De fato, procurei desbloquear estas travas conceituais na seção 2, abrindo espaço para o desenvolvimento da compensação penal, dentro desta nova proposta teórica da execução penal. Mas necessário ir além. Vacani (2019, p. 108) adiciona que a amplitude do saber deste ramo deve ser capaz de encampar ferramentas conceituais que permitam a aproximação entre o conhecimento e a realidade, assim como também a compreensão de suas manifestações ilegais, quando da deturpação do cumprimento da pena.

Contudo, tal pensamento somente pode ser desenvolvido quando se entende que a prisão não é constituída na forma como as normas jurídicas intencionaram a construí-la, mas, sim, pela ordem inversa: o ambiente carcerário possui suas próprias regras, em virtude de constituir um espaço social específico (Vacani, 2015, p. 98). A distância gritante entre a estrutura real do sistema carcerário e os princípios constitucionais e regras instituídas pela Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) demonstram que as prisões têm um funcionamento autônomo a estes, orientado, em verdade, a partir da violência e de relações arbitrárias (Vacani, 2015, p. 98-99). Por esta razão, a compreensão adequada da realidade exige esta mudança metodológica na análise do fenômeno.

Para superar este paradigma de estagnação na execução penal, sugere-se um comportamento emancipatório, a fim de se construir um “pensamento científico crítico, sempre voltado para o porvir, para a transformação das situações sociais de injustiça” (Cacicedo, 2023a, p. 23). Isto implica extrair o Direito, não, de abstrações legais, mas sempre confrontando o texto normativo com a realidade à qual se pretende aplicá-lo.

⁸² “a) la prisión es equivalente a la privación de libertad y por lo tanto, funciona sobre los fines que la ley plantea; b) el tiempo de prisión es asimilable a la duración cronológica del tiempo social; c) el espacio de prisión está determinado sobre las condicionaes de orden y disciplina que protege la ley; d) el tiempo de la pena es proyectivo, supone a la persona detenida como sujeto que vive y se desarrolla positivamente en prisión, con miras hacia su reintegración social” (tradução nossa).

Na prática, isto implica uma postura ativa do julgador, o qual, consciente de como, de fato, a realidade funciona, deve nortear a condução de sua atividade judicante de acordo com tal. Aponto como a realidade brasileira muito se assemelha à argentina, narrada por Vacani (2019, p. 106), com evidente dificuldade de controle judicial das práticas penitenciárias, delegando-se à autoridade administrativa avaliações que deveriam ser de competência precípua do Poder Judiciário. Exemplo claro disso é o julgamento dos Procedimentos Administrativos Disciplinares (PAD), submetidos à mera homologação do órgão judicante⁸³, ou o condicionamento da progressão de regime ao exame criminológico e ao bom comportamento, atestado pelo diretor da unidade⁸⁴. Condiciona-se o gozo de um direito subjetivo – derivado constitucionalmente do sistema progressivo –, a duas decisões não-jurídicas: a opinião do diretor do estabelecimento sobre o bom comportamento e a decisão do profissional que carrear o exame criminológico. A discricionariedade de ambos pode sujeitar o exercício de um direito a elementos aleatórios, não-jurídicos, de difícil – ou impossível –, questionamento por parte da defesa, em caso de negativa de pareceres contrários ao deferimento do pleito.

Dentro desta lógica, alguns questionamentos permanecem: negado o direito por reprovação no exame, quando poderá o indivíduo tentar novamente? Até quando ficará preso em regime mais gravoso? Por certo, a exigência legal dará abertura para um direito penal do autor, permitindo que “pessoas perigosas” permaneçam presas em regime fechado por tempo indeterminado, à mercê de uma decisão discricionária não-jurídica, em contrariedade aos princípios penais que norteiam a execução.

⁸³ Em minha experiência própria, é revoltando a indiferença da maioria dos juízes quando da homologação dos PADs. É como se os julgadores adotassem uma cegueira deliberada, ignorando a realidade das penitenciárias, fazendo mera análise formal que se resume à verificação da existência de defesa técnica ao acusado. A existência de um único agente que confirme a suposta conduta desvirtuosa é suficiente para se homologar a falta grave, ignorando-se ser este um dos maiores artifícios disponíveis ao agente penal para punir pessoas presas a seu bel prazer, à margem da lei, imputando-lhes supostas faltas nunca cometidas, a fim de perpetuar a estadia de seu desafeto no regime fechado. Há desproporção entre o grau de criteriosidade na avaliação do devido processo legal empregado pela Administração – que vai desde o respeito ao procedimento até quais provas se consideraram suficientes para a condenação –, e a gravidade das consequências processuais da homologação da falta. Parece que a nomenclatura de “falta” minimiza a potencialidade destrutiva deste fato na vida do recluso. O reinício de contagem do requisito objetivo da progressão, o impedimento de concessão de livramento por 12 meses, entre outros reflexos negativos deveriam exigir um alto grau de criteriosidade na avaliação desses procedimentos administrativos, similar à própria condenação por um fato criminoso.

⁸⁴ A Lei nº 14.843/24 (Brasil, 2024a) promoveu alteração do art. 112, da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), reinserindo o exame criminológico na agenda da execução penal, ao condicionar todas as análises de progressão de regime à aprovação naquele. Esta inovação legal comporta diversas críticas. Primeiro, a incapacidade de um exame, realizado de maneira duvidosa, considerando-se a diversidade de realidades carcerárias e judiciárias em todo o território brasileiro, atestar a capacidade – ou não –, de uma pessoa voltar ao convívio social, ou seu nível de “regeneração”. Sobre este ponto, é contraditório à premissa posta no subtópico 2.1, pondo por terra este requisito, pois não pode o Estado pretender exigir a ressocialização do indivíduo, esperando-o estar apto a retornar progressivamente à sociedade, se as condições penitenciárias não são capazes de ensejar tal mudança. A duas, a morosidade para realização do exame certamente atrasará a concessão do direito, fazendo com que o indivíduo aguarde em regime mais gravoso na pendência de sua realização.

Alguns reflexos práticos da mudança epistemológica proposta seria, por exemplo, ter um olhar crítico durante a avaliação de um Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), exigindo uma certa robustez probatória para a homologação de uma falta grave, consciente de que os agentes penitenciários, usualmente, tendem a ratificar a versão uns dos outros. Ou, então, iniciar a análise de incidentes de execução penal, tais como os pedidos de progressão de regime, com larga antecedência, ciente das limitações da Secretaria, do Juízo e do Ministério Público em imprimir agilidade ao procedimento, principalmente agora, com a exigência de exame criminológico, que certamente terá grande fila de reclusos para sua realização. Isto evitará que os jurisdicionados fiquem meses presos em regime mais gravoso na pendência do deferimento do pedido. Ademais, a meu ver, o novo prisma epistemológico permite sobrepor a análise judicial ao resultado do exame criminológico, posicionando o julgador como verdadeiro protagonista no deferimento do pedido, e, não, como mero homologador, subordinado às decisões discricionárias administrativas.

Um instrumento importante para se implementar esta mudança paradigmática, promovendo a aproximação o Poder Judiciário e do ambiente carcerário são as políticas de inspeções e monitoramento (Cacicedo, 2023a, p. 24). O contraponto desta prática é a ignorância, que atribui uma presunção de legalidade a práticas evidentemente antijurídicas, inclusive, já reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O monitoramento permite um controle judicial sobre o que acontece no interior das penitenciárias, ao encontro do que defendi no tópico 3.3, sobre a necessidade de produção de dados, oriundo do dever estatal de informar.

Embora a legislação brasileira atribua responsabilidade a diversos órgãos de controle externo da tarefa de inspecionar as penitenciárias – com destaque para os juízos da execução, Ministério Público e Defensoria Pública –, o cumprimento raramente é desempenhado com o criticismo necessário, reduzindo a tarefa a uma mera visita, comum e burocrática (Cacicedo, 2023b, p. 417). Quando ocorrem nestes moldes, segundo Cacicedo (2023b, p. 414), servem a um objetivo oposto, haja vista “não possuem qualquer compromisso com a proteção de direitos humanos, mas com a própria legitimação do estado em que se encontra a prisão”. Em verdade, as inspeções devem desempenhar “funções de transparência, controle, prevenção e responsabilização principalmente em relação aos direitos humanos” (Cacicedo, 2023b, p. 412).

Para tanto, há alguns princípios e diretrizes, padronizados internacionalmente, que devem nortear as inspeções. A primeira delas é a atividade ser desempenhada por órgão independente da administração penitenciária, com independência de julgamento sobre as formas de resolução dos problemas identificados, não podendo haver qualquer forma de

subordinação hierárquica (Cacicedo, 2023b, p. 412). Nada impede que haja um duplo sistema de inspeções – interna, da própria administração, e externa -, porém, a existência desta é imprescindível (Cacicedo, 2023b, p. 413).

As atividades também devem ser carreadas em grupo, tanto pela multiplicidade de tarefas que se exige dos profissionais destacados quanto para se evitar qualquer tipo de coação ou embaraçamento por parte dos agentes penitenciários sobre a equipe (Cacicedo, 2023b, p. 413). Deve ser autorizada a entrada em todos os ambientes do estabelecimento prisional, bem como de todo o equipamento necessário para aferição dos indicadores necessários (tais como balanças para os alimentos e termômetros para se medir a temperatura das celas) e para gravação de imagens (Cacicedo, 2023b, p. 413-414).

O monitoramento deve ocorrer de forma periódica, frequente e sem aviso prévio, a fim evitar camuflagens das reais condições estruturais encontradas nos estabelecimentos prisionais (Cacicedo, 2023b, p. 414-415). Ademais, é importante que haja uma triangulação de diversas fontes das informações extraídas, tais como entrevistas com os membros da administração penitenciária, com as pessoas presas e observações empíricas (Cacicedo, 2023b, p. 415), sendo também relevante haver uma devolutiva à comunidade carcerária dos achados durante as inspeções (Cacicedo, 2023b, p. 415).

A implementação do correto monitoramento das prisões é o primeiro passo para a aproximação do Judiciário com a realidade, com vistas a se atribuírem consequências jurídicas, dentro do processo de execução, à vasta gama de ilegalidades permitidas pelo Estado no ambiente prisional (Cacicedo, 2023a, p. 24-25). A cegueira em relação à realidade é o que vem permitindo uma legitimação e impunidade dos inúmeros atos de violência que definem a aplicação da pena, dinâmica esta que só pode ser superada após uma deslegitimação do sistema, nos moldes postos até então (Vacani, 2019, p. 99).

Portanto, a construção de uma teoria crítica da execução penal deve partir da premissa de a sanção fixada na sentença, ancorada na gravidade do ato e da culpabilidade do autor, encerra uma carga punitiva que não pode ser modificada no momento de sua execução (Vacani, 2019, p. 101). Para tanto, a teoria tem que ser capaz de integrar as disfuncionalidades do sistema, compreendendo a sanção apenas como uma parte do processo punitivo, de forma a incluir neste também seu conteúdo antijurídico (Vacani, 2019, p. 108).

Isto implica duas mudanças de perspectiva na relação jurídica: na determinação ideal da sanção e sua real individualização penitenciária, avaliando se a aplicação do castigo respeita o trato digno ou se o supera; e na relação entre condenado e Estado, atribuindo deveres não

somente àquele, mas também a este, relativamente a não submeter a pessoa presa à imposição de castigos antijurídicos (Vacani, 2019, p. 108-109).

Assim, a teoria crítica da execução penal desempenha uma função dinâmica de acompanhar a eventual mudança de seu objeto, definido pela quantia de pena aplicada, cuja deturpação deriva da imposição de restrições mais gravosas a direitos (Vacani, 2019, p. 110). Como consequência deste pensamento, o excesso punitivo deve ser compensado. Assim, postula Vacani (2019, p. 101) que todas as variáveis qualitativas que componham um núcleo de antijuridicidade, deturpando a execução da pena para além dos limites da sentença, “devem integrar um sistema de consequências jurídicas negativas, que devem ser equiparáveis, no processo de execução, àquelas positivas devido à exclusão”⁸⁵.

Portanto, o excesso antijurídico, negativo, deve integrar o sistema progressivo da pena por meio de um método jurídico, refletindo processualmente na concessão dos direitos inerentes à execução, tal como a progressão de regime, livramento condicional, entre outros. A seguir, passarei por algumas construções conceituais que robustecem o sistema de compensações punitivas.

4.1.2 Conceitos-base para a determinação da pena indeterminada

O objetivo desta tese é justamente tentar contribuir com a construção daquele “sistema de consequências jurídicas negativas”, enunciado por Vacani (2019, p. 101), que passa necessariamente pela aferição das variáveis qualitativas antijurídicas, as quais são responsáveis por deixar a carga punitiva da sanção penal indeterminada. O instrumento que pretendo desenvolver neste trabalho é destinado a determinar esta pena, tornando o que, hoje, é intangível e abstrato – um sofrimento em excesso -, em algo melhor delimitado e quantificado, a partir de parâmetros objetivos. A determinação da pena, no momento executório, é um processo sem o qual não se promove justiça, diante do apresentado quadro catastrófico do sistema carcerário. Para tanto, desenvolverei, neste tópico, alguns conceitos-base para alicerçar uma teoria da compensação penal.

Sempre que falo em justiça é importante frisar se tratar de uma aproximação dela, haja vista, ainda que compensada a pena, o fato de o indivíduo sair do cárcere de maneira mais acelerada não torna as condições vivenciadas melhores. Em síntese, a pena aplicada em total desconformidade com balizas mínimas amparadas na dignidade humana em nenhuma hipótese

⁸⁵ “[...] deben integrar um sistema de consecuencias jurídicas negativas, que deben se equiparables em el proceso de ejecución, a aquellas positivas por exclusión” (tradução nossa).

será legítima, ainda que se ajuste o período de tempo linear passado na prisão. Nada obstante, isto não impede que se pensem alternativas orientadas à melhora das práticas, repensando as formas de aplicação da punitividade.

A proposição por mim trabalhada caminha em sentido similar ao defendido por Matthews (1987, p. 394), dentro de uma criminologia realista, sendo um de seus pressupostos tratar de possíveis mudanças no sistema carcerário como o caminho para melhorá-lo, visto as práticas brutais próprias do ambiente carcerário terem se mostrado totalmente contraproducentes – para o indivíduo e para a própria sociedade. Devido à ausência de perspectiva real de extinção das prisões como forma de punição primordial nas sociedades ocidentais modernas, esta linha criminológica busca trabalhar com alternativas dentro da realidade (Matthews, 1987, p. 393). Portanto, ao se concluir que a instituição permanecerá, a discussão deve recair sobre quais crimes e circunstâncias devem realmente justificar a colocação na prisão, admitindo as falhas desta (Matthews, 1987, p. 393).

Ao contrapor a linha abolicionista radical com o reformismo, o autor encontra uma simbiose entre ambos, a partir da segunda onda do abolicionismo – mais factível -, a qual, embora reconheça que a prisão é, em grande medida, contraproducente e não serve para os fins propostos, tais como a dissuasão de indivíduos, enxergam benefício nas reformas (Matthews, 2018, p. 24). Ademais, o autor argumenta que o reformismo é um caminho natural para que o abolicionismo, um dia, ocorra (Matthews, 2018, p. 31).

Em síntese, esta proposta de criminologia realista pretende levar em conta todas as deficiências da prisão, no que se incluem as peculiaridades brasileiras tratadas na primeira parte desta tese, repensando as formas de aplicação deste instituto, a fim de encontrar alternativas reais para atenuação do problema. A compensação penal, portanto, figura-se como exemplo de racionalização sobre as práticas atuais, na tentativa de suavização das barbáries ocorridas.

Outro conceito interessante foi trabalhado pelo Tribunal Supremo da Espanha⁸⁶ (Espanha, 1999), ao realizar uma classificação das compensações de culpabilidade entre “construtivas” e “destrutivas”. São espécies das primeiras a confissão e a reparação, porquanto “se trata de um ato do próprio autor no sentido dos valores da ordem jurídica”⁸⁷ (Espanha, 1999), assim, trata-se de uma reafirmação desta. Por outro lado, o Código Penal espanhol (Espanha, 1995) também reconhece as compensações destrutivas, exemplificando a Corte o

⁸⁶ Utilizo o método funcionalista, dentro do Direito Comparado, em razão da similitude dos sistemas brasileiro e espanhol. A construção utilizada pelo Tribunal Supremo da Espanha, cujo paralelo seria o Supremo Tribunal Federal no Brasil, avança em temática relevante ao presente trabalho, justificando comparação, por meio da análise da fundamentação empregada no julgado estrangeiro (Horbach, 2022, p. 199).

⁸⁷ “[...] se trata de un acto del propio autor en el sentido de los valores del orden jurídico” (tradução nossa).

instituto da detração⁸⁸ e o da compensação de outras restrições à liberdade diversas da prisão na pena⁸⁹ (Espanha, 1999). Diz-se destrutiva pois se acarreta uma perda de direitos em decorrência do crime ou de seu respectivo processo, a qual, ainda que impostas legitimamente, tais como medidas cautelares, devem ser consideradas pelo julgador, sob pena de se aplicar pena efetivamente mais grave à pessoa condenada do que a quantia justa, oriunda do fato delituoso cometido (Espanha, 1999).

Conclui-se que a não compensação desta quantia de direitos subtraída do jurisdicionado ocasionaria indevido rompimento com o princípio da culpabilidade, no sentido de a pena final aplicada, somada às restrições cautelares superarem a quantidade de mal causada pelo infrator com sua conduta criminosa (Espanha, 1999). Ainda, se os atos destrutivos legítimos perpetrados pelo Estado devem ser compensados, mais ainda o devem os ilegítimos (Espanha, 1999).

Tendo por base o conceito das compensações destrutivas, Sousa Filho (2019, p. 600-601) propõe uma reinterpretação constitucional acerca da detração⁹⁰, à luz dos princípios da culpabilidade, da proibição à dupla punição (*ne bis in idem*) e da proporcionalidade, a fim de se considerarem como pena todas as restrições a direitos fundamentais, sejam legítimas ou ilegítimas. Realizarei um recorte em relação às considerações acerca destas últimas, apesar de o autor se deter profundamente também sobre as restrições cautelares, previstas no ordenamento.

A culpabilidade, nas sociedades onde impera a dignidade humana como norte constitucional, limita a imposição de uma pena, limitação esta resultado do sopesamento entre o grau de autonomia do sujeito e o nível de lesão ou ameaça ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal infringido (Sousa Filho, 2019, p. 602). O autor também coloca como fator limitante da imposição penal a sua utilidade, de maneira que tanto sua capacidade de produzir efeitos preventivos quanto a existência de outras formas retributivas (como penas alternativas) podem funcionar para diminuir ou extinguir a sanção penal (Sousa Filho, 2019, p. 603-604). Portanto, a culpabilidade e o grau de utilidade da pena, extraído da finalidade a esta atribuída, definirá o conteúdo aflictivo da sanção (Sousa Filho, 2019, p. 604).

⁸⁸ “Artículo 58: 1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa. [...]” (Espanha, 1995).

⁸⁹ “Artículo 59: Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada” (Espanha, 1995).

⁹⁰ A aplicação do instituto da compensação por analogia à detração será melhor analisada no subtópico 5.4.4.

Como defendi na seção 2 desta tese, embora tenha afirmado que a pena encerre capacidade difusa de prevenir novas condutas delitivas, seja pelo viés geral (ameaça de aplicação) ou pelo específico (imposição efetiva), os mecanismos desta ocorrência, bem como sua exata extensão, ainda não foram definidos cientificamente. Isto confere incerteza e insegurança a esta premissa, do que decorre sua inviabilidade para guiar políticas criminais de maneira concreta.

Assim, no aspecto trabalhado pelo autor citado, isto é, dentro de um plano que admita uma relação retributiva entre cometimento de ilícito e a pena aplica, esta somente se mostrará útil quando devolve em igual medida – ou inferior –, o mal causado pelo ofensor, não necessariamente pela pena de prisão. Portanto, a pena útil é aquela que exclui uma punição mais grave do que o resultado da ponderação dos elementos subjetivos e objetivos da culpabilidade (Vacani, 2019, p. 101), respeitando o grau de retributividade imposto na sentença.

O segundo princípio-base interpretativo constitucional que alicerça a necessidade do implemento da compensação penal é a proibição à dupla punição (*ne bis in idem*). Sousa Filho (2019, p. 605) explica se extrair desta uma perspectiva processual, de proibição à renovação de processos sobre o mesmo fato, e outra material, pela vedação à dupla punição sobre o mesmo fato. Este último aspecto tangencia mais o tema cerne desta tese.

Em síntese, o fato de os tratados e convenções internacionais ditarem a forma digna como o cumprimento de pena deve ser não extirpa o conteúdo também aflitivo do excesso ilegítimo, quando aplicado pelo Estado (Zaffaroni, 2012, p. 360). Por esta ideia, portanto, os limites legítimos da pena seriam a única punição justa a ser aplicada e, na medida em que o Estado vai além daqueles, aplica-se um segundo castigo, paralelo à lei, antijurídico, tornando dupla a punição pelo mesmo fato.

Esta soma de reações punitivas, além de desproporcional quando se toma o injusto cometido, prejudica a garantia à previsibilidade das sanções pelos cidadãos (Sousa Filho, 2019, p. 606), porquanto torna a pena aplicada indeterminada durante sua execução. Aquela garantia é fundante do Estado de Direito, imprescindível para possibilitar o planejamento das ações em potencial dos jurisdicionados. Destarte, ao mesmo tempo que o princípio *ne bis in idem*, por não se encontrar expressamente previsto na Constituição (Brasil, 1988), é extraído do Estado de Direito, da proporcionalidade e de legalidade (Sousa Filho, 2019, p. 606), seu desrespeito, em contrapartida, ameaça uma das bases do ordenamento. Sendo ambas as penas, a legal e a ilegal, igualmente sanções, o excesso deve ser considerado e compensado.

Por fim, a proporcionalidade da pena, no campo penal, adota um sentido um pouco distinto de sua tradicional estrutura (cujos subelementos são a adequação, a necessidade e a

proporcionalidade em sentido estrito), servindo como limitador da punição “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”⁹¹ (Sousa Filho, 2019, p. 610). Há, portanto, intensa ligação entre os princípios da proporcionalidade, o da culpabilidade e o da vedação à dupla punição, porquanto todos servem a esta finalidade de limitação da punição (Sousa Filho, 2019, p. 611).

A proporcionalidade pode ser utilizada de maneira retórica nos discursos jurídicos, principalmente quando por detrás da ideia de prevenção da pena. Dada punição poderá mais facilmente se passar por proporcional quando o segundo termo, sobre o qual se pretende estabelecer proporção, é obscuro, abstrato e indeterminado. Se não há consenso sobre como alcançar a finalidade pretendida – prevenção –, nem sequer acerca do quanto de pena é necessário para se prevenir cada delito, a sanção adequada para cada caso passa a ser variável, fluída, a depender de quem interpretará a norma e aplicará a pena. Esta relativização é extremamente perigosa para o ordenamento, pois coloca em xeque todos os princípios-base trabalhados nesta subseção, abrindo espaço para injustiças e arbitrariedades.

Então, se a pena possui uma certeza de seus limites antes do cometimento do crime – baseada na cominação abstrata legal –, e durante seu processamento, pelos parâmetros dosimétricos adotados pelo juízo na sentença, não se pode alterar o conteúdo de sua carga punitiva no momento executório, sob pena de se modificar os próprios limites do decreto condenatório (Vacani, 2019, p. 113). A despeito dos conceitos-base acima descritos, uma questão residual pode ainda permanecer, relacionada à possibilidade jurídica desta aparente “modificação” do conteúdo do decreto condenatório ante seu status de coisa julgada. Se, na sentença, o magistrado individualiza a sanção de acordo com a culpabilidade, as operações compensatórias não colocariam em xeque a própria coisa julgada e a individualização da pena?

A resposta é negativa. A primeira razão consiste na característica dinâmica do conteúdo aflitivo durante o cumprimento da pena, motivo pelo qual se exige um sistema de consequências jurídicas apto a encampar tais alterações (Vacani, 2019, p. 113). Isto implica quantificar e determinar qual ato antijurídico aconteceu, em que intensidade, em qual momento, quais efeitos gerou à pessoa presa, entre outras delimitações atinentes à extensão das consequências, para que sejam devidamente compensadas, da maneira mais justa possível, nos requisitos de tempo linear dentro do sistema progressivo (Vacani, 2019, p. 113-114).

⁹¹ Neste mesmo sentido, ver Zaffaroni (2020, p. 27-28).

Para tanto, o autor divide a pena em duas variáveis: a legal, compreendida pelo tempo linear, sobre o qual se calcularão os direitos carcerários; e a ilegal, cuja determinação depende da gravidade qualitativas do castigo durante a execução (Vacani, 2019, p. 120). A variável ilegal, portanto, influencia na variável legal, alterando a contagem para aquisição de direitos, podendo, até mesmo, em casos de extrema desproporção entre o excesso ilegal e o injusto cometido, culminar no esgotamento total da pena (Vacani, 2019, p. 120).

Estabelecidas estas premissas, Vacani (2024, p. 624) explica que apenas a sentença goza de status de coisa julgada material, mas, não, o cômputo da pena. Portanto, a modificação no âmbito da compensação penal estaria dentro da avaliação das condições reais sob as quais o sujeito foi submetido durante o cumprimento de pena, o que é mutável. Por isso, Vacani (2024, p. 555) defende ser necessária uma individualização a posteriori, distinta daquela realizada na sentença: agora, na fase executória. Enquanto, no primeiro momento, a individualização da pena tem como termo principal a culpabilidade e a gravidade lesiva do fato, nesta, tem-se por base a pena aplicada com o grau de intensidade da pena, aferido a partir de variáveis qualitativas (Vacani, 2024, p. 555).

Portanto, a individualização a posteriori, tida como esta contínua avaliação jurídica das condições carcerárias ao longo do cumprimento da pena, é imprescindível para a própria preservação dos limites impostos na sentença. Em suma, esta avaliação continuada destina-se à preservação dos demais direitos fundamentais citados: a culpabilidade, vedação à dupla punição e respeito à proporcionalidade entre fato consumado e punição efetivamente aplicada.

A desconstrução realizada ao longo do primeiro capítulo desta tese, trazendo a retribuição para o centro da discussão, ao menos para fins político-criminais, revela sua importância. Repensar a retribuição não condiz com legitimá-la da forma aplicada, mas, dentro da apresentada criminologia realista, refletir sobre a prática punitiva com intuito de aperfeiçoá-la no plano do possível, factível.

Ademais, reinterpretando-se a tradicional teoria da pena por meio de dados empíricos aplicados à realidade brasileira, abre-se espaço para a manifestação menos enviesada da proporcionalidade, subordinada tão somente aos elementos inerentes ao fato delituoso cometido (culpabilidade e prejuízo ou perigo ao bem jurídico). Esta mudança de perspectiva é imprescindível para que a punição e a compensação se convertam na mesma moeda: anos de vida do sujeito preso.

4.2 Evolução jurisprudencial sobre o tema

A partir da nova proposta epistemológica sugerida, aplicada à execução penal, e tendo por base os conceitos teóricos desenvolvidos, volto-me a analisar como a jurisprudência – a nível nacional e internacional –, vem desenvolvendo a temática proposta. Nesta subseção, pretendo apontar os avanços e deficiências, a meu ver, dos julgados sobre o tema, no intuito de melhor direcionar meu instrumento, trabalhando-os cronologicamente.

Para tanto, analisarei duas oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal foi suscitado a debater o tema da compensação penal, na Recurso Extraordinário nº 580.252 (Brasil, 2017) e, mais recentemente, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (Brasil, 2023). Também, tratarei do paradigmático julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018a; 2018b) sobre o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, em que o Brasil foi condenado ao cômputo dobrado de pena, alternativa análoga à do caso do Complexo do Curado, em Pernambuco.

4.2.1 Supremo Tribunal Federal e o Recurso Extraordinário nº 580.252: a opção pela indenização pecuniária e sua inadequação à realidade brasileira

Segundo seu relator, o ex-ministro Teori Zavacski, a demanda tratava do caso de um indivíduo:

[...] Condenado a 20 anos de reclusão por crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP), visando ao pagamento de indenização por dano moral causado pelas ilegítimas e sub-humanas condições a que está submetido no cumprimento de pena em estabelecimento prisional situado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul. [...] (Brasil, 2017, p. 4).

A controvérsia travada no julgado, como próprio desta classe de recursos, era de direito, especificamente, se cumpria ou não ao Estado indenizar o dano à esfera moral do recorrente. Isto porque o prejuízo sofrido pelo jurisdicionado era incontroverso, o que foi constatado tanto na primeira quanto na segunda instâncias, ponto presumidamente verdadeiro no recurso.

O acórdão de segundo grau assim descreve a situação fática vivenciada pelos presos daquele estabelecimento: “é notório que a situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica” (Brasil, 2017, p. 11). Complementa-se que:

[...] é público e notório que a Vigilância Sanitária do Município de Corumbá-MS, em diligência, ocorrida no ano de 2003, constatou que efetivamente há superlotação, além de outros inúmeros problemas de higiene, havendo, outrossim, até o risco de transmissão de doenças, tendo determinado a adoção de providência para sanar tais deficiências (Brasil, 2017, p. 11).

Portanto, a existência de uma situação calamitosa – diga-se, similar à grande maioria dos presídios brasileiros -, não foi contestada, sendo certo a presença de fatores críticos, que colocavam seriamente a saúde e, em última instância, a vida de todos os reclusos em risco. Perigo, portanto, sabido pelo Estado. Assim, restava decidir se cumpria ou não este ente indenizar o recorrente pelos cerca de cinco anos em que ficou preso nas dependências do estabelecimento em questão, em condições sub-humanas.

O argumento central contrário era a reserva do possível, haja vista a garantia da indenização para o recorrente deveria ser abrangida a todas os presos que se encontravam na mesma situação, o que representaria um gasto imenso aos cofres públicos, tornando-se inviável. Em contrapartida, havia a série de direitos fundamentais do recorrente infringidos pela manutenção de seu aprisionamento em condições precárias de vida, o que extrapola os limites da pena, criando uma situação totalmente antijurídica.

Contudo, ao final, assim como os direitos fundamentais têm aplicação imediata, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 37, §6º, da Constituição Federal (Brasil, 1988) também é autoexecutável, não cabendo, no caso, subterfúgios como a separação de poderes ou a reserva do possível para elidir a responsabilidade estatal. Neste sentido, a tese de repercussão proposta pelo relator foi:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento (Brasil, 2017, p. 18).

A par disso, o que importa ao tema central desta tese é a discussão proposta pelo Min. Luís Roberto Barroso, em voto-vista. Em seu entendimento – que vai ao encontro do que proponho nesta tese -, a indenização financeira – no caso concreto, no valor singelo de R\$2.000,00 arbitrado na origem -, não soluciona o problema das infrações reiteradas e generalizadas causadas pelo Estado contra seus custodiados.

Pelo contrário, sendo o problema sistêmico, o resultado do Recurso Extraordinário poderia, de fato, dar azo a milhares de ações no mesmo sentido, o que significaria um imenso dispêndio financeiro ao Estado, ainda que justamente devido. Diante deste contexto, “a entrega de uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento.” (Brasil, 2017, p. 38).

Em sentido oposto à consequência jurídica atribuída pelo relator, o Min. Barroso entendeu mais adequado ao caso a fixação de uma indenização *in natura*, na forma de remição

de parte da pena em virtude do sofrimento com as condições carcerárias indignas. Por meio de uma analogia com o art. 126 da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), haveria de ser aferido, no caso concreto, a profundidade dos danos à vítima – pessoa presa –, variando dentro do espectro de quatro a sete dias de prisão para um dia remido.

Para sustentar sua ideia, amparou-se no Direito Comparado, principalmente na Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e nas realidades italiana e estadunidense. Citou diversos precedentes daquela Corte no sentido de tratar da questão penitenciária, especificamente da superlotação e de condições precárias, a partir do prisma do desencarceramento. A Itália, após determinação da CEDH, dentro deste contexto, criou figura similar à proposta pelo Ministro, a partir da qual se diminuía um dia de pena a cada dez cumpridos em condições precárias (Itália, 2014), medida referendada pela Corte. Já em relação aos Estados Unidos, citou, mais recentemente, o caso “*Brown v. Plata*” (Estados Unidos da América, 2011), caso em que também foi determinado pelo Judiciário injunções para remediar a superlotação⁹².

Importante complementar que, neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou adequada a decisão da corte regional californiana (estado contra o qual a demanda foi ajuizada) de determinar a redução da população carcerária utilizando-se de meios já disponíveis na lei estadunidense – além da liberação de condenados de baixo risco para programas junto à comunidade, por meio do instituto chamado “*good time credits*”. Esta modalidade de amortização da pena é concedida, a priori, a depender do comportamento carcerário do indivíduo, variando a quantia de pena compensada a depender da legislação de cada estado⁹³, dependendo também do tipo de crime cometido pelo indivíduo. A função do instituto assemelha-se muito à figura da remição brasileira, forma processual através da qual Barroso sugeriu a compensação.

Voltando-se ao caso concreto brasileiro, necessário se pontuar a forma inovadora como seria interpretada e aplicada esta forma indenizatória. Tratar-se-ia de uma responsabilização civil do Estado, devido aos danos morais causados ao jurisdicionado pelas condições precárias de prisão, a ser pleiteado perante o Juízo da Execução, indenizado na “moeda” da remição, *in natura*, no entendimento do Ministro (Brasil, 2017, p. 89-91). Adicionou que, embora a

⁹² O objetivo era se alcançar o limite médio de 137,5% em todo o estado da Califórnia, proporção adequada segundo autoridades que analisaram o caso.

⁹³ Na Califórnia, por exemplo, em 2018, o apenado poderia compensar até 67% da pena (Prison Fellowship, 2018, p. 2).

Constituição responsabilize o Estado civilmente pelos danos causados aos cidadãos, por outro lado, não especifica a forma por meio da qual esta reparação deva ocorrer.

Esta alternativa traria inúmeros benefícios, conforme narrado no voto-vista. O primeiro seria financeiro ao Estado, porquanto, preferencialmente, a indenização ocorreria pela via da remição, sendo o pagamento em pecúnia apenas forma subsidiária, quando a pessoa já houvesse cumprido a totalidade da pena quando do pedido. O segundo benefício se voltaria à pessoa presa, a qual teria sua liberdade restituída de maneira mais rápida, reparação de maior valia e na mesma “moeda” quando em comparação a uma módica quantia em dinheiro. Em terceiro, tem-se que o abreviamento do tempo de prisão acaba combatendo uma das principais razões dos ultrages aos direitos fundamentais observados: a superlotação. Assim, contribuiria, também, para a paulatina diminuição do número de pessoas na prisão (Brasil, 2017, p. 87-89).

A tese de repercussão geral sugerida, então, foi a seguinte:

O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente. (Brasil, 2017, p. 98).

A alternativa, todavia, encontrou resistências por parte de alguns ministros. A par de todos concordarem com o brilhantismo e arrojo da sugestão do Min. Barroso, algumas objeções processuais e constitucionais foram levantadas, merecendo reflexão, pela importância ao desenvolvimento desta tese. Assim, rechaçá-las-ei uma a uma.

A primeira delas seria relativamente ao limite legal de cumprimento de pena previsto pelo art. 75 do Código Penal – alterado pela Lei nº 13.964/19 (Brasil, 2019a), que aumentou de 30 para 40 anos. Indagou-se como se procederia a remição em relação, por exemplo, a pessoas condenadas a mais de 80 anos de prisão, levando-se em conta a súmula 715, do Supremo Tribunal Federal⁹⁴ - se remiria do total ou do máximo legal (Brasil, 2017, p. 99-100). Acredito que esta incógnita não consistiria em verdadeiro óbice à aplicação do instituto, de sorte que a alternativa não se mostraria inadequada qualquer que fosse a resposta.

⁹⁴ “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”. (Brasil, 2013).

A meu ver, a princípio, a compensação deve se operar sobre a pena total, considerando-a como pena cumprida. Em virtude disso, o sujeito cumpriria período inferior a 40 anos legais conquanto tal operação fosse depreendida do cálculo de seu cômputo objetivo referente a determinado direito. Trazendo de maneira mais concreta, por exemplo, alguém primário condenado a 100 anos por crime hediondo, considerando-se a fração de 2/5 para progressão de regime⁹⁵, cumpriria pena inferior a 40 anos para a aquisição do direito, mediante compensação. Contudo, para uma pessoa condenada a 200 anos, o mesmo não se aplicaria, sob pena de prejuízo ao princípio da isonomia, por se tratar de maneira igual pessoas em situação jurídica distinta – desiguais pelo maior desvalor das condutas perpetradas pelo segundo indivíduo do exemplo em comparação ao primeiro.

O segundo empecilho levantado foi a suposta ofensa ao princípio da legalidade, de sorte que, de acordo com a sugestão, um ilícito civil teria uma indenização de natureza penal, retirando-se, ainda, a competência do juízo cível, transpondo-a para o juízo da execução, excetuados os casos em que a indenização não se desse “*in natura*”.

No tocante à competência do juízo penal para aplicação de uma sanção civil, o próprio Min. Barroso, no decorrer de seu voto, deu exemplo do art. 387, IV, do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), a partir do qual, na sentença condenatória, o juiz pode arbitrar um valor mínimo de compensação à vítima. Isto é uma das ocasiões da mitigação desta competência, que seria aplicável ao presente caso, não sendo óbice esta aplicação advir do juízo da execução (Brasil, 2017, p. 90).

Com relação à reserva legal, o Min. Barroso lembrou que o precedente da criação da remição por estudo e leitura se deu por aplicação jurisprudencial (Brasil, 2017, p. 105). Ademais, constatou que, dentro da responsabilização civil, há a reparação na forma específica, tratando-se, no caso, de direitos de mesma natureza: dignidade humana. Assim, tem-se a “violação da integridade física e moral do preso, componente da dignidade, e estamos em troca dando mais tempo de liberdade ou abreviando o tempo de prisão” (Brasil, 2017, p. 105).

Neste ponto, parece-me, de fato, não haver qualquer vedação legal expressa de o juiz com competência penal eventualmente permear, em sua decisão, instituto da esfera cível, como a indenização por dano moral, como, inclusive, permitido pela lei processual penal. Da mesma sorte, interpretar a compensação como maneira de indenizar civilmente, porém, na forma de

⁹⁵ Conforme previsto no art. 112, V, da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984). Convém lembrar que a Lei nº 13964/19 (Brasil, 2019a) alterou a LEP, especialmente no tocante às frações para alcance do requisito objetivo para progressão de regime – antes, apenas 1/6 (crimes comuns), 2/5 (crime hediondo) ou 3/5 (reincidente em hediondo). Após a inovação legal, há oito possíveis frações, a depender de inúmeras circunstâncias (primariedade, crime cometido com violência ou grave ameaça, entre outras).

uma recompensa penal, a princípio, não seria um problema, comungando do mesmo ponto de vista do Min. Barroso.

Sobre a questão do meio processual de efetivação do direito me debruçarei mais detidamente adiante. Todavia, especificamente neste caso, destaco as limitações processuais próprias do Recurso Extraordinário, tendo os julgadores de aterem-se às balizas do caso concreto. Este problema, enunciado por mim na introdução desta tese, é uma das carências identificadas em se inaugurar este tipo de debate complexo dentro de julgamentos estritos, muito embora com a repercussão geral própria dos recursos extraordinários. Por esta razão, a criação de uma teoria mais ampla e fundamentada, a partir do meio acadêmico, parece-me mais adequada para solucionar a questão, podendo, depois, ser exportada à realidade jurisdicional.

Outro questionamento levantado é que a justificativa elencada por Barroso de que, com a indenização *in natura*, haveria superado o problema fiscal de pagamento de milhares de indenizações não se sustentaria. Isto porque, a princípio, nada impediria a vítima de, após indenizado *in natura*, pleitear, ainda assim, indenização pecuniária, colocando um dos supostos benefícios desta alternativa em xeque.

Mais uma vez, entendo que a exsurgência deste debate em sede de um recurso extraordinário, nascido a partir de uma ação indenizatória, encerra questionamentos peculiares, os quais restarão vencidos ao longo desta tese. A par disso, sustentarei adiante que a compensação sugerida por mim tem caráter penal, e, não, cível. Por esta razão, acredito, mesmo, que as pessoas beneficiadas pelo direito em questão teriam, ainda assim, a possibilidade de pleitear a indenização moral pelos danos sofridos. Isto porque a compensação penal, em um primeiro momento, deriva do excesso de retribuição, e, não, do ultrage aos direitos da personalidade, embora estes sejam afetados de maneira reflexa – razão da possibilidade de cumulação com a indenização cível. Portanto, o suscitado “problema fiscal” seria ainda, de acordo com a minha proposição, um problema – como, de fato, o é até hoje, tendo em vista a tese do Min. Barroso não ter sido acolhida pela maioria dos ministros.

Por fim, convém refletir sobre uma última objeção, sustentada pela Ministra Rosa Weber, a qual merece destaque:

[...] eminente Relator propõe que o bem ‘dignidade’ do ‘preso’, subtraído pelo ‘Estado’ enquanto o submete a condições degradantes de encarceramento em prisão superlotada, seja reparado pela entrega à vítima do bem ‘dinheiro’, pertencente ao ‘Estado’. Já na fórmula da divergência, o bem ‘dignidade’ do ‘preso’, subtraído pelo ‘Estado’, será reparado pela entrega à vítima do bem ‘liberdade’, restituído ao ‘preso’ pelo ‘Estado’.

A primeira imputa ao Estado, causador do dano ao bem ‘dignidade’ do preso, uma consequência que invade diretamente sua esfera jurídico patrimonial, e que consiste na perda de ‘dinheiro’. Ao invés, em face do Estado, o que se

imputa na segunda proposição? Diretamente, nada. A liberdade e a dignidade pertencem ao mesmo titular. Portanto, há uma proposição que retira um bem pertencente ao Estado como consequência do ilícito que este comete, e outra que simplesmente restitui ao preso algo que lhe pertence, por definição. [...] Haveria, portanto, em última análise uma compensação entre obrigações, e não reparação in natura como tal. Com efeito, o Estado, por não cumprir sua obrigação de executar a pena respeitando a dignidade do preso, estaria a abrir mão, voluntariamente, de exigir do preso a obrigação de cumprir integralmente aquela mesma pena.

Ainda que em plano meramente ideal, o Estado estaria ainda a cometer em tese um ilícito contra o reeducando ao abrir mão de seu poder-dever de reeducar, fator assumido em nosso sistema penal para justificar a aplicação da pena (Brasil, 2017, p. 141; grifo no original).

Novamente se imbricando no Direito Civil – seara da qual decorreu a questão suscitada no caso concreto -, entendeu-se que a indenização pela remição não seria adequada pois o Estado não estaria a “perder” nada. Contudo, esta premissa não é verdadeira. O Estado, dentro da lógica estabelecida nesta linha de raciocínio, estaria a perder parte do *jus puniendi*, o que seria uma contraprestação pelo dano causado.

O mais curioso do excerto citado seria um segundo ilícito contra a vítima perpetrado pelo Estado: o de não exercer o poder-dever de reeducar. Adiante, fala-se, ainda, da reinserção social como finalidade da pena, não sendo depreendido da Constituição que a punição encerra um caráter tão somente de castigo (Brasil, 2017, p. 142-143). Em síntese, argumentou-se que punir o Estado a indenizar por infringir direitos fundamentais e, na condenação, determinar-se a compensação penal é, em última instância, também ultrajar um poder-dever de prover a “reeducação” da pessoa condenada.

Sobre o mito da ressocialização da pena – nos moldes brasileiros -, já me detive no primeiro capítulo, razão de ser um argumento totalmente vencido. Não obstante a Constituição Federal, a princípio, não prever a pena como um fim em si mesma – um mero castigo -, da mesma sorte, não previu sua essência real de infração reiterada de direitos fundamentais. Em suma, o *dever-ser* constitucional se afasta em muito da realidade, de forma que considerar, dentro das balizas do julgado, a indenização pela remição uma abstenção do poder-dever de reeducar é conclusão totalmente desconectada do contexto penitenciário brasileiro.

Na verdade, dentro do que proponho nesta tese, estes argumentos não teriam qualquer aplicabilidade às premissas das quais parto. Primeiro, pois, não haveria se falar em nenhuma “perda por parte do Estado” – seja pecuniária ou do *jus puniendi* -, em virtude de a compensação derivar justamente do excesso de punição. Disso se depreende também a falibilidade do argumento ressocializador, a partir de um olhar oposto – não de que o Estado deixou de “reeducar”, mas, sim, que “já reeducou demais”.

De fato, o questionamento da finalidade ressocializadora poderia ser uma crítica viável à proposição por mim sugerida, encerrasse, de fato, a pena esta função prática. Por isso me dediquei, no capítulo anterior, a demonstrar as razões pelas quais entendo o fim primordial da sanção penal ser, hoje, a retribuição. O isolamento dos efeitos da pena proporciona uma troca mais simplificada de “moedas” entre o Estado, por meio da execução penal, e a pessoa presa.

Como dito, a importância do Recurso Extraordinário objeto deste tópico exsurge por ser a primeira – e talvez a única -, oportunidade em que a Corte Suprema discutiu a questão central desta tese: a compensação penal. A par da finalidade, a princípio, acadêmica do presente trabalho, não lhe nego sua potencial importância em guiar eventualmente julgamentos futuros sobre esta importante questão, os quais passarão, em última instância, pelo referendo da Corte Suprema. Por esta razão, entendi útil debater os principais argumentos favoráveis e contrários, até mesmo para trabalhá-los e aperfeiçoá-los ao longo desta investigação.

Ao final, entendo a tese de repercussão geral adotada – a do relator -, inadequada à realidade brasileira. A par de todas as peculiaridades de se julgar situação de tamanha importância e impacto ao sistema penitenciário – maior ainda fosse o resultado do julgamento em sentido diverso -, no bojo de um recurso extraordinário que discutia indenização civil, acredito que seria acertada, ainda assim, a prevalência da divergência.

O voto-vista do Min. Barroso foi muito sólido dentro das proposições sugeridas – em especial pela forma plausível como o adequou ao Direito Civil -, razão de eu defender não ser absurdo considerar a compensação penal como uma espécie de indenização *in natura*, ao menos em um primeiro momento “inaugural”. Mas, mais ainda, a posição foi vanguardista e justa por lembrar a função contramajoritária desempenhada pelo Supremo, em virtude da qual se espera uma posição ativa frente a questões de infração constitucional veemente, como no sistema penitenciário. Em virtude disso, a intervenção da Corte “estaria plenamente justificada na hipótese, porque se daria para proteger e promover os direitos fundamentais de uma minoria que, além de impopular e estigmatizada, não tem voto.” (Brasil, 2017, p. 70-71).

Em síntese, a inadequação da decisão se dá, principalmente, por privilegiar a forma em detrimento da essencial do direito discutido. Tamanha é a gravidade e a urgência das questões debatidas que, a meu ver, seria indiferente a resolução advir da esfera administrativa, cível ou criminal, assim como de menor importância o instituto aplicado analogamente para se promover a compensação. Ademais, a decisão teria repercussão geral, consistindo em uma solução verdadeiramente efetiva para desafogar as penitenciárias superlotadas e independente da eventual inércia do Legislativo ou Executivo. De mais a mais, é fato que uma situação

antijurídica gravíssima foi apresentada à Corte Suprema do país, no entanto, a oportunidade de alteração fática foi postergada a um futuro ainda incerto.

4.2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e o necessário aperfeiçoamento da decisão

Depois de rechaçada pela Suprema Corte a alternativa da compensação penal como uma indenização *in natura* ao sujeito preso, elencando-se inúmeros pretensos empecilhos – a meu ver, de maneira equivocada –, meses depois, o tema retornou ao cenário jurídico. Contudo, de maneira imposta, na forma de punição do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como única forma viável, ainda que paliativa, de reverter o quadro caótico apresentado especificamente pelo presídio denunciado.

O objeto da denúncia foi o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), estabelecimento de regime semiaberto, situado no Rio de Janeiro, o qual, à época da submissão do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, contava com 200% de superlotação e dezenas de mortes não investigadas, com causas não determinadas – 56 entre 2016 e o primeiro trimestre de 2018 (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018a, p. 7) –, além de condições estruturais precárias.

Godoi (2021, p. 9-10), ao analisar a petição enviada à Comissão, pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, na qual se narra a situação observada após sucessivas inspeções no estabelecimento prisional, assim relata a situação narrada:

[...] a deterioração dos alojamentos, repletos de infiltrações e goteiras, que obrigava seus habitantes a improvisar proteções com lonas e sacos plásticos; também a improvisação das instalações elétricas, com materiais inadequados e evidente risco de incêndio; a degradação das instalações sanitárias, com vasos, pias e chuveiros em número insuficiente e sem qualquer separação; a ausência de fluxo contínuo de água, forçando os sentenciados a acumular grandes volumes em tonéis e garrafas plásticas, para consumo, higiene pessoal e limpeza do ambiente; a deficiente coleta de lixo dos alojamentos, resultando em grande acúmulo de restos de alimento e, conseqüentemente, na proliferação de ratos, baratas e insetos variados; a inadequação da ventilação e da iluminação das celas, tanto pelas reduzidas proporções das “janelas”, quanto pela quantidade de coisas penduradas pelas paredes e tetos, dada a ausência de qualquer tipo de armário para o preso guardar seus pertences; a escassez de leitos e colchões, obrigando mais da metade dos habitantes de um alojamento a dormir no chão. [...] a insuficiência dos serviços de assistência médica, evidenciada numa grande quantidade de doenças infectocontagiosas agravadas pela falta de cuidado, de doenças de pele a tuberculose; a péssima alimentação ofertada, carente de nutrientes e sem variação, além de mal acondicionada e, por isso, muitas vezes servida já azeda — o que explica o acumular de restos no interior das celas; a diversidade de perfis de presos ocupando os mesmos espaços, como ex-policiais, presos ameaçados de morte,

os chamados “seguros”, os “neutros” e também dissidentes de facções diversas; e finalmente, o déficit de funcionários por plantão, que inviabiliza o efetivo controle da população e, portanto, a segurança de sentenciados e servidores.

No mesmo sentido, consta da decisão que, além da não dispor de alas separadas para idosos e pessoas LGBTQIA+, “[...] nem todos os presos possuem colchões. Tampouco há suficiente distribuição de uniformes, calçados, roupa de cama e toalhas para o grande número de internos da unidade carcerária”. O diagnóstico técnico ainda destaca serem “[...] insuficientes a incidência do sol e a ventilação cruzada nas celas, e observa que não há água quente disponível na unidade carcerária” (CIDH, 2018a, p. 8-9).

Estas práticas, além de infringirem normativas internas brasileiras, desrespeitam as Regras de Mandela (Conselho Nacional de Justiça, 2016b), das Nações Unidas, e os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

É interessante ressaltar que, no pleito inicial endereçado à Comissão, os peticionantes deixaram muito claro que, embora a superlotação e as condições precárias estivessem presentes no estabelecimento prisional, aquela não era causa destas, de maneira que ambos os problemas necessitavam de intervenções enérgicas (Godoi; Matosinhos, 2021, p. 11). Este é um ponto importante e, por isso, reitero-o: embora a superlotação reverbere em outros aspectos qualitativos da vida na prisão, por outro lado, constitui apenas uma das questões a serem sanadas; acabar com o excesso de pessoas presas não resolve todo o problema.

Entre o recebimento da petição pela Comissão, em maio de 2016, até janeiro de 2017 – quando o caso foi, finalmente, submetido à Corte –, houve diversas solicitações não atendidas pelo Estado brasileiro, mantendo-se a situação precária observada no Instituto Penal (Godoi; Matosinhos, 2021, p. 11-13). Em fevereiro de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017, p. 1-2) emite a seguinte resolução, na qual se determina:

a) adotar todas as medidas necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho;² b) erradicar concretamente os riscos de morte não natural e de atentados contra a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no centro penitenciário;³ c) apresentar à Corte o “Plano de Redução da Superlotação do Sistema Prisional Fluminense”, o mais tardar em 31 de março de 2017, com a especificação de medidas para enfrentar a situação de superlotação e superpopulação do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho; d) informar a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o mais tardar em 31 de março de 2017, sobre as medidas provisórias adotadas em conformidade com essa decisão; e que, posteriormente, o Estado deverá apresentar um relatório periódico, a cada três meses, com as medidas adotadas em conformidade com essa decisão.

O Estado brasileiro continuou recalcitrante em atender às solicitações, motivando o deslocamento de uma comitiva da Corte, para realização de inspeção *in loco*, quando se verificou a persistência da situação precária narrada na petição, sem relevantes alterações do quadro. Diante disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017, p. 21) determinou que, no prazo de três meses, o Estado brasileiro apresentasse “[...] à Corte um diagnóstico técnico e um plano de contingência para a reforma estrutural e de redução da superpopulação e da superlotação no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho [...]”.

Não obstante a determinação anterior, a situação no estabelecimento prisional permaneceu inalterada em fevereiro de 2018, o que motivou a Defensoria Pública enviar uma proposta de plano de ação à Corte. Nesta, alterou-se o destinatário da implementação das medidas, passando do Poder Executivo ao Judiciário – o verdadeiro responsável, em primeiro lugar, do excesso de pessoas presas (Godoi; Matosinhos, 2021, p. 17-18).

Neste momento, as determinações sugeridas não contemplavam a compensação penal, embora adotassem uma ideia de reduzir a entrada e aumentar a saída das pessoas presas. Em síntese, tratava-se de orientações voltadas à antecipação de direitos, imposição de regime alternativo, frente à impossibilidade de alocação do sujeito na unidade de semiaberto, pela ausência de vagas, bem como revisão de alguns entendimentos dos juízes acerca da concessão de direito, como sobre a data base para progressão de regime (Godoi; Matosinhos, 2021, p. 18-19).

O cômputo em dobro foi, na verdade, uma alternativa à qual chegou a própria Corte, ao julgar o caso, a partir do seguinte raciocínio, o qual vale a reprodução literal:

120. Em princípio, e dado que é inegável que as pessoas privadas de liberdade no IPPSC podem estar sofrendo uma pena que lhes impõe um sofrimento antijurídico muito maior que o inerente à mera privação de liberdade, por um lado, é justo reduzir seu tempo de encarceramento, para o que se deve ater a um cálculo razoável, e, por outro, essa redução implica compensar, de algum modo, a pena até agora sofrida na parte antijurídica de sua execução. As penas ilícitas não deixam de ser penas em razão de sua antijuridicidade, e o certo é que vêm sendo executadas e causando sofrimento, circunstância que não se pode negar para chegar a uma solução o mais racional possível, em conformidade com a estrutura jurídica internacional e de acordo com o *mandamus* do Supremo Tribunal Federal estabelecido na Súmula Vinculante Nº. 56.

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 (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018a, p. 23).

Contudo, ao final, adicionou-se uma ressalva à aplicação da solução jurídica:

128. Os desvios de conduta provocados por condições degradantes de execução de privações de liberdade põem em risco os direitos e os bens jurídicos do restante da população, porque gera, em alguma medida, um efeito reprodutor de criminalidade. A Corte não pode ignorar essa circunstância e, pelo menos no que se refere aos direitos fundamentais, a ela se impõe formular um tratamento diferente para o caso de presos acusados de crimes ou supostos crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, embora levando em conta que esses desvios secundários de conduta não ocorrem de maneira inexorável, o que exige uma abordagem particularizada em cada caso.

129. Por conseguinte, a Corte entende que a redução do tempo de prisão compensatória da execução antijurídica, conforme o cômputo antes mencionado, para a população penal do IPPSC em geral, no caso de acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, deverá se sujeitar, em cada caso, a um exame ou perícia técnica criminológica que indique, segundo o prognóstico de conduta que resulte e, em particular, com base em indicadores de agressividade da pessoa, se cabe a redução do tempo real de privação de liberdade, na forma citada de 50%, e se isso não é aconselhável, em virtude de um prognóstico de conduta totalmente negativo, ou se se deve abreviar em medida inferior a 50% (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018a, p. 24).

Primeiro, observo o humanismo da linha de raciocínio adotada para se chegar à alternativa, pois, de fato, a pena não deixa de ser pena por ser antijurídica. Maior valor ainda pela forma autêntica de se resolver o problema. É digno de nota que esta medida drástica, com uma determinação direta ao Estado brasileiro de um resultado a ser alcançado – o cômputo duplo -, somente foi tomada após uma demonstração inequívoca de que a mudança não adviria pela via do Poder Executivo. Apesar disso, facultou-se ao Estado escolher o mecanismo interno por meio do qual isso se daria, não podendo, contudo, alegar empecilhos na legislação nacional para tanto. Assim, a recalcitrância, por meses, do Brasil em implementar qualquer mudança efetiva na finalidade buscada, sem, por outro lado, também acabar sobrecarregando outras unidades, com a simples transferência de reclusos, foi fundamental para a adoção do cômputo duplo.

Godoi e Matosinhos (2021, p. 23) também observam como a Corte encontrou no próprio problema a solução: o grau de superlotação – 200% -, foi utilizado como base de cálculo para o grau de antijuridicidade. Neste ponto, apesar de, nesta tese, eu buscar justamente aperfeiçoar este cálculo, através de uma proposta de avaliação mais acurada do grau de antijuridicidade de cada estabelecimento, por outro lado, isto não funciona como qualquer demérito da decisão. Como já frisei anteriormente, as balizas do caso concreto exigem do julgador uma resposta imediata para determinado caso, muitas vezes não sendo possível maiores digressões sobre o tema, ou mesmo exigirem-se complexas resoluções para o caso, devendo-se optar por modos de pensar mais diretos e objetivos.

Contudo, a meu ver, a ressalva realizada em relação aos crimes violentos e sexuais, condicionando a aplicação do cômputo ao exame criminológico, foi totalmente desacertada. Em um plano lógico, não há qualquer justificativa, dentro do argumento que embasou a escolha da alternativa do cômputo em dobro pela Corte. O tipo de crime em nada se relaciona com o grau de antijuridicidade da pena aplicada, ou com a desumanidade de sua execução, que deve sempre ser evitada. A gravidade do delito reflete em outras esferas da execução penal, tal como na pena aplicada e nos patamares para adimplemento do requisito objetivo aos direitos (*e.g.* progressão e livramento condicional). Admitir a menor incidência do nível de compensação ou mesmo sua inaplicabilidade corresponde a reconhecer a possibilidade de um “estado de exceção” em determinados casos, onde a tortura e submissão a condições degradantes se justifica pelo tipo de crime cometido. Tal entendimento não encontra qualquer justificativa dentro de um Estado Democrático de Direito.

A duas, condicionar-se a aprovação ao exame criminológico, instituto que, por si só, já comporta inúmeras críticas quanto à sua adequação (Bandeira; Camuri; Nascimento, 2011, p. 54-57), apenas criou um empecilho prático para sua aplicação, dificultando ainda mais a vida do sujeito ultrajado pelo Estado. Godoi e Matosinhos (2021, p. 36) descreveram como esta exigência, na prática, funcionou como verdadeiro impedimento para que grande parcela da população do Instituto Penal fosse alcançada pela concessão do direito.

Ressalto que o Complexo Prisional do Curado, em Pernambuco, também foi denunciado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em situação muito semelhante à do Instituto Penal acima mencionado. Composto por três unidades, encontrava-se superlotado em uma taxa superior a 200% (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018b, p. 83), com falência estrutural também anunciada. A Corte, dias após a Resolução relativa ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, determinou que a mesma medida de cômputo em dobro também se aplicasse àquele estabelecimento prisional, também com a ressalva relativa aos crimes violentos contra a vida, a integridade física e sexuais⁹⁶.

Os casos, aqui, destacados encerram uma característica em comum: a razão principal da denúncia era a superlotação. Embora as medidas aplicadas pela CIDH direcionem-se especificamente àqueles, na realidade dos presídios brasileiros, é raro encontrar um estabelecimento cuja ocupação esteja inferior à capacidade planejada. Nada obstante, o cômputo dobrado, por ora, está sendo aplicado apenas em relação aos estabelecimentos-alvo das denúncias perante a CIDH: Plácido de Sá Carvalho (RJ) e Curado (PE). Convém ressaltar,

⁹⁶ A fim de não me estender de maneira indevida, em virtude da semelhança dos casos, deixei de me debruçar a fundo sobre este segundo, no entanto, as observações realizadas se aplicam a ambos.

inclusive, a grande resistência de aplicação da decisão da CIDH pela justiça pernambucana, tendo sido necessário instaurar-se incidente de resolução de demandas repetitivas para fixarem-se teses jurídicas no mesmo sentido da decisão internacional (Pernambuco, 2022).

Neste sentido, cabe uma grande crítica ao Judiciário. É necessário que cada um dos presídios brasileiros superlotados seja denunciado à Corte Interamericana – com toda a burocracia e natural demora envolvida –, para, somente então, se aplicar o cômputo diferenciado? Preocupo-me com esta demonstração do Estado brasileiro de que somente se curvará a este tipo prática se decorrente de uma determinação supranacional. Ora, se o parâmetro adotado é o grau de superlotação, nada mais lógico que a extensão aos demais estabelecimentos prisionais que se encontram com excesso de pessoas, tendo em vista a presunção de antijuridicidade depreendida deste fator.

4.2.3 Supremo Tribunal Federal e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e o retorno do tema da compensação penal

A ADPF nº 347 (Brasil, 2023) foi ajuizada em setembro de 2015, somente sendo julgada em definitivo no dia 04 de outubro de 2023. Parte de um problema estrutural, porquanto trata de um “estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal” (Didier Jr; Zaneti Jr; Oliveira, 2020, p. 2). Portanto, o problema exige uma reestruturação complexa do estado de coisas. Em razão disso, o mencionado processo adequa-se ao conceito de estrutural, haja vista detecta uma situação ilícita de desconformidade e busca a superação progressiva desse estado, a fim de alcançar uma situação ideal, por meio de um programa de reestruturação (Didier Jr; Zaneti Jr; Oliveira, 2020, p. 4).

Neste ponto, farei um recorte analítico da ADPF nº 347, haja vista, devido à sua complexidade, foi instrumento para a implementação de diversas medidas importantes, tais como as audiências de custódia e o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (Brasil, 2023, p. 25-26), as quais não são foco desta tese. Por esta razão, tratarei especificamente do que toca ao tema das compensações punitivas.

A petição inicial, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), buscava a declaração do estado de coisas inconstitucional⁹⁷ em que se encontra o sistema penitenciário

⁹⁷ O termo foi inaugurado pela Corte Constitucional da Colômbia e refere-se a uma situação de violação generalizada de direitos fundamentais, com inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas

brasileiro, com o intuito de se requererem mudanças a serem implementadas (Brasil, 2023, p.

4). Dentre estas, estavam as seguintes, pleiteadas em sede liminar:

[...]

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.

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.

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. [...] (Brasil, 2023, p. 21)

Contudo, quando do julgamento da medida cautelar, o Tribunal Pleno do STF, por unanimidade indeferiu a alínea F, e, por maioria, as alíneas C, D e E (Brasil, 2023, p. 24-25).

No julgamento de mérito da ADPF, decidiu-se, sobre o ponto acima destacado, que os juízes e tribunais “[...] fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão, sempre que possíveis, tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário [...]” (Brasil, 2023, p. 8).

No tocante aos pedidos expressos relativos à compensação penal, o Min. Marco Aurélio Mello, então relator da ADPF nº 347, antes de se aposentar, votou em sentido contrário à possibilidade jurídica do pedido, reafirmando sua tese exarada no julgamento da medida cautelar:

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, 2023, p. 57-58)

Ressalto que o voto foi proferido em sessão plenária no dia 08 de junho de 2021, quando o Brasil já havia sido condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018a;

em modificarem a situação e na necessidade de atuação, visando superar as transgressões, de uma pluralidade de órgãos (Colômbia, 1997).

2018b) ao cômputo dobrado nos presídios Plácido de Sá Carvalho (RJ) e Complexo do Curado (PE). Nada obstante, não houve sequer uma menção do eminente Ministro à decisão internacional, limitando-se rasamente a invocar uma ausência de previsão legal para tanto. Como se o Brasil não fosse signatário do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ignorou-se toda a normativa internacional que tangencia o tema, resumindo a análise à letra fria da antiquada Lei de Execução Penal, datada de 1984 (Brasil, 1984).

Após pedido de vista do Min. Luís Roberto Barroso, somente após mais de dois anos o feito foi trazido a julgamento, sendo proferido voto-vista por aquele julgador, redator do acórdão, após a saída da Corte Suprema do então relator. Primeiro, dividiu seu raciocínio em três eixos:

O estado de desconformidade constitucional do sistema carcerário brasileiro expressa-se por meio: (i) da superlotação e da má-qualidade das vagas existentes, marcadas pelo déficit no fornecimento de bens e serviços essenciais que integram o mínimo existencial (Eixo 1); (ii) das entradas de novos presos no sistema de forma indevida e desproporcional, envolvendo autores primários e delitos de baixa periculosidade, que apenas contribuem para o agravamento da criminalidade (Eixo 2); e (iii) da permanência dos presos por tempo superior àquele previsto na condenação ou em regime mais gravoso do que o devido (Eixo 3) [...] (Brasil, 2023, p. 101).

Por sua vez, realizou detida análise sobre as compensações punitivas, entendendo esta estratégia impactar nos eixos um e três (Brasil, 2023, p. 140). O Ministro embasou seu pensamento na literatura mais atual sobre o tema, bem como no Direito Comparado e nas decisões provenientes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Contudo, apesar de reconhecer a importância do instituto, sugeriu, *obiter dictum*, fosse incluído pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na elaboração de um plano nacional para remediação dos problemas relativos ao “estado de coisas inconstitucional”, à proporção escolhida por aquele órgão, para posterior homologação pelo STF (Brasil, 2023, p. 142-143).

O Min. Barroso ainda sugeriu a gestão da população carcerária, por meio de um controle de vagas, a partir de uma central (semelhante ao que já existe no sistema socioeducativo⁹⁸), a fim de permitir a fruição de alguns direitos da execução penal, antecipadamente. Portanto, sugeriu, também *obiter dictum*, que o CNJ estipulasse critérios e parâmetros para a saída

⁹⁸ Exemplificou o Ministro algumas medidas adotadas neste, tais como “(i) transferências entre estabelecimentos penais; (ii) formação de uma lista de espera para ingresso no caso de superlotação; (iii) determinação da progressão de regime ou saída antecipada do sentenciado que esteja mais próximo de reunir os requisitos para tal benefício (desde que cumpridas determinadas condições, como percentual de tempo de pena cumprido e o caráter não violento do crime); e (iv) admissão excepcional de acomodação de preso em unidade acima de sua capacidade por prazo determinado, desde que o presídio não atinja percentual de superlotação crítica (entendido pelo CNJ como 120%)” (Brasil, 2023b, p. 144).

antecipada, a serem também incluídos no plano nacional, com a construção de indicadores que possibilitassem ao STF monitorar o cumprimento (Brasil, 2023, p. 147).

No mesmo sentido, o Min. Cristiano Zanin acompanhou a proposta trazida no voto-vista, ressaltando a aderência do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, sendo as decisões da Corte Interamericana de observância obrigatória pelos países signatários (Brasil, 2023, p. 199). Ademais, o Min. Zanin lembrou que a *ratio decidendi* da decisão emanada da CIDH é resultado da efetivação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, por esta razão, transcende os limites casuísticos dos estabelecimentos penais aos quais se aplicaram as medidas cautelares (Brasil, 2023, p. 199). Por esta razão, devido ao efeito vinculante das decisões da CIDH (2018a; 2018b), a compensação deveria ocorrer em todos os presídios onde se constataste a apreciada violação de direitos humanos, sendo esta uma situação incontroversa admitida pelo Estado brasileiro (Brasil, 2023, p. 199).

Contrariamente, posicionaram-se o Min. Alexandre de Moraes e o Min. Luiz Fux, durante os debates. O primeiro assim se manifestou sobre a compensação penal em plenário:

Com todo o respeito a esse posicionamento, parece-me não ser possível – nem legislativamente. Entendo não ser adequado do ponto de vista da dupla função de se tratar o assunto, inclusive em relação à segurança pública. Se permitirmos, devemos exigir todas as medidas para melhorar a situação, agora, debitar ou fazer a remissão [sic] de dias, principalmente nas questões dos crimes graves? Volto à questão do roubo com fuzil, um ano e quatro meses; um para um. A pessoa poderia ficar presa oito meses, sete meses, voltando a delinquir (Brasil, 2023, p. 224).

Quanto ao manejo da lotação dos presídios:

Nesse ponto, coloco-me contrário, assim como também quanto à gestão da lotação prisional, com antecipação de saída e de progressão de regime como medidas de última *ratio*. Mesmo como medida de última *ratio*, não me parece que cabe ao Supremo Tribunal Federal indicar. Se não houver uma rápida solução, a outra hipótese seria abrir a possibilidade de o Poder Executivo autorizar, sem uma legislação pertinente, saídas antecipadas. Isso me preocupa muito, repito, principalmente para os crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Até porque – e o Ministro André levantou essa questão –, com o tempo, a diminuição de presos, sem violência ou grave ameaça, vai se fazer sentir, em virtude do acordo de não persecução penal – crimes com até quatro anos de pena mínima, sem violência ou grave ameaça (Brasil, 2023, p. 224).

Já o Min. Fux entendeu que

[...] a compensação punitiva, digamos assim, imposta pela Corte Interamericana no Complexo Penitenciário do Curado vale para aquele lugar, mas, na verdade, a compensação punitiva por privação de liberdade em situação mais gravosa, reduzindo o tempo da pena, da gestão da lotação prisional com antecipação de saída, em meu modo de ver, com a devida vênia, cria uma singular *abolitio criminis*. [...] (Brasil, 2023, p. 255).

Sintetizarei, aqui, os argumentos contrários utilizados como empecilho para implementação da compensação penal, a fim de rechaçá-los. Primeiro, o alegado obstáculo

legal. Como explanei anteriormente⁹⁹, a possibilidade da compensação penal decorre da própria interpretação dos princípios constitucionais basilares do Direito Penal, em especial o da culpabilidade, da vedação da dupla punição e o da proporcionalidade. Direitos e garantias fundamentais extrapolam a ordem infraconstitucional, como é sabido.

É neste sentido que Zaffaroni (2020, p. 25) aduz que o nível de desenvolvimento dogmático-penal atual é capaz de sanar a questão das penas ilícitas, não precisando se recorrer a nenhum critério externo ao próprio ordenamento para resolver o problema. Avança o autor aludindo que os dogmas nada mais são que elementos resultado da decomposição das “leis de maior hierarquia”¹⁰⁰, normas constitucionais e internacionais (Zaffaroni, 2020, p. 26). Incorre em um grave erro quem entende a compensação residir no terreno extralegal – à margem da legalidade –, equívoco somente alcançado mediante indevida inversão dos dogmas de menor hierarquia no lugar dos de maior, recompondo-se a dogmática penal de maneira invertida (Zaffaroni, 2020, p. 26). Portanto, somente este argumento já põe por terra o suposto obstáculo legal.

A propósito, destaco que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental se encontra no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Como bem explicado pelo Min. Nunes Marques, em seu voto-vogal, a ADPF possui uma peculiaridade de contrapor fatos à dicção constitucional, o que corriqueiramente se faz pelo controle difuso (Brasil, 2023, p. 211). Portanto, os fatos trazidos em uma ADPF devem encerrar uma peculiaridade, a ponto de caracterizá-lo como uma infração direta ao preceito fundamental, e não tão somente de forma reflexa, atingindo um dispositivo de Lei Federal antes¹⁰¹ (Brasil, 2023, p. 212). Assim, o que diferencia a situação avaliada na ADPF nº 347 é a magnitude dos fatos, seu “efeito escala”, devido a se tratar de uma violação sistêmica apta a evidenciar a violação direta da ordem constitucional (Brasil, 2023, p. 212).

Tendo esta premissa por base, se a constatação formal de um estado de coisas constitucional é muito mais que uma ofensa à lei, mas a preceitos fundamentais da sociedade, alegar um obstáculo legal para a remediação do problema é contraditório à própria essência da ação. O controle concentrado é direcionado justamente para a detecção de uma antinomia – no âmbito da ADPF, uma contradição de fatos com a ordem constitucional. Portanto, a superação

⁹⁹ Remeto à subseção 4.1.2.

¹⁰⁰ “leyes de mayor jerarquía” (tradução nossa).

¹⁰¹ Exemplifica o Min. Nunes Marques que um crime de homicídio consiste em um “fato inconstitucional”, porquanto afeta reflexamente o direito fundamental à vida, no entanto, não configuraria objeto de uma ADPF (Brasil, 2023b, p. 212).

do quadro vai passar naturalmente por pretensos obstáculos legais, haja vista se a lei estivesse sendo aplicada em sua literalidade, a situação antinômica nem sequer existiria.

Mas, indo além nesta crítica, posso mencionar que a Lei de Execução Penal é datada de 1984 (Brasil, 1984), época em que a realidade carcerária era incomparavelmente diferente da de hoje. As dinâmicas – tanto estruturais quanto sociais –, que permeavam as prisões eram outras. Com relação à população carcerária, em 1984, o número de prisões realizadas¹⁰² foi 120.099 (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 1984); já em 2023, houve a inclusão no sistema prisional de 486.675 (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024a, p. 165; 2024b, p. 163), número mais de quatro vezes maior.

Por sua vez, o Primeiro Comando da Capital – facção criminosa, quiçá, de maior expressividade, tanto nacional quanto internacionalmente –, somente veio a ser criada em 1993 (Folha de São Paulo, 2006). Aquela organização, assim como inúmeras outras que surgiram nos anos subsequentes, é responsável por gerir o microssistema social no interior das prisões, regendo diretamente o funcionamento destas instituições totais, bem como influenciando na tendência criminosa dos reclusos (Silva, 2023, p. 249-251).

Portanto, dada a nova configuração atual do sistema penitenciário e o atraso legislativo em relação às dinâmicas atuais, depreendido da enorme distância normativa da realidade¹⁰³, não pode a Corte Suprema de um país ser alheia a este descompasso. Pelo contrário, é dever conferir interpretação conforme a Constituição aos institutos penais¹⁰⁴, a fim de dar efetividade à enorme gama de direitos fundamentais diuturnamente infringidos pelo Estado, em especial após o reconhecimento formal do estado de coisas inconstitucional.

O segundo argumento elencado foi a dupla função da pena e uma suposta ameaça à segurança pública, principalmente em se tratando de pessoas condenadas por crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça. Este é um argumento típico do discurso punitivista e não guarda qualquer relação lógico-objetiva com as dinâmicas que permeiam a necessidade da compensação penal, derivadas do excesso de retributividade.

De plano, destaco que os direitos individuais prevalecem sobre os coletivos, de maneira que o ser humano não pode ser instrumentalizado para o alcance de direitos difusos, tal como a segurança pública, porquanto o princípio da dignidade presume o “valor intrínseco da pessoa”

¹⁰² Não encontrei fonte segura do número total de presos, porém, as entradas podem servir de base para uma comparação mais objetiva. Anoto que este número inclui até mesmo as prisões em flagrante, com posterior soltura em liberdade provisória, razão da expressividade do número em um único ano.

¹⁰³ Esta temática foi melhor debatida também na subseção 4.1.1.

¹⁰⁴ A exemplo disso, tratarei mais profundamente em tópico futuro sobre a necessária reinterpretação constitucional em relação à detração.

(Sarmiento, 2015, p. 92). Neste sentido, os direitos da população carcerária infringidos residem em um grau de fundamentalidade anterior ao da segurança pública, porquanto estão intrinsecamente ligados à dignidade humana, razão de deverem prevalecer em eventual ponderação (Pulido, 2014, p. 397; Sarmiento, 2015, p. 86).

A par disso, a fala do eminente Min. Alexandre de Moraes, relativamente à dupla função da pena, espelha perfeitamente o populismo penal por detrás da retórica jurídica da prevenção, à qual me referi anteriormente¹⁰⁵. Veja que estava em debate um problema concreto, exaustivamente delimitado e evidenciado por inúmeros dados, os quais denotaram, ao longo do processo da ADPF nº 347, uma situação clara de grave infringência a direitos fundamentais. As soluções, destarte, não são fáceis e exigirão um grande esforço do Judiciário, dada a inércia dos demais Poderes. Em contrapartida, suscita-se um argumento obscuro para dificultar a solução do problema, na defesa de uma pretensa segurança pública, em evidente intuito de instrumentalização da pessoa presa.

Não se pode negar que a compensação penal é um tema delicado, que exigirá grande dispêndio de capital político para sua implementação. É uma solução indigesta, principalmente aos olhos da população geral, pois aparentemente figura como um “perdão” de parte da pena, e, não, como reparação de uma situação injusta. Para a maioria dos cidadãos, por não deterem um conhecimento técnico suficiente para enxergar as compensações punitivas como uma solução, a precariedade da situação carcerária nem sequer representa um problema social. “Bandido bom é bandido morto”, bradam os gritos populares. Portanto, a aceitação das compensações punitivas pela Corte Suprema é exemplo claro do exercício de sua função contramajoritária.

Diante deste contexto conturbado, invoca-se um argumento abstrato, não delimitado, intangível e cientificamente não comprovado, ao menos em termos objetivos, para barrar a alternativa mais palpável encontrada. Como se a prevenção fosse um escudo e uma justificativa para se infringir uma vasta gama de direitos fundamentais, coloca-se aquela como obstáculo, quando efetivamente esta “função da pena” não tem qualquer capacidade de figurar como diretriz real a guiar políticas criminais. Em contrapartida, o discurso da prevenção agrada a população leiga, parecendo razoável impedir a adoção do novo instituto por este argumento. Todavia, em verdade, não há sequer comprovação empírica mínima de que o implemento da compensação penal influenciará no grau de prevenção, seja geral ou específica, causada pela pena - ou, em caso positivo, em que medida. Portanto, este argumento resta rechaçado.

¹⁰⁵ Remeto ao subtópico 4.1.2.

A questão dos crimes cometidos com violência ou grave ameaça também apareceu no debate, ligada à saída antecipada, mediante análise de lotação prisional. A propósito desta sugestão do Min. Barroso, enxergo como uma consequência lógica da compensação penal. A saída antecipada – em razão da aceleração do adimplemento dos requisitos objetivos dentro do sistema progressivo de pena -, será natural. Como sustentei no subtópico anterior, a ressalva da Corte Interamericana de Direitos Humanos aos crimes violentos e sexuais, replicada, em certa medida, no discurso do Min. Alexandre de Moraes, não se sustenta, a meu ver.

Isto porque a gravidade do crime já influencia no grau de culpabilidade do sujeito e na importância do bem jurídico infringido com o ato delituoso, fatores os quais, por sua vez, balizam a dosimetria da sanção aplicada. Portanto, o sujeito condenado por estas classes de crimes mais graves já será tratado com maior reprovação – retributividade -, tanto na maior quantidade de pena imposta quanto no mais alto nível de exigências legais para aquisição de direitos dentro do sistema progressivo¹⁰⁶.

Assim, tratar os indivíduos condenados por crimes violentos de maneira diferente dos demais é criar uma classificação de pessoas condenadas que nem mesmo a lei penal cria. Os direitos que o “criminoso comum” goza são os mesmos que aqueles gozam perante a Lei de Execução Penal, com as distinções já assinaladas – com maior demora para tal usufruto. É como se o Estado admitisse que as pessoas condenadas por crimes mais graves podem ter seus direitos fundamentais violados, em contrariedade à Constituição e à Lei. Assim, entendo que este argumento também não pode ser utilizado para impedir a implementação das compensações punitivas.

O Min. Alexandre de Moraes ainda rememorou a fala do Min. André Mendonça, de que, com o tempo, seria um movimento natural as pessoas condenadas por crimes de menor gravidade saírem da prisão, devido à inovação legal relativa ao acordo de não-persecução penal. Este argumento é falacioso e também não se sustenta. Apontarei alguns erros sobre a premissa de que o instituto servirá para diminuir o número de presos no futuro.

O art. 28-A, §2º, II, do Código de Processo Penal (Brasil, 1941) veda a aplicação do instituto a pessoas reincidentes, ou “[...] se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional [...]”. Veja que, mesmo sendo primário, há um grau de discricionariedade motivada pelo Ministério Público para a não aplicação do instituto.

¹⁰⁶ São inúmeros os exemplos, limitar-me-ei a citar a maior exigência de cumprimento de pena para aquisição do requisito objetivo para o livramento condicional (art. 83, V, do CP; Brasil, 1940) e para a progressão de regime (art. 112 da LEP; Brasil, 1984), em se tratando de crimes hediondos ou equiparados.

Portanto, o público potencialmente atingido pelo direito já não iria preso em regime fechado, quiçá semiaberto, por diversos motivos.

Primeiro, pois o dispositivo legal exige pena mínima inferior a quatro anos. Ou seja, via de regra, no máximo, três anos de pena (visto inexistir crime cuja pena mínima prevista seja superior a três e inferior a quatro anos, exceto em casos de incidência de causa de aumento). Considerando que o indivíduo deve ser primário, a pena imposta, caso, em um plano hipotético, viesse a ser condenado, majoritariamente se situaria entre três e quatro anos, ainda que se considere a incidência de algumas vetoriais negativas na primeira fase¹⁰⁷ ou até mesmo alguma agravante¹⁰⁸, o que suscitaria o regime aberto¹⁰⁹, com possível substituição da pena por restritiva de direitos¹¹⁰. Ainda que se considerasse um crime com mais circunstâncias negativas, ou até mesmo com causa de aumento de pena, dificilmente se alcançaria um regime semiaberto¹¹¹, caso a pena chegasse a patamar superior a quatro e igual ou inferior a oito anos.

Ainda em um exercício de avaliação de probabilidades, tomando por base o Código Penal, ao se observar a variação de cominação abstrata de pena dos crimes cuja mínima é de dois ou três anos, a grande maioria tem reprimenda máxima de até 08 anos¹¹². Algumas figuras possuem uma elasticidade maior, chegando a 12¹¹³, 15¹¹⁴ ou até 16 anos¹¹⁵ de pena máxima. Na prática forense, sabe-se que, para um indivíduo primário, dificilmente a dosimetria que parte da pena mínima de dois ou três anos chegará a oito. Para que isso ocorra, deve o injusto cometido estar repleto de circunstâncias muito negativas, a ponto de se distanciar tanto assim do mínimo. Ainda que se considerasse um caso atípico como este, creio que facilmente o acordo não seria

¹⁰⁷ Relembro a Corte Superior possuir entendimento atual de que “a exasperação da pena basilar, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve seguir o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada vetorial valorada negativamente, fração esta que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, salvo a apresentação de elementos concretos, suficientes e idôneos que justifiquem a necessidade de elevação em patamar superior” (Brasil, 2022).

¹⁰⁸ No mesmo sentido da exasperação da pena-base, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que “deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado” (Brasil, 2017). Portanto, considerando uma pena mínima de 03 anos, poderia o sujeito ter uma vetorial negatizada na primeira fase e uma agravante reconhecida na segunda e, ainda assim, teria sua pena fixada em quatro anos.

¹⁰⁹ Se a pena não ultrapassasse 04 anos, de acordo com o art. 33, §2º, alínea C, do Código Penal (Brasil, 1940).

¹¹⁰ Art. 43 e ss. do Código Penal (Brasil, 1940).

¹¹¹ Art. 33, §2º, alínea C, do Código Penal (Brasil, 1940).

¹¹² A exemplo destes, aponto as figuras mais comuns como o furto qualificado (art. 155, §§2º, 5º) e receptação qualificada (art. 180, §1º), ambos do Código Penal (Brasil, 1940).

¹¹³ Como o crime de moeda falsa (art. 289), peculato (art. 312), inserção de dados falsos (art. 313-A), concussão (art. 316), excesso de exação (art. 316, §2º), corrupção passiva (art. 317, *caput*) e espionagem (art. 359-K), todos do Código Penal (Brasil, 1940).

¹¹⁴ A exemplo do crime de moeda falsa praticado por funcionário de banco, nos termos do art. 289, §2º, Código Penal (Brasil, 1940).

¹¹⁵ Como no crime de corrupção passiva com causa de aumento, na forma do art. 317, §1º, do Código Penal (Brasil, 1940).

oferecido, entendendo o Ministério Público não ser “[...] necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]”, obstáculo previsto no art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

Sintetizando minha argumentação, acredito terem os mencionados ministros se precipitado no pensamento de que o instituto, recém inserido na legislação brasileira, reverberará seus efeitos a ponto de diminuir o número de presos. Isto porque os cidadãos aos quais o direito pode ser aplicado são pessoas que cometeram delitos de pequena ou média lesividade, criminosos não reiterados, os quais dificilmente, culminasse eventual condenação, não seriam presos em regime fechado. No tocante ao regime semiaberto, na grande maioria das cidades, inexistente estabelecimento apropriado, principalmente no interior dos estados, aplicando-se a harmonização de regime ao invés, com colocação de tornozeleira eletrônica¹¹⁶. Por esta razão, afirmo que, mesmo nos casos em que o sujeito em potencial pudesse ser condenado neste regime, a maioria seria monitorada eletronicamente.

Por fim, o Min. Luiz Fux fez menção a uma possível *abolitio criminis*. A forma colocada pelo Ministro deixa um pouco confusa a linha de pensamento, pois ele admite ser cabível ao Complexo do Curado, mas não aos demais presídios, sem explicar exatamente a diferenciação e o porquê da não aplicação aos outros, que vivenciam situação precária semelhante. Por toda a explanação já realizada neste subtópico, resta claro não se tratar de uma *abolitio criminis*, mas, sim, de uma medida necessária à promoção da justiça. Não é como se o Estado punisse a menos; pelo contrário, na atual situação, pune muito mais que o devido e, por isso, exige-se uma readequação da carga punitiva.

É certo que, embora tenha sido julgado o mérito da ADPF nº 347, não se alcançou, ainda, seu fim. As reais soluções aos problemas centrais apresentados ao longo do processo advirão a partir do plano nacional a ser concluído pelo Conselho Nacional de Justiça, que poderá – ou não –, abarcar medidas de compensação penal. Nada obstante alguns ministros já tenham se manifestado sobre a questão, há outros que ainda não exararam seu ponto de vista. É necessário se acompanhar o desenvolvimento do plano e a forma como o Supremo Tribunal Federal irá apreciar as medidas sugeridas pelo CNJ, no momento da homologação. Contudo, após o debate em torno das compensações punitivas, resta claro que a implementação deste novo instituto não virá de maneira fácil, desacompanhada de resistências por parte de alguns ministros.

¹¹⁶ Isto se deve à aplicação da Súmula Vinculante nº 56, segundo a qual “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” (Brasil, 2016b).

4.3 Contribuições teóricas atuais no campo da compensação penal

Pablo Vacani (2024) é, talvez, o autor que mais avançou nos estudos acerca das compensações punitivas, desenvolvendo um completo modelo, aplicável especialmente ao seu país de origem: a Argentina. Nada obstante tenha sido construído com estrita ligação à legislação estrangeira, muitos dos problemas ligados à realidade carcerária daquele país guardam similitude aos do Brasil, como venho apontando ao longo das subseções anteriores. Dada a incipiência de estudos neste campo, os avanços do autor serão de grande valia à construção do meu instrumento. Feitas estas conclusões, realizarei, neste subtópico, um recorte da teoria da execução penal proposta pelo autor, para que eu possa, no momento oportuno, pinçar elementos úteis à construção de um modelo brasileiro.

Antes de adentrar ao sistema de consequências jurídicas propriamente dito de Vacani (2024, p. 337), é necessário regressar novamente a discussão à premissa básica que orienta a execução penal: o princípio da ressocialização ou reinserção social. As considerações realizadas a seguir somente têm espaço dentro desta nova epistemologia da execução penal sugerida. Hoje, o sistema de justiça assume que aquele princípio, ou finalidade, se opera, como que em um passe de mágica, independentemente de qualquer outro fator. Assume-se que basta qualquer pessoa condenada passar pelas diversas fases de cumprimento de pena – regime fechado, semiaberto, aberto e livramento condicional -, para, ao final, estar “regenerada”.

Por óbvio, isto não passa de uma falácia, como já vim defendendo exaustivamente ao longo desta tese. Porém, ao adotar um pensamento crítico, devo ir além. Todo o sistema progressivo é construído a partir desta falácia, cuja constatação deve reverberar também em todos os institutos jurídicos construídos sobre ela, pelos quais percorre a pessoa presa durante a execução de uma pena.

Tendo esta premissa como base, Vacani (2024, p. 336) questiona a exigência por parte do sistema de inúmeras contrapartidas do indivíduo recluso quando o Estado, ele próprio, descumpra reiteradamente os direitos carcerários cuja proteção era de sua responsabilidade, devido à posição de garante em relação aos custodiados. Dito de outra maneira, todas os comportamentos positivos, por assim se dizer, esperadas do sujeito aprisionado somente fazem sentido em um sistema em que as contraprestações estatais são respeitadas. De maneira bem crua, em um contrato, o descumprimento de uma das partes autoriza a rescisão do acordo.

É claro que não estou a tratar do direito civil, mas o pensamento é o mesmo. Enquanto o sistema vigente é pensado a partir de estruturas básicas de amplo respeito aos direitos

fundamentais dos presos, quando esta base se esfacela, uma nova leitura daquele é exigida. Se o Estado não oferece o mínimo para uma vida digna, desrespeitando a maioria – para não se dizer totalidade, em maior ou menor medida -, dos direitos não atingidos pela pena, é certo que as contraprestações exigidas do preso também devem ser flexibilizadas.

A título de exemplo, no Brasil, há um estrito sistema de faltas – leves, médias e graves -, com conceitos extremamente abertos e abstratos, tal como prestar “obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se”¹¹⁷. Ora, se o servidor, policial penal, manda o detento olhar para baixo e ele não olha, isto pode gerar uma falta grave, com todas as nefastas consequências negativas dentro do sistema progressivo que ela gera¹¹⁸. Na realidade, estas infrações administrativas, muitas vezes, são deturpadas como forma de coação por parte da equipe de policiais penais, por meio da ameaça de se “jogar uma falta” mesmo que a pessoa não tenha feito nada, a fim de compeli-la a agir de determinada maneira, ou pelo simples intuito pessoal de prejudicar o sujeito preso. Isto se deve à exigência rasa de indícios para se condenar alguém administrativamente: a palavra de um policial penal prevalece sobre a do preso, dificultando sobremaneira sua defesa.

Dentro deste contexto criminógeno da realidade do sistema carcerário, é justo exigir-se um comportamento positivo do indivíduo preso quando toda a contrapartida estatal a ele fornecida é negativa? É certo que muitas das condutas consideradas ilícitas pelo ordenamento são uma resposta comportamental de sobrevivência às condições reais criadas nas penitenciárias, forjadas a partir de vários tipos de violência, como a estrutural e a interna já trabalhadas¹¹⁹, às quais os reclusos são submetidos (Vacani, 2024, p. 337). O ser humano adequa seu comportamento de acordo com o ambiente em que está inserido, não é diferente com indivíduo preso, sendo o trato penitenciário determinante no tipo de resposta que advirá deste (Vacani, 2024, p. 346).

Da mesma maneira, institutos jurídicos relacionados ao sistema progressivo também devem ser reinterpretados a partir desta realidade carcerária diversa daquela instituída formalmente na Lei. O primeiro passo, para tanto, é trazer ao processo a realidade, abandonando as assunções meramente formais típicas do momento executório. Assim, devido à sua dinamicidade, este instrumento deve estar apto a identificar fatos ocorridos durante o longo período de cumprimento da sanção (Vacani, 2024, p. 351). A execução da pena devida deve

¹¹⁷ Integralidade do art. 39, II, da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984).

¹¹⁸ Tal como o reinício do cômputo do requisito objetivo para a progressão de regime, nos termos do art. 112, §6º, da LEP (Brasil, 1984).

¹¹⁹ Para análise mais completa, ver subseção 3.2.

ocorrer a partir de uma base fática verificável, suscetível de prova e determinada pelo controle empírico do campo, em um processo passível de comprovação, destinado a fixar alguns padrões mínimos de condições para o desenvolvimento pessoal do sujeito preso, de forma a permitir o controle objetivo da atividade estatal e dos métodos punitivos (Vacani, 2024, p. 352).

Neste sentido, o princípio da reinserção não deve ser visto como um obstáculo à pessoa presa, mas, sim, oponível em seu favor, de maneira que sua observância objetivará a melhora das condições de vida intramuros (Vacani, 2024, p. 353). Para tanto, a ferramenta mais importante para este controle são as variáveis qualitativas, instrumento para a medição dos parâmetros estipulados e, conseqüentemente, à avaliação do grau de cumprimento do dever de garante estatal, indicadores a serem ponderados no sistema de consequências jurídicas (Vacani, 2024, p. 353).

Estabelecidas estas premissas, Vacani (2024, p. 555) explica que a adequação das variáveis qualitativas dentro do sistema de consequências jurídicas se dá a partir de uma individualização a posteriori da pena, que será realizada dentro do processo de execução. Este será o momento de, tendo por base a aplicação da pena na sentença, identificar-se o modo como ela está sendo aplicada na prática, sob quais condições, assim como avaliar de que forma está afetando o indivíduo preso. Na visão de Vacani (2024, p. 555), este é um novo processo litigioso em que a defesa poderá produzir provas para comprovar suas teses.

Para estruturar esta operação, o autor a divide em fase objetiva e subjetiva. Enquanto a primeira almeja avaliar, de modo geral, as falhas estatais no resguardo dos direitos carcerários a partir de sua posição de garante, seja de maneira comissiva ou omissiva, a segunda trata de identificar como estas falhas afetaram a individualidade do sujeito preso (Vacani, 2024, p. 57). Assim, estabelecem-se dois termos de análise: a posição que ocupou o sujeito no campo¹²⁰, ambientes prisionais por onde passou; e o posicionamento de fatos que tornaram o trato punitivo mais gravoso dentro do transcurso cronológico da prisão, o que se relaciona com as condições materiais proporcionadas pelo Estado na sua posição de garante (Vacani, 2024, p. 555). Estes termos entrelaçam o viés objetivo, condições materiais proporcionadas pelo Estado, com o subjetivo, identificando em que medida o indivíduo se tornou mais vulnerável durante o cumprimento de sua pena em virtude deste dever estatal não cumprido (Vacani, 2024, p. 556).

Neste processo, o autor atribui papel fundamental à pessoa presa como forma de se alcançar sua identidade pessoal com o cárcere, oportunizando a ele relatar, em audiência oral perante o juízo, as condições pelas quais passou e como isso lhe afetou ao longo do tempo

¹²⁰ Nesta análise, consideram-se transferências recorrentes de presídios, eventuais abusos que tenha sofrido por terceiros, sendo estes exemplos de posições de inferioridade no campo.

(Vacani, 2024, p. 556-557). Para o autor, se a oportunidade de fala ao acusado é tão importante no momento de individualização da pena na sentença, por meio do interrogatório, o mesmo também deve ocorrer quando da individualização de seu cumprimento, sendo o indivíduo preso a melhor pessoa para explicar a forma como as condições mais graves lhe afetaram (Vacani, 2024, p. 557).

Estes relatos, por sua vez, devem se prestar a posicionar os acontecimentos no tempo, integração esta que deixa claro aquilo venho tratando desde a seção 2: o cumprimento de pena é composto não somente por uma linearidade cronológica, mas por sua qualidade. Por esta razão, a singularidade temporal serve para integrar o curso fático em certo período, para atribuir significação qualitativa ao trato punitivo relatado (Vacani, 2024, p. 558). Esta avaliação permite identificar o prolongamento no tempo de determinado fato - se permanente ou parcial -, se houve lesões recorrentes, omissões deliberadas ou negligentes, a fim de delimitar de maneira especificada a qualidade do tempo linear durante o período de pena (Vacani, 2024, p. 558-559).

Vacani (2024, p. 559) assim sintetiza seu pensamento:

O tempo vivencial se converte para nosso sistema em um elemento estrutural e normativo, haja vista, diferentemente do sistema legal previsto no regime de progressividade, deixa de ter uma qualidade previsível e parece como o oposto, definido em um caráter contraditório à finalidade da pena e essencialmente dinâmico, isto é, imprevisível e sujeito à revisão permanente¹²¹.

Diante disso, volta-se à atividade probatória, em especial no tocante aos fatos controversos levantados durante esta nova fase de individualização, no tocante aos aludidos aspectos objetivo e subjetivo (Vacani, 2024, p. 560). Neste ponto, o autor também reconhece a importância de inspeções realizadas com criticismo, a fim de se produzirem informações verossímeis que possam embasar a atividade probatória, atribuindo relevância à atividade da Defensoria Pública neste ponto¹²² (Vacani, 2024, p. 565). Assim, a prova se voltará a individualizar os fatos ao longo do período de cumprimento, devendo-se analisar um aspecto estrutural geral, de circunstâncias anteriores ao ingresso do sujeito naquele estabelecimento prisional; e outro individual, especificamente ao fato alegado (Vacani, 2024, p. 565).

Vacani (2024, p. 570) avança seu pensamento em um importantíssimo ponto para esta tese: ônus probatório. Destaca-se, sobre este aspecto, que as Cortes Europeia de Direitos Humanos (1995) e a Interamericana (2010) adotam o princípio da presunção incorporada, o

¹²¹ “El tiempo vivencial se convierte para nuestro sistema en un elemento estructural y normativo, pues a diferencia del sistema legal previsto en el régimen de progresividad, deja de tener una cualidad previsible, y aparece como lo opuesto, devenido en un carácter contradictorio de la finalidad de la pena y esencialmente dinámico, es decir, imprevisible y sujeto a permanente revisión” (tradução nossa).

¹²² O pensamento vai ao encontro do que defendi no subtópico 4.1.1.

qual serve a atribuir uma carga probatória mínima ao Estado em casos de maus tratos, sob a presunção de que era seu dever evitar aquele resultado ao custodiado. Em sentido semelhante ao que já desenvolvi¹²³, sugere o autor uma inversão do ônus probatório em favor do custodiado, a partir de uma presunção de que os fatos por ele relatados ocorreram, atribuindo-se forte peso à palavra da vítima (Vacani, 2024, p. 572-573). Já tratei anteriormente da grande dificuldade probatória em relação a fatos ocorridos durante o período de prisão, no que se inclui, segundo Vacani (2024, p. 574), a suscetibilidade de coação, por parte dos agentes, de companheiros de cela que porventura se interessem em testemunhar, sendo esta mais uma justificativa para se atribuir alto valor probatório à versão do ofendido.

Em contrapartida, a versão de funcionários, bem como os documentos produzidos pela administração devem ter seu peso relativizado, devido a estes agentes possuírem controle sobre a produção desta prova e, por isso, dada sua posição parcial, tais elementos devem ser vistos com ressalvas (Vacani, 2024, p. 572). Há um intuito natural dos envolvidos e responsáveis pelos eventos danosos pretenderem mascarar a realidade, com o objetivo de isentarem o Estado – ou até mesmo eles próprios –, de responsabilização.

É curioso notar como isto vai totalmente de encontro com o que ocorre hoje no Brasil, por exemplo, no tocante à análise das faltas graves. Dada a limitação formal do controle judicial, atribui-se à versão dos policiais penais quase um peso absoluto, principalmente se subsistir em sentido contrário apenas a versão do indivíduo preso. A relativização do peso probatório sugerida por Vacani é uma mudança processual paradigmática imprescindível para a adequada aferição da realidade penitenciária, do contrário, o processo estará sempre sujeito à maquiagem falaciosa por parte da equipe administrativa.

Feitas estas considerações, o autor passa para a avaliação do sistema de consequências jurídicas propriamente dito. Primeiro, antes da análise subjetiva, deve o julgador verificar aquelas condições estruturais objetivas, relacionadas à posição de garante estatal, a exemplo do nível de superlotação, violência não evitável, desproporcionalidade no número de funcionários de segurança, reduções significativas das prestações penitenciárias, dentre outras¹²⁴ (Vacani, 2024, p. 603). Outro parâmetro de análise é a duração deste tempo de inatividade estatal pelo qual se deu o trato indigno, delimitando-se sua frequência, pelo número de dias que cada fato perdurou (Vacani, 2024, p. 603-604). Um último parâmetro é a transferência do sujeito a uma

¹²³ Vide subseção 3.3.

¹²⁴ Tais como períodos de indisponibilidade de água potável, fornecimento alimentar com valor nutricional abaixo do mínimo, falta de tratamento médico adequado, carência de colchões, ocorrências de violência no pavilhão (Vacani, 2024, p. 605).

penitenciária longe do convívio familiar, fator que inclusive extrapola as consequências da pena para seus parentes e, a depender do período de duração do distanciamento, pode superar o cômputo dobrado (Vacani, 2024, p. 605).

Fixados estes pontos, o autor passa à análise subjetiva, que intenciona identificar o modo como aquelas condições gerais afetaram a individualidade do sujeito, no tocante à sua dignidade e integridade pessoal, de maneira a se estabelecer a relação entre estas peculiaridades e as diretrizes gerais (Vacani, 2024, p. 607). Portanto, nesta individualização a posteriori, identificam-se fatores de vulnerabilização específica a cada pessoa, a depender de suas condições pessoais e das posições ocupadas no campo prisional, em relação à sua saúde, aos laços familiares, à comparação de sua condição física a psicológica antes, durante e depois do cárcere, e à extensão dos efeitos em projeção futura (Vacani, 2024, p. 607). A grande distinção da análise subjetiva é que se leva em conta especialmente a profundidade do dano naquela pessoa específica e os desdobramentos de ordem pessoal, tais como sentimento de medo, humilhação, inferioridade, entre outros (Vacani, 2024, p. 608-609).

Vacani (2024, p. 613) faz especial menção a alguns atos tão graves que fogem totalmente ao espectro possível de punição e, por isso, podem superar o próprio grau do injusto cometido pelo sujeito punido pelo Estado, tais como atos incisivos de torturas e agressões sexuais. Em face disso, o autor estabelece uma regra geral que deverá guiar a análise da ofensa aos direitos carcerários, qual seja a identificação do bem jurídico de hierarquia mais alta afetado pelo trato punitivo excessivo, o qual será o ponto de partida para a compensação adequada (Vacani, 2024, p. 615). Portanto, estabelecido este bem jurídico e uma escala mínima de exigência de respeito por parte do Estado, este parâmetro norteará a análise concreta dos indicadores objetivo e subjetivo, a fim de identificar a quantia de pena a ser compensada, baseada no excesso punitivo e no princípio da proporcionalidade (Vacani, 2024, p. 615).

De maneira mais didática, o primeiro passo é identificar qual acontecimento, durante o período de pena, foi o mais gravoso, a fim de aferir qual direito fundamental de hierarquia mais alta foi afetado, comparando-se o mínimo aceitável de respeito àquele bem jurídico e o que efetivamente foi proporcionado pelo Estado (Vacani, 2024, p. 616). A conclusão deste procedimento iniciará a segunda fase, a qual, segundo Vacani (2024, p. 616), parte da fixação dos demais fatos de gravidade menor no curso temporal da pena, para se proceder à análise dos parâmetros objetivo (condições estruturais gerais derivadas da condição de garante) e subjetivo (grau de vulnerabilização individual causado no sujeito, pela profundidade particular das ofensas). Diferente de uma aferição abstrata, sugere o autor atenção a situações que colocaram

em especial risco o indivíduo, o grau de prejuízo da omissão estatal e avaliação de situações que podiam ser revertidas caso houvesse ação do Estado (Vacani, 2024, p. 617).

Por fim, adverte o autor que o sistema de consequências jurídicas não se reduz ao cômputo compensatório, mas se finaliza em uma terceira fase, a partir de uma segunda análise qualitativa que leve em consideração a finalidade ressocializadora (Vacani, 2024, p. 617). Nesta, deverá se aferir quais efeitos causados no indivíduo a partir do trato punitivo gravoso foram em sentido oposto ao ideal ressocializador; se há como reverter essas consequências negativas no decorrer do tempo físico de pena restante, em um estabelecimento prisional (sendo admissível almejar uma saída antecipada); ou, em caso negativo, avaliar as variáveis de se continuar o mesmo modo de cumprimento ou impor um regime alternativo mais atenuado, como o monitoramento eletrônico (Vacani, 2024, p. 618).

Portanto, trata-se de uma projeção futura, a partir de um juízo hipotético, voltado à posição de garante do Estado, no sentido de identificar se as condições que geraram estes efeitos têm alguma chance de serem revertidas pelo ente estatal ao longo do cumprimento da pena restante, depois de compensado o excesso ilegal (Vacani, 2024, p. 620). Em caso negativo, deve o julgador ater-se a uma alternativa de tratamento extramuros, por tempo não vinculado (Vacani, 2024, p. 620). O principal ponto de análise é a gravidade dos fatos ocorridos durante a execução, os quais podem alcançar grau tão elevado a ponto de, mesmo compensada a pena e restante certo período de tempo linear, tornar a execução deste remanescente contrária à própria finalidade ressocializadora, pela falta de idoneidade da pena de prisão (Vacani, 2024, p. 618).

O autor, então, conclui que a lei encerra uma presunção *iuris tantum* de que a pena servirá à ressocialização, de maneira que os prazos estipulados dentro do sistema progressivo só fazem sentido se esta presunção se verificasse na realidade, efetivamente (Vacani, 2024, p. 618). Contudo, uma vez imposto o trato arbitrário mais gravoso, põe-se em xeque aquela presunção relativa, evidenciando-se, na prática, efeitos contrários àquele abstratamente estipulado, negativos ou até mesmo irreversíveis, de modo a tornar injustificável a continuação da pena (Vacani, 2024, p. 618-619).

Alguns apontamentos são dignos de nota. O primeiro é que, apesar de Vacani traçar diversos parâmetros para a análise dos aspectos objetivo e subjetivo, em atenção à jurisprudência argentina e dos sistemas de proteção internacional aos Direitos Humanos, se deixaram abertas as proporções específicas que cada evento negativo representará na operação compensatória. Dada a infinidade de situações reais que podem ocorrer no curso da execução de uma pena, optou o autor por não especificar a forma como o juiz deverá ponderar tais fatos

dentro do sistema de consequências jurídicas, deixando um amplo espaço para a aferição casuística dos ocorridos.

Portanto, pela sua proposta, cabe ao magistrado, dentro de sua discricionariedade e do livre convencimento motivado (ancorado nas provas produzidas no processo de execução), aferir o grau de profundidade da infração aos direitos fundamentais do sujeito. A partir disso, deve realizar a operação compensatória e proceder a uma projeção hipotética orientada ao porvir. Pelo resultado, deve avaliar se é mais adequado promover uma saída antecipada ao regime mais benéfico, ou se imporem alternativas de tratamento extramuro, tal como o monitoramento eletrônico, ou determinar o cumprimento remanescente no próprio estabelecimento prisional, caso vislumbre possibilidade de reversão das condições ilegais a princípio detectadas, a ponto de se conceber efetivamente a ressocialização do indivíduo.

A contrapartida desta opção é a abertura excessiva à subjetividade interpretativa do julgador, o que pode ser perigoso. Não restou claro se o juiz deve se ater ao limite do cômputo dobrado, tendo, em certos momentos, Vacani (2024, p. 605) feito menção à possibilidade de superação do dobro, como quando o sujeito permaneceu demasiadamente longe de sua família, a ponto de extrapolar os efeitos da pena para terceiros (prejudicando os laços familiares dos entes queridos). Há também a possibilidade de os fatos terem sido tão graves a ponto de tornar inviável a continuação de qualquer cumprimento de pena, quando o excesso ilegal extrapolou o valor de injusto do crime cometido (grau de culpabilidade e importância do bem jurídico violado) – em casos de torturas severas ou abusos sexuais, por exemplo.

O problema desta discricionariedade é que a noção de gravidade sobre determinado fato pode variar muito, como, por exemplo, quando o julgamento parte de um magistrado pessoalmente voltado a inclinações punitivistas ou de alguém com raízes mais garantistas. A par de uma grande gama de eventuais problemas derivados disso, o principal deles é o de isonomia de tratamento jurídico a situações similares. Assim, vejo com reticência esta abertura demasiada ao crivo da figura independente do(a) juiz(a), entendendo, sob o prisma da isonomia e da segurança jurídica, mais adequado um sistema fechado, com parâmetros e operações mais objetivos. Por outro lado, será tarefa importante a criação de um modelo que não esteja tão fechado a ponto de excluir da apreciação judicial eventuais fatos importantes que tenham ocorrido, por não estarem abarcados especificamente em alguma das categorias, sob pena de evidente prejuízo ao jurisdicionado.

Por fim, cabe ainda uma última observação. Vacani vislumbra a possibilidade de haver algum estabelecimento prisional que consiga reverter as consequências negativas em um futuro próximo, promovendo melhora das condições precárias estruturais e materiais. Esta conclusão

resta implícita quando o autor considera a viabilidade desta alternativa, quando da ponderação qualitativa pelo magistrado sobre qual providência tomará em relação ao cumprimento da pena remanescente do sujeito – se progressão antecipada, tratamento extramuros ou permanência no estabelecimento prisional. Isto me leva a crer que a situação prisional na Argentina não alcançou um estado tão calamitoso quanto no Brasil, onde a imensa maioria, para não se dizer a totalidade, dos estabelecimentos tolhe os direitos carcerários diariamente, das mais variadas formas.

Dito de outra maneira, não enxergo, na realidade brasileira, qualquer presídio em que se possa considerar respeitados todos os direitos carcerários, da forma como preceituam os tratados internacionais, a Constituição (Brasil, 1988) e a Lei de Execução Penal (Brasil, 1984). E, uma vez constatada esta situação calamitosa, não há qualquer expectativa de mudança em um futuro próximo, a ponto de tornar aquele estabelecimento apto a promover, no restante da pena do indivíduo (após realizada a compensação penal), condições passíveis de se enquadrarem no que Vacani considerou ser uma prisão voltada à reinserção social – em suma, aquela que respeite os direitos carcerários.

Portanto, dentro da realidade brasileira, se se considerar inviável a manutenção de um indivíduo na prisão que infringe direitos fundamentais, porquanto contrária aos preceitos da ressocialização, seria necessário se aplicar a todas as pessoas uma das duas alternativas restantes: saída antecipada a regime menos grave ou tratamento extramuros. Voltar-se-ia ao dilema de se soltarem todas as pessoas presas, pelo fato de a Constituição (Brasil, 1988) não admitir prisões com tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Assim, evidenciadas estas peculiaridades do sistema penitenciário local, remeto às considerações do subtópico anterior, entendendo dever haver uma ponderação parcimoniosa sobre as alternativas à pena degradante, a fim de evitar solução inexecutável.

4.4 Compensação penal como única saída? Outras alternativas possíveis à remediação do problema

Admitir a compensação como a primeira e única solução à precariedade estrutural do sistema carcerário corresponde, em certa medida, à aceitação do absurdo. É inegável que o estágio em que se encontram as prisões brasileiras extrapola em muito o aceitável. Todo o contexto narrado na seção 3 desta tese dá conta de um quadro que deveria ser inconcebível dentro de um Estado Democrático de Direito. A aplicação da compensação penal pelo Judiciário – como representante do próprio Estado –, estampa a naturalização do absurdo. Corresponde a

dizer que, mesmo após a constatação formal da inércia estatal, aos cidadãos cabe aceitar a situação, admitindo as chamadas masmorras modernas se manterão de maneira inalterada, estruturalmente.

As compensações punitivas, neste aspecto, representam uma mera negociação do jurisdicionado com o Estado, na tentativa de atenuar a dinâmica, de forma a torná-la um pouco menos ultrajante. “Entregue-me parte de sua vida e aceite o absurdo, as condições subumanas, degradantes e cruéis em troca do abreviamento de seu sofrimento”, propõe o Estado ao cidadão. Isto porque a realidade vivenciada pelas pessoas presas permanecerá a mesma. A comida fornecida continuará azeda, muitas vezes estragada; o ambiente, violento e controlado pelo crime organizado; os banhos de sol, escassos; a água, racionalizada, fria e de pureza duvidosa; as torturas e tratamentos cruéis permanecerão ocorrendo. “Compensar, no tempo, o montante adicional de sofrimento não o legitima [...]”¹²⁵ (Zaffaroni, 2020, p. 30). Os reclusos ainda sofrerão prejuízo existencial imensurável.

Por outro lado, embora uma resposta idealista, dentro do plano lógico, pudesse levar à necessidade de se soltarem todas as pessoas presas do país, tendo em vista a crueldade do cárcere ser uma situação generalizada, esta solução não tem qualquer factibilidade (Zaffaroni, 2020, p. 24). Esta medida geraria, primeiro, um extremo descontentamento popular, calcado no ideal punitivista, bem como grande pânico social; trataria pessoas em situações jurídicas distintas de maneira igual (processados e condenados; pequenos traficantes com homicidas, etc.), bem como desconsideraria o sofrimento das vítimas, sendo, portanto, totalmente irracional (Zaffaroni, 2020, p. 24). Por fim, esta resposta não estaria em consonância com os objetivos constitucionais, em especial o da promoção de uma sociedade justa¹²⁶, porquanto, ainda que se considerasse a imposição de penas alternativas, o grau de retributividade destas estaria muito aquém do adequado para se punir crimes graves, tais como os cometidos com violência ou grave ameaça.

Portanto, entre a soltura de todos e a completa inércia perante o grave problema apresentado, devo procurar por alternativas jurídicas razoáveis e prudentes. Neste subtópico pretendo posicionar a compensação punitiva em seu devido lugar: longe de ser a solução definitiva, consiste apenas em uma medida emergencial, que não altera as premissas reais precárias das quais o problema exsurge, e se destina a conferir um pouco mais de justiça no tratamento penal da população carcerária. A par dela, enxergo outras alternativas razoavelmente admissíveis.

¹²⁵ “*Compensar el tiempo el plus de sufrimiento, no legitima ese plus [...]*” (tradução nossa).

¹²⁶ Art. 3º, I, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Zaffaroni (2020, p. 28-29), ao vislumbrar respostas dogmáticas ao problema das penas ilícitas, relembra que, ao sofrimento extralegal imposto aos reclusos, soma-se uma influência criminógena negativa que corrobora o aumento da violência, contribuindo para a ratificação de carreiras criminais. O autor cita este dado para trazer à reflexão outras consequências negativas da precariedade do tratamento, os quais também não podem ficar de lado no momento de se avaliarem as alternativas (Zaffaroni, 2020, p. 29).

A preocupação de Zaffaroni vai ao encontro do que já tratei anteriormente nesta tese, a respeito da influência das facções no meio social, as quais ganham força justamente diante da falência estrutural das prisões, dando suporte organizacional e material à população carcerária (Silva, 2023, p. 249-251). Em síntese, além de todos os indivíduos estarem inseridos em uma mesma situação de prejuízo existencial, as pessoas aliciadas pelo crime organizado são prejudicadas em maior grau, porquanto distanciam-se ainda mais de uma vida voltada ao respeito às leis. Portanto, a separação da população carcerária, reservando-se o aprisionamento apenas para os crimes que realmente abalam a ordem social é uma medida que não pode ser perdida de vista.

Por outro lado, isso não autoriza o regresso da análise a um tipo de direito penal do autor, devendo, contudo, traçar-se um critério objetivo para a tomada de decisões relativas às penas ilícitas, o qual não pode ser outro além da gravidade do delito (Zaffaroni, 2020, p. 29). Com isso, todavia, não pretende Zaffaroni (2020, p. 29) dizer que as pessoas condenadas por crimes graves (violentos, sexuais, entre outros) não devam ser atingidas pelas medidas, mesmo porque o fato de a pessoa ter cometido um destes delitos não lhe torna uma pessoa perigosa¹²⁷, no sentido de predizer que adotará o mesmo padrão de comportamento, caso esteja em liberdade. Assim, em se tratando de indivíduos mais agressivos, a compensação penal – e a consequente antecipação do usufruto de direitos dentro do sistema progressivo –, deve, para Zaffaroni (2020, p. 29), vir acompanhada de medidas que confirmem grau intermediário de restrição de liberdade, como o monitoramento eletrônico ou a vigilância por período probatório.

Embora o cerne desta tese seja a compensação penal – que se aplica a pessoas condenadas –, o desenvolvimento do presente subtópico exige um olhar mais amplo sobre gestão prisional. Nesta linha, não se pode ignorar que o número excessivo de prisões cautelares, muitas vezes sendo aplicada a pessoas processadas por crimes de gravidade abstrata baixa (tais

¹²⁷ Aqui, o autor faz importante distinção entre agressividade do indivíduo e periculosidade, explicando que aquela diz respeito a um traço psicológico, aferível objetivamente por meio de análise clínica; enquanto este deriva do direito penal do autor, a partir do qual se pretende traçar um prognóstico de conduta, proibindo o de usufruir de algum direito, como se lhe punisse por delitos que nem sequer cometeu (Zaffaroni, 2020, p. 29-30).

como para crimes patrimoniais), é um grave problema, por contribuir em muito com a escassez de vagas no sistema carcerário.

Sobre isto, Zaffaroni (2020, p. 30) sugere dois passos para atenuar o problema. O primeiro seria limitar, na linha da jurisprudência internacional, a imposição da prisão cautelar apenas a pessoas que apresentassem real risco de rebeldia – o que interpreto como uma grave ameaça à ordem pública –, ou àquelas que efetivamente ameaçassem o andamento processual, estabelecendo-se prazos curtos para tanto (Zaffaroni, 2020, p. 30). Já o segundo consistiria em adotar o mesmo critério objetivo da gravidade do delito, aplicando a medida extrema apenas em processos cujo objeto fosse crime cometido mediante violência ou grave ameaça¹²⁸, de maneira que, paulatinamente, o volume da representatividade das prisões cautelares diminuiria (Zaffaroni, 2020, p. 30).

A meu ver, adequando-se à realidade brasileira, a condenação pelo delito de organização criminosa¹²⁹ também deve fazer parte do requisito objetivo. Isto porque, apesar de não se tratar especificamente de crime violento, pertence à mesma classe de delitos gravíssimos que ameaçam sobremaneira a ordem social. Ademais, o funcionamento das organizações criminosas pressupõe a violência, tanto pela construção de uma instância de julgamento paralela calcada nesta, aplicável não somente a seus membros, mas a certas comunidades periféricas¹³⁰, quanto em desfavor das vítimas dos delitos perpetrados.

A título ilustrativo, trago os dados brasileiros. O relatório penitenciário nacional do segundo semestre de 2023 aponta a existência de 344.492 pessoas em regime fechado e 175.279 presos provisórios (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024b, p. 19-21). Considerando-se a soma destes valores, para me ater tão somente ao regime extremo, visto a prisão cautelar se equiparar a este, tem-se que mais de um terço (33,72%) da população carcerária está presa provisoriamente. Não se registrou no relatório, contudo, qual o tipo de crime pelo qual a prisão provisória foi imposta, o que me impossibilita trazer dados concretos sobre qual impacto real a adoção das medidas acima sugeridas traria para o sistema penitenciário brasileiro. Ainda assim,

¹²⁸ O autor aponta crimes contra a vida, integridade física ou sexual e mediante uso de arma de fogo com potencialidade letal (Zaffaroni, 2020, p. 29)

¹²⁹ Art. 2º da Lei nº 12.850/13 (Brasil, 2013).

¹³⁰ Biondi (2014, p. 57-58) narra, em sua etnografia em uma comunidade dominada pelo PCC, como os membros da organização são responsáveis por manter a disciplina do local, dentro dos ideais que fundam a facção, tendo de lidar com diversos problemas corriqueiros do dia a dia da população geral, tais como carro mal estacionado, dívidas não pagas, brigas, uso de droga, entre outros. Isso demonstra como aquela facção, no local onde está estabelecida, cria uma instância paralela de resolução de conflitos de acordo com seus princípios, muitas vezes, permitindo uma “cobrança” - aval para que uma pessoa agrida a outra -, como forma de resolução da questão apresentada (Biondi, 2014, p. 54).

ousou dizer que seria significativo caso, de plano, se substituíssem as cautelares extremas por medidas intermediárias nos demais crimes, que não os violentos.

Portanto, na linha do que propôs o Min. Barroso, em seu voto-vista na ADPF nº 347, e Zaffaroni (2020, p. 30), acredito que a primeira medida a ser tomada, principalmente em locais onde há superlotação¹³¹, é o desencarceramento de pessoas presas por crimes não violentos, tanto os que estão por condenação¹³² em regime fechado quanto os por medida cautelar¹³³. No caso dos indivíduos condenados, ocorreria por via de abreviação do direito à progressão de regime ou livramento condicional (o que estivesse mais próximo); já presos cautelares, por imposição de medidas diversas.

Em se tratando da população condenada, nos presídios superlotados, acredito que o desencarceramento, nos termos acima assinalados, deve ser aplicado de plano, independentemente da porcentagem de pena cumprida no regime fechado. Isto no intuito de se estabelecer uma porcentagem máxima de lotação, por meio do critério *numerus clausus*, acima do qual nenhuma outra pessoa seria incluída sem a respectiva liberação de vaga.

Solução semelhante já foi aplicada pela Corte Suprema, ao analisar a precariedade estrutural dos estabelecimentos destinados a custodiar adolescentes em conflito com a lei. Neste sentido, julgou o Habeas Corpus coletivo nº 143.988/ES, que discutia a superlotação em alguns estados¹³⁴, bem como “insalubridade, alimentação deficitária, falta de atendimento médico e psicológico, vulnera as normas convencionais, além de fomentar lamentáveis situações de violência e abusos entre os próprios internos, ou entre estes e os funcionários” (Brasil, 2020, p. 43). Por se tratar especificamente de adolescentes, além dos direitos fundamentais naturalmente afetados pela sujeição à precariedade estrutural - já exaustivamente tratadas nesta tese, tais como a vida e a dignidade -, entram em jogo direitos próprios da delicada fase de desenvolvimento que estas pessoas se encontram, razão de a Lei exigir a proteção integral da criança e do adolescente.

¹³¹ Anoto que, em dezembro de 2023, havia cinco estados com superávit de vagas, a saber Rio Grande do Norte (1.777), Maranhão (1.155), Mato Grosso (147) Alagoas (97) e Tocantins (67), segundo a Secretaria Nacional de Políticas Penais (2024b, p. 17).

¹³² Desde que não haja o concurso de outros delitos violentos ou de organização criminosa.

¹³³ Observo que o tráfico de drogas representou o total de 167.936 prisões em dezembro de 2023 (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024b, p. 108) e se insere nos crimes não violentos. Apesar da grande popularidade que a guerra às drogas gera, principalmente na motivação do populismo penal, acredito ser factível a aplicação a este crime, haja vista, como assinalei, atingiria pessoas que não possuem concurso com crimes violentos ou vínculo a organização criminosa. Portanto, os indivíduos atingidos seriam, em sua maioria, os pequenos traficantes, os quais prevalecem no grupo de presos por crimes da lei de drogas.

¹³⁴ “Acre (153%), Bahia (146%), Ceará (112%), Espírito Santo (127%), Minas Gerais (115%), Pernambuco (121%), Rio de Janeiro (175%), Rio Grande do Sul (150%), Sergipe (183%)” (Brasil, 2020, p. 40).

O Supremo Tribunal Federal concedeu o Habeas Corpus e, tratando-se de ordem coletiva, o principal provimento foi “a adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso” (Brasil, 2020, p. 45-46). Outras medidas relevantes à presente tese são a “[...] reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa [...]”; transferência dos adolescentes sobressalentes a unidades próximas; ou, subsidiariamente, a “[...] conversão de medidas de internação em internações domiciliares [...]” (Brasil, 2020, p. 46).

Alguns parâmetros de decisão são relevantes à presente tese, em especial a impossibilidade de alegação da “reserva do possível” para situações concretas nas quais a Constituição exige do Estado uma posição ativa para garantir o mínimo:

Descabe, portanto, invocar deficiências estruturais como argumento jurídico idôneo obstativo de medidas judiciais aptas a prevenir, ou fazer cessar, transgressões aos direitos não abarcados pela restrição de liberdade imposta aos adolescentes em conflito com a Lei (Brasil, 2020, p. 28).

É interessante, por derradeiro, notar como a decisão da Suprema Corte interpretou o caso seguindo parâmetros de julgados semelhantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos – aplicados tanto contra o Brasil quanto a outros Estados (Brasil, 2020, p. 41-44). Isto demonstra uma positiva conexão do Estado brasileiro com o entendimento internacional sobre a questão, empregando uma necessária compreensão ampla sobre o tema. Apenas a partir deste prisma alargado será possível se construírem decisões significativas para se atenuar o problema.

A par disso, alguns questionamentos sugeridos no precedente se aplicam, também, aos estabelecimentos penitenciários. Será que o fato de adultos terem ultrapassado a fase de desenvolvimento própria da adolescência autoriza o Estado a admitir prisões superlotadas indistintamente? A adoção do princípio *numerus clausus* não seria verdadeiramente aplicável a qualquer estabelecimento prisional?

A meu ver, o respeito ao número de vagas designadas é condição mínima de sobrevivência e, por isso, não deveria derivar do princípio da proteção integral do adolescente, mas, sim, da própria dignidade humana. Neste sentido, a interpretação voltada à efetividade ampla dos direitos fundamentais tangenciados pela vida na prisão deveria se aplicar a qualquer presídio. Portanto, acredito esta ser a primeira medida de desencarceramento necessária, a fim de aproximar na maior medida a população carcerária dos presídios superlotados até o patamar máximo estabelecido, obedecendo-se ao critério objetivo já mencionado.

No Habeas Corpus coletivo nº 143988/ES (Brasil, 2020, p. 40), após análise de mérito, estabeleceu-se que a Corte Suprema não poderia cancelar nenhuma superlotação, devido à especial fase da vida que se encontram os adolescentes, portanto, sendo o limite máximo 100% da capacidade do estabelecimento. Este seria o ideal, por óbvio, porém, acredito que, ao menos em um primeiro momento, deve-se alargar o limite para tornar factível a implementação no tocante às penitenciárias.

No caso “*Brown v. Plata*” (Estados Unidos da América, 2011, p. 5), estabeleceu-se que o governo da Califórnia deveria limitar sua população média máxima a 137,5%, resultado da média entre a avaliação técnica feita por experts (que sugeriu 130% como máximo) e a análise feita pelo estado (tendo sugerido 145%). Já o Conselho da Europa considera 120% como o limite para não se considerar uma superpopulação crítica (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018a, p. 13). Acredito que este seja o patamar mais adequado, até mesmo por estar em consonância com os parâmetros internacionais sobre o tema, para se aplicar no Brasil.

Apesar da necessidade do desencarceramento, acredito que seu implemento deve ser precedido de algumas reflexões, para sua adequação à realidade brasileira. É fato que o regime fechado (e seu correlato processual), principalmente nas condições proporcionadas pelo Estado brasileiro, deve ser medida de *ultima ratio*, de fato. Mas também é verdade que muitas pessoas se utilizarão disso para o cometimento de mais crimes, quando em liberdade. Sobre isto, o Estado não tem qualquer capacidade de predição ou de evitar este resultado, sem que, todavia, deva deixar de implementar as medidas de desencarceramento por este motivo. Acredito que este ônus esteja inserido na dinâmica do sistema progressivo, de concessão de oportunidade para o sujeito provar estar apto a receber maior liberdade.

Assim, entendo que a primeira medida seja abreviar o gozo do direito mais próximo (progressão ou livramento condicional) indistintamente às pessoas não condenadas por crime violento e não faccionado, até se alcançar o patamar máximo de 120%. Havendo presos sobressalentes após esta primeira vazão, na mesma linha do decido no Habeas Corpus coletivo nº 143988/ES (Brasil, 2020, p. 7), uma sugestão seria a transferência para presídios com lotação inferior. Na impossibilidade ou insuficiência da medida, entendo adequado o estabelecimento não receber novos presos até que a população se encontre menor que o máximo.

Por outro lado, importante se admitir uma análise casuística de possível revogação da medida, retornando-o ao regime fechado mesmo nos casos de crimes não violentos, quando, após concedida a oportunidade de o sujeito usufruir de condições alternativas, este as descumprir reiteradamente ou venha a cometer novo delito. Isto se torna imperativo no intuito de atribuir autoridade às imposições judiciais, sendo incabível um salvo-conduto para a livre

infração das condições legais. Contudo, o retorno ao regime fechado presumiria sua colocação em presídio que estivesse dentro do limite máximo estabelecido, pelo critério *numerus clausus*.

Após a adequação da lotação penitenciária aos novos patamares, defendo que a contagem do requisito objetivo dentro do sistema progressivo deveria obedecer às regras de compensação, qualquer que fosse o delito cometido. Na próxima seção, construirei um instrumento, a meu ver, mais acurado e justo para se avaliar o grau de ilegalidade da pena aplicada em cada estabelecimento, a fim de ser compensado proporcionalmente.

5 INSTRUMENTO PARA APLICAÇÃO AJUSTADA DA COMPENSAÇÃO PENAL NO BRASIL

Antes de adentrar especificamente nos mecanismos por meio dos quais, imagino, o cômputo diferenciado de pena pode ocorrer de maneira mais acurada, devo explicar algumas diretrizes gerais que guiarão a confecção deste instrumento. A primeira é de cunho prático e decorre do objetivo central do meu trabalho: destinar-se aos magistrados(as) brasileiros(as) da execução penal. Por pretender capacitá-los a aplicar uma operação compensatória especificamente calculada a partir da realidade carcerária local, o instrumento deve encerrar algumas características que permitam esta aplicação a partir da realidade prática.

Assim, por ser influenciada por critérios objetivos mutáveis, a depender das peculiaridades de cada estabelecimento, a compensação aplicada, por exemplo, no Complexo do Curado, em Pernambuco, certamente diferirá daquela empregada na Penitenciária Estadual de Londrina, no Paraná. Se entendo a finalidade real da sanção, hoje, no Brasil, como a retribuição do mal causado¹³⁵, pessoas que sofrem maior retribuição em sua pena, consequentemente, terão cumprido seu revés com a sociedade de maneira mais acelerada. A lógica está em pleno acordo com a isonomia de tratamento de indivíduos na medida de sua desigualdade.

Para atender a este objetivo principal, institui cinco finalidades secundárias, que servirão como norte na construção do instrumento: objetividade, cientificidade, simplicidade, a abertura ao criticismo e racionalidade. Quanto à primeira delas, explico que, no decorrer do meu curso de doutorado, nas inúmeras oportunidades que tive de discutir minha tese com colegas e professores, uma das questões indagadas recorrentemente era: “como você pretende medir o sofrimento das pessoas?”. E a resposta é: não pretendo – e nem conseguiria.

O sofrimento é uma percepção muito pessoal e pode diferir, inclusive, entre distintos indivíduos submetidos às mesmas condições carcerárias, como sustenta Kolber (2009, p. 183). Se eu me enveredasse em discussões acerca de percepções subjetivas, eu certamente não conseguiria findar esta tese, por não conseguir encontrar um norte comum que pudesse guiar todas as operações compensatórias.

Portanto, semelhante ao que acontece quando um julgador tenta aferir abalos morais, no Direito Civil, ocasião em que se buscam parâmetros objetivos que circundam o dano sofrido, no caso da compensação penal, procederei da mesma maneira. Deixarei de lado qualquer

¹³⁵ Vide argumentação do subtópico 2.1.

subjetividade possivelmente derivada do prejuízo causado pelo Estado à pessoa presa, considerando, no instrumento, tão somente parâmetros aferíveis de maneira objetiva. Saliento que, com isso, não menosprezo as consequências de ordem subjetiva, mas apenas as excluo como parâmetro de análise. Cada indicador analisado encerra uma potencialidade danosa presumida, *in re ipsa*, prescindindo desta análise subjetiva.

Esta primeira finalidade é um pressuposto da segunda: a cientificidade. O tratamento objetivo é condição para permitir a submissão do instrumento à verificabilidade, própria da ciência, da forma como a compensação foi realizada. Isto serve para evitar que a execução de uma mesma operação, em situações idênticas, chegue a resultados diversos, atribuídos à multiplicidade de operadores do instrumento.

A simplicidade também é um norte do qual não poderei me distanciar. Ainda que alguns indicadores possam ser compostos por inúmeros elementos objetivos, terei de me ater a parâmetros palpáveis aos juízes que operarão o instrumento. Por exemplo, é certo que o maior risco de contrair tuberculose em determinado presídio influencia no indicador “qualidade da saúde”. Por outro lado, não é viável que eu insira um indicador como este no instrumento, pois, conseqüentemente, se exigiria do aplicador a medição regular destes níveis, não sendo este um dado razoavelmente exigível de todos os estabelecimentos prisionais.

Veja-se que não estou a defender que as prisões não devam conseguir o máximo de informações possíveis, de maneira mais assídua possível, sobre as condições carcerárias; pelo contrário, a produção deste tipo de dado é importantíssima para que o Estado saiba as reais condições de vida proporcionadas aos cidadãos presos. Contudo, se busco a criação de um instrumento compartilhável por qualquer juiz(a), devo compreender as discrepâncias existentes nas diversas realidades brasileiras, sem que isso impeça a aplicação da compensação penal.

Como consequência, inserirei apenas indicadores que possam ser obtidos a partir de um esforço razoável pelo(a) magistrado(a), tal como por pesquisas a nível nacional, relatórios ou por inspeções judiciais. A respeito destas, convém lembrar que é dever legal dos juízes da execução “inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade”¹³⁶, assim como do próprio Ministério Público¹³⁷ e da Defensoria Pública¹³⁸. Assim, considero razoável o esforço que não represente uma obrigação fora das atribuições legais de um(a) juiz(iza).

¹³⁶ Dicção integral do inciso VII, do art. 66 da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984).

¹³⁷ Pela inteligência do art. 68, parágrafo único, da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984).

¹³⁸ Nos termos do art. 81-B, V, da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984).

Embora haja uma concorrência de órgãos com responsabilidade de realizar inspeções, entendendo, ao menos para os fins desta tese, ser de atribuição precípua do Judiciário. Cacicedo (2023b, p. 418), ao discorrer sobre o assunto, argumenta ser a Defensoria Pública o órgão com maior capacidade para tal tarefa, a ser realizada com a periodicidade e frequência esperadas da atividade, tanto por sua capilaridade quanto pelo histórico de atuação na defesa dos Direitos Humanos.

Não discordo do autor, contudo, voltando-se às discrepâncias locais brasileiras, é sabido que muitas cidades, principalmente do interior, não possuem Defensoria ativa, sendo a atuação em favor da população hipossuficiente delegada à advocacia dativa. Em 2013, por exemplo, apenas 28% das comarcas brasileiras eram atendidas por Defensoria, havendo 1926 outras que não recebiam o serviço (Moura *et al.*, 2013, p. 33). Embora este dado esteja defasado, é representativo para demonstrar como o atendimento é deficitário, não podendo a correta aplicação do instrumento, que deve ser geral, depender desta exclusivamente desta instituição.

Por outro lado, todo estabelecimento prisional se encontra subordinado a uma vara com competência de Corregedoria, sendo esta a melhor instância para a produção de dados e monitoramento das condições carcerárias. A fim de corroborar este dever, o Conselho Nacional de Justiça criou o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF; Brasil, 2009) e os Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF; CNJ, 2021), existentes nas 27 Unidades da Federação e no Distrito Federal. O objetivo é a produção de dados e informações sobre o sistema carcerário, os quais ainda são insuficientes ou inexistentes, a depender do estado, permitindo uma articulação regional, por meio dos GMF, com o DMF para promoção de ações e melhorias.

Portanto, as varas corregedoras, além de encerrarem o dever legal de fiscalizarem periodicamente os estabelecimentos prisionais, prestam informações ao ente regionalizado do GMF, subordinado ao DMF, o que atribui maior responsabilização dos agentes públicos destacados para tanto. Esta lógica se insere na tendência nacional, encabeçada principalmente pelo CNJ, de atribuir protagonismo ao Poder Judiciário na produção e publicação destes dados. Em contrapartida, a ausência destes, como, por exemplo, verificado no relatório de custos prisionais (CNJ, 2021a), conduz à obscuridade do que realmente ocorre no interior das prisões. Por consequência, a ignorância impede a cobrança do cumprimento do dever de garante estatal. Assim, o Judiciário desempenha papel estratégico e fundamental na aproximação do processo penal à realidade, na efetivação de direitos fundamentais.

Aqui, retomo as bases teóricas críticas da execução penal, explanadas no tópico 4.1.1, atribuindo protagonismo às inspeções e monitoramentos das penitenciárias, tarefa atribuída

especialmente ao juízo da execução, para se angariarem os dados que irão preencher o instrumento. Abandonando o magistrado a figura de um “mero operador do direito que não reflete sobre sua conexão com o mundo que o cerca” (Cacicedo, 2023a, p. 21), deve-se adotar a enunciada postura crítica emancipadora.

Nesta linha, também não estou a falar das meras visitas burocráticas, comuns, sem aprofundamento das análises empíricas, mas das verdadeiras inspeções, realizadas a partir de princípios e diretrizes padronizadas internacionalmente¹³⁹ (Cacicedo, 2023b, p. 421). Assim, a eleição das inspeções como grande ferramenta para promoção da melhora encontra-se alinhada com a literatura crítica (Vacani, 2024, p. 565), mostrando-se, além de uma ótima forma de controle externo dos espaços penitenciários, como maneira de se extraírem os dados necessários à realização da compensação penal.

A simplicidade também restará refletida na forma de medição dos indicadores. Novamente, ainda que uma medição acurada de cada um destes pudesse enriquecer o resultado final, por outro lado, dificultaria sua aplicação de forma geral. Em virtude disso, preferirei definições binárias de “sim” ou “não”, ou em três níveis, tais como “neutro”, “intermediário” e “negativo”, a fim de facilitar a prática. Assim, mesmo que o indicador possa ser representado por algum número mais específico, pode haver casos em que este será reduzido de forma mais simples. Sobre este ponto, retornarei adiante, quando da construção de cada parâmetro.

A garantia dessas condições permite a abertura deste ao criticismo. A possibilidade de crítica é imprescindível ao próprio aperfeiçoamento, a posteriori, do instrumento. É inegável que, devido aos avanços sociais e tecnológicos, outros indicadores podem surgir, no futuro, que melhor se adequem a determinado parâmetro, facultando, assim, sua substituição e melhora na acuracidade do resultado final. A transparência também permite outros tipos de crítica, motivo pelo qual confeccionarei da maneira menos nebulosa possível.

Como venho sustentando, minha pretensão, com nesta tese, não é construir um instrumento absoluto e inalterável; pelo contrário, pretendo criar um mecanismo aberto, objetivo e claro, que, conseqüentemente, comportará quaisquer críticas sobre os procedimentos por mim adotados. A evolução é sempre necessária - pressuposto lógico da ciência. No entanto, durante a confecção, precisarei fazer inúmeras opções metodológicas para chegar ao meu objetivo, as quais, por sua vez, podem encontrar resistência de entendimentos contrários.

Levando isto em conta, adiciono como última base do meu instrumento a racionalidade. Como corolário desta, justificarei sempre minhas opções da maneira mais plural possível, na

¹³⁹ Expliquei mais detidamente estes padrões na subseção 4.1.1.

tentativa de afastar ao máximo o meu instrumento de empecilhos para a sua aceitação e aplicação. Desta forma, ainda que haja eventuais críticas, por outro lado, pretendo não adotar nenhuma escolha que não se justifique sobre bases racionais.

Por fim, entendo importante realizar uma ressalva no plano metodológico. Apesar de a presente investigação se situar no ambiente carcerário, o objetivo do instrumento é a promoção da justiça. Em razão disso, no decorrer de sua construção, haverá inúmeros momentos em que o parâmetro de comparação de determinado indicativo será o mesmo para a sociedade livre e também na prisão, baseando-se em diretrizes ditadas por órgãos de controle, por exemplo.

A interpretação da Constituição (Brasil, 1988) e da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), dispositivos que guiarão a construção do instrumento, deixa clara que outros direitos não alcançados pela pena devem permanecer inalterados. Traduzindo para os fins desta tese, se não podem ser ultrajados pelo Estado, é justo, pois legalmente exigível, que os indicativos na prisão se assemelhem à sociedade livre. Destarte, tendo como norte a promoção da justiça, não há qualquer justificativa legal para se admitir que os indicadores intramuros sejam piores que os verificados extra. Por isso, eventuais discrepâncias devem ser consideradas e ponderadas.

Assim, realizarei a divisão organizacional da construção do instrumento da seguinte forma: primeiro, explicarei sua natureza jurídica e viabilidade material e processual dentro do ordenamento brasileiro, justificando sua compatibilidade com a legislação; em seguida, passarei para a confecção propriamente dita, a qual dividirei em estruturação interna, consistente em como os direitos dialogarão entre si dentro do instrumento, e estruturação externa, sendo esta a relação dos direitos com a realidade carcerária. Por fim, justificarei os parâmetros para alcance do patamar máximo de compensação: quanto o pior dos estabelecimentos ensejará de redução na pena, proporção embasada em pesquisas relativas à queda na expectativa de vida devido à exposição às condições adversas do cárcere.

Complementarmente, apresentarei um resumo prático de como proceder à operação e, ao final, sugerirei um plano complementar de acompanhamento individual, voltado a integrar o sujeito recém-liberto a programas estatais assistencialistas já existentes, orientados principalmente à saúde e ao aperfeiçoamento profissional e estudantil.

5.1 Natureza jurídica

Como venho sustentando, a compensação penal tem sua origem central no excesso de retributividade da pena. A sanção, reduzida à unidade de tempo-medida em dias, depois de reinterpretada como espaço-tempo, permite revelar não somente sua quantidade, mas também

sua qualidade, característica impossível de ser avaliada se me limitar tão somente à linearidade do tempo. Por esta avaliação se dar a partir de um juízo quantitativo de excesso de pena, sendo a parcela em excesso reduzida do montante total, a compensação penal somente tem cabimento dentro do sistema de execução. Se inexistir pena a ser compensada – por exemplo, pela absolvição ou pelo cumprimento integral -, não há lugar, em um primeiro momento, para qualquer compensação. Por este motivo, a natureza jurídica do instituto, a meu ver, é penal.

Por outro lado, esta conclusão leva a crer que a concessão deste direito no âmbito penal não exclui a reparação pelo dano moral sofrido pelo recluso que vivenciou uma pena antijurídica, em dissonância ao que a lei prescreve. Assim, tanto a pessoa ainda em cumprimento de pena quanto aquela cuja punibilidade já foi extinta pelo cumprimento fariam jus a este pedido em desfavor do Estado, causador do dano. Por ter raiz distinta, o indivíduo, portanto, poderia, ainda assim, ser indenizado, na linha do que foi decidido no Recurso Extraordinário nº 580.252, pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, a situação da pessoa que já cumpriu com toda a pena em situação antijurídica é muito rica para algumas discussões. O primeiro ponto é que, como já defendi aqui, este indivíduo certamente poderia pleitear sua indenização pecuniária, o que me parece inegável de qualquer ponto de vista. Mas o pagamento desta indenização satisfaria o dano na esfera civil. Na penal, perderia este sujeito o direito de pleito? Ou seja, por não haver mais pena a ser compensada, inexistiria dano a ser ressarcido, como que em uma “perda do objeto” do pedido?

Não me parece justo que este pensamento se aplique. Primeiro, é importante se entender que, nestes casos, o dano da esfera penal não é “revertido” em indenização, haja vista o direito a esta existe independentemente de ter ocorrido a compensação. Portanto, estou a tratar de uma operação compensatória que não foi levada a cabo e, também, não se “transformou” em pecúnia.

Todo o sofrimento em excesso, antijurídico, promovido pelo Estado não pode simplesmente ser “esquecido”, ignorado pelo fato de esta pessoa não ter tido a oportunidade de ver seu direito concedido ainda durante o período de cumprimento. Relembro todas as mazelas da realidade judicial brasileira, especialmente quando a grande maioria da massa carcerária depende da Defensoria Pública, ou da advocacia dativa, para ver seus direitos efetivados¹⁴⁰. Ademais, as memórias do cárcere continuarão marcadas na vida do egresso para sempre.

¹⁴⁰ Vide subtópico 3.2.

Parece-me justo que isto possa ser utilizado, eventualmente, em um futuro, caso esta pessoa venha a ser condenada novamente.

Contudo, meu pensamento esbarra em um antigo posicionamento da jurisprudência pátria acerca do chamado “princípio da conta corrente”, encampado pelo Supremo Tribunal Federal:

2. Acerca da matéria, é assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o condenado não faz jus à detração penal quando a conduta delituosa pela qual houve a condenação tenha sido praticada posteriormente ao crime que acarretou a prisão cautelar. Entendimento diverso, conforme enfatiza doutrina especializada, criaria uma espécie de “'conta corrente' em favor do réu, que, absolvido no primeiro processo, ficaria com um 'crédito' contra o Estado, a ser usado para a impunidade de posteriores infrações penais.” (PRADO, Luiz Régis, Comentários ao Código Penal, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pág. 189). Nesse sentido: HC 93.979/RS, 1ª Turma, Min. Cármen Lúcia, DJe 20.6.2008; RHC 109.849/DF, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, DJe 04-09-2012. (Brasil, 2013, p. 4).

Antes de me posicionar acerca da argumentação acima, trago à reflexão o Acórdão n.º 284/2020, julgado da Corte Constitucional portuguesa, que tangencia o tema. Em verdade, a discussão posta é a ponderação do direito fundamental à liberdade em contraposição a um direito social à segurança pública. Por oportuno, esclareço que a escolha da jurisprudência portuguesa se justifica para aplicação do método funcionalista, dentro do Direito Comparado, dada a similitude dos sistemas brasileiro e português. Naquele, o Supremo Tribunal Federal concentra a função de uma corte constitucional, assemelhando-se a Portugal, de modo a tornar relevante a análise da fundamentação empregada no julgado estrangeiro (Horbach, 2022, p. 199). Por tratar abstratamente sobre a ponderação de direitos fundamentais – também tencionados na discussão ora travada -, a comparação se torna adequada para ilustrar a conclusão à qual pretendo chegar.

O art. 225, Código de Processo Penal português (Portugal, 1987), prevê expressamente a possibilidade de indenização à pessoa que ficar presa injustamente, nas seguintes situações:

- 1 - Quem tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos quando:
 - a) A privação da liberdade for ilegal, nos termos do n.º 1 do artigo 220.º, ou do n.º 2 do artigo 222.º;
 - b) A privação da liberdade se tiver devido a erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia; ou
 - c) Se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou actuou justificadamente; ou
 - d) A privação da liberdade tiver violado os n.os 1 a 4 do artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

2 - Nos casos das alíneas b) e c) do número anterior o dever de indemnizar cessa se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a privação da sua liberdade.

Por sua vez, o aludido dispositivo infraconstitucional regula o art. 27, n. 5 da Constituição da República Portuguesa (Portugal, 1976), segundo o qual “a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar [sic] o lesado nos termos que a lei estabelecer.”

O caso, então, levado ao Tribunal Constitucional português foi uma discussão acerca da aplicação da alínea C, do art. 225, do Código de Processo Penal português (Portugal, 1987; 2020). Questionou-se se era necessário, para fazer jus à indenização, ficar cabalmente comprovado no bojo do processo que não foi o arguido (acusado) o agente do delito, ou se sua simples absolvição, independentemente da razão (*in dubio pro reo*), seria suficiente para tanto. O debate cingiu-se na seguinte argumentação:

A solução em apreço significa que o legislador ordinário decidiu agora impor ao Estado, e já não ao cidadão, o *risco do erro*, revelado posteriormente nos termos daquela norma da alínea c) do artigo 225.º, n.º 1, do CPP, *sobre a justificação da privação da liberdade*. Ao fazê-lo, porém, o legislador não está a cumprir qualquer injunção constitucional decorrente do artigo 27.º, n.º 5, da Constituição, pois, como reconhecido pela jurisprudência deste Tribunal, tal preceito não o impõe (cfr. *supra* o n.º 10).

O que está em causa é a repartição solidária do *sacrifício* imposto para salvaguarda de bens fundamentais como a eficácia da justiça penal, a segurança e a liberdade individual dos demais membros da comunidade, atribuindo uma indemnização ao indivíduo que esteve sujeito a prisão preventiva devido a um juízo provisório de culpabilidade, mas que, *ex post*, e por via da comprovação da sua inocência, não se confirma. A opção do legislador de 2007 significa que o risco associado àquele juízo o qual, como mencionado, se reconduz a uma prognose que, mesmo sendo efetuada corretamente, pode não se confirmar no futuro não deve correr exclusivamente por conta do indivíduo privado da liberdade a título cautelar, mas ser repartido por todos os membros da comunidade (enquanto dever estadual de indemnizar), uma vez e na medida em que são eles os beneficiários (a respetiva segurança e liberdade constituem a *causa final*) do sacrifício imposto àquele. Por outras palavras: uma vez que a privação da liberdade a título cautelar se veio a revelar materialmente injustificada, é justo que o dano sofrido pelo indivíduo e a ele imposto para salvaguarda de bens que a todos interessam, não o onere exclusivamente e seja igualmente compensado por todos. (Portugal, 2020).

Aqui, necessário realizar alguns apontamentos. Primeiro, a lei infraconstitucional foi além da Constituição portuguesa, pois esta exige tão somente a disciplina da indenização por ato ilegal ou inconstitucional: quando a pessoa for presa de forma contrária ao que o ordenamento permite. O que estava em debate era a indenização de uma pessoa aprisionada cautelarmente dentro de parâmetros exigidos pela lei *ex ante* (quando do momento inicial da decretação da preventiva, durante a investigação ou instrução), que, contudo, não teve tais

indícios confirmados em sentença, sendo absolvida. Observe-se que o caso de erro grosseiro na avaliação dos requisitos para a cautelar já seria ilegal de per si, enquadrando-se, inclusive, no art. 225, n. 1, alínea b, do Código de Processo Penal português (Portugal, 1987).

A Corte Constitucional entendeu, então, que o sujeito processado, por sua presunção inerente de inocência – atribuída a todo indivíduo desde o seu nascimento –, não tinha qualquer ônus em comprovar ser inocente, razão pela qual qualquer absolvição era suficiente para que fizesse jus à indenização (Portugal, 2020). A riqueza do argumento encontra-se na “repartição solidária do *sacrifício*” (Portugal, 2020). A prisão cautelar – e ousar dizer, qualquer prisão –, tem sua razão de ser na segurança do restante da sociedade. Prende-se um indivíduo para que, em um plano geral, a sociedade dita “livre” se sinta mais segura. Ainda dentro do sustentado na seção 2, tanto a retribuição quanto o sentimento mais difuso de prevenção situam-se dentro deste espectro de proteção social, cada finalidade à sua maneira. Por isso, a determinação do aprisionamento de alguém (seja por sentença ou decisão cautelar) sempre tangenciará ponderar o direito à liberdade com a segurança pública, em alguma medida.

A partir do momento em que o Judiciário engessa seu entendimento no sentido de coibir o que se chamou figurativamente de “conta corrente” penal, transfere todo o ônus da segurança pública ao jurisdicionado. É um pensamento contrário aos preceitos mais basilares do Direito Penal, que se constrói sobre a lógica da defesa do direito individual contra a coerção estatal. Aqui, prefere-se sacrificar a liberdade de uma pessoa para que os demais se sintam mais seguros, adotando-se lógica inversa, mesmo não havendo condenação. Portanto, ainda que pensar neste “crédito” como possível impunidade futura seja indesejável socialmente, a ideia de prender alguém por mais tempo ou em virtude de uma acusação que não veio a se confirmar é ainda pior, a meu ver, pois contrária o próprio Direito Penal.

Avanço o pensamento da Corte Constitucional portuguesa para a realidade brasileira, de excesso de pena, cerne da minha tese. A prisão antijurídica, pela qual se impõe uma carga retributiva muito superior à que a lei e a Constituição permitem, também exige aquela “repartição solidária do sacrifício”. O indivíduo, depois de cumprida sua pena, restaura seu status de cidadão livre, como qualquer outra pessoa. No entanto, havendo excesso de pena cumprida nos moldes mencionados, ele cumpriu com seu dever social para fazer jus ao retorno à sociedade em período muito anterior à sua soltura. O Estado é quem passa a estar em débito com o sujeito, por ter-lhe aplicado carga punitiva superior à permitida pela lei. A prisão em excesso desta pessoa em nada se diferencia do sujeito preso cautelarmente em processo no qual vem a ser absolvido. Portanto, a par da firme jurisprudência vigente na Suprema Corte brasileira, acredito que tal pensamento deva ser revisto.

A Constituição Federal possui um dispositivo correlato ao português, o art. 5º, inciso LXXV, o qual determina que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Volto minha atenção à parte final do dispositivo, apesar de o termo “erro judiciário” comportar também uma interpretação alargada¹⁴¹. Levando-se em conta todas as minhas considerações acerca da pena e de seu conteúdo, expostas na seção 2, parece-me certo que cumprir cinco anos de reclusão sob condições carcerárias deploráveis corresponde a um tempo maior do que o fixado em sentença. Isso se reinterpreta o espaço-tempo determinado nesta, dentro dos parâmetros de preservação de direitos estabelecidos pela lei e pela Constituição. Então, há uma regra constitucional expressa que determina que esta pessoa seja indenizada. Assumindo-se a compensação como forma mais adequada de indenização na seara penal, inexistente justificativa, de plano, para não a executar, ainda que tardiamente, em uma sentença posterior à que originou o excesso ilegal.

5.2 Viabilidade material e processual no ordenamento

Partindo da certeza material do direito à compensação, qual a melhor forma de efetivá-lo formalmente? Qual instituto penal existente permitiria ser interpretado de forma a promover a compensação? Conforme pontuei, o instrumento sugerido é designado para ser executado pelo Judiciário. Sua necessidade exsurge justamente da inércia dos demais Poderes, de forma que esperar sua inserção por alguma medida do Executivo ou Legislativo seria ilógico.

No entanto, é claro que haveria formas outras de se inserir o instrumento para compensação penal no ordenamento de maneira inovadora, como um dispositivo legal a ser aprovado pelo Congresso Nacional, ou mesmo por meio dos decretos de indulto, regulamente editados pela Presidência. A par disso, farei uma análise das possibilidades de se realizar pela via judicial, independentemente de vontade política, tão somente pela interpretação jurídica do ordenamento.

É evidente que não existe um instituto criado pela legislação que trate especificamente da compensação penal, por ser uma ideia recente na doutrina. Contudo, como explica Ademar

¹⁴¹ Haveria uma grande gama de exemplos, mas cito um corriqueiro no judiciário que é a reforma, depois do trânsito em julgado, da dosimetria de pena, seja por revisão criminal ou Habeas Corpus substitutivo. Acredito que este é um evidente caso de erro judiciário – ainda que corrigido, posteriormente, pelo próprio Judiciário -, pois, não fosse a intervenção póstuma de um advogado, o sujeito, como ocorre com a maioria das pessoas que tem pena imposta superior ao que a lei determina, cumpriria integralmente o excesso ilegal. O erro corrigido não deixa de ser erro. Esta noção ampliadora é também compartilhada por Roig (2017, p. 7).

Borges de Sousa Filho (2019, p. 613), o ultraje reiterado do Estado aos direitos fundamentais das pessoas presas fere os postulados constitucionais da culpabilidade, do *ne bis in idem* e da proporcionalidade sancionatória e da proibição à proteção insuficiente. Em razão disso, há evidente lacuna legislativa – omissão inconstitucional –, neste ponto, necessária de ser integrada pelo julgador, por meio da analogia (Sousa Filho, 2019, p. 603). Esta possibilidade encontra amparo no próprio Decreto-Lei 4.657/42 (Brasil, 1942) – Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro –, em seu artigo 4º¹⁴². Portanto, passarei a algumas possibilidades vislumbradas pela doutrina e jurisprudência.

Roig (2017, p. 6-8), em um dos primeiros trabalhos brasileiros sobre o tema da compensação penal, faz uma análise sobre as possíveis formas de implementação tanto durante o processo de conhecimento quanto durante a execução. Sugere o autor que o juiz, ao verificar uma situação de pena ilícita no cumprimento de prisão cautelar, poderia aplicar uma atenuante genérica inominada, ou “atenuantes jurídico-constitucionais da pena”, prevista no art. 66 do Código Penal (Brasil, 1940), derivado da afetação de direitos fundamentais correlatos à liberdade (Roig, 2017, p. 6).

Durante a execução, Roig (2017, p. 7) entende possível haver uma “redução compensatória”, valendo-se da analogia *in bonam partem*, diminuindo-se proporcionalmente a pena de acordo com a intensidade do sofrimento observado. Esta redução serviria para adiantar direitos como a progressão de regime ou o livramento condicional.

Ao se observar a determinação das condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018a; 2018b), estabelece-se um objetivo final a ser alcançado – o desconto em dobro da pena –, independentemente do meio interno escolhido pelo Estado. Convém lembrar que, no plano supranacional da sistemática interamericana, não pode o Estado descumprir com a determinação emanada da Corte justificando empecilho de direito interno¹⁴³. Assim, o Estado deve se adequar internamente à decisão internacional.

No caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e até mesmo do Complexo do Curado, o direito é concedido sob analogia à remição, criando-se a espécie de “remição por superlotação” (Pernambuco, 2022). Sobre a possibilidade de criação de uma nova modalidade de remição, primeiro, tem-se a cogência da ordem internacional, que serviu para criar este precedente na ordem interna, sendo a adequação do direito imprescindível ao respeito da decisão. Ademais, como lembrado pelo Min. Luís Roberto Barroso (Brasil, 2017, p. 105), a

¹⁴² “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Brasil, 1942).

¹⁴³ Pela dicção do art. 28 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Brasil, 1992).

remição pela leitura foi uma inovação jurisprudencial, que somente foi definitivamente inserida na Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.433/2011.

Embora a jurisprudência tenha se definido neste sentido, devo trazer algumas considerações importantes que militam em favor da detração ser instituto mais adequado para ser aplicado por analogia na compensação penal. Neste sentido, Ademar Borges de Sousa Filho (2019, p. 610-611) realiza aprofundada análise aquele instituto, demonstrando como o art. 42 do Código Penal (Brasil, 1940) veio para evitar injustiças, coibindo o Estado de ultrapassar a culpabilidade do autor no sancionamento e evitar a dupla punição (*ne bis in idem*), respeitando-se, também, o preceito constitucional da proporcionalidade.

Neste intento, as Cortes Superiores brasileiras vêm paulatinamente estendendo a interpretação do mencionado artigo para abarcar não somente a prisão preventiva como causa geradora da detração, mas outras medidas cautelares de caráter restritivo a direitos fundamentais, tais como em casos de recolhimento domiciliar noturno ou prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva¹⁴⁴, recolhimento noturno ou desconto da medida extrema na pena de multa e na condenação a restritivas de direito¹⁴⁵ (Sousa Filho, 2019, p. 617).

Contudo, o autor, ao contrastar os institutos da detração e da remição, embora reconheça ambos partirem da mesma premissa, 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” (Sousa Filho, 2019, p. 624), entende mais adequada a detração. Isto porque esta teria a *ratio* mais próxima com o problema cerne da compensação penal, por remediar uma situação de compensação destrutiva da culpabilidade, devido a um excesso restritivo de direitos fundamentais, enquanto a remição assemelha-se a uma compensação construtiva¹⁴⁶, por premiar uma conduta positiva do indivíduo condenado – estudo ou trabalho (Sousa Filho, 2019, p. 626). Ademais, o autor ainda vislumbra a tendência jurisprudencial recente de alargamento interpretativo com relação à detração, aplicando-se a medidas cautelares diversas da prisão, como fator facilitador à encampação ao instituto também das ilegalidades cometidas pelo Estado na aplicação da pena (Sousa Filho, 2019, p. 626).

Em um primeiro momento, concordo com os fortes fundamentos trazidos pelo professor Sousa Filho, em especial no tocante à similitude da *ratio* da detração com a compensação penal, acreditando ser este o melhor instituto para se aplicar a analogia. Por outro lado, acredito que a

¹⁴⁴ Art. 317, V, e art. 318, ambos do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

¹⁴⁵ Art. 43 do Código Penal (Brasil, 1940).

¹⁴⁶ Remeto ao tópico 4.1.2, onde esmiuço os conceitos de compensação construtiva e destrutiva.

adequação do ordenamento interno à decisão internacional da Corte Interamericana, mediante criação da “remição por superlotação”, prevalecerá na jurisprudência, por se tratar de uma criação específica.

A par disso, como também já defendi no subtópico 4.2.1, acredito que a forma pela qual o instituto será inserido no ordenamento é menos relevante do que sua essência: remediar uma situação emergencial. Assim, seja pela aplicação da remição “por superlotação” ou pela analogia à detração, não haverá qualquer prejuízo ou vantagem materiais na escolha da forma. A nomenclatura do direito não prevalece sobre suas premissas básicas e finalidades.

De uma maneira ou de outra, acredito a viabilidade no ordenamento restar incontroversa, sendo possível a adoção da compensação penal. Entendo, contudo, que a aplicação deste direito encontraria muito mais resistência do Judiciário se não houvesse o movimento inicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos neste mesmo sentido. Parece-me certo o papel decisivo da condenação do Brasil perante o sistema internacional para atualizar a ordem interna à realidade de infração reiterada de direitos humanos.

Já no plano processual, o pedido de compensação se enquadra no incidente de excesso de pena, previsto no art. 185 da LEP (Brasil, 1984), justamente por se tratar de atos praticados além do limite da sentença. Após se adotar a interpretação sustentada ao longo desta tese, resta claro que a retributividade da pena, no momento da execução, é muito superior àquela estabelecida no decreto condenatório.

O incidente pode ser iniciado pelo Ministério Público, pelo sentenciado ou por qualquer dos órgãos da execução, inclusive, de ofício pelo(a) magistrado(a)¹⁴⁷. Portanto, na prática, uma vez suscitado o instituto, deve-se apurar todo o período anterior ainda não analisado pelo juízo da execução. Se for a primeira vez, a avaliação pesará sobre todos os anos de pena cumpridos até então; do contrário, analisar-se-á o período posterior à última avaliação.

Acredito que, pelo teor do instituto, o mais adequado é que este pedido seja realizado continuamente durante a execução – como uma ou duas vezes ao ano. Isso permitirá uma análise mais acurada daquele período, evitando-se, por outro lado, que o indivíduo acabe cumprindo mais pena do que o necessário no regime mais grave, decorrente do atraso na aplicação compensatória. Eventual demora, conseqüentemente, prejudica a aquisição dos requisitos objetivos dentro do sistema progressivo.

5.3 Estruturação interna

¹⁴⁷ Art. 186 da LEP (Brasil, 1984).

Início, aqui, o instrumento propriamente dito. Assim como já afirmei, apesar de a superlotação representar um fator importante na avaliação do respeito – ou não -, dos direitos carcerários, ele é apenas um elemento que, todavia, não reflete a multiplicidade de esferas da vida do sujeito preso afetadas antijuridicamente. Assim, há uma vasta gama de direitos que necessitam ser considerados em um instrumento que pretende avaliar os diferentes graus de infração a direitos fundamentais.

É neste sentido que Zaffaroni (2012, p. 365) entende ser necessário se ter em conta dois indicadores para se avaliar o nível de privação: a hierarquia do direito infringido e a profundidade da lesão. Vacani (2024, p. 615) também assinalou grande importância, em sua teoria, à hierarquização dos direitos fundamentais afetados pelos fatos apurados ao longo da execução, sendo a identificação do direito de hierarquia mais elevada o ponto de partida para o procedimento compensatório por ele sugerido.

Portanto, neste primeiro plano, cuidarei de construir uma estruturação interna dos distintos direitos previstos nos tratados internacionais, na Constituição (Brasil, 1988) e na Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), estabelecendo a forma como irão influenciar no resultado final da operação, a depender do nível de fundamentalidade do direito. Neste intuito, questionarei a existência de uma hierarquização dos direitos fundamentais – especialmente aqueles não afetados pela pena -, a fim de justificar os diferentes pesos assumidos dentro do instrumento. Assim, tentarei encontrar no ordenamento pátrio as hierarquias dos direitos fundamentais, ou, melhor dizendo, se existe algum direito fundamental que, abstratamente, por suas características intrínsecas, prepondera sobre outros.

Ora, saber esta resposta é imprescindível no momento de sopesar o quão grave é determinada infração em comparação a outra; ou, ainda, se guardam igual preponderância. A exemplo disto, basta pensar um indivíduo inserido em uma penitenciária com altíssima taxa da mortalidade – seja por doenças ou por violência interna. Parece-me certo que este parâmetro deve guardar importância elevada em uma escala parametrizada, haja vista coloca em risco a vida do sujeito – direito fundamental de extrema relevância. Em contrapartida, se se considerar uma pessoa inserida em uma cela com iluminação e ventilação deficitárias, abstratamente, parecem ambas as situações se diferirem, tanto por atingirem direitos distintos (vida e saúde) quanto pela maior ou menor intensidades. Por esta razão, exsurge a importância da resposta à pergunta proposta.

Para alcançar meu objetivo, buscarei subsídio na teoria dos direitos fundamentais, de Robert Alexy, em especial suas ponderações acerca da chamada “lei do sopesamento” e da

“fórmula do peso”, na tentativa de extrair contributos úteis na tarefa de atribuir e harmonizar pesos abstratos dos direitos. Ainda, passarei, adiante, para um estudo sobre a fundamentalidade dos direitos, na tentativa de robustecer a hierarquização de acordo com níveis constitucionais.

Ao final, pretendo identificar diferentes classes de direitos e atribuí-las pesos distintos, de maneira a permitir identificar, na prática, a qual classe cada elemento se conecta. Isso me permitirá saber qual a relevância de determinada infração dentro do plano constitucional brasileiro e, conseqüentemente, ponderá-la de maneira proporcional dentro da operação, o que ocorrerá no próximo passo: na estruturação externa.

5.3.1 Contributos da “lei do sopesamento” e da “fórmula do peso” de Robert Alexy

Com efeito, antes de se adentrar nas interpretações doutrinárias sobre a fundamentalidade dos direitos fundamentais, imprescindível esclarecer que a discussão muito se relaciona com a lei do sopesamento de princípios, de Robert Alexy (2006, p. 167-168). Em linhas gerais, no desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy (2006, p. 91), partindo de sua clássica divisão das normas em regras e princípios, preceitua que aquelas funcionam em um sistema de aplicação ou não. Assim, não há se falar em coexistência de regras em um mesmo caso concreto, haja vista este atrai a aplicação de apenas uma delas, afastando-se a outra, a depender das peculiaridades fáticas.

Por sua vez, os princípios diferenciam-se das regras devido ao fato de, diante de uma colisão entre dois ou mais daqueles, haver um sopesamento, de forma que um será mais ou menos efetivado de acordo com o caso concreto, sem se excluir o outro (Alexy, 2006, p. 90). Assim, o autor sintetiza o sopesamento na seguinte frase: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (Alexy, 2006, p. 593).

Alexy (2006, p. 604) complementa sua ideia ao desenvolver a “proporcionalidade em sentido estrito”, ou “Fórmula do Peso”, na tentativa de organizar de forma racional e minimamente parametrizada a execução do sopesamento. A questão central desta evolução teórica consiste no estabelecimento de parâmetros interpretativos mínimos, sob pena de se permitir qualquer interpretação principiológica, a depender do pensamento individual do exegeta que o executa (Alexy, 2006, p. 600). O resultado do sopesamento deve ser justificável sob bases racionais e empíricas, no caso concreto.

Em síntese, Alexy (2006, p. 605) desenvolve uma espécie de equação que considera os seguintes elementos: um peso abstrato e um peso concreto aos princípios colidentes; níveis de

interferência de um no outro; as evidências da interferência de um princípio no outro¹⁴⁸. Para cada um deles, devem-se atribuir grandezas – diferentes ou idênticas¹⁴⁹ –, para, ao final, permitir-se uma ponderação mais acurada no caso concreto, tendo como conclusão qual princípio deve prevalecer em dada situação fática.

Com efeito, não se trata de reduzir a interpretação principiológica a termos puramente matemáticos inalteráveis, mas, sim, conferir uma objetivação mínima ao procedimento, com o fim de torná-lo mais palpável em termos concretos. Neste sentido, Alexy (2006, p. 608-609) alerta sobre a recorrente ocorrência de impasses, quando o resultado da fórmula indicará equivalência de pesos, o que evidencia a “discrecionalidade estrutural” preservada na operação. Assim, a proposta do intenciona auxiliar o julgador na ponderação concreta, possibilitado o alcance do resultado de maneira mais fácil. É justamente esta objetividade que pretendo trazer ao meu instrumento.

Ao se observar a fórmula, percebe-se que o peso abstrato atribuído a determinado direito fundamental será sempre o mesmo, porquanto é aferido independentemente dos elementos concretos – os quais influirão no peso concreto. Tendo em vista o objetivo proposto no presente trabalho ser exatamente encontrar proporções abstratas aos direitos fundamentais, realizarei um recorte sobre o ponto específico da teoria de Alexy que pode contribuir com o desenvolvimento proposto, atendo-me à aferição do peso abstrato. Pontuo que, para os fins, aqui, propostos, os parâmetros fáticos concretos serão sempre os mesmos: os da vida na prisão. Destarte, cumpre encontrar o peso abstrato de cada um dos direitos fundamentais coexistentes neste contexto, dentro do universo a que pertencem, a fim de permitir a parametrização de eventuais infrações.

Ao se voltar ao peso abstrato, destaca-se que este consiste em uma importância atribuída ao direito fundamental – nas palavras do autor, ao princípio ou valor em questão –, de per si, na essência do direito. Ao exemplificar, Alexy (2006, p. 601) utiliza a mesma comparação entre a vida e a liberdade, atribuindo, por óbvio, maior valor abstrato àquele direito. Contudo, alerta o autor que, muitas vezes, o peso abstrato dos princípios se equivalerá, “o que é muito freqüente [*sic*] nas colisões entre direitos fundamentais” (Alexy, 2006, p. 600-601).

Assim, observo que o autor previu parâmetros para se hierarquizar os direitos fundamentais – embora tenha aparentemente elegido a vida como o mais valioso deles, no

¹⁴⁸ Enquanto a ponderação sobre o peso (concreto e abstrato) do princípio em contraposição à intensidade da interferência de um no outro compõem o que autor chama de “lei material do sopesamento”, adiciona-se, ainda, a clareza sobre as premissas que compõem o conhecimento sobre a intensidade da intervenção, chamada de “lei epistêmica do sopesamento”, resumida na máxima: “quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (Alexy, 2006, p. 618-619).

¹⁴⁹ Alexy (2006, p. 599-600) sugere uma divisão em três níveis, leve (reduzido), moderado e sério (elevado).

plano abstrato -, limitando-se a se sugerir a hierarquização em três categorias de grandeza. Partindo deste pressuposto, recorro a alguns possíveis parâmetros doutrinários para se atribuir este nível, a depender da maior ou menor fundamentalidade do direito, a fim de enquadrá-lo em um dos três graus.

5.3.2 Perspectivas sobre a fundamentalidade dos direitos

Tratar de direitos fundamentais é, antes de mais nada, entender o princípio da dignidade humana. Isto porque, segundo Sarmiento (2015, p. 88-89), o direito é considerado materialmente fundamental quando se relaciona a alguma faceta daquele. Com efeito, a dignidade não funciona como um princípio propriamente dito, mas, sim, consiste na fonte dos princípios (Sarmiento, 2015, p. 88-89). Assim, é correto dizer-se que cada aspecto da dignidade humana – uma das bases interpretativa de toda a Constituição – pode ser composto por um ou mais direitos fundamentais (Sarmiento, 2015, p. 85).

Embora a Constituição Federal não delimite expressamente uma hierarquia entre os direitos fundamentais, é certo que, tanto por uma questão lógica quanto pela legislação infraconstitucional, há determinados direitos que preponderam sobre outros. Neste mesmo sentido, Pulido entende que, por reunir algumas “propriedades fundamentais específicas” (2014, p. 388), determinado direito pode prevalecer sobre outro, em eventual deliberação. Destarte, vê-se imprescindível à consecução da tarefa proposta nesta subseção estabelecerem-se categorias de fundamentalidade – de certa maneira, hierarquizá-los.

Assim, Pulido (2014, p. 388) estabelece que a distinção dos direitos fundamentais em relação aos demais se dá por dois aspectos, um formal e outro material. O primeiro guarda respeito com a fonte do direito fundamental – de onde exsurge -, considerando-se poder derivar (i) de capítulo exclusivo no texto constitucional, destinado aos direitos fundamentais; (ii) de algum outro capítulo, ainda dentro da Constituição; iii) do bloco constitucional, como, *e.g.*, pactos ou convenções internacionais; iv) ou da jurisprudência do tribunal constitucional (Pulido, 2014, p. 389). Conclui o autor que, na ordem apresentada, existe grau decrescente de segurança na fundamentalidade do direito, de acordo com a sua fonte (Pulido, 2014, p. 389).

No entanto, para que um direito seja considerado plenamente fundamental, não basta encerrar uma característica formal, devendo também manifestar um aspecto material. Com efeito, o direito somente pode ser instituído em uma das fontes acima citadas por encerrar uma característica material (Pulido, 2014, p. 397). Portanto, este aspecto antecede aquele, razão pela qual as propriedades materiais prevalecem sobre as formais, no tocante ao peso interpretativo.

Assim, segundo o autor, um direito subjetivo se apresentará materialmente como fundamental quando apresentar “propriedades necessárias à dignidade humana e para o desenvolvimento de um indivíduo liberal, democrático e protegido pelo Estado de bem-estar social” (Pulido, 2014, p. 397); e “quando proteger as habilidades morais do indivíduo liberal ou sua imputabilidade, bem como quando visar satisfazer as necessidades fundamentais do indivíduo” (Pulido, 2014, p. 400). Em suma, para o autor, quanto mais ligado às capacidades morais do indivíduo, mais fundamental o direito será.

Veja-se que, embora o autor tenha realizado certo escalonamento dos direitos fundamentais – a depender da fonte de onde provêm e de sua essência -, a classificação não esclarece totalmente o tema proposto na presente subseção. Ora, ao se debruçar especificamente sobre o art. 41 da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), nota-se um rol de dezesseis direitos da pessoa presa, cada um deles com relação direta a algum direito fundamental, na forma insculpida no “TÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS” da Constituição Federal – seção destinada, a princípio, a este tipo de direito subjetivo. Portanto, na classificação de Pulido (2014, p. 389), uma vez derivados da fonte mais genuína, todos encerrariam, em tese, mesmo peso interpretativo, ao menos no aspecto formal. Devo, então, analisar a materialidade dos direitos protegidos pela Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) e pela Constituição (Brasil, 1988).

Neste tocante, forçoso admitir, pelas regras de experiência comuns, que a infração a uma garantia relacionada ao trabalho, ainda no plano abstrato, mostra-se menos gravosa, por exemplo, do que um ato que comprometa a integridade física do indivíduo preso. A propósito, nota-se que o constituinte, primeiro, tratou sobre os direitos e deveres individuais ou coletivos¹⁵⁰ e, depois, os direitos sociais¹⁵¹, classe esta da qual o trabalho é espécie.

Antes de tentar estabelecer níveis de importância dos direitos fundamentais relacionados à vida na prisão, é válido recorrer-se ao tratamento infraconstitucional da ponderação de bens jurídicos, a fim de auxiliar no escalonamento do peso abstrato das diferentes classes de direitos.

5.3.3 Infrações estatais aos direitos carcerários: classificação tripartida dos pesos abstratos

Ao me debruçar sobre a literatura relacionada, concluo pela elevada complexidade teórica de se estabelecerem níveis de fundamentalidade dos direitos, na tentativa de hierarquizá-los. Antes de partir a uma tentativa de divisão dos direitos fundamentais em categorias com

¹⁵⁰ Art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988).

¹⁵¹ Art. 6º ao art. 11 da Constituição Federal (Brasil, 1988).

diferentes pesos abstratos, necessário esclarecer que a sugestão criada visa a atender à simplicidade e racionalidade pretendidas para instrumento, conforme expliquei no início desta seção.

Para tanto, dei a maior amplitude possível a cada categoria, de forma a evitar ao máximo eventuais críticas em relação ao enquadramento de algum direito a determinada classe. Isto é, o maior consenso na adequação de certo valor em uma classificação mostra-se imprescindível para se prosseguir na operação buscada. Eventual discordância sobre este ponto pode colocar em xeque toda a confiabilidade do procedimento e do resultado final.

Neste sentido, não excludo a possibilidade da construção de um escalonamento mais complexo, com maior número de níveis, adotando-se distintas perspectivas de análise. Contudo, a simplificação em um número mais restrito diminui a possibilidade de resistências sobre a alocação de determinado direito em sua respectiva hierarquia. Quanto mais se complexifica o escalonamento, mais espaço para discordâncias científicas se abre, o que, por sua vez, diminui a exequibilidade dos parâmetros. A este respeito, ressalto a dificuldade já reconhecida por Alexy (2006, p. 604), por vezes, até mesmo na classificação em duas classes, razão de o autor admitir que “escalonamentos jurídicos só são possíveis com limiares relativamente rudimentares, e isso nem mesmo em todos os casos”.

Assim, é razoável deixar a vida como bem supremo isolado na primeira categoria e dividir os demais direitos fundamentais em outras duas classes inferiores, facilitando sua alocação por similitude de grau de importância em apenas dois grupos. Portanto, optei por classificações menos escalonadas, logo, com classes de abrangência mais ampla, almejando maior consenso científico, a fim de evitar a não aceitação do instrumento.

Estabelecidas estas premissas, compreendo que a divisão em três níveis seja a mais adequada, por ser a que melhor permite a aplicação dos conceitos de Sarmento (2015, p. 86) e Pulido (2014, p. 397) sobre a fundamentalidade dos direitos. Ademais, relembro que Alexy (2006, p. 605) também sugere a aferição dos pesos abstratos em três escalas, com a ressalva de o procedimento poder ser executado da mesma maneira, caso se adotem mais níveis.

Ora, é plenamente defensável que a vida, ao menos abstratamente, seja o bem supremo, porquanto, sem dúvida, nenhum outro valor se equipara àquele. Sem ela, todos os demais direitos perdem sua razão de ser. Portanto, parece adequado atribuir à vida o peso abstrato mais elevado dentro do gradiente de relevância dos direitos fundamentais.

Já na categoria intermediária, restariam diversos bens jurídicos de elevadíssima importância, intimamente ligados ao desenvolvimento da capacidade moral do indivíduo (Pulido, 2014, p. 398). Nesta, seriam incluídos valores ligados às liberdades pessoais –

obviamente, excetuada a de locomoção, afetada pela pena privativa de liberdade -, à integridade física e psicológica, à saúde, à higiene, entre outros eventualmente correlatos e de igual importância abstrata.

Isto porque estes bens jurídicos, além de serem constitucionalmente protegidos e não atingidos pelos efeitos da pena, devem ser resguardados de maneira imprescindível se se almeja, de fato, ainda que minimamente, a reintegração do sujeito aprisionado. Nesta classe, estariam encampados os direitos fundamentais ligados ao “*mínimo existencial*, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna” (Sarmiento, 2015, p. 86, grifo no original).

Por fim, no terceiro nível, estariam direitos como os relacionados ao trabalho, à honra, à religiosidade, entre outros não relacionados ao mínimo existencial. Estes, embora também encerrem importância, em menor intensidade do que os da classe anterior. O grande fator diferenciador que se buscou analisar para o agrupamento na segunda ou na terceira categoria é a essencialidade à vida. Assim, acredita-se que a classe intermediária guarda relação com a *sobrevivência*. Um indivíduo sobrevive sem trabalho, se tolhida sua religiosidade, com sua honra manchada, ou, ainda, se não praticar atividades físicas, embora estas faltas possam dificultar o alcance de uma vida digna plena – dificuldade esta que indica o lastro de fundamentalidade desta classe de direitos, embora secundária.

Numericamente, os direitos representarão pesos três, dois e um, respectivamente, da classe de maior importância – direitos relacionados à vida -, para a de menor – aqueles mais relativizados, sem ligação direta com a sobrevivência. A consequência lógica desta adoção é que a infração a um elemento ligado à vida influenciará no resultado final de maneira muito mais relevante do que a de um direito secundário.

5.4 Estruturação externa

A estruturação interna é um pressuposto para a externa. A partir daquela, será possível organizar o instrumento, atribuindo pesos aos direitos e, conseqüentemente, às infrações. A gradação, no plano abstrato, permitirá aferir-se o grau de ofensividade de cada fato ao direito fundamental ou carcerário correlato, possibilitando a ponderação proporcional no instrumento.

Para tanto, pretendo estabelecer, neste subtópico, como que o(a) julgador(a) poderá extrair da realidade cada um dos elementos que influenciará no resultado final da compensação penal. Assim, traçarei uma relação causal entre o fator a ser avaliado na prática com o direito

ao qual se relaciona, estabelecendo níveis de gravidade das infrações estatais, também aferíveis pelo profissional designado a realizar a avaliação.

Também traçarei um caminho metodológico pelo qual o(a) magistrado(a) deverá passar. Para tanto, utilizarei os avanços teóricos de Vacani (2024), já trabalhados anteriormente¹⁶¹, com algumas reformulações. Primeiro, sugirirei uma análise geral, com especial ligação às condições estruturais e materiais proporcionadas pelo Estado em determinada prisão, o que se relaciona à posição de garante suscitada pelo autor, no plano objetivo de sua teoria (Vacani, 2024, p. 555-556).

Em um segundo momento, entendo necessária também uma avaliação individual de direitos infringidos, porquanto há peculiaridades de cada sujeito e fatos específicos ocorrido que também merecem valoração dentro do sistema de consequências jurídicas executória, o que se assemelha ao aspecto subjetivo sugerido por Vacani (2024, p. 608). Contudo, diferente do autor argentino, pretendo balizar esta análise dentro de parâmetros objetivos¹⁶². Portanto, nesta fase, ainda os fatos específicos ganhariam representação parametrizada, à exceção da tortura, para a qual realizarei ponderações à parte, no momento oportuno. Assim, não restará à mercê do juízo da execução a valoração aleatória de cada fato, de acordo com sua convicção processual.

Resta evidente que muitos dos aspectos a serem considerados serão alvo de litígio probatório dentro da execução, assim como prenunciado por Vacani (2024, p. 555). Portanto, alinho-me à necessidade de uma mudança paradigmática na valoração de prova dentro deste processo, em atenção à nova epistemologia¹⁶³. Isto exige, em primeiro lugar, dentro do contexto prisional de abusos contra a população carcerária, conceber a esta o status de vítima - como, de fato, o é -, e, conseqüentemente, atribuir alto valor probatório à palavra destes no processo de execução, em especial no tocante aos relatos de ordem pessoal, como no caso de torturas. Este entendimento segue a linha jurisprudencial brasileira já estabelecida e pacificada de atribuir

¹⁶¹ Vide subseção 4.4.

¹⁶² Não excluo a relevância de um olhar personalizado às vulnerabilidades de cada pessoa, a partir de uma análise mais individualizada do contexto social, familiar, traços psicológicos, entre outros para melhor estruturar a execução penal do sujeito. Contudo, reconhecendo, por outro lado, diversas limitações locais em relação à disponibilidade de profissionais capazes de realizar tal incursão na vida pessoal de cada recluso, dedicarei subtópico específico para tratar deste tema.

¹⁶³ Como sugerido no subtópico 4.1.1.

peso relevante à palavra da vítima, especialmente em contextos em que o crime ocorre às escondidas¹⁶⁴, como é o caso dos atos perpetrados em desfavor da população carcerária¹⁶⁵.

Ademais, para apuração da versão do jurisdicionado, entendo relevante sua oitiva oral em audiência, assim como sugere Vacani (2024, p. 556), não somente via petição, por meio de representante processual. Embora haja previsão no art. 196, §2º, da Lei de Execução Penal¹⁶⁶ (Brasil, 1984), a audiência no processo de execução é pouco utilizada, salvo as admonitórias (para fixação de condições do regime aberto) ou de justificação de eventual falta grave (nos casos de regressão de regime). Este afastamento entre o jurisdicionado e o juízo da execução, evitando-se ao máximo a designação de audiências, contribui para a extirpação da humanidade do sujeito preso, dando lugar a um mero número de processo. Portanto, a produção de prova oral em audiência já existe, evidenciando-se sua viabilidade no ordenamento.

É importante também esclarecer que este peso probatório elevado somente é necessário em relação ao aspecto pessoal da análise, quando o jurisdicionado alegar e comprovar fatos positivos – *e.g.* agressões durante o período de prisão, torturas, outros abusos. Isto porque, no tocante às condições gerais (aspecto objetivo), relativas à posição de garante estatal, quem tem o dever de comprovar processualmente o respeito a cada um dos direitos é o próprio Estado. Portanto, entendo adequado se exigir uma inversão do ônus, não sendo de incumbência do particular provar que houve o descumprimento, mas, sim, o contrário.

Quando digo Estado, refiro-me ao seu sentido amplo, seja por meio de inspeções judiciais, produção de dados periódicos por meio de órgãos estatais, ou qualquer outra forma cientificamente segura de se chegar a determinada informação. Aqui, relembro o dever não somente de fornecer a informação, mas, principalmente, de produzi-la¹⁶⁷, derivado da inteligência do art. 5º, incisos XIX e XXXIII, da CF (Brasil, 1988), que encerrará relevância elevada neste ponto da tese. O Estado não pode se beneficiar de sua própria torpeza, de sorte

¹⁶⁴ Tal dinâmica probatória é atribuída especialmente em crime sexuais, nos quais “[...] a palavra da vítima possui especial relevo, tendo em vista sobretudo o modus operandi empregado na prática desses delitos, cometidos, via de regra, às escondidas” (Brasil, 2024b). Assim, a *ratio decidendi* consiste na dificuldade probatória devido à maneira oculta como usualmente ocorrem, motivo da grande dificuldade de a vítima comprovar ter sofrido a ofensa.

¹⁶⁵ Prescinde de explicação que abusos - sexuais, torturas ou crimes do gênero -, contra presos ocorrem totalmente às escondidas. O indivíduo perde sua autonomia, sendo obrigado a ser deslocado a qualquer canto escuro ou sala sem vigilância, de acordo com a vontade do pretenso agressor, policial que pretende abusá-lo, locais onde ocorrem atos que dificilmente serão comprovados.

¹⁶⁶ “Art. 196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em 3 (três) dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida. [...] § 2º Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o Juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada.”

¹⁶⁷ Argumentação melhor trabalhada no subtópico 3.3.

que seria ilógico impedir a aplicação do instrumento sob o argumento de inexistência de determinada informação, sobre algum(ns) indicador(es).

Portanto, derivado deste direito à informação, defendo que qualquer abstenção de dado, por não ter sido produzido em relação a algum presídio, consagrando-se também o dever dos órgãos já citados em realizar inspeções reais e, não, meramente formais, este indicador deverá ser considerado da forma mais benéfica ao jurisdicionado. Ademais, a apresentação de determinado dado pelo juízo ou pelo Ministério Público no processo de execução não impede que a defesa realize uma contraprova, haja vista não é incomum que relatórios sejam realizados sem acuracidade fática, passando despercebidos ocorrências relevantes.

Adiciono, ainda, que há um conjunto de direitos previstos na Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) de aferição extremamente abstrata, os quais fugiriam à capacidade de objetivação de um instrumento como o presente. A exemplo daqueles, estaria o tratamento com igualdade dos presos (art. 41, XII, da LEP; Brasil, 1984). Embora seja possível, caso se permaneça em uma penitenciária por um período de tempo, observando-se o cotidiano, identificarem-se situações em que houve desigualdade no tratamento, por outro lado, forçoso admitir uma grande dificuldade de se exigir que um juiz afira este parâmetro na realidade, em uma inspeção, por exemplo. Ademais, ainda que se aferisse, dificilmente se escoraria em parâmetros concretos, restando fugindo do objetivo traçado. Portanto, a justificativa para a eventual exclusão de algum direito desta natureza é a dificuldade de sua identificação prática.

Alguns direitos serão representados por mais de um indicador a ser medido na prática, sempre atrelado a uma compreensão extraída dos tratados internacionais, Constituição (Brasil, 1988) e da Lei (Brasil, 1984), sendo que cada elemento terá seu peso atrelado ao direito ao qual se relaciona. Assim, um elemento ligado à vida terá peso três, por exemplo, enquanto outro relativo ao trabalho, peso um.

Além das inspeções, conforme já salientei, os dados poderão ser obtidos por consulta a pesquisas estatísticas científicas, com metodologia confiável, produzidos por órgão estatal, como o SISDEPEN, sistema instituído pela Lei nº 12.714/2012 (Brasil, 2012). Nada obstante, é preferível a aferição *in loco* pelo próprio magistrado da corregedoria do presídio, primeiro, pela atualidade da informação – as pesquisas encerram um tempo até serem finalizadas, o que acaba fatalmente trazendo dados com defasagem temporal –, enquanto as inspeções devem ser realizadas mensalmente pelo juiz¹⁶⁸ (art. 66, VII, da LEP; Brasil, 1984). A duas, a aferição

¹⁶⁸ Apesar da periodicidade mensal estabelecida pela Lei para as inspeções, acredito que, para os fins de constatação e atualização dos elementos sugeridos neste instrumento, não seja viável sua ocorrência todo o mês. Deve tal período ficar a cargo da conveniência e necessidade identificada pelo magistrado – até mesmo devido à

pessoal por este, por meio da inspeção, permite evitar eventuais enviesamentos de dados, se delegada a atividade a órgãos ou entidades com algum interesse na comprovação de resultados mais positivos, como a Diretoria da unidade. Esta prevenção contribui para a maior acuracidade do resultado final.

As entrevistas¹⁶⁹ com reclusos também devem fazer parte das inspeções, permitindo a colheita de informações e cruzamento de dados com aqueles apurados ou eventualmente fornecidos pela administração. Este meio de produção de dado é imprescindível ao alcance da realidade carcerária, importante para se conhecer informações que possivelmente não estarão formalizadas em nenhum documento específico.

Para fins de constatação da infração estatal, é certo que pode haver diferentes níveis de gravidade do desrespeito a determinado direito, o que será considerado no instrumento. Para tanto, buscarei parâmetros dentro de regulamentações nacionais ou internacionais sobre o assunto específico, procurando estabelecer, quando possível, qual a possível gradação para se efetivar a dignidade humana dentro do mínimo aceitável para aquele direito. Quando necessário, recorrerei ao entendimento técnico sobre determinada área, para se estabelecerem patamares suficientes de efetivação.

Realizados estes esclarecimentos iniciais, a pontuação final do instrumento será ditada de sorte que cada esfera avaliada será multiplicada pelo peso atribuído ao direito do qual se origina. Destarte, parâmetros relativos ao direito à vida serão multiplicados por três; se relativos à saúde, por dois, e assim respectivamente. Ao final, a consideração de todos os parâmetros inseridos no instrumento chegará a um número situado entre zero e 100. Este representará a porcentagem – dentro de um possível gradiente mínimo e máximo –, de compensação penal para determinada pessoa presa em certo estabelecimento prisional.

A melhor avaliação possível terá resultado zero – obtendo valores aceitáveis em todos os indicativos dentro do que dispõe o ordenamento –, ocasião em que nenhuma compensação será necessária, porquanto dentro do mínimo exigido. Em contrapartida, a pior possível exigirá a compensação em 100% do máximo permitido. Com relação a atos de tortura, a pena poderá ser extinta, a depender de certas condições. Sobre a variação dentro do espectro máximo e mínimo tratarei na subseção seguinte.

complexidade de se aferir tudo o que, aqui, consta. Entretando, entendo razoável uma periodicidade não maior que trimestral para se realizar esta aferição.

¹⁶⁹ O manual de inspeções produzido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (2023, p. 8) reconhece a importância deste meio de produção de dados durante as visitas técnicas.

Por fim, dentro da abertura ao criticismo e ao aperfeiçoamento que proponho para esta tese, o modo por meio do qual construirei o instrumento permitirá a readequação de classe de determinado direito, em caso de discordância; a retirada ou inserção de outros termos não considerados; alteração da base regulamentar para avaliação dos níveis técnicos esperados para determinado indicador; ou até mesmo complexificação em mais níveis do modo de se avaliar certo ponto. Assim, o objetivo final do modelo restará preservado mesmo se, futuramente, algum intérprete entender mais adequado realizar alterações pontuais.

5.4.1 Indicadores gerais

Nesta subseção, tratarei, portanto, daqueles aspectos gerais a serem aferidos nas prisões avaliadas, os quais se aplicarão a todos os indivíduos que por ali passaram, durante certo período de tempo. Esta análise partirá de uma presunção de que todos os reclusos sofreram danos à sua esfera de direitos na mesma proporção, sendo esta fase uma análise difusa da infração aos direitos fundamentais. Ela decorre da posição de garante do Estado, a qual lhe exige o cumprimento de certos parâmetros mínimos de vivência nas prisões, independentemente do dano efetivo à esfera de direitos individual de determinado sujeito preso.

Destaco, de antemão, que certos direitos poderão ser representados por mais de um indicador, assim como poderão ter reflexos gerais e individuais, razão de, nestes casos, terem representação em ambas as fases. Como já explicitado, basear-me-ei no padrão médio de indicadores da sociedade livre, traçando uma comparação com a vida intramuros, a fim de se aferir uma gradação – sempre dividida em dois ou três níveis, respeitando-se o princípio da simplicidade ao qual me comprometi a respeitar.

Cada indicador terá o peso proporcional ao direito ao qual representa, de acordo com as classes estipuladas anteriormente¹⁷⁰. Desta maneira, todos os indicadores relacionados à mesma classe de direitos receberão valores máximos idênticos. Haverá diferenciação das pontuações de cada classe a depender de o estabelecimento ser destinado ao público feminino ou masculino, em virtude da coexistência de indicadores específicos a depender do gênero. Ao final, a somatória de todas as gradações analisadas, de todos os indicadores, ponderando seus pesos abstratos, somará, no máximo, valor aproximado a 50 pontos¹⁷¹, que corresponderão, no resultado final da compensação, à porcentagem sobre o excesso de pena possivelmente compensado.

¹⁷⁰ Vide tópico 5.3.4.

¹⁷¹ Número matematicamente aproximado a 50.

O cálculo será executado da seguinte maneira: o número total de indicadores será multiplicado pelo peso de cada um. Após, será dividido 50 (número total de pontos para esta fase) pelo número alcançado com a operação anterior, alcançando-se o valor do peso um. Nos estabelecimentos masculinos, considerando-se as três classes, há o total de 45 indicadores gerais, sendo um na primeira (peso três), 32 na segunda (peso dois) e 12 na terceira (peso um); nos femininos, são dois na primeira, 33 na segunda e 12 na terceira, somando 46 ao todo.

Assim, realizando-se a operação, nos estabelecimentos masculinos, cada indicador negativo na primeira classe representará 1,89 pontos, na segunda, 1,26, e na terceira, 0,63¹⁷², podendo totalizar exatamente 49,81; nas femininas, a negativação do indicador na primeira fase corresponderá a 1,78, na segunda, 1,19, e 0,59¹⁷³ pontos na terceira, podendo alcançar a soma de 48,21.

Assim, cada indicador poderá ser pontuado como zero, caso o resultado da análise esteja dentro do padrão traçado (neutra ou nula); na metade do máximo atribuído àquela classe, se se tratar de indicador tripartido e houver pontuação intermediária; e no máximo, caso seja indicador binário negativo ou tripartido no nível máximo.

Esclareço, por fim, que o resultado da análise destes indicadores deverá ser atualizado periodicamente pelo juízo da execução, a partir das inspeções legalmente exigidas dos(as) magistrados(as). Acredito ser possível a expedição de portarias que rejam determinado período de tempo, com vigência trimestral, por exemplo, a fim de tornar pública a análise realizada pelo juízo e, conseqüentemente, orientar os pleitos pelos advogados, Defensorias e Ministério Público.

Entendo, também, adequada a aplicação retroativa a períodos anteriores, quando do início da adoção do instrumento em determinada localidade. É certo não ser possível a aferição específica de épocas passadas, não podendo, no entanto, esta ausência de informação prejudicar o jurisdicionado que permaneceu preso por determinado período de tempo em condições degradantes. Assim, os dados inicialmente colhidos deverão ser aplicados de maneira retroativa pelos anos de cumprimento de determinada pessoa.

¹⁷² A somatória de todos os indicadores não chegará exatamente a 50, tendo em vista ter optado pela utilização de apenas duas casas decimais, para simplificação da conta. Serão arredondados para o número par subsequente (0,64) quando houver três níveis o indicador, a fim de se respeitar o máximo de duas casas decimais ainda no nível intermediário, o que seria impossível se se considerasse número ímpar.

¹⁷³ Haverá o mesmo arredondamento quando se tratar de indicador tripartido, sendo arredondado para 1,20, na segunda classe, e 0,6, na terceira.

5.4.1.1 *Direito de primeira classe*

Aqui, inserirei indicadores relacionado ao direito à vida, em um aspecto geral. Explico que escolhi parâmetros que estejam intimamente ligados ao risco do bem jurídico, seja a morte ou a ameaça ao desenvolvimento da vida na tenra idade. Em contrapartida, embora outros direitos liguem-se indiretamente à vida, como, por exemplo, o tratamento médico urgente, este indicador guarda relação mais íntima com a saúde, nada obstante a falta de atendimento possa, em casos graves, ensejar a morte do paciente.

Neste âmbito, o parâmetro mais relevante é a *taxa de mortalidade*. Este fator foi um dos elencados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018a, p. 13) como determinante para identificar o trato arbitrário. Aqui, entendo que todas as mortes ocorridas no interior da prisão são de responsabilidade do Estado, em certa medida. Assim, também devem se enquadrar para a aferição desta taxa as alegadas “mortes naturais”, que, muito embora assim consideradas pela administração penitenciária, são recorrentemente resultado das condições de vida péssimas ensejadas aos custodiados¹⁷⁴.

Assim também o são os suicídios, sendo difícil se aferir, na prática, primeiro, se realmente foi um suicídio; se este indivíduo possuía problemas psicológicos anteriores não tratados, exacerbados com a vida em prisão; ou se realmente nunca apresentou qualquer indício de sua tendência suicida. Ressalto, a este respeito, que os decretos de morte originados dos “tribunais do crime”, julgamentos informais realizados pela organização criminosa dominante, muitas vezes são levados a cabo não de maneira violenta, como se imagina, mas por meio de ingestão voluntária de substâncias nocivas à saúde – aparentando um suicídio. Todavia, em verdade, esta morte é atribuída à falta de controle formal por parte do Estado, relegando às facções a dominação informal, o que, conseqüentemente, sujeita a massa carcerária a maiores níveis de violência interna.

Como também se depreendeu da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, a causa da morte é raramente investigada afundo, de maneira que entendo mais adequado considerar, para fins de aferição de taxa de mortalidade, dada a impossibilidade real de identificação pormenorizada das causas, que todas são de responsabilidade estatal. Esta conclusão também consagra o princípio da presunção incorporada, adotado pelas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, o qual consigna que a posição de garante do Estado exige a prevenção

¹⁷⁴ Sobre este tema, discorri com maior profundidade no subtópico 3.1.

de si a prevenção de situações de dano à integridade física, por ação ou omissão (Vacani, 2024, p. 570).

No tocante ao parâmetro na sociedade livre, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2013) registrou uma descensão da taxa de mortalidade entre 2000 a 2011, de 6,67 a 6,02 mortes a cada 1000 habitantes. Contudo, de 2011 a 2015 houve uma ascensão, chegando à taxa de 6,08. Embora as estatísticas sejam relativamente antigas, por outro lado, observa-se um movimento de ascensão a partir de 2011. Ademais, as casas decimais somente surtem alguma diferença estatística absoluta em número de mortes a partir da avaliação sobre 100 mil pessoas. A partir destas premissas, é seguro, para os fins desta tese, admitir-se o padrão de até seis mortes por ano a cada 1000 pessoas como aceitável para se aferir a adequação da unidade.

Este indicador, por sua vez, exige um número amostral alto para chegar a valores mais fidedignos, conforme expus. Portanto, entendendo adequado o número ser tomado por regiões metropolitanas ou geográficas (quando se tratarem de cidades pequenas próximas), incluindo-se todos os tipos de estabelecimentos prisionais naquela área (penitenciárias, cadeias públicas, centros de detenção provisória, etc.). Assim, em cidades grandes com mais de uma penitenciária, o valor apurado deve ser a média dos estabelecimentos do conglomerado (composto por dois ou mais), logo, o número total de mortes sobre o número total de reclusos, chegando-se, então, a uma taxa aplicável a todos aqueles estabelecimentos.

Este agrupamento deve considerar também cidades pequenas próximas, que, por si só, também teriam uma quantidade amostral de presos pequena para se medir a mortalidade¹⁷⁵. Contudo, caso não ocorra esta articulação entre cidades, principalmente em se tratando das pequenas (haja vista, via de regra, nas grandes há um juízo de execução corregedor unificado), é possível subsidiariamente se realizar a análise do número de mortes de forma proporcional ao total de presos no estabelecimento.

Assim, caso a média de mortes regional anual da população carcerária supere o valor de 0,6%, este indicador deve ser tomado como negativo. Por sua vez, representará 1,89 pontos nos presídios masculinos e 1,78 nos femininos. A diferença se explica pela coexistência, nestes, de mais um indicador relacionado à vida: a existência de instalações adequadas com aptidão para abrigar lactantes, gestantes e seus filhos. Neste sentido, a regra nº 42.2 das Regras de Bangkok (2016, p. 33) assim dispõe:

¹⁷⁵ É o caso, por exemplo, de cidades onde se aprisionam presos definitivos em cadeias públicas, devido ao tamanho da população. A proporção assinalada como admissível é de até 0,6% de mortes na população carcerária em um ano. Se se pensar um estabelecimento que abriga 100 pessoas, a quantidade amostral é demasiadamente pequena, ainda que se faça o valor proporcional, a ponto de uma única morte já exigir a exasperação deste indicador como negativo, por representar 1% da população.

2. O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais.

Esta disposição guarda íntima ligação com o art. 89 da LEP (Brasil, 1984), o qual exige a seção para gestantes, parturientes e creche para crianças (entre seis meses e sete anos de idade), com “atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas” e “horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável”.

Entendo que estas disposições deverem ser posicionadas na primeira classe especialmente por tangenciarem o direito fundamental dos recém-nascidos. Os primeiros meses de vida de uma pessoa são extremamente delicados, devido à vulnerabilidade própria desta fase de desenvolvimento (Pereira, 2019, p. 1). As condições precárias de uma prisão, que já são nocivas a pessoas adultas, em relação aos recém-nascidos, oferecem riscos que podem comprometer definitivamente o desenvolvimento de sua capacidade física e mental (Pereira, 2019, p. 2).

A vida da criança que cresce em tais condições é colocada em perigo, ante a ausência de espaço adequado para que a mãe presa nestas condições promova as exigências próprias da idade. Em contrapartida, este momento inicial da vida depende intrinsecamente da amamentação e de cuidados básicos da genitora. Por isso, a inexistência de tais instalações específicas para as mulheres gestantes e parturientes põe em risco o direito à vida do infante em tenra idade, razão de este indicador merecer peso abstrato máximo. Assim, caso verificada a inexistência destes espaços, deve ser ponderado este parâmetro negativamente em 1,78 pontos, mesmo valor atribuído ao outro indicador – taxa de mortalidade -, nas penitenciárias femininas, por estarem no mesmo patamar de importância.

5.4.1.2 Direitos de segunda classe

Nesta subseção, serão incluídos especialmente direitos ligados à saúde, à integridade física e psicológica, condições estruturais, à assistência material e jurídica, entre outros direitos ligados ao mínimo existencial, na classificação de Sarmento (2015, p. 86), que guardem relação intrínseca com a sobrevivência digna. Nas penitenciárias masculinas, a ponderação máxima (de maior gravidade), nesta classe, representará 1,26 na relação final, sendo que, para indicadores com três escalas, a intermediária representará 0,63, ganhando valor nulo caso o indicador esteja

dentro do padrão esperado. Nos presídios femininos, o valor será 1,19, ou 0,60¹⁷⁶, para negatificação parcial, quando houver três níveis.

Início com os diversos parâmetros interligados ao direito à *saúde*. O art. 14 da LEP (Brasil, 1984) prevê que “a assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”. O primeiro indicador relevante, neste aspecto, é relativo à *disponibilidade de profissionais* na unidade. Destaco que, aqui, se trata de atuação direta na unidade e, não, deslocamento do indivíduo ao hospital. Do contrário, prescindiria a existência de qualquer profissional da saúde com atuação no estabelecimento, bastando a garantia do deslocamento até aquele, quando necessário.

Esta exigência se justifica, a uma, pois seria totalmente inviável deslocar todos os internos para atendimento em hospital próximo, merecendo destaque também a atenção preventiva, não somente submetendo à análise médica em casos de doença. A duas, a teor da disposição legal, para cumprimento da função curativa, exige-se atendimento imediato aos reclusos feridos ou doentes, especialmente em casos de emergência. Assim, os primeiros socorros, ao menos, nos casos graves, devem ser prestados no estabelecimento, sendo transportados apenas quando a unidade não puder fornecer todo o atendimento necessário.

O número de médicos por pessoa é reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018a, p. 13) como importante fator para se aferir tratamento indigno, sendo exigida a proporção de pelo menos 2,5 médicos a cada mil habitantes. No Brasil, em 2023, havia uma média de 2,6 médicos para cada mil indivíduos (SCHEFFER *et al.*, 2023, p. 34). Novamente, retorno ao mesmo conflito estatístico da taxa de mortalidade, sendo necessária uma amostra alta para se passar à próxima casa decimal (25 ou 26 médicos a cada 10 mil habitantes). Portanto, admito razoável haver, no mínimo, 2 médicos para cada mil custodiados (um para 500).

Todavia, diferente da análise regional sugerida à taxa de mortalidade, os estabelecimentos penais em cidades menores, ainda que abriguem quantidade de presos pequena, deve ter ao menos um médico clínico à disposição, para atendimento de rotina e de emergência. Nos estabelecimentos femininos, necessário também haver à disposição médicos especializados em pré e pós-natal, regra insculpada no art. 14, §3º, da LEP (Brasil, 1984).

O mesmo entendimento foi adotado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Brasil, 2009), a partir de resolução, segundo a qual se instituiu não somente o número de médicos, mas de diversos outros profissionais na área da saúde, a cada 500 internos:

¹⁷⁶ Considerando-se 1,20 para negatificação máxima.

um médico clínico; um enfermeiro; um auxiliar de enfermagem; um odontólogo; um auxiliar de consultório dentário; um psicólogo; seis estagiários de psicologia; um nutricionista.

Ressalto que o Ministério da Saúde (2017) baixou a Portaria de Consolidação nº 2, posteriormente regulada pela Portaria nº 2298/21 (Ministério da Saúde, 2021), a qual instituiu as equipes de Atenção Primária Prisional (eAPP), compostas, no mínimo, por um médico, um cirurgião-dentista, um enfermeiro e um técnico ou auxiliar de enfermagem¹⁷⁷. Esta composição pode ser complementada por um técnico ou auxiliar em saúde bucal ou outro profissional relacionado¹⁷⁸; bem como por uma Equipe Complementar Psicossocial, composta por um médico psiquiatra ou com experiência em saúde mental, um psicólogo ou assistente social ou enfermeiro, mais dois profissionais (psicólogo ou assistente social)¹⁷⁹. O dispositivo ainda diferencia pelo número de custodiados as horas semanais que cada profissional deverá prestar, de acordo com o art. 3º, da referida Portaria (Ministério da Saúde, 2017), sendo de seis horas se até 300 pessoas presas; 20h, se entre 101 e 1700 custodiados; 30h, se entre 1201 e 2700 internos.

Especialmente no tocante ao número de médicos, tendo em vista haver uma previsão já adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018a, p. 13) como padrão aceitável, entendendo mais adequado aquele mínimo de dois profissionais a cada mil indivíduos. Com relação às demais especialidades, cada unidade deve ter, no mínimo, um profissional de cada uma das áreas assinaladas, em atenção àquelas especialidades previstas na resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Brasil, 2009), incluindo-se um nutricionista, para aferição da qualidade dos alimentos e água.

Embora a Portaria (Ministério da Saúde, 2017) prescreva como atividade complementar o acompanhamento por psicólogos e psiquiatra, a regra 25, nº 2, de Mandela (Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 25) prevê expressamente que o serviço de saúde “[...] deve abranger a experiência necessária de psicologia e psiquiatria”. Tal exigência guarda especial relação com a prevenção de doenças em geral, especialmente aquelas relacionadas a intuítos suicidas, de maneira que este indicador tem relação indireta até mesmo com o aumento da taxa de mortalidade por omissão do Estado. A este respeito, as regras 14, 15 e 16 de Bangkok (Conselho Nacional de Justiça, 2016a, p. 25), direcionadas especificamente aos presídios femininos, reconhece a necessidade de programas e serviços de prevenção contra AIDS,

¹⁷⁷ Art. 4º, II, da Portaria de Consolidação nº 2 (Ministério da Saúde, 2017)

¹⁷⁸ Enfermeiro; Médico; Psicólogo; Assistente Social; Farmacêutico; Nutricionista; Fisioterapeuta; ou Terapeuta Ocupacional, nos termos do art. 4º, I e III, da Portaria (Ministério da Saúde, 2017).

¹⁷⁹ Art. 4º, IV, da Portaria de Consolidação nº 2 (Ministério da Saúde, 2017).

consumo de drogas e a suicídios. Portanto, para adequação aos tratados internacionais, é mandatório a disponibilidade de ao menos um profissional de cada uma destas especialidades.

Cumpre também assinalar a assiduidade do atendimento, o qual deve ser diário e a todos os internos. Neste sentido, as regras de Mandela 30 e 31 (Conselho Nacional de Justiça, 2016b) assim dispõem:

Regra 30

Um médico, ou qualquer outro profissional de saúde qualificado, seja este subordinado ou não ao médico, deve ver, conversar e examinar todos os presos, assim que possível, tão logo sejam admitidos na unidade prisional, e depois, quando necessário. Deve-se prestar especial atenção a: [...]

(b) Identificar quaisquer maus-tratos a que o preso recém-admitido tenha sido submetido antes de sua entrada na unidade prisional;

(c) Identificar qualquer sinal de estresse psicológico, ou de qualquer outro tipo, causado pelo encarceramento, incluindo, mas não apenas, risco de suicídio ou lesões autoprovocadas, e sintomas de abstinência resultantes do uso de drogas, medicamentos ou álcool; além de administrar todas as medidas ou tratamentos apropriados individualizados;

(d) Nos casos em que há suspeita de o preso estar com doença infectocontagiosa, deve-se providenciar o asilamento clínico, durante o período infeccioso, e tratamento adequado;

[...]

Regra 31

O médico ou, onde aplicável, outros profissionais qualificados de saúde devem ter acesso diário a todos os presos doentes, a todos os presos que relatem problemas físicos ou mentais de saúde ou ferimentos e a qualquer preso ao qual lhes chamem à atenção. Todos os exames médicos devem ser conduzidos em total confidencialidade.

Decorre destas regras que o trabalho do médico nas unidades não se resume a tratar os doentes (curativo), mas exige também um tratamento preventivo, determinação harmônica ao art. 14, *caput*, da LEP (Brasil, 1984). Para tanto, o acesso deve ser diário. Este acompanhamento contínuo é importantíssimo para a manutenção da saúde de modo geral, relembrando, como já assinalado na subseção 3.1, a vulnerabilidade da população presa a doenças infectocontagiosas como a tuberculose, as quais atingem nível muito mais altos nas prisões do que na sociedade livre. Embora, para os fins deste instrumento, seja inviável a medição de níveis de doença contagiosas na unidade, por outro lado, um dos indicadores que pode controlar esta variável é a presença contínua e diária dos médicos, mediante atendimento preventivo e curativo.

Convém também ressaltar que a regra de Mandela 35, nº 1 (Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 27-28) atribui ao médico o dever de inspecionar a quantidade e qualidade dos alimentos, higiene e limpeza da unidade e dos presos, o saneamento, temperatura, iluminação e ventilação, limpeza das roupas usuais e de cama, e as atividades esportivas. Como esclarecerei adiante, embora tais fiscalizações compitam, a princípio, a profissionais específicos e às equipes

de inspeção, pode-se tomar a atividade preventiva do médico como um dever geral de avaliação da pessoa presa, devendo notar qualquer alteração relevante em seu estado de saúde.

Nada obstante o programa instituído pelo Ministério da Saúde preveja uma carga horária máxima de 30h semanais aos médicos e demais profissionais (nos estabelecimentos com no mínimo 1201 a 2700 internos), vê-se que a Portaria mencionada se encontra em descompasso com os parâmetros internacionais sobre o assunto. Destarte, para uma adequada prestação assistencial de saúde, imprescindível o acompanhamento contínuo diário, na proporção já assinalada.

Com relação ao atendimento farmacêutico, tendo em vista a possibilidade de o próprio médico receitar os medicamentos, entendo minimamente aceitável que exista, na unidade, uma farmácia, com variedade suficiente a atender as necessidades básicas e emergenciais. Nada obstante a Portaria (Ministério da Saúde, 2017) preveja a possibilidade da contratação de um farmacêutico na equipe multidisciplinar, não acredito ser este profissional imprescindível em todas as unidades.

Em síntese, no tocante à assistência de saúde, a proporção de médicos deve ser de dois para cada mil presos (ou um para 500), sendo imprescindível ao menos um profissional, independentemente do quão pequena a população carcerária seja. Se o médico não tiver experiência na área de saúde mental, imprescindível também haver alguém com esta especialidade. Nos presídios femininos, adiciona-se também um médico para atendimento pré e pós-natal. O atendimento deve ser emergencial e preventivo, durante todos os dias da semana. Com relação às demais especialidades, cada unidade deve ter pelo menos um cirurgião-dentista, um auxiliar em saúde bucal, um enfermeiro, um técnico ou auxiliar de enfermagem, um psicólogo, seis estagiários em psicologia e um nutricionista, este último, no mínimo, para controle periódico dos alimentos fornecidos.

A gradação – nível de cumprimento do dever de garante estatal -, com relação aos médicos, será em três níveis: não possui médicos com atendimento direto na unidade; possui em proporção insuficiente ou não todos os dias da semana; possui diariamente em proporção ideal. Também o será em relação à farmácia, cuja análise deverá residir em: há variedade de medicamentos suficiente; há, porém, com pouca variedade; não há. A avaliação da suficiência deverá ser procedida por enfermeiro, farmacêutico ou médico vinculados à unidade.

Já a aferição dos parâmetros relativos aos demais profissionais será realizada de forma binária, em: sim, a unidade possui profissional vinculado; ou não. Ressalto que, no tocante ao médico com experiência na área de saúde mental e ao relacionado à gestação, caso seja o mesmo

profissional vinculado para o atendimento geral, a resposta será “sim”; do contrário, será necessário um segundo indivíduo para esta finalidade.

Também relacionado à saúde, há o direito aos chamados *banhos de sol*. A importância destes decorre tanto de um plano de prevenção a doenças de pele, às quais o indivíduo se torna mais suscetível ao permanecer demasiadamente na cela fechada, mas, também, para permitir exercícios físicos, estabelecimento de contato com outros presos, entre outras atividades que se pode realizar ao ar livre. O Supremo Tribunal Federal reconheceu este direito fazer parte do mínimo existencial, não sendo oponível a cláusula de reserva do possível para impedir sua realização (Brasil, 2020, p. 4).

Embora a Lei (Brasil, 1984) seja silente em relação à frequência deste direito para a população carcerária geral, estipula um mínimo de 2h diárias aplicado às pessoas em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)¹⁸⁰. Por sua vez, a regra de Mandela 23, nº 1 (Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 25), prevê o mínimo de 1h diária. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, pacificou a questão, ao julgar o Habeas Corpus coletivo nº 172.136/SP (Brasil, 2020), estendendo o entendimento de 2h mínimas para toda a população carcerária brasileira. Também para este indicador deverá haver uma resposta binária: sim, o estabelecimento permite que todos os presos saiam ao menos por 2h diárias de sua cela; ou não, seja por menos horas do que o devido ou por não ocorrer todos os dias da semana.

Outro direito de suma importância são aqueles relacionados à *assistência material*. A LEP (Brasil, 1984), em seu art. 12, reconhece como parte desta o fornecimento de *alimentação, vestuário e instalações higiênicas*. Quanto à primeira, já tratei anteriormente¹⁸¹ sobre a precariedade dos alimentos fornecidos aos reclusos em diversas unidades. Em minha experiência profissional, por diversas vezes, já me foram relatados episódios em que agentes colocaram caco de vidro entre outros objetos nocivos nas marmitas, como forma de tortura. Notícias de alimentos azedos também são comuns. A regra de Mandela 22 prevê a necessidade de alimento com valor nutricional suficiente à garantia da saúde e resistência da pessoa presa, bem como água potável a qualquer momento que desejar.

Portanto, é imprescindível que o juízo da execução tenha à sua disposição nutricionista destinado à inspeção dos alimentos fornecidos, a partir da colheita aleatória e recorrentemente amostras, a fim de serem submetidas à análise nutricional. A alimentação precária é um problema muito recorrente, que, ao longo dos anos de prisão, deteriora sobremaneira a saúde dos reclusos e acaba facilitando o adoecimento, podendo, em casos de desnutrição extrema,

¹⁸⁰ Art. 52, IV, da LEP (Brasil, 1984).

¹⁸¹ Vide tópico 3.1.

levar a óbito (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 42-43). Por esta razão, a quantidade de refeições, em suficiência para suprir às necessidades, também deve ser aferida.

Assim, em relação ao direito à alimentação, deverão ser avaliados dois indicadores de resposta binária (“sim” ou “não”): se o valor nutricional é suficiente para a manutenção das necessidades básicas de uma pessoa; e se há fornecimento de ao menos três refeições diárias, café da manhã, almoço e janta, a fim de se medir a periodicidade da alimentação. Por oportuno, assinalo ser importante não se ater às informações produzidas por eventuais empresas licitantes, haja vista estas, por óbvio, tenderão a enviesar os resultados, com o intuito de demonstrar cumprirem com o contrato entabulado com o ente público. A análise deverá ser carreada durante as inspeções, de forma aleatória.

Nada obstante não preveja expressamente a Lei de regência (Brasil, 1984), o regramento internacional insere a *água potável* e em temperatura apropriada ao clima¹⁸², destinada ao banho, como exigências para o tratamento mínimo das pessoas presas. Fachin e Silva (2011, p. 74-80) sugerem a inclusão da água como sexta dimensão dos direitos fundamentais, de maneira que sua inserção, no presente instrumento, na segunda classe de direitos é imprescindível. De fato, o racionamento ou fornecimento de água imprópria é também uma tônica nas penitenciárias (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 43), assim como em temperatura incompatível (banhos frios durante o inverno).

Portanto, a análise da água se dividirá em dois indicadores de resposta binária (“sim” ou “não”): se há fornecimento de água potável ininterruptamente, sendo a negativa tanto se não for potável quanto se houver racionamento; bem como se há ou não aquecimento da água. Para este ponto, junto da análise da alimentação, também deverá ocorrer a avaliação periódica da qualidade da água pela equipe de inspeção.

O *vestuário* também é de extrema importância, no que se incluem as *roupas de cama*. A regra de Mandela 19 e 21 (Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 24) tratam deste tema, exigindo-se, nos locais onde não se permite o uso de roupas próprias, o fornecimento pelo Estado, inclusive as de cama, permitindo-se a manutenção da higiene do sujeito. Entendo que o fornecimento deve ser sempre que o recluso não tiver suas próprias roupas, ainda que se permita o envio pelas famílias, cumprindo requisitos do estabelecimento quanto à cor e outras características específicas. Assim, deve haver indicador duplo, com resposta binária (“sim” ou “não”): um sobre o fornecimento suficiente de roupas usuais e outro para as de cama.

¹⁸² Regra 16 de Mandela (Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 24).

O fornecimento de *cama individual* também deve se inserir na assistência material, muito embora não previsto expressamente pela LEP (Brasil, 1984), a regra de Mandela 21 (Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 24) reconhece este direito. A má qualidade dos colchões, ou sua inexistência, está ligada a problemas osteomusculares (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 44). Entendo difícil se aferir a exata qualidade do colchão em uma inspeção, porém, acredito ser passível de uma avaliação em caso de precariedade extrema da conservação (impróprio para uso) ou se não houver disponibilização a todos os internos. Aqui, portanto, haverá uma gradação tripartida: inexistência, precariedade ou suficiência.

A entrega periódica de *materiais de higiene* também é imprescindível para a manutenção digna das pessoas presas. Nisso se incluem sabonetes, lâminas de barbear, shampoo, papel higiênico, meios de cortar o cabelo e, para as mulheres, absorventes íntimos. A regra de Mandela 18 (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 24) reconhece a necessidade de fornecimento de materiais de higiene suficientes para assegurarem o autorrespeito da pessoa presa. Neste ponto, o indicador deve avaliar se há fornecimento periódico, sendo razoável pelo menos a cada 15 dias, dos objetos de higiene citados, sendo a resposta binária.

O art. 13 da LEP (Brasil, 1984) é claro em determinar que os estabelecimentos disporão de *locais destinados à venda de objetos permitidos e não fornecidos pela Administração*. Trata-se de uma regra raramente efetivada, mas que, na prática, atenua o grave problema de dependência das visitas e entregas de sacolas. Já evidenciei¹⁸³ como os fluxos das prisões são construídos para dependerem da ajuda extramuros (Godoi, 2015, p. 176), sendo que os indivíduos prejudicados acabam dependendo da solidariedade dos demais companheiros de cela para sua manutenção básica (Silva, 2023, p. 239-240), haja vista os bens fornecidos pelo Estado são insuficientes para uma vida digna.

Dentro deste panorama, o respeito à regra instituída é de suma importância para o rompimento com a dependência extrínseca à prisão, razão de posicioná-la na segunda classe de direitos, sendo exigível do Estado. É certo que o recluso precisará de dinheiro para a compra de tais bens, o que seria suprido pelo direito ao pecúlio e ao trabalho, caso fossem respeitados. Ainda que não o sejam, as famílias poderão, em vez de se deslocarem para a entrega de sacolas periódicas, depositarem o dinheiro ao pecúlio do recluso. A gradação será binária: se há ou não os locais próprios para vendas de produtos e objetos não fornecidos pela Administração.

Outro ponto de especial relevo são as *condições estruturais* da prisão, especialmente locais para *banho, necessidades fisiológicas, iluminação e ventilação* suficientes à vida digna.

¹⁸³ Com maior profundidade no subtópico 3.2.

Estes elementos guardam relação direta com a manutenção da higiene pessoal e condições espaciais para um ambiente minimamente saudável, sendo a circulação e renovação do ar destinadas também a evitar a proliferação de doenças, por isso sua alocação na segunda classe.

A este respeito, a regra de Mandela 14, alínea A, exige que “as janelas devem ser grandes o suficiente para que os presos possam ler ou trabalhar com luz natural e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco mesmo quando haja ventilação artificial” (Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 23). Acerca do tema, existe atualmente o projeto de lei nº 6.014/2019 (Brasil, 2019b) em fase avançada no Congresso, já tendo sido aprovado pelo Senado Federal e em análise na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, na Câmara dos Deputados Federal. O dispositivo determina a observância de padrões mínimos estruturais quando da construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais, a serem definidos pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Este, por sua vez, organizou um manual de diretrizes básicas para arquitetura penal¹⁸⁴, com atenção à promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos presos (Brasil, 2011), embasado na NBR 15220-3 (Associação Brasileira de Normas e Técnicas, 2005, p. 22), documento que servirá de base para os indicadores a este respeito.

Assim, condensando as diretrizes internacionais e nacionais, tenho que as janelas devem ser amplas o suficiente para permitirem a ventilação e a leitura – entrada de luz -, porém, com sombreamento, para impedir a incidência muito acentuada do sol e sobreaquecimento da cela; e terem dispositivo para serem fechadas, em dias de frio ou chuva. A adequação do tamanho da abertura é medida em porcentagem das dimensões da janela em relação ao piso, bem como depende da região bioclimática onde se encontra o estabelecimento prisional. A área de abertura nunca poderá ser inferior a 16% à área do piso¹⁸⁵, sendo que em locais de clima muito quente¹⁸⁶, a abertura não pode ser inferior a 40% (Brasil, 2011, p. 39-40). Portanto, a inspeção deverá se ater à padronização da região bioclimática, observando-se a necessidade de sombreamento em algumas áreas e possibilidade de fechamento das janelas (para dias de frio ou chuva).

Ademais, deve haver *ventilação cruzada*, a qual “é obtida através da circulação de ar pelos ambientes da edificação. Isto significa que se o ambiente tem janelas em apenas uma fachada, a porta deve ser mantida aberta para permitir a ventilação cruzada” (Associação

¹⁸⁴ Destaco que o manual é completo e prevê diversos requisitos detalhados da arquitetura penal, os quais fogem dos objetivos instituídos para a construção da minha tese. Assim, realizei uma sintetização dos pontos relevantes que têm compatibilidade com os direitos aqui avaliados, e que sejam exequíveis, excluindo-se fatores cuja aferição não se enquadrem na simplicidade que procuro atribuir ao instrumento.

¹⁸⁵ Por exemplo, em uma cela de 6 m², a janela deverá ter, no mínimo, 0,96 m².

¹⁸⁶ Zona bioclimática 8, que abrange norte e alguns estados do nordeste e sudeste (Associação Brasileira de Normas e Técnicas, 2005, p. 2).

Brasileira de Normas e Técnicas, 2005, p. 22). Por óbvio, tratando-se especificamente de uma prisão, as portas não podem permanecer abertas, razão pela qual, para se atender à exigência, não pode proporção entre a entrada e a saída de ar menor ser menor que 0,5¹⁸⁷ (Brasil, 2011, p. 39). Assim, neste ponto, deverá haver análise binária de dois indicadores: se as janelas respeitam ou não os padrões mínimos de ventilação e iluminação para a sua localidade bioclimática; se há ventilação cruzada, respeitando-se a proporção mínima de 0,5 da entrada à saída da corrente de ar.

Importante também destacar a necessidade de *iluminação artificial*, a fim de suprir as necessidades dos reclusos em momentos quando a luz natural não ser suficiente, o que também é previsto pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Brasil, 2009, p. 41) como exigência mínima de construção. Portanto, deve haver indicador, com resposta binária, para avaliar se há iluminação artificial suficiente a todos os reclusos da unidade.

Com relação ao *local de banho*, as diretrizes nacionais apontam duas formas de análise. Nas penitenciárias masculinas em que não haja chuveiro dentro da cela, deverá haver até 12 pontos de banho por compartimento, cada um abrigando até 60 detentos, haja vista para cada cinco detentos deve haver um ponto, (Brasil, 2011, p. 48). Do contrário, deverá haver chuveiro em todas as celas, ressaltando-se que os estabelecimentos femininos devem necessariamente possuir chuveiro interno (Brasil, 2011, p. 48). Para as necessidades fisiológicas, todas as celas devem conter um aparelho sanitário (Brasil, 2011, p. 31), cujo funcionamento pleno deve ser aferido nas inspeções. A resposta para cada indicador, local de banho e aparelho sanitário, será binária, se há ou não fornecimento regular a todos os presos.

Destaco, também, nesta seara, a necessidade de avaliação da *precariedade das instalações elétricas e prevenção de incêndios*, o que foi reportado no relatório do CNJ (2023a, p. 34) como importante fator de acidentes, ocasionando mortes por queimaduras ou eletrocussão. A Corte Interamericana (2018a, p. 13) também reconheceu o risco de incêndios como importante fator para predição de tratamento indigno, com especial menção aos colchões não resistentes ao fogo.

Estes parâmetros estruturais guardam relação direta com o risco de acidentes, que colocam a integridade física e até a vida em perigo. A este respeito, deve o juízo da execução convocar um bombeiro ou profissional da área técnica relacionada para acompanhar as visitas, com o fim de avaliar se o estabelecimento respeita os requisitos preventivos de incêndio. Nisto se inclui especial atenção a fios expostos; à existência de registros de incêndio e sistema

¹⁸⁷ Isto implica dizer que, se a janela tem 1 m², a ventana da porta não pode ter menos de 0,5 m², caso as portas não sejam vazadas por grades.

preventivo de extintores em todos os pavimentos, alas e galerias; à adequação de sistema hidráulico preventivo¹⁸⁸ (Brasil, 2011, p. 37-38). O indicador encerrará resposta binária, sendo positiva, se estiver de acordo com as exigências técnica; ou negativa, caso contrário.

Outro ponto de extrema importância é a *superlotação*. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018a, p. 13) elencou este como um dos fatores para predição de tratamento indigno. Esta variável desempenha prejuízo direto na esfera de direitos dos reclusos, porquanto o ser humano necessita de um espaço mínimo para sobreviver, suficiente para se movimentar, ainda que minimamente, a despeito de estar com sua liberdade restringida. Ademais, este indicador reverbera em uma série de questões de saúde, tal como pelo aumento de tendências suicidas, pela falta de privacidade e barulho excessivo (Moreira, 2009, p. 101); a falta de circulação devida do ar e aumento de umidade, que favorecem a proliferação de doenças como tuberculose; bem como problemas osteomusculares (Conselho Nacional de Justiça, 2023a, p. 43-44).

Neste tocante, a regra de Mandela 12, nº 1 (Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 23), prevê estrita restrição de apenas um preso por cela, não recomendando quantidade superior de pessoas. Por sua vez, o manual de diretrizes nacional (Brasil, 2011, p. 29-30) reconhece a possibilidade de celas individuais ou coletivas, ressaltando, contudo, as áreas mínimas em caso de coabitação. Embora o art. 88, parágrafo único, da LEP (Brasil, 1984) preveja o recolhimento dos reclusos em cela individual de pelo menos 6m², sabe-se que esta regra somente é respeitada nos presídios federais¹⁸⁹ ou em regime disciplinar diferenciado¹⁹⁰.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária admite regularmente o número máximo de seis pessoas em uma cela, a qual deve área mínima de 13,85m², 2,85m de diâmetro e 34,6m³ de cubagem (Brasil, 2011, p. 32). A despeito do regramento internacional vedar a colocação de mais de uma pessoa por cela, acredito que deve haver uma ponderação com a realidade nacional, sendo totalmente inexecutável a aplicação desta restrição absoluta. Assim, entendo o aumento proporcional das dimensões das celas ser um requisito mínimo para admissão das celas coletivas.

Passando-se para uma análise mais generalizada da unidade penal, além da adequação individual de cada cela, também deve haver o respeito total do número de internos para o qual a unidade foi projetada. Como já assinalai, a grande maioria das penitenciárias, hoje, se encontra

¹⁸⁸ Em estabelecimentos com três ou mais pavimentos ou com área total construída superior a 750m² (Brasil, 2011, p. 38).

¹⁸⁹ Art. 86, §1º, da LEP (Brasil, 1984).

¹⁹⁰ Art. 52, II, da LEP (Brasil, 1984).

superlotada, umas mais, outras menos. Segundo a Corte Interamericana (2018a, p. 13), amparada em parâmetros internacionais, considera superlotação acima de 120% como crítica.

Portanto, neste tocante, dois indicadores devem ser apurados. O primeiro se relaciona à aferição das dimensões da cela em relação ao número de indivíduos. Caso haja mais de seis em cada, este indicador já deve ser considerado negativo (resposta binária: “sim” ou “não”). A adequação das dimensões instituídas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária somente deve ser avaliada caso haja de um a seis indivíduos, quando se passará a analisar se há o respeito aos parâmetros¹⁹¹. Ainda, caso haja disparidade na proporção por cela entre uma e outra, deve o avaliador tomar por base aquela com a maior proporção. Já o segundo indicador é a avaliação geral, a partir do número total de indivíduos abrigados no estabelecimento e o valor máximo designado. A análise deve ser realizada em três níveis, em atenção aos parâmetros internacionais já citados: até 100% - regular; de 101% a 120% - superlotado (intermediário); acima de 120% - crítico.

A *proporção de funcionário* em relação à massa carcerária também é fator importantíssimo e guarda relação direta com a violência interna. Conforme já expus¹⁹², a falta de controle formal abre espaço para a dominação informal, principalmente das facções criminosas, aumentando a sujeição dos internos a regramentos paralelos de organização. Consequentemente, esta dinâmica aumenta o risco à integridade física e pessoal dos reclusos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018a, p. 13).

O regramento internacional, assim, preceitua a existência de pelo menos um funcionário a cada 12 internos simultaneamente por turno (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018a, p. 13). Já o CNPCP (Brasil, 2009) estabelece o número mínimo de um funcionário a cada cinco presos, em contagem geral. Se se considerar o regime de plantões de 12h por 36h, muito aplicado aos policiais penais, as proporções estipuladas no âmbito interno e externo estariam aproximadas¹⁹³. Portanto, neste indicador, é admissível até um funcionário para cada seis internos (o que respeitaria a diretriz internacional); sendo negativado caso a proporção superar o limite internacional.

Os estabelecimentos, ainda, devem possuir ambiente para *visitas convencionais* e *íntimas*. No contexto prisional, o direito à família revela grande importância, haja vista o contato com parentes próximos, especialmente a esposa, mediante visita íntima, é condição

¹⁹¹ Respectivamente, número de indivíduos, área em metros quadrados, diâmetro e cubagem: um, 6m², 2,0m, 15,00m³; dois, 7,00m², 2,00m, 15,00m³; três, 7,70m², 2,60m, 19,25m³; quatro, 8,40m², 2,6m, 21,00m³; cinco, 12,75m², 2,60m, 31,88m³; seis, 13,85m², 2,85m, 34,60m³.

¹⁹² De forma mais pormenorizada no subtópico 3.2.

¹⁹³ Considerando-se cada 24h, necessário dois funcionários para 12 pessoas, ou um para seis.

primária se se pretende atribuir ressocialização à pena. O indivíduo preso fica inerte a maior parte do tempo. O período de pena, não raramente, serve para criar um sentimento de ódio no sujeito, exacerbado pelas condições precárias das prisões. Uma vez segregado, a pessoa internaliza sentimentos de exclusão social.

Nesta linha, a família, quando presente, serve de importante subsídio para contrabalancear esta situação nociva, em um primeiro momento, ao recluso e, em última instância, à própria sociedade, a qual sofrerá com os efeitos negativos da dominância de pensamentos antissociais, caso ocorra, quando da soltura deste indivíduo. Especificamente em se tratando de relações sexuais durante o período de prisão, Sykes (1972, p. 72), em sua clássica obra sobre os efeitos negativos do cárcere, já havia detectado, à sua época, a perda dos desejos sexuais, após anos de encarceramento, bem como o prejuízo à personalidade, devido à restrição de convivência com o sexo oposto.

Portanto, a manutenção deste laço é imprescindível ao intuito de preservar minimamente a noção de pertença do sujeito preso ao seio social, impingindo-se na mente do recluso a ideia de que sua família lhe espera e, assim que retornar ao convívio, terá seus entes queridos para lhe dar apoio. Em contrapartida, sentimentos de exclusão propiciam o indivíduo segregado a estreitar seus laços antissociais e, consequentemente, aperfeiçoar uma identidade criminosa. Assim, este indicador implica diretamente na manutenção de laços pró-sociais, os quais restam extremamente enfraquecidos quando do cumprimento de uma pena, sendo este fator importante preditor para o abandono da vida do crime, quando da volta à sociedade (Silva, 2023, p. 230).

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Brasil, 2009, p. 45-46) prevê a obrigatoriedade de espaços para as visitas, inclusive íntimas, em todos os estabelecimentos de regime fechado, semiaberto e cadeias públicas. Com relação a este último, a diretriz é importante porquanto, em cidades pequenas do interior, é muito comum que as delegacias se transformem em pretensas “penitenciárias”, onde pessoas cumprem pena definitiva, a despeito da vedação legal¹⁹⁵. Por óbvio, muitas delas não tem a menor condição de abrigar os diversos serviços que se exige de um estabelecimento prisional para cumprimento definitivo de pena, porquanto não designadas para tanto.

É importante, por fim, destacar que espaço adequado não corresponde a improvisos, sendo exigível um local com cadeiras, mesas e outras funcionalidades para capacitar um contato digno do indivíduo com seus familiares. Assim, este fator deverá se desdobrar em dois

¹⁹⁵ Art. 102, da LEP (Brasil, 1984), dispõe que “a cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios”.

indicadores: o primeiro, se há espaço adequado para visitas convencionais; o segundo, se há local adequado para visitas íntimas.

Ainda, a *assistência jurídica*, prevista no art. 15 da LEP (Brasil, 1984), bem como na regra de Mandela 41, nº 3 (Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 29), também deve se enquadrar nesta seção intermediária de direitos. Embora o Direito relacionado a outras áreas, cujo objeto central é discussão de patrimônio, não seja, a meu ver, imprescindível como mínimo existencial, o mesmo não se aplica à seara penal, especialmente a pessoas encarceradas.

São comuns relatos de pessoas que ficaram presas por engano, ou muito mais tempo do que lei prevê, equívocos atribuídos à deficiência estatal na prestação jurisdicional, somada à carência de defensores públicos ou advocacia dativa suficiente para atender estas pessoas. Portanto, a ausência de prestação jurídica adequada implica em prejuízo direto na fruição de direitos dentro do sistema progressivo e, conseqüentemente, cumprimento de pena a maior ou em condições piores.

A fim de regular este direito, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Brasil, 2009) determinou, em resolução, a existência de ao menos três defensores públicos e seis estagiários de Direito para cada 500 internos. Assim, este indicador deverá ser aferido de acordo com o parâmetro indicado, proporcionalmente, em nível binário, sendo negativa a resposta caso o estabelecimento tenha em proporções menores.

Por fim, entendo se enquadrar nesta classe de direitos a *separação espacial da população carcerária*, especialmente no tocante à chamada “área segura”, destinada a abrigar pessoas condenadas ou acusadas de crimes sexuais ou que tenham problemas de convivência com outros presos, como, *e.g.*, devido à pertença a organização rival à dominante. A regra vem insculpida no art. 84, §4º, da LEP (Brasil, 1984) e relaciona-se à proteção da integridade física e da vida destes indivíduos, os quais podem até mesmo ser mortos por disputas ou pela prevalência do regramento informal da facção. Assim, deverá haver indicador binário para aferir a proteção a destas pessoas, avaliando-se se há separação espacial para quem se encontrar nesta situação de perigo.

Portanto, sintetizei os indicadores, de maneira didática, na seguinte tabela, considerando-se o direito ao qual se relaciona, o indicador e eventual subdivisão do mesmo parâmetro:

Tabela 1: indicadores gerais de segunda classe.

<i>Direito Relacionado</i>	<i>Indicador</i>	<i>Subdivisão</i>
		Médico clínico

SAÚDE	Disponibilidade de Profissionais	Médico saúde mental
		Médico pré e pós-natal (às mulheres)
		Enfermeiro
		Auxiliar enfermagem
		Dentista
		Auxiliar saúde bucal
		Psicólogo e estagiários
		Nutricionista
ASSISTÊNCIA MATERIAL	Farmácia	
	Banho de Sol	
	Suficiência da Alimentação	Valor nutricional
		Quantidade de refeições
	Fornecimento de Água Potável	Interrupção e qualidade
		Temperatura
	Cama Individual	
	Materiais de Higiene	
Vestuário	Roupas usuais	
	Roupas de cama	
CONDIÇÕES ESTRUTURAIS	Locais de venda	
	Banho	
	Necessidades fisiológicas	
	Iluminação e Ventilação	Adequação das janelas: tamanho, sombreiros e fechamento
		Ventilação cruzada
		Iluminação artificial
	Prevenção de incêndios	
	Superlotação	Razão por cela
Razão total do estabelecimento		
INTEGRIDADE FÍSICA	Razão de funcionários por interno	
	Separação área segura	
FAMÍLIA	Local adequado para visitas	Convencionais
		Íntimas
ASSISTÊNCIA JURÍDICA	Número de defensores e estagiários	

5.4.1.3 Direitos de terceira classe

Por fim, nesta subseção, serão considerados direitos também importantes para o desenvolvimento da vida digna da pessoa presa; contudo, de relevância notoriamente inferior aos da camada anterior. Embora o trabalho, estudo, religião, assistência social, entre outros direitos relacionados não sejam imprescindíveis para a sobrevivência, desempenham importante função no desenvolvimento pessoal. Estas esferas são relevantes principalmente se o Estado almeja que as pessoas presas se desvinculem da vida do crime. Esta classe muito se relaciona com o estreitamento de laços pró-sociais em detrimento daqueles antissociais, pré-requisito para se almejar a maior propensão a condutas de acordo com a lei, quando da colocação do sujeito em liberdade.

Aqui, seguindo os parâmetros de pesos abstratos destacados na subseção 5.3, nos estabelecimentos masculinos, cada indicador negativo representará 0,63 pontos, sendo a pontuação intermediária, quando houver três níveis, 0,32¹⁹⁶; nos femininos, 0,59 pontos, ou 0,3¹⁹⁷ para os intermediários. Proporcionalmente, tendo atribuído peso um a esta classe, representam a metade dos pontos da segunda e um terço da terceira, em respeito aos graus de importância abstrata dos direitos em questão.

O primeiro direito a ser garantido pelo Estado é o *trabalho*. O art. 28 e art. 29 da LEP (Brasil, 1984) prescrevem que sua finalidade é educativa e produtiva, não podendo ser a remuneração do interno inferior a três quartos do salário-mínimo¹⁹⁸. Assim, o recluso não pode ser obrigado a trabalhar, mas a todos que desejarem usufruir deste direito deve ser facultada a possibilidade. Como sucedâneo disso, a Lei também prevê o direito ao pecúlio, previsto no art. 41, inciso II e IV (Brasil, 1984), consistente no depósito em caderneta de poupança dos valores auferidos durante o período de prisão, a serem liberados ao indivíduo após sua soltura¹⁹⁹.

Todavia, para a pessoa presa, mais importante até mesmo que o dinheiro auferido é a possibilidade de remição da pena, reverberando esta garantia no adiantamento dos direitos dentro do sistema progressivo. Assim, a existência de postos de trabalho remunerados é importante para munir o sujeito preso de instrumental para sair da prisão e procurar meios de subsistência lícitos. Em sentido contrário, a realidade das pessoas recém libertas que não

¹⁹⁶ Considerando-se o arredondamento de 0,64, para negatificação máxima.

¹⁹⁷ Arredondamento para 0,6, nas pontuações máximas.

¹⁹⁸ Em 2024, este valor corresponde a R\$1.052,25. Sobre este respeito, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF nº 336, sobre a qual me debruçarei com mais profundidade no subtópico 5.4.2.3.

¹⁹⁹ O art. 29, §1º, da LEP (Brasil, 1984) permite alguns descontos do valor do pecúlio, tais como para indenizar danos causados pelo crime, prestar assistência à família e pequenas despesas pessoais.

possuem o mínimo de suporte familiar e, da mesma sorte, não tiveram garantidos o direito ao trabalho e pecúlio é não ter alternativa para sobreviver do que continuar na criminalidade²⁰⁰.

As pessoas, depois de anos excluídas da sociedade, voltam às ruas sem qualquer dinheiro. Onde irão morar? O que irão comer? O que vão fazer? Também regressam sem um emprego lícito, de maneira que a liberação do pecúlio é alternativa importantíssima para possibilitar minimamente este indivíduo a se estruturar, a fim de estabelecer sua residência, sustentar suas necessidades básicas até conseguir uma ocupação. Quando ainda dentro da penitenciária, é facultado ao sujeito comprar itens básicos, quando houver local de venda, sendo também retirado do montante do pecúlio.

As regras de números Mandela 97, 98 e 99 tratam deste assunto, prevendo que o trabalho deve ser orientado a capacitar o indivíduo para o mercado de trabalho, quando de sua saída (CNJ, 2016b, p. 41-42). Alguns estabelecimentos prisionais, na tentativa de suprir a exigência legal, facultam postos de trabalhos sem finalidade útil, tal como a realização de artesanatos. Por óbvio, as pessoas, ao saírem, não viverão da produção de artesanato, assim como este “trabalho” não gera remuneração alguma, não constituindo o pecúlio. Em suma, estes postos somente têm o fim de remirem a pena, preenchendo apenas uma das finalidades legais atribuídas a esta garantia, sendo, portanto, nestes casos, incompleta a prestação estatal.

Assim, o direito ao trabalho se desdobrará em dois indicadores. O primeiro será sobre a disponibilização de postos de trabalho, avaliado em três níveis: inexistência; prestação insuficiente, apenas a parte da população do estabelecimento; ou disponibilização total. O segundo será quanto à remuneração, se há ou não (binário), voltado a avaliar a possibilidade de constituição de pecúlio.

Outro direito a ser assegurado pelo Estado é a *assistência educacional*, previsto no art. 17, art. 18, art. 18-A e art. 41, inciso VI, todos da LEP (Brasil, 1984), dispondo sobre o ensino de primeiro grau obrigatório, assim como a implantação de ensino médio e profissional. No intuito de garanti-lo, há previsão específica da existência de salas de aula para ensino básico e profissionalizante nos estabelecimentos prisionais²⁰¹. As regras de Mandela números 64 e 104 reconhecem a educação como direito no plano internacional, exigindo-se a existência de ao menos uma biblioteca, de acesso geral aos presos, em cada unidade.

²⁰⁰ Embora lei preveja a assistência ao egresso, esta raramente é prestada. O art. 25, II, da LEP (Brasil, 1984) dispõe que o Estado deve prestar por até quatro meses alimentação e alojamento, a fim de permitir a estruturação do indivíduo. Na minha experiência pessoal, nunca vi a aplicação prática desta regra.

²⁰¹ Art. 83, §4º, da LEP (Brasil, 1984).

Cumprindo função complementar ao trabalho, o estudo deve ser voltado também a capacitar o sujeito preso com instrumental suficiente a lhe dar mais destaque nos competitivos mercados de trabalho atuais. É importante relembrar o grave estigma em relação a ex-reclusos, o qual já serve de obstáculo para sua contratação, muitas vezes. Se, somado àquele, houver um despreparo técnico, esta pessoa dificilmente conseguirá emprego. O aperfeiçoamento intelectual se destina também a ocupar o tempo livre do indivíduo preso, contrabalanceando os incentivos antissociais existentes na prisão.

Na prática, as oportunidades fornecidas pelo Estado são poucas também nesta área, não sendo raro, quando disponíveis, atividades desprovidas de cunho profissionalizante concreto, como a mera disponibilização de livros para leitura e resenhas. Embora esta atividade sirva, em certa medida, para a remição da pena, ela se difere do ensino básico e profissionalizante exigido pela Lei, o que deve ser ponderado pelo instrumento.

A fim de planejar e gerir as atividades educativas, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Brasil, 2009) prevê que cada unidade deverá dispor de um pedagogo a cada 500 internos²⁰². Portanto, o primeiro indicador relacionado ao estudo avaliará, em três níveis, se há profissional vinculado à unidade: inexistente, se não houve nenhum; insuficiente, se em menor proporção que o adequado; ou suficiente. O segundo indicador se relaciona com a qualidade do fornecimento, também em três níveis: inexistente, se não for fornecido no estabelecimento; insuficiente, se houver para parte da população carcerária ou se não orientado ao desenvolvimento estudantil e profissional²⁰³; ou suficiente, quando disponível a todos os indivíduos e efetivamente destinado ao ensino básico e profissional. O terceiro indicador será em relação à disponibilização espacial de salas de aula e ao menos uma biblioteca, também analisada em três níveis: inexistência; insuficiência, se houve apenas uma delas ou, em havendo ambas, não atenderem a todos; suficiência, quando houver sala de aula e biblioteca a toda população carcerária.

Outro ponto importante para o desenvolvimento pessoal do indivíduo preso é a *recreação* (lazer) e *prática esportiva*, direitos previstos no art. 41, incisos V e VI, da LEP (Brasil, 1984), e, no plano internacional, na regra de Mandela 23, nº 2 e 105 (Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 25-43), a qual também prevê o desenvolvimento de atividades culturais.

²⁰² A mesma ressalva da subseção anterior se aplica aqui, sendo exigível ao menos um em cada unidade, ainda que o número de internos seja inferior a 500.

²⁰³ Aqui, refiro-me à mera disponibilização de livros para leitura e resenha.

Para garantia do direito, a lei de regência ainda prevê a necessidade de construção de espaços dedicados à recreação e à prática esportiva²⁰⁴.

Estas diretrizes destinam-se a garantir que a pessoa presa, a partir de atividades compatíveis com a sua restrição de liberdade, consiga desempenhar atividades construtivas, a fim de evitar a degeneração psicológicas naturalmente ocorrida a partir da prisão. Para tanto, o Estado deve promover a recreação e práticas esportivas, fornecendo espaço e instrumentos adequados a este fim.

Portanto, com relação ao esporte, deverão ser analisados dois indicadores binários. O primeiro é se há fornecimento de espaço destinado à prática esportiva. O segundo, se há disponibilização de materiais para tanto, tais como instrumentos e equipamentos para o exercício físico. Já no tocante à recreação, a avaliação também decorrerá a partir de dois indicadores binários: se há área destinada ao lazer e à cultura; e se o Estado fornece materiais para tanto, tais como jogos ou outros instrumentos que cumpram a função.

A *assistência religiosa* também é direito previsto na LEP, em seu art. 24 (Brasil, 1984), e nas regras de Mandela números 65 e 66 (Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 34), as quais dispõem sobre a liberdade religiosa das pessoas presas, podendo professar qualquer fé que tiverem. Ademais, os estabelecimentos devem dispor de local apropriado aos cultos, sendo permitido que os internos guardem livros relacionados à sua religião e vedada a obrigatoriedade de participação nas atividades.

Como corolário deste direito, os representantes das religiões devem ter livre acesso nas penitenciárias, a fim de organizarem cultos aos interessados. Por outro lado, não acredito que o Estado deva ser responsabilizado por eventual desinteresse, em certa localidade, de instituições religiosas, por estar fora de seu campo de atuação. Está, contudo, dentro de seu dever de garante a promoção de meios para a instalação dos trabalhos.

A religiosidade é grande incentivadora de ações positivas e do estreitamento de laços pró-sociais, a partir da valorização da família, da bondade, do altruísmo e da solidariedade, fatores que corroboram um pensamento coletivo e, por sua vez, ratificam a moral das leis. De modo geral, são motivadores que contrapõem traços antissociais e, por isso, são importantes para o abandono da vida do crime. Portanto, a promoção de espaços para tais manifestações é relevante para fomentar a ressocialização²⁰⁵. Assim, a análise deverá ser de um único indicador binário, se há ou não espaços destinados à manifestação religiosa dos internos.

²⁰⁴ Art. 83, *caput*, da LEP (Brasil, 1984).

²⁰⁵ A fim de evitar qualquer confusão terminológica, quando me refiro à ressocialização em sanções de caráter punitivo (prisão), pretendo dizer o mínimo para não desumanizar o indivíduo, permitindo o desenvolvimento de

Ainda, há previsão expressa de prestação de *assistência social* à pessoa presa na LEP, no art. 22 e art. 23 (Brasil, 1984), sendo sua função o amparo da pessoa presa, em especial no auxílio da família e na reunião de documentos importantes, relacionados à sua situação carcerária, promoção de recreação²⁰⁶, entre outras finalidades previstas em Lei. As regras de Mandela 87 e 92 tratam da assistência social como um acompanhamento geral da pessoa presa, especialmente para prepará-la na transição do cárcere à liberdade, prestando auxílios sociais necessários.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Brasil, 2009) prevê a necessidade de ao menos um assistente social e seis estagiários para cada 500 indivíduos presos²⁰⁷. Conforme prescrito na legislação, este profissional também deve organizar a parte recreativa, influenciando também no lazer do recluso. Como se sabe, a assistência social é imprescindível para viabilizar as visitas na unidade, realizando os registros e reunindo documentos necessários dos familiares para tanto, inclusive, auxiliando em casos de união estável e casamento. Portanto, este profissional é imprescindível para a articulação social e familiar do preso com seus parentes. Assim, deverá haver um indicador dividido em três níveis, para se aferir a proporcionalidade de profissionais e estagiários vinculados: inexistência; insuficiência, quando aquém da proporção ideal; ou suficiência.

Por fim, um último ponto digno de avaliação é a *separação dos presos*, se condenados ou não, pelo tipo de delito e reincidência. Esta previsão se encontra no art. 84, §§1º e 3º, da LEP (Brasil, 1984), segundo o qual haveria uma decrescente presunção de maior periculosidade dos presos condenados ou acusados por crime hediondo, por crimes com violência ou grave ameaça à pessoa e os demais delitos, devendo os reincidentes serem separados dos primários. Esta disposição também muito se relaciona com a violência interna, em especial a influência de reclusos mais envolvidos com o crime – comumente relacionados alguma facção -, e outros primários.

Contudo, a meu ver, diferente da proporção do número de funcionários, entendo que esta divisão dos presos deve ganhar um peso menos relevante, sendo melhor alocada na terceira classe. Acredito que a desproporção no número de funcionários tem uma influência mais direta

outras esferas pessoais de sua vida. Contudo, isto não implica dizer, como sustentei na seção 2, que seja suficiente para atribuir à prisão função ressocializadora.

²⁰⁶ Tendo em vista a amplitude das atividades atribuídas ao assistente social, deixei de inseri-lo como indicador exclusivamente relacionado à recreação.

²⁰⁷ Exigindo-se ao menos um profissional nas unidades com população inferior a 500 internos.

no nível de violência interna do que a divisão dos reclusos. Isto porque depreender a “periculosidade”²⁰⁸ da pessoa por estes fatores pode ser temerário.

Sobre este ponto, assinalo que a pessoa primária em cumprimento de pena no regime fechado ou cometeu um crime muito grave, cuja pena superou 08 anos – que muito provavelmente será hediondo -, ou acumulou uma sequência de crimes em relação aos quais, apesar de plurais, foi ainda considerada sua primariedade, por não ter havido trânsito em julgado anterior ao fato. Assim, presumir que o primário em regime fechado exerce menos influência na massa, por não ter um histórico criminal, não me parece acurado. Por outro lado, é inegável que, de modo geral, pessoas que cometem crimes violentos tendem a ser mais agressivos e, consequentemente, exercerem influência negativa em maior medida em relação a seus pares.

Assim, a presunção de maior periculosidade deve ser menos escalonada – a depender de a pessoa ter ou não cometido crime com violência ou grave ameaça. Aqui, importante destaque para o tráfico de drogas, crime o qual, apesar de considerado equiparado a hediondo, a meu ver, encerra nocividade muito menor à sociedade do que aqueles. Como consequência, entendo que pessoas condenadas exclusivamente por este delito poderiam ser alocadas em galeria destinada a crimes não violentos, a despeito de sua hediondez.

Todavia, sendo este meu entendimento até mesmo contrário ao dispositivo citado, ao se tomar por base a dicção legal, pelo menos alguma divisão deve ocorrer, seja entre os crimes violentos os demais crimes²⁰⁹ ou entre os primários e os reincidentes. Em síntese, deverá haver indicador binário em relação à divisão geral, seja pelo crime cometido (violentos mais graves) ou pela reincidência;

Na tabela, encontram-se de maneira mais didática os indicadores trabalhados ao longo desta classe, de acordo com o direito relacionado:

Tabela 2: indicadores gerais de terceira classe.

<i>Direito relacionado</i>	<i>Indicador</i>	<i>Subdivisão</i>
TRABALHO	Postos de trabalho	
	Remuneração	
ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL	Profissional da pedagogia	
	Qualidade do fornecimento	
	Biblioteca	
RECREAÇÃO	Promoção do esporte	Espaço adequado
		Materiais

²⁰⁸ Remeto à inadequação do termo explicada na nota de rodapé 131, preferindo o termo agressividade.

²⁰⁹ Art. 84, §3, da LEP (Brasil, 1984).

E ESPORTE	Lazer e cultura	Espaço adequado
		Materiais
ASSISTÊNCIA RELIGIOSA	Espaço para prática	
ASSISTÊNCIA SOCIAL	Proporção de assistentes sociais e estagiários	
INTEGRIDADE FÍSICA	Divisão por crime/reincidência	

Ao final da análise da terceira classe, a somatória dos indicadores negativos chegará a um número final, com representação máxima próxima a 50 pontos, cuja representação guardará relação com o máximo compensatório, a ser desenvolvido no subtópico 5.4.

5.4.2 Indicadores individuais

A avaliação dos indicadores gerais, embora permita uma aferição mais acurada das reais condições de cumprimento de pena em determinada prisão, é insuficiente para alcançar uma análise completa do grau de sofrimento antijurídico gerado pelo Estado no indivíduo. Isto porque, ao longo de anos, podem ocorrer inúmeras particularidades especificamente com certa pessoa, as quais fugiriam da apreciação do Judiciário caso se ativesse exclusivamente aos indicadores gerais. Estes fatores geram consequências individuais diversas, de acordo com o grau de profundidade das lesões aos direitos.

Assim, similar ao proposto por Vacani (2024, p. 607), esta fase será destinada a avaliar a forma como os indicadores gerais e outros fatores não incluídos na avaliação do subtópico anterior prejudicaram a esfera de direitos, a partir de uma análise mais pessoalizada pelo juízo da execução. Será, portanto, destinada a apurar as vulnerabilizações que o sujeito sofreu, principalmente em relação à sua saúde, física e psicológica, e episódios específicos que tenham lhe causado outros tipos de prejuízo antijurídico.

Para tanto, nada obstante entenda imprescindível a oitiva do jurisdicionado em audiência, possibilidade prevista em Lei²¹⁰, em virtude de ser ele o principal meio de prova dos eventos ocorridos durante o cumprimento de sua pena (Vacani, 2024, p. 556), os(as) juízes(as) são usualmente recalcitrantes em permitir esta produção probatória oral. Ao invés, preferem se limitar à mera análise formal dos autos. Portanto, caso negado o direito de ser ouvido, as considerações atinentes aos indicadores individuais deverão constar de petição, com análise pormenorizada dos parâmetros e delimitação temporal de sua ocorrência.

²¹⁰ Art. 196, §2º, da LEP (Brasil, 1984).

Nesta fase, por se objetivar a identificação pessoal da profundidade do dano, é importante se ater à periodicidade de ocorrência dos eventos (Vacani, 2024, p. 603-604), a fim de se aferir se foram persistentes – prolongando-se no tempo –, ou pontuais; se reiterados ou não; qual a extensão das consequências; se geraram sequelas, dentre outros parâmetros que permitam limitar, de maneira mais objetiva, as consequências negativas. Destarte, ainda dentro de parâmetros objetivos, o juízo da execução realizará uma análise um pouco mais aberta das circunstâncias que a dos indicadores gerais.

Assim, a gradação, nesta fase, também variará de zero a 50 pontos, sendo somada à fase anterior. Ao final de ambas, poder-se-á chegar em 100²¹¹ pontos máximos. Entendo oportuno explicar o porquê de não haver possível “*bis in idem*” na avaliação do mesmo direito em duas fases distintas. Ainda que este tenha sido avaliado por indicadores gerais, estes não se confundem com o efeito individual causado no recluso, cuja intensidade influencia diretamente no grau de responsabilidade estatal pelo ato antijurídico, merecendo valoração equivalente no sistema compensatório.

Veja que o Estado tem um dever difuso de garantir as exigências legais mínimas instituídas em Lei, o que independe da responsabilidade pelo dano causado no indivíduo por eventual imposição de sofrimento ilegal. O descumprimento de um dever geral pode não afetar determinada pessoa e, em contrapartida, prejudicar sobremaneira outra, justificando a avaliação do direito nas duas fases.

Para justificar meu ponto, usarei de uma hipótese totalmente improvável. Imagine uma prisão recém-construída, que, apesar de ter capacidade para 500 reclusos, ainda abriga apenas 50 pessoas. Lá, tudo é novo e está em pleno funcionamento. Possuem exatos 50 postos de trabalho e estudo, apenas – 10% da capacidade total –, de sorte que, caso todos os reclusos desejassem trabalhar e estudar, poderiam assim usufruir do direito. Ainda que esta penitenciária não prejudique individualmente aquelas 50 pessoas que podem trabalhar, por outro lado, não cumpre com seu dever legal de garante: fornece parcialmente postos de trabalho e estudo.

Assim, mesmo sem nenhuma pessoa prejudicada por isso, o fato de o Estado não cumprir com o seu dever estabelecido em Lei faz com que tenha de ser responsabilizado, por gerar uma ameaça difusa ao direito das pessoas ali encarceradas. Quando se traz à realidade, esta identificação de quem é ou não atingido pela deficiência estatal, tão somente a partir desta avaliação geral, não é tão clara assim. Em uma prisão superlotada, a pessoa que, hoje, possui trabalho garantido pode cometer uma falta grave, ser punido com a desimplantação e, depois

²¹¹ Valor aproximado, dado à impossibilidade matemática.

de cumprida a punição administrativa, entrar para o final da fila dos trabalhos, não sabendo quando poderá gozar novamente do direito.

Assim, no plano geral, é como se se considerasse que o Estado está sujeitando os jurisdicionados à sorte de poderem ou não usufruir de determinado direito, o qual deveria ser garantido a todos. Por isso, estando aleatoriamente sujeitas a serem prejudicadas, considero esta como uma ameaça difusa, encampada na análise geral das condições carcerárias.

Agora, imagine que aquele estabelecimento hipotético foi preenchido até sua capacidade máxima, continuando com fornecimento parcial de postos de trabalho. É certo que, a par de seu grau de responsabilidade no plano geral, em razão do rompimento com seu dever de garante, deve haver responsabilização – e compensação –, ainda maior àquelas 450 pessoas que não puderam usufruir do direito. O sofrimento, logo, a gravidade da antijuridicidade é ainda maior, não sendo justo, em atenção ao princípio da isonomia, a compensação para quem pôde trabalhar ser a mesma.

Contudo, esta aplicação também não é automática, por isso, imprescindível a oitiva e manifestação da defesa, neste procedimento. Pode haver alguém que teve seu direito difuso ofendido – negada a possibilidade de trabalhar durante todo o seu período de cumprimento –, mas, por outro lado, também não tinha interesse de usufruir. Assim, haverá negatização no plano geral, e, no individual, será considerado neutro (zero).

Dentro deste mesmo exemplo, o mais comum, na realidade, é que as pessoas trabalhem por períodos parciais durante o cumprimento de pena, dada a escassez usual de vagas. Por esta razão, o instrumento deve ser apto a captar estas especificidades, razão pela qual uma mesma pessoa pode, em certo período, ter usufruído do direito e, em outro, ter-lhe sido negado. Esta mesma lógica se aplica a períodos cumpridos em penitenciárias diferentes, quando, seja em um ou em outra, o direito também tenha sido negado. Portanto, a avaliação de provimento parcial do direito será avaliada na fase individualizada.

A avaliação também ocorrerá a partir das três classes de direitos, sendo que, na primeira, o indicador negativo, nos estabelecimentos femininos, poderá alcançar pontuação de 3,4, pela mesma metodologia de cálculo da subseção anterior. Nos masculinos, haverá um único indicador, o qual poderá alcançar 3,84 pontos. Na segunda classe, cada indicador negativo representará até 2,56 pontos nos masculinos e 2,27²¹², nos femininos, com exceção da tortura, que, a depender de sua intensidade, poderá até mesmo isentar o restante a pena, possuindo o juízo da execução um espectro de análise mais abrangente, conforme explicarei. Na terceira, a

²¹² Nos femininos com três níveis, o intermediário será 1,14, com máximo de 2,28.

pontuação será até 1,28 nos masculinos e 1,14, nos femininos. A pontuação final masculina chegará, no máximo, a 49,92 e a feminina, a 50,1²¹³.

Tendo em vista a explicação da relevância do direito e, consequentemente, de seu posicionamento em cada classe já ter sido feito exaustivamente na subseção anterior, farei de maneira mais sintética na presente, a fim de evitar repetições, remetendo à leitura mais completa já realizada.

5.4.2.1 Direito de primeira classe

Assim como nos indicadores gerais, serão tratados parâmetros que se relacionem com a vida. Se, em um plano geral, se avaliaram fatores como a taxa de mortalidade e instalações para mulheres grávidas e parturientes, destinadas à adequada criação de recém-nascidos, aqui, se avaliarão os danos efetivos que eventualmente uma pessoa tenha sofrido.

Portanto, o primeiro indicador a ser avaliado é se a pessoa passou por algum episódio que tenha colocado sua vida em risco. Neste, deverão ser analisados tentativas de suicídio, eventuais atentados perpetrados por outros reclusos, ferimentos graves, dentre outros eventos similares. Ressalto que, nesta classe, serão incluídos somente fatos perpetrados pelos pares presos, haja vista, caso se trate de atos ilícitos cujos responsáveis sejam agentes estatais, serão incluídos como atos de tortura e poderão alcançar até mesmo a extinção da pena, como explicarei na próxima subseção. Restará a cargo do(a) julgador(a) posicionar estes eventos na primeira (atos contra a vida) ou na segunda classe (contra a integridade física), a depender da gravidade avaliada.

Entendo que também devem ser considerados nesta classe doenças graves contraídas na prisão, que tenham afetado sobremaneira a saúde, em grau extremo a ponto de colocar em risco a vida do indivíduo. Observo que, em se tratando deste direito, não basta qualquer doença, mas somente aquelas realmente graves o suficiente para tanto, o que também ficará a cargo do juízo da execução, amparado em parecer médico. Em casos menos de gravidade intermediária, deverá o fato ser ponderado na classe seguinte.

Portanto, o indicador terá resposta binária, positiva, se houver evento que tenha colocado em risco a vida do sujeito, ou negativa. Destaco que, como será natural nesta fase individualizada da compensação penal, apesar de o parâmetro, nas prisões masculinas, receber

²¹³ Valores matematicamente mais próximo a 50, considerando-se duas casas decimais.

pontuação 3,84 e, nas femininas, 3,4, a fixação da gradação será mais aberta e, portanto, mais suscetível ao crivo do juízo da execução.

Apesar de se afastar um pouco da objetividade norteadora da construção do instrumento, por outro lado, não tenho como fugir desta abertura, haja vista há uma infinidade de eventos que podem ocorrer a ponto de colocar em risco a vida do indivíduo. Eventual restrição deste espectro de possibilidades poderia excluir eventos importantes não descritos a priori no instrumento, o que prejudicaria o direito do jurisdicionado.

Já no tocante à criação de recém-nascido, reporto-me às argumentações traçadas no subtópico 5.4.1.1, em relação à justificativa de seu posicionamento nesta classe de direito. A análise judicial deverá se resumir a fatos que tenham prejudicado esta especial fase da mulher, tal como se foi obrigada a dar à luz algemada, se as instalações, apesar de existentes, encerravam condições mínimas de funcionamento, ou se foi tolhido, durante este período, o direito de amamentação e criação do recém-nascido em local adequado, conforme prescrito em Lei e nos tratados internacionais.

Dado se tratar de um período prolongado de análise, podendo chegar a 15 meses (nove de gestação e mais seis após o nascimento²¹⁴), o indicador deverá ser tripartido, levando-se em conta o prolongamento dos fatos – se episódico ou contínuo. Portanto, a ponderação do indicador será neutra, quando o Estado tenha provido todas as suas necessidades ou se a mulher não tiver necessitado dos serviços médicos específicos; intermediário, quando tenham ocorrido fatos pontuais que a tenham prejudicado, porém, de modo geral, se tenha respeitado seus direitos; ou negativo, quando estes tenham sido reiteradamente desrespeitados. A pontuação será 1,7, se intermediário, ou 3,4, se negativo.

5.4.2.2 Direitos de segunda classe

Neste subtópico, seguindo a mesma lógica dos indicadores gerais, serão apreciados aqueles direitos de grau de importância intermediário, mas muito interligados ao mínimo existencial. Também serão colocados parâmetros mais abrangentes, de maneira que ainda se conserve a objetividade do instrumento. Nas prisões femininas, a pontuação intermediária corresponderá a 1,14 e a negativa, a 2,27²¹⁵; já nas masculinas, 1,28 e 2,56, respectivamente.

²¹⁴ O art. 83, §2º, da LEP (Brasil, 1984) estabelece que o tempo mínimo de permissão de amamentação do recém-nascido é seis meses.

²¹⁵ Máximo de 2,28 pontos, quando houver três níveis

O primeiro deles - e, acredito, o mais importante -, é a *tortura*. Esta se relaciona diretamente com a integridade física e psicológica do indivíduo, afetada pela chamada violência ativa, a qual engloba tanto agressões brutais perpetradas pelos agentes penitenciários quanto outras menos incisivas, porém, contínuas²¹⁶ (Vacani, 2015, p. 161-162). O art. 1º, §1º, da Lei nº 9.455/97 (Brasil, 1997) prevê conduta específica para quando as vítimas são pessoas custodiadas, nos contextos de tortura no ambiente prisional, quando se sujeita o indivíduo a qualquer ato que promova sofrimento físico e mental não resultante de medida legal.

No mesmo sentido, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos Ou Degradantes (Brasil, 1991a) prevê, em seu artigo 1º, 1., como tortura que “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa”, quando perpetrados por agentes do Estado²¹⁷. Aqui, o fator diferenciador para se considerar tortura é justamente seu sujeito ativo: se perpetrada o ato ilegal de um agente do Estado, trata-se de tortura; se de um outro companheiro preso, consistiria em uma lesão corporal usual. Amparado nos regramentos nacionais e internacionais e no princípio *pro homine*, entende o Conselho Nacional de Justiça (2020, p. 27-28) que, nestes contextos de custódia estatal, deve-se empregar a interpretação mais abrangente em favor da pessoa presa, a fim de proteger sua integridade física.

Quando se estuda o tema, muitas vezes a palavra tortura é utilizada de maneira mais ampla, referindo-se a qualquer ato estatal, mesmo quando não perpetrado por um agente público de maneira dolosa, que enseje aquele sofrimento. Godoi (2021, p. 23) atribui à degradação estrutural e dos serviços uma “tortura difusa e continuada”. Nisso se inclui a manutenção dos indivíduos em condições precárias, o que, por uma interpretação abrangente, se enquadraria em um ato estatal que sujeita a pessoa a sofrimento físico e mental. Contudo, neste indicador, pretendo analisar exatamente o ato criminoso, doloso, do qual a pessoa se torna vítima. A tortura em sentido amplo, como correspondente à sobrevivência em condições abomináveis, é encampada pelos outros indicadores, sendo, portanto, já ponderado o sofrimento antijurídico causado por outros fatores.

Este crime, por sua vez, pode ganhar os mais variados contornos. Em minha experiência profissional, já atuei na defesa dos Direitos Humanos das pessoas presas, quando me foram relatados atos desta natureza, desde os mais conhecidos, como agressões, gás de pimenta nos olhos e nas partes íntimas, até mesmo outras mais sofisticadas como deixar os reclusos deitados

²¹⁶ Sobre este tipo de violência me detive com mais profundidade na subseção 3.2.

²¹⁷ No mesmo sentido, o art. 2º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Brasil, 1989)

em local molhado no frio, no relento, fora de suas celas, em meio a roedores, ou inserir caco de vidro em suas marmitas.

Longe de serem ocorrências pontuais e isoladas, os relatos não raramente são corriqueiros, passando a fazer parte do modo como o Estado gere as penitenciárias (Vacani, 2015, p. 161-162). Entendo que, apesar de posicioná-la na classe intermediária, este indicador encerra um potencial lesivo *sui generis*. Dada a amplitude de possibilidades das torturas, acredito que deva haver uma gradação dentro do instrumento em três níveis, podendo até mesmo, em situações mais persistentes e graves, o juízo da execução decidir por extinguir o restante da pena. Esta alternativa segue a mesma linha adotada pelos decretos natalinos dos últimos anos, tendo esta tendência cessado a partir de 2018, quando o então presidente Bolsonaro deixou de editar estes dispositivos²¹⁸.

A exemplo do Decreto nº 9246/17 (Brasil, 2017), o art. 1º, parágrafo único, dispõe que “o indulto natalino será concedido às pessoas condenadas a pena privativa de liberdade que, no curso do cumprimento da sua pena, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, reconhecida por decisão colegiada de segundo grau de jurisdição”. Contudo, o art. 3º do dispositivo (Brasil, 2017) faz uma série de restrições da aplicação, inclusive, em relação a pessoas condenadas por crime hediondo ou equiparado. Hoje, a maioria dos crimes com penas maiores, tais como roubo a mão armada, organização criminosa e até mesmo furto mediante uso de explosivos foram incluídos na Lei nº 8.072/90 (Brasil, 1990b), de sorte que, na prática, grande parte das pessoas não poderiam ter sua pena indultada caso se replicasse o teor deste decreto, a par terem sofrido atos tão absurdos quanto a tortura.

Convém ressaltar que a proibição constitucional não se estende ao indulto, sendo os crimes hediondos e os equiparados somente insuscetíveis de graça e anistia, de acordo com o art. 5º, XLIII, da CF (Brasil, 1988). Esta exceção constitui certamente uma maior tolerância em relação às torturas cometidas contra pessoas que tenham sido condenadas por crimes mais graves, como se isto autorizasse ou justificasse figurarem como vítimas deste delito. Reporto-me à crítica lançada no subtópico 4.2.2, relativamente à relativização da compensação penal às pessoas condenadas por crimes violentos. Por óbvio, tal fator não diminui o sofrimento antijurídico ou autoriza que o Estado submeta estes indivíduos a condições subumanas.

Nada obstante, a gravidade e reiteração dos atos, bem como a quantidade de pena restante – e, não, o tipo de crime –, devem ser fatores a serem ponderados pelo juízo da execução no momento de se aferir qual alternativa proverá em dado caso concreto. Assim, de maneira

²¹⁸ Apesar de retomado em 2022 a edição dos decretos, não houve previsão de indulto para pessoas vítimas de tortura.

mais didática, proponho uma análise do(s) ato(s) de tortura sofridos pelo sujeito a partir dos seguintes níveis: nulo, quando não tenha sofrido nenhum evento desta natureza; intermediário, quando houver sido vítima de ato pontual e de gravidade mediana, tal como agressões que não tenham causado consequências graves; elevado, quando tiver sofrido atos diversos reiterados, ou pontuais de gravidade elevada.

Explico que, a princípio, a análise judicial deverá ponderar tais atos dentro do instrumento, contudo, em casos extremos, quando houver reiteração contínua e de gravidade elevada ou danos profundos, o(a) julgador(a) poderá optar por adiantar a progressão de regime, considerando como cumprida aquela pena remanescente ainda não compensada após a operação convencional da compensação²¹⁹, ou, até mesmo, extinguir toda a pena restante.

Vacani (2024, p. 613) explica que a correta aferição deve levar em conta a quantidade de fatos ocorridos e sua gravidade, para o fim de se ponderar se superam ou não o injusto cometido pela pessoa reclusa. Cita o autor, amparado na jurisprudência argentina, diversos casos nos quais a balança do ato do qual foi vítima o indivíduo preso superou o ilícito cometido, tais como crimes sexuais ou torturas de gravidade elevada (Vacani, 2024, p. 613). Acredito que quanto mais o ato ilegal ameaçar a vida ou a intimidade sexual maior será sua gravidade, logo, autorizando o(a) magistrado(a) a extrapolar os limites compensatórios usuais do instrumento.

Um parâmetro objetivo para a aferição do valor remanescente que pode ser extinto, a meu ver, seria a própria pena estipulada para a tortura, qual seja dois a oito anos de reclusão, com causa de aumento de um sexto a um terço, por ser cometido por agente público²²⁰. A sanção pode passa a ser de quatro a dez anos, se acarretar lesão grave ou gravíssima²²¹. Seria como se aplicasse a própria disposição legal contra o Estado, causador do dano. Portanto, estando dentro deste patamar, nos casos julgados graves, o juízo da execução teria esta elasticidade maior para compensar a pena²²².

Justifico este meu entendimento para além dos decretos de indulto natalino dos últimos anos. Diferente de todos os outros indicadores, a tortura se trata de uma postura ativa, um crime imputado ao policial penal – representante estatal. Distancia-se da precariedade das condições, via de regra, consistem em um dano latente, derivado da não manutenção adequada da estrutura

²¹⁹ Veja que estou a falar da aplicação do instrumento, a qual sujeitará, consequentemente, o indivíduo a um valor de compensação. Nestes casos mais graves, caso se aplicasse o indicador da tortura no patamar máximo o indivíduo ainda permanecesse no regime fechado, poderia o(a) magistrado(a) aumentar o período compensado para progredir de regime.

²²⁰ Art. 1º, §4º, inciso I, da 9.455/97 (Brasil, 1997).

²²¹ Art. 1º, §3º, da Lei 9.455/97 (Brasil, 1997).

²²² Embora pareça abstrata adotar esta variação de acordo com a pena aplicada ao delito, acredito que, uma vez assimilado este instrumento, caberá à jurisprudência estipular limites mais concretos para a aplicação, não sendo viável realizar neste momento.

da prisão e alcança um patamar de violência ativa, proposital e dolosa. Difere-se também de eventual agressão entre internos, a qual, apesar de ser responsabilidade do Estado a prevenção, não é atribuída diretamente a este, mas, sim, de maneira reflexa – devido à inobservância de seu dever de garante.

Portanto, entendo que os atos de tortura têm um potencial lesivo muito maior justamente por ultrapassarem aquele dano degenerativo latente por ausência de condições adequadas, alcançando um patamar muito mais grave de sujeição ao sofrimento doloso. Por fim, convém esclarecer que a responsabilização pessoal penal dos agentes não é condição para a compensação destes atos, sendo suficiente que o defensor produza provas orais ou documentais sobre os fatos dentro do processo de execução. Ainda que seja vedada a oitiva de testemunhas no bojo deste, é possível que se colham declarações escritas de outros companheiros de cela, familiares entre outros indivíduos que tenham presenciado os atos ou as sequelas corporais destes.

Semelhante ao indicador anterior, necessário se avaliar atos de agressão física, também relacionados à *integridade corporal* das pessoas presas. A diferenciação reside no sujeito ativo, como já salientado: serão apuradas agressões perpetradas por outros reclusos, refletindo violência interna da unidade e, conseqüentemente, a falha no dever de prevenção estatal. Os níveis de análise se enquadrarão em: nulo, quando não houve sido vítima de agressões; intermediário, quando houver ocorrido ato pontual de gravidade leve ou moderada; elevado, quando vítima por mais de uma vez ou, se uma única, de alta gravidade. Em questão de prova, embora registros médicos possam corroborar as alegações, não são condição de imprescindibilidade para a ponderação negativa, desde que o indivíduo consiga descrever pormenorizadamente o ocorrido.

Adiante, passo à avaliação de indicadores relacionados à *saúde* do indivíduo. Vacani (2024, p. 609) sugere, para avaliar o grau de vulnerabilização do indivíduo, uma comparação de sua situação anterior com a posterior ao cárcere, aferindo a forma como as condições da prisão pioraram sua integridade física, principalmente sua saúde. Entendo adequado algo semelhante, devendo o juízo da execução avaliar eventuais doenças contraídas durante o cárcere, a fim de ponderar este indicador. Neste, também deverão ser consideradas eventuais condições de saúde pretéritas, já existentes antes do ingresso na prisão, porém, que se agravaram. Acredito que, embora seja importante a avaliação médica, não pode esta ser imprescindível, sob pena de prejudicar o direito do jurisdicionado caso o Estado não lhe tenha submetido a tal.

Portanto, o indicador deverá ser binário, respondendo se houve ou não agravamento na saúde do recluso durante o período de cumprimento de pena. Explico que, mesmo se o pico da doença tenha sido alcançado em momento anterior, mas ainda durante este processo, também deverá ser ponderado o parâmetro negativamente. Por fim, caso o dano à saúde tenha sido extremo a ponto de ameaçar a vida, deverá ocorrer tanto a negatificação do presente indicador quanto daquele da primeira classe.

Ainda, deverá ser avaliada a adequada *prestação médica, farmacêutica e odontológica*. De plano, destaco que este indicador se diferencia do anterior, porquanto o outro visa à análise de um prejuízo mais contínuo na saúde, enquanto este trata de casos mais pontuais. Portanto, este parâmetro avaliará se houve episódios de condições médico-odontológicas não atendidas, ou mesmo se faltou medicamentos, fazendo com que o indivíduo permanecesse com dores devido à ausência de prestação estatal.

Observo que este parâmetro, como já explicado, diferencia-se também dos indicadores gerais, haja vista um indivíduo pode, mesmo cumprida a prestação abstrata do dever de garante – havendo profissionais suficientes para atender o número de presos –, deixar de ser prontamente atendido. Este fator, portanto, revela mais o prejuízo pessoal, principalmente relacionado ao prolongamento da dor de não ser atendido ou por não receber remédio adequado para sua necessidade, o que gera sofrimento antijurídico específico.

Portanto, aqui devem ser ponderados dois indicadores, nas prisões masculinas. O primeiro, se houve negativa no atendimento médico-odontológico ou demora excessiva, sendo graduado em três níveis: não possui por tal experiência; se houve, por ocasião pontual; ou, se mais de uma vez. A mesma gradação deve se aplicar à disponibilidade de medicamentos: ponderação nula, se não lhe foi negado tal direito; intermediária, se por ocasião pontual; ou negativa, caso a falta de medicamentos tenha sido constante. Nas femininas, deve-se adicionar o indicador relativo ao pré e pós-natal, também graduado nos mesmos níveis: nulo, intermediário e agravado (pela multiplicidade de ocorrência).

Para comprovar tais pontos, sempre que possível, é preferível a juntada de todos os relatórios de atendimento médico na unidade. Entendo que, na ausência destes registros (caso não tenha sido atendido ou se em outra unidade), deverá o jurisdicionado descrever pormenorizadamente o evento: o que sentiu, quando, mencionando a época do ocorrido, quais meios procurou para ter sua demanda resolvida, com quem falou, entre outras informações relativas. Isto é importante para evitar que pessoas suscitem deficiências estatais inexistentes, somente com o intuito de terem sua pena compensada.

Outro fator muito relevante é a *proximidade familiar*. O art. 103 da LEP (Brasil, 1984) prevê a necessidade de cada Comarca ter ao menos uma cadeia pública, para permitir a convivência do recluso próximo ao seio familiar. No mesmo sentido, a regra de Mandela 59 reconhece a necessidade de, sempre que possível, permitir o cumprimento da pena em unidades prisionais próximas à casa ou ao local de reabilitação social – seio familiar.

Já me debrucei sobre a intrínseca dependência da vida digna intramuros com a ajuda externa, prestada principalmente pelos parentes²²³. Contudo, a par do auxílio material, o convívio familiar é importante fator pró-social que se contrapõe aos antissociais, presentes em abundância na prisão²²⁴. A despeito da inquestionável relevância deste fator, por outro lado, na análise individual, é necessário se verificar se esta garantia foi violada, de fato.

Destarte, deve o juízo da execução, primeiro, verificar se aquele indivíduo cumpriu pena em local afastado de sua família. Para tanto, algumas formas de demonstração do direito seria o relatório de visitas registradas para o indivíduo, ou mesmo comprovante de residência de familiares em localidade. Caso não identificadas visitas, deve o jurisdicionado declinar se possuía parentes vivos ou, se não falecidos, dispostos a visitá-lo, sendo que, na ausência, o indicador deve se manter neutro. Isto porque a realidade de muitos reclusos é de total abandono. Por mais triste que isso possa ser, por outro lado, a proximidade não se torna um evento danoso para a pessoa que não possui laços familiares.

Assim, este indicador deve ser avaliado em três níveis: cumprimento total próximo à família (ou se não houver laços familiares); negativa parcial do direito à aproximação familiar, quando tenha sido transferido para local afastado; negativa total. Nos casos de transferência por inclusão em presídio federal²²⁵, ainda que se justifique com base na segurança pública, por outro lado, o direito da pessoa atingida pela medida continua sendo ultrajado, justificando-se sua compensação.

Quanto à *assistência material*, a prestação deverá ser avaliada em quatro indicadores: *água potável, alimentação, cama e materiais de higiene e vestuário*. Na avaliação individual, importa o relato da suficiência ou não do fornecimento pelo Estado, pela visão pessoal do recluso afetado. Também serão medidos pela intensidade/frequência de eventual dano, para tanto, sendo divididos em três níveis.

²²³ Vide subtópico 3.1.

²²⁴ Reporto-me aos argumentos lançados no tópico 5.4.1.2, quando tangenciei o tema dentro dos indicadores gerais, a fim de evitar repetição.

²²⁵ Art. 86, §1º, da LEP (Brasil, 1984).

A *água potável*, no aspecto geral, foi subdividida em dois vetores: temperatura e interrupção/qualidade. A qualidade é fator técnico, a ser medido pelo profissional competente. Assim, nesta fase, importa saber a impressão do sujeito afetado pelo serviço, porém de maneira objetiva, delimitando preferencialmente as épocas de ocorrência, quando o fornecimento for parcial.

Por isso, o indicador deverá aferir se a água fornecida era suficiente para suas necessidades, análise que englobará tanto a continuidade do fornecimento quanto a temperatura. O fator deverá ser aberto: neutro, se suficiente durante todo o período de cumprimento; insuficiente parcialmente, se pela maioria do tempo tiver sido suficiente, mas com intercorrências específicas; ou insuficiente, se na maioria do tempo não atendeu às necessidades básicas.

A *alimentação* também merece aferição semelhante à da água. O objetivo é o mesmo, saber se era suficiente para suprir as necessidades do indivíduo, a partir de sua percepção. Portanto, análises técnicas, quanto ao adequado balanceamento de nutrientes, ficarão a cargo do profissional competente, nutricionista com atuação junto à unidade, ou outra equipe semelhante.

Neste ponto, importa a pessoa declinar se a alimentação fornecida vinha em quantidade e em qualidade mínimas para sua sobrevivência, sempre especificando detalhes dos eventos e sua delimitação temporal. Caso tenha vivenciado períodos longos de jejum ou se a comida tenha vindo imprópria, com dejetos, larvas ou azeda²²⁶, por exemplo, se verificará sua inadequação. Os três níveis se aplicam: suficiência, quando em quantidade e qualidade adequadas durante todo o período de prisão; insuficiência parcial, se houve períodos minoritários de inadequação; totalmente insuficiente, quando majoritariamente impróprios ou em quantidade faltante.

As *camas individuais* também deverão figurar como indicador nesta fase, haja vista quando um estabelecimento fornece parcialmente o item, as pessoas cujo direito é negado sofrem dano mais acentuado. Assim, este parâmetro deverá ser ponderado: neutro, quando tiver dormido em camas adequadas durante todo o período de pena; parcialmente positivo, se majoritariamente pôde dormir em cama em condições mínimas de uso; negativa, caso prevaleça o tolhimento do direito.

O fornecimento de itens básicos, como os de *higiene, roupas usuais e de cama*, deverá ser avaliado em indicador próprio. Aqui, muito se relaciona com a entrega suficiente e periódica

²²⁶ Importante notar que a análise do indicador no aspecto individual permite avaliação mais aproximada, por abranger períodos maiores e não se ater tão somente às amostras pontuais colhidas pelos profissionais das inspeções.

destes objetos, essenciais à vida digna, tais como papel higiênico, barbeador, sabonete, shampoo, vestimentas, etc. Portanto, o parâmetro será respondido: neutro, se suficiente durante todo o período de pena; parcialmente suficiente, se, majoritariamente, tiverem sido fornecidos de maneira satisfatória; insuficientes, se prevalecerem períodos de escassez.

Quanto às *necessidades fisiológicas*, estas devem ser possíveis de serem feitas a qualquer momento, sendo devidamente e dispensadas pelo sistema de esgoto. Caso haja vaso sanitário, mas este não esteja em pleno funcionamento – entupido ou com qualquer outro problema que impeça os reclusos de o utilizarem –, este indicador deve ser negativado. Eventuais danos tornam-se mais nocivos quando diversas pessoas necessitam do mesmo objeto para suas necessidades básicas (imagine-se uma cela superlotada com 9 pessoas).

Portanto, o parâmetro deve ser avaliado como: neutro, se pôde fazer suas necessidades livremente, com funcionamento pleno do vaso sanitário, durante todo o período de pena; parcial, se houve intercorrências pontuais; negativo, quando majoritariamente não atendia às necessidades básicas. Para a adequada avaliação, convém esclarecer que qualquer vaso sanitário está sujeito a sofrer avarias, o que é natural, mormente com uso exacerbado por várias pessoas. O indicador deverá ser negativo quando o problema não for sanado, restando prejudicado o uso por dias.

Outro fator é relacionado ao *atendimento jurídico*, cuja importância já especifiquei no subtópico dos indicadores gerais. Deve o indivíduo esclarecer se deixou de ter atendimento jurídico quando solicitado, em algum momento. Esclareço que a essência deste serviço na unidade não deve se resumir a atribuir um defensor *ad hoc* ou Defensoria Pública para defesa de falta grave, quando processado; mas se espera um escopo mais amplo de fornecimento de relatórios de pena²²⁷, processamento de incidentes (como as remições), resolução de dúvidas, entre outras.

Algumas balizas devem ser observadas, em especial quando houver extrapolado o prazo para concessão de direitos dentro do sistema progressivo. É importante destacar que o juízo da execução deve agir de ofício nestes casos, sendo, portanto, responsabilizado em caso de eventual inércia. O indicador será seccionado em: nulo, caso tenha havido atendimento suficiente durante todo o período; insuficiente, quando apenas parcial; negativo, se houve atraso na concessão de direitos ou se majoritariamente não teve atenção jurídica (por advogado público ou particular).

²²⁷ Art. 41, XVI, da LEP (Brasil, 1984).

Por fim, necessário inserir-se indicador específico para eventuais dificuldades vivenciadas por *pessoas portadoras de necessidades especiais*. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária recomenda que as penitenciárias tenham acessibilidade, inclusive, com uma cela por módulo, ao menos, com instalações sanitárias adaptadas (Brasil, 2011, p. 30). No entanto, há outras deficiências, além da física, como por exemplo pessoas cegas, que podem enfrentar dificuldades severas em celas com tratamento comum. Aqui também devem ser consideradas eventuais dificuldades derivadas de idade avançada, havendo até mesmo disposição legal própria que exige a separação da pessoa maior de 60 anos em estabelecimento adequado²²⁸.

Portanto, este parâmetro deverá, de maneira abrangente, identificar, caso se trate de indivíduo com tais necessidades, se estas foram respeitadas durante o cumprimento de sua pena, sendo inserido em local adaptado para tanto. Assim, o indicador, dividido em três níveis, deve ser ponderado como: nulo, caso a pessoa não tenha necessidades especiais ou se seus direitos tenham sido respeitados; intermediário, caso, em se tratando de indivíduo nesta condição, tenha majoritariamente sido respeitados seus direitos, com intercorrências pontuais; elevado, caso tenha cumprido maior parte de sua pena em locais não adaptados.

Devido à multiplicidade de indicadores, sintetizo-os na seguinte tabela:

Tabela 3: indicadores individuais de segunda classe.

<i>Direito relacionado</i>	<i>Indicador</i>
INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA	Tortura (agentes do estado)
INTEGRIDADE FÍSICA	Agressões corporais (outros internos)
SAÚDE	Agravamento do estado geral de saúde
	Atendimentos médico-odontológico
	Fornecimento de medicamentos
	Atendimento pré e pós-natal (mulheres)
FAMÍLIA	Aproximação familiar
ASSISTÊNCIA MATERIAL	Água potável
	Alimentação
	Cama individual
	Itens básicos (higiene e vestuário)
CONDIÇÕES ESTRUTURAIS	Necessidades fisiológicas
ASSISTÊNCIA JURÍDICA	Atendimento e concessão de direitos
IGUALDADE	Atendimento a necessidades especiais

²²⁸ Art. 82, §1º, da LEP (Brasil, 1984).

5.4.2.3 Direitos de terceira classe

Por fim, cumpre tratar daqueles direitos que, embora relacionados à vida digna, não estão intrinsecamente ligados à sobrevivência, ao mínimo existencial. A apuração da garantia relacionada àqueles também será escalonada em três níveis, permitindo-se inserir a análise da periodicidade, caso tenha sido promovido apenas parcialmente, assim como na subseção anterior. Nos estabelecimentos masculinos, a pontuação intermediária corresponderá a 0,64, a negativa, a 1,28; já nos femininos, respectivamente, 0,57 e 1,14.

Seguindo a ordem traçada nos indicadores gerais, o primeiro direito avaliado será o *trabalho*. Este, por sua vez, será subdividido em três indicadores: *oportunidade disponibilizada, remuneração e previdência social*. A este respeito, importa saber não somente se foi oferecido posto de trabalho ao indivíduo, mas se a ocupação era funcional. Conforme já salientado, o trabalho, da forma proposta na LEP (Brasil, 1984) e nos tratados internacionais, destina-se a edificar e desenvolver as capacidades pessoais do sujeito preso. Não deve servir apenas para preencher seu tempo, mas realmente para atribuí-lo uma função útil, que lhe capacite para o mercado de trabalho, quando vier a ser liberto.

Destarte, destinando-se esta fase à avaliação dos danos pessoais causados, o indicador deverá analisar se foi proporcionado o desenvolvimento de habilidades úteis ao indivíduo durante todo o período de pena ou se apenas foi atribuída uma atividade para remir pena – como a produção de artesanato. Por outro lado, o prejuízo só é verificado se o sujeito demonstrou interesse em trabalhar. Como consequência, caso assim não o tenha, o direito não lhe foi tolhido.

A ponderação, então, deverá ser nula, caso o Estado o tenha permitido trabalhar em funções desta natureza sempre que quisesse ou se à pessoa não interessava usufruir do direito; intermediária, caso a oportunidade disponibilizada não fosse útil ou, em sendo, apenas por período parcial do total da pena; negativo, se majoritariamente não houve disponibilização de vaga alguma.

O complemento ao trabalho digno é a sua devida *remuneração*, a qual se destina ao pagamento de suas despesas pessoais e familiares, bem como na constituição do *pecúlio*. Sobre este aspecto, o Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2021), recentemente, decidiu a ADPF 336, que questionava a constitucionalidade da regra que permite pagamento inferior ao salário-mínimo ao trabalhador recluso. Entendeu a Corte Suprema, por maioria, que o valor inferior ao salário-mínimo não fere a Constituição, devido à lógica diferenciada da qual exsurge o trabalho no sistema carcerário (Brasil, 2021, p. 5).

Nesta linha, destacaram-se as diversas contraprestações exigidas do Estado para se promoverem vagas à população carcerária, peculiaridades que diferenciam esta prestação àquela da sociedade livre, dentre elas: a necessidade de formação profissional, ainda que não gere benefício econômico a terceiro; cautelas contra a fuga; aquisição pelo Poder Público dos bens produzidos, sempre que não recomendável sua venda, dentre outras (Brasil, 2021, p. 3). Ademais, salientou-se que a remuneração da população livre se destina ao pagamento de moradia, alimentação, educação, saúde, entre outras necessidades básicas, as quais o Estado já provém aos reclusos, de maneira que o quarto a menos serviria para ressarcir estes valores (Brasil, 2021, p. 4). Por fim, elencou-se que o trabalho serve para remir a pena, o que seria mais uma diferenciação que justificaria pagamento inferior ao salário-mínimo (Brasil, 2021, p. 4).

A meu ver, o argumento mais forte elencado pelo Supremo para considerar pela constitucionalidade da regra seria o custeio das despesas de manutenção do preso. Contudo, a Lei de regência²²⁹ dispõe que estes valores ainda seriam deduzidos dos três quartos da remuneração paga ao jurisdicionado, para ressarcimento de tais despesas, o que permite questionar a decisão. Assim, caso se considerasse o quarto a menor para tais despesas, deixando o restante apenas para subsistência própria e de sua família, a mim pareceria mais justo. No entanto, pela dicção literal da Lei, não é este o entendimento extraído, passando a ser injusto o pagamento a menor, a despeito dos demais argumentos elencados.

Sintetizando a importância deste indicador, pelo viés pessoal, releva verificar o prejuízo que o sujeito teve tanto se não foi remunerado suficientemente quanto, se o foi, pelo uso que se permitiu fazer do dinheiro. Para a plena promoção do direito, deve ter-lhe sido possibilitado ajudar seus familiares, comprar coisas para si ou guardar este dinheiro para quando for liberto; do contrário, a garantia terá sido violada.

Assim, a análise deste indicador deve se dar da seguinte maneira: suficiente, caso o indivíduo tenha recebido ao menos três quartos do salário mínimo e tenha tido oportunidade de fazer os assinalados usos, ou, ainda, se não usufruiu do direito de trabalhar; parcialmente suficiente, quando durante a maior parte do período de pena tiver sido permitido este uso ou se tiver recebido valor menor que três quartos do salário mínimo mensais; insuficiente, se majoritariamente negado o direito, seja pela impossibilidade de uso adequado ou por remuneração a menor.

²²⁹ Leitura do art. 29, §1º, alínea D, da LEP (Brasil, 1984), cuja integralidade se transcreve: “[...] O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: [...] ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.”

Relacionado ao trabalho também se encontra o direito à *previdência social*. Além de previsto no art. 41, inciso III, da LEP (Brasil, 1984), constitui dever do assistente social vinculado ao estabelecimento providenciar documentação relacionada²³⁰. Entendo que, neste tocante, inclui-se tanto a garantia do direito ao auxílio-reclusão, quando preenchidos os requisitos para tanto²³¹, quanto aqueles decorrentes da continuidade do pagamento das contribuições, quando o indivíduo estiver trabalhando. Esta garantia tangencia também o direito ao seguro por acidente de trabalho, caso tenha o recluso se acidentado durante o exercício²³², sendo que, enquanto estiver impossibilitado de trabalhar, continuará tendo sua pena remida²³³.

Portanto, este indicador deverá levar em conta todas estas variáveis: se o auxílio-reclusão não foi garantido aos dependentes por falta de ação da assistência social; se foram adimplidas as contribuições para a previdência, quando tenha trabalhado ou, caso tenha se acidentado, se seus direitos foram resguardados. O parâmetro será avaliado a partir dos três níveis seguintes: neutro, se não tiver tolhido nenhum desses direitos, ou se não fazia jus a eles; parcialmente suficiente, se respeitados parte deles ou se por período parcial; insuficiente, se desrespeitados na maior parte.

Em relação à *assistência educacional*, cumpre avaliar se os estudos fornecidos atenderam às necessidades do jurisdicionado. Os artigos 18, art. 18-A e art. 19, todos da LEP (Brasil, 1984), são claros em estabelecer uma evolução educacional, de forma que o recluso sempre poderá usufruir de alguma fase de estudo, aperfeiçoando-se seja no nível básico ou profissionalizante técnico. Assim, ao recluso devem ser oportunizados estudos em todas estas fases, do contrário, não terá o Estado cumprido com sua obrigação e terá prejudicado o jurisdicionado.

Destarte, este indicador será avaliado nos seguintes níveis: neutro, caso tenha se permitido ao indivíduo desenvolver estudos em fases compatíveis com seu estágio de evolução, ou caso o indivíduo não tenha optado por estudar; intermediário, se parcialmente desenvolvidos estudos, sendo interrompido em algum momento por motivo alheio à vontade própria do jurisdicionado; negativo, caso impedido de desenvolver qualquer estudo compatível com sua fase evolutiva²³⁴.

²³⁰ Art. 23, inciso VI, da LEP (Brasil, 1984).

²³¹ Dentre eles, o sujeito deve estar no regime fechado, ter contribuído ao menos 24 meses e ser considerado baixa renda, sendo, neste caso, garantido a seus dependentes o benefício, nos termos da Lei nº 8.213/91 (Brasil, 1991b).

²³² Art. 23, inciso VI, da LEP (Brasil, 1984).

²³³ Art. 126, §4º, da LEP (Brasil, 1984).

²³⁴ Aqui se inclui também o indivíduo que, por exemplo, já tinha formação completa de ensino básico e, portanto, gostaria de desenvolver estudo profissionalizante e não pôde. Assim, para esta pessoa, o aperfeiçoamento estudantil foi negado.

Convém esclarecer que não busquei, propondo-me a avaliar, nesta fase, o desenvolvimento pessoal do recluso, saber se houve disponibilização de livros para leitura, o que já será ponderado pelo indicador geral da existência de biblioteca no estabelecimento. A resenha de livros, apesar de suficiente para a remição, por outro lado, não alcança aquele aperfeiçoamento escolar e profissional estipulado pela lei de regência. Por esta razão, coloquei sob análise especificamente estes pontos de desenvolvimento estudantil.

Deve, ainda, haver indicador relacionado ao tempo livre do recluso, se o Estado lhe proporcionou *atividades recreativas e esportivas*, ou se somente podia se dedicar ao ócio. Então, o juízo da execução avaliará, neste ponto, se ao jurisdicionado foi permitido realizar algum esporte, como futebol, basquete ou outro, bem como se a assistência social fomentou atividades voltadas ao lazer.

O indicador será aberto, devido à falta de especificação legal sobre quais atividades se enquadrariam, razão pela qual o Estado tem liberdade para a realização daquelas mais compatíveis com a sua capacidade local, não podendo, por outro lado, se abster deste dever. Assim, a avaliação será escalonada nos seguintes níveis: nulo, caso tenha sido permitido ao indivíduo desenvolver atividades recreativas e esportivas; intermediário, se pôde realizá-las pela maior parte do tempo de sua pena; negativo, se majoritariamente foi tolhido seu direito.

Quanto à *religião*, o art. 24, *caput*, da LEP (Brasil, 1984) garante a liberdade de culto, permitindo às pessoas presas a participação nos serviços organizados na unidade, bem como a posse de livros religiosos. Acredito que a promoção deste direito deve ser vista de um plano mais abrangente, como um dever negativo do Estado de não impedir quaisquer manifestações religiosas. Para tanto, a lógica mais crível é que os espaços religiosos sejam preenchidos com religiões de raiz cristã, as quais são mais populares no Brasil. No entanto, outros tipos de manifestações, derivadas de outras crenças, também devem ser permitidas.

Por certo, quando determinado ato religioso depender de locomoção corporal – direito temporariamente restringido -, não poderá ser executado. Contudo, outros que possam ser desenvolvidas no interior da prisão, no local apropriado, deverão ser contempladas, constituindo eventual impedimento uma negativa do direito. Assim, o indicador será escalonado nos seguintes níveis: neutro, quando não houver qualquer evento de desrespeito, seja em relação à posse de livros ou à permissão de manifestações religiosas; intermediário, se houver impedimentos pontuais durante o cumprimento da pena; negativo, se tolhido por diversas vezes.

O direito ao *contato com o mundo exterior* também desempenha importante função na manutenção da humanidade da pessoa presa e de seus laços familiares. Previsto no art. 41, inciso XV, da LEP (Brasil, 1984), engloba a comunicação, por meio de cartas, com amigos e

familiares, recebimento de notícias por meio de leitura e de outros meios, como, por exemplo, o rádio e televisão. As cartas também servem para ratificar os laços pró-sociais com entes queridos próximos, permitindo a manutenção do contato ainda que longe fisicamente.

Neste indicador, a análise também deverá ser mais abrangente, verificando se alguma das formas lícitas de contato foi obstada pelo Estado, o que configura infração à regra mencionada. Portanto, a gradação do parâmetro deverá ser: neutra, se o direito tiver sido respeitado durante todo o período de pena; intermediário, caso tenha havido poucos eventos de impedimento; negativa, caso majoritariamente obstado o direito.

A Lei de regência também prevê a *proteção do indivíduo preso contra qualquer tipo de sensacionalismo*²³⁵. Esta garantia, ligada à defesa da honra e da imagem individual, embora relevante, é de difícil comprovação, razão a qual, todavia, não deve conduzir à sua exclusão do instrumento. Popularizaram-se muito, nos canais de televisão aberta, programas voltados à divulgação de crimes, sendo exemplos claros do sensacionalismo criado em torno das pessoas presas. Para tanto, há filmagens destas e até realização de entrevistas, muitas delas de tom jocoso devido ao teor do crime cometido, outras nutrem discursos punitivistas, os quais são diariamente replicados, por agradarem o senso comum e, por isso, gerarem muitos pontos de audiência. É justamente esta espetacularização e ridicularização da pessoa presa que a Lei de regência busca impedir.

Na prática, a regra é muito pouco respeitada, sendo que os policiais responsáveis pelas prisões são tidos como heróis e dão entrevistas, atos que fogem de sua função pública e acabam fomentando a ação das emissoras de televisão. Veja que há uma diferença clara entre a liberdade de imprensa e o sensacionalismo. Aquela se insere dentro da notícia imparcial, esta, na espetacularização e exposição excessiva da imagem da pessoa presa, o que é vedado.

Embora exija uma prova de difícil produção para o defensor – recuperar notícias antigas e demonstrar seu excesso -, se se lograr a comprovação desta exposição excessiva, isto deve ser ponderado pelo instrumento. Sendo também difícil a gradação da intensidade da ofensa, entendo que a pluralidade de atos de exposição seja um bom parâmetro objetivo. Portanto, deverá o indicador ser ponderado como: neutro, se inexistir qualquer ato desta natureza; intermediário, se houver ato(s) de sensacionalismo²³⁶ referentes a um fato criminoso; negativo, se houver pluralidade de fatos veiculados mediante espetacularização.

O art. 41, inciso II, da Lei de Execução Penal prevê o *chamamento nominal* como direito do recluso, ligado ao seu direito à identidade própria. Nada obstante, comum é o policial penal

²³⁵ Art. 41, inciso VIII, da LEP (Brasil, 1984).

²³⁶ No que se inclui a divulgação com exposição exagerada por mais de um veículo de comunicação.

chamá-lo de “ladrão”²³⁷, quando deseja sua atenção ou que cumpra alguma determinação. Ser assim denominado, mais que infringir um dispositivo legal, exerce um condicionamento psicológico. Apesar de sutil, este tipo de conduta ratifica o condicionamento psicológico de submissão da pessoa presa. Além disso, ilustra a dinâmica chamada por Lemert (1951, p. 76) de desvio secundário, ideia segundo a qual o infrator adequa seu comportamento de acordo com a reação social recebida – neste caso, o rótulo de “criminoso”. Embora menos evidente e incisivo, este tipo de chamamento por parte do corpo administrativo pode influenciar no nível de sofrimento suportado pelo sujeito preso.

Entendo que situações mais corriqueiras como estas são de difícil comprovação e, também por isso, a infração deste tipo de regra são tão comuns. Seguindo a mesma lógica estabelecida até aqui, acredito que não se pode dificultar a prova do desrespeito a um direito condicionando-o à comprovação cabal, devendo-se, neste caso, se atribuir relevante peso à palavra da vítima – o jurisdicionado. Assim, deverá ser considerado um indicador para medir a incidência desta infração, ponderado como: neutro, se a pessoa presa não relatar nenhuma ocorrência deste tipo; intermediário, se houver situações pontuais desta natureza; negativo, se majoritariamente o indivíduo era chamado por apelidos pejorativos²³⁸.

A pessoa presa ainda tem seu *direito de petição* resguardado, garantia prevista no art. 5º, inciso XXXIV, alínea A, da CF (Brasil, 1988) e na LEP (Brasil, 1984), em seu art. 41, incisos XIII e XIV. A audiência especial com o diretor da penitenciária insere-se em um escopo mais amplo aludido direito, porquanto é a possibilidade de a pessoa relatar alguma situação específica ocorrida e requerer o que lhe é cabível. O diretor é o gestor do estabelecimento e, por isso, é responsável por tudo que ocorre sob a custódia estatal. Assim, deve estar sempre atento aos reclamos dos internos, bem como prover as necessidades, desde que decorram de algum direito legalmente garantido.

É muito comum que pessoas presas tenham um conhecimento sobre execução penal superior ao do homem médio; devido ao tempo ocioso, muitos deles estudam seus direitos. Portanto, não é raro encontrar pessoas que peticionem de próprio punho ao Judiciário requerendo o reconhecimento de direitos que entendam aplicáveis, tendo sucesso, por vezes.

²³⁷ Na minha prática cotidiana profissional, de visita a presídios, observei que este termo é comumente utilizado pelos agentes carcerários para chamar alguma pessoa presa. Por não saber seu nome, refere-se a alguém por “ladrão”, ainda que esta pessoa não tenha sido condenada por roubo.

²³⁸ É razoável, também, se pontuar que os funcionários da penitenciária não podem ser obrigados a decorar o nome de todos os reclusos, de maneira que o Estado só deve ser responsabilizado, em nome de seus prepostos, quando o chamamento encerrar carga negativa.

Isto até mesmo permite contrabalancear a deficiência de atendimento jurídico por defensores públicos.

Assim, o indicador relacionado deverá avaliar de maneira mais ampla se algum aspecto do direito de petição – seja perante o diretor da unidade ou ao Judiciário -, foi tolhido, declinando-se qual era o pleito e quando ocorreu. A gradação será neutra, caso o indivíduo não relate qualquer evento; intermediária, se tiver havido ocasiões pontuais; negativa, se, reiteradamente, o direito de petição tiver sido negado.

Todos os direitos tangenciados e seus indicadores estão sintetizados na tabela seguinte:

Tabela 4: indicadores individuais de terceira classe.

<i>Direito relacionado</i>	<i>Indicador</i>
TRABALHO	Oportunidade disponibilizada
	Remuneração
	Previdência Social
ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL	Estudos adequados ao nível escolar
RECREAÇÃO E ESPORTE	Promoção de atividades de lazer e esporte
RELIGIÃO	Liberdade de manifestações religiosas
FAMÍLIA	Contato com o mundo exterior
INTEGRIDADE MORAL	Proteção contra o sensacionalismo
	Chamamento nominal
PETIÇÃO	Petição administrativa e judicial

5.5 Queda na expectativa de vida como base de cálculo para a compensação

A construção até agora realizada é concluída com a base de cálculo sobre a qual a pontuação dos indicadores gerais e individuais incidirá. Como expliquei, cada uma das fases pode pontuar aproximadamente até 50, somando, ao todo, 100 pontos. Estes valores representarão uma porcentagem a ser calculada sobre o valor máximo de compensação. Entretanto, a discussão, neste subtópico, reside em encontrar qual parâmetro melhor figura como reflexo dos danos vivenciais causados pelo Estado em decorrência da sanção antijurídica aplicada. Novamente, esclareço, na mesma linha de todo o raciocínio desenvolvido nesta tese, que não tenho a pretensão de criar um instrumento que afira o sofrimento em excesso com exatidão – o que nem sequer seria possível. Pelo contrário, vim buscando parâmetros racionais objetivos para permitir a compensação de maneira lógica e justa.

Penna (2021, p. 300-301), ao se debruçar sobre a questão, concluiu o espaço pessoal mínimo para sobrevivência ser o melhor parâmetro objetivo para aferir se houve desrespeito à dignidade humana, a par da violação ou constatação de outros ultrages de tratamento, como no tocante à higiene, à alimentação, ao atendimento médico, entre outros. Aderiu a autora ao valor mínimo de 3m², fixado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (2009, p. 16) no caso Sulejmanovic contra a Itália, entendendo melhor resguardar a dignidade humana. Convém explicar que, para constatação do respeito ao direito, deve-se excluir as áreas destinadas à higiene (vaso sanitário e chuveiro, quando dentro da cela), de maneira que a proporção da compensação deveria se basear neste exclusivo parâmetro (Penna, 2021, p. 301).

Embora a autora tenha reconhecido a possibilidade de desrespeito à dignidade humana ainda que respeitado o espaço mínimo pessoal, pelo ultrage a outros direitos, não restou claro se – e, em caso positivo, como –, a compensação penal se operaria nestes casos. Acredito que as mesmas considerações traçadas à superlotação como parâmetro objetivo, da forma adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018a; 2018b), se aplicam ao espaço pessoal mínimo. Embora este represente de forma mais acurada o direito individual a um espaço mínimo para sobrevivência, por outro lado, deixa escapar uma gama imensa de possíveis outros ultrages – de gravidade similar ou maior –, que devem ser considerados por um instrumento.

Conforme vim sustentando ao longo desta tese, a moeda de troca entre o jurisdicionado e o Estado é o sofrimento. Este, por sua vez, na execução penal, pode ser representado de várias formas: distância familiar, dor física, condicionamento negativo psicológico, fome, entre outros. Porém, a meu ver, se o indivíduo paga o crime cometido com anos de sua vida – sendo esta, para mim, a pior forma de sofrimento, haja vista irreversível –, é justo que, uma vez comprovada a subtração, pela prisão, de ainda mais anos de vida do que o período de pena, este deve ser o parâmetro objetivo adotado como base ao instrumento para medir a compensação adequada. Assim, a redução na expectativa de vida me parece a base mais concreta para se justificar também o encurtamento do tempo linear da pena, por permitir a redução de ambos os termos – duração da prisão e sofrimento –, a denominadores comuns: tempo de vida.

Nos últimos anos, estudos vêm questionando justamente este abreviamento da morte em decorrência da passagem pelo cárcere. Em síntese, refiro-me à existência de evidências científicas de que, *e.g.*, em uma pena de dez anos em regime fechado, além do período natural de perda de tempo de vida, este indivíduo, em virtude das condições às quais é submetido, tem também reduzido o seu prazo final de sobrevivência. Portanto, há uma dupla punição do ponto de vista vivencial a partir da dedução sobressalente de tempo de vida, não evidenciada de plano, mas que é refletida nos anos subsequentes do indivíduo, após receber liberdade. É como se as

consequências negativas corporais do cárcere se entranhassem debaixo da pele, continuando a refletir negativamente no indivíduo mesmo depois de ser solto, convivendo na sociedade livre.

Um estudo orientado a aferir a diminuição da expectativa de vida atribuída ao tempo de prisão foi carreado no estado de Nova York, Estados Unidos. Comparou-se a população carcerária, mediante seleção de indivíduos aos quais foi concedida uma “saída antecipada”²³⁹ entre 1989 e 1993, analisando-os até 2003 (Patterson, 2013, p. 523). O universo amostral restringiu-se à própria população carcerária, não se comparando presos com a população livre para evitar enviesamento pela seletividade do sistema penal²⁴⁰ (Patterson, 2013, p. 523).

A pesquisa concluiu que, para cada mês de pena cumprida, a probabilidade de morte no período subsequente ao retorno progressivo à sociedade foi de 1,7% ao mês, ou 20,4% ao ano (Patterson, 2013, p. 525). Para cada ano de prisão, o recluso pode estimar dois anos de diminuição de expectativa de vida, ressalvando-se que o indivíduo retorna progressivamente à curva normal de mortalidade de uma pessoa livre após um período aproximado de dois terços do tempo da pena cumprida (Patterson, 2013, p. 526). Apesar de a causa da morte não ter sido revelada nos documentos analisados, há base científica que aponte o contato com a prisão interferir tanto na propensão de morte natural quanto não naturais (Patterson, 2013, p. 527).

Apesar de não ser cientificamente adequado transpor de maneira automática ao Brasil os resultados obtidos, especialmente em relação à especificidade da projeção²⁴¹, é seguro apontar que há correlação entre contato com o sistema prisional e longevidade. Com relação à amostra da pesquisa, devo realizar uma ressalva na análise de diferentes sistemas jurídicos. Enquanto, nos Estados Unidos, há o instituto “*parole*”, que muitas pessoas traduzem como livramento condicional, tenho que não são equivalentes, por isso, preferi traduzir como “saída antecipada”²⁴².

No Brasil, a aludida concessão pode se equiparar até mesmo ao regime semiaberto “harmonizado”, modalidade utilizada em grande parte das comarcas que não possuem

²³⁹ “Parole” (tradução nossa). Justifico, adiante, o não uso da tradução “livramento condicional”.

²⁴⁰ A autora alerta explica que o fato de a pessoa ter sido pinçada pelo Estado, sendo-lhe aplicada a condenação, por si só, já se presumem características anteriores que covariam com maiores índices de mortalidade do que da grande maioria da sociedade livre. Isto porque, segundo estudos anteriores, a experiência com o cárcere mostra uma forte correlação com mortalidade (assim como raça, gênero e condições socioeconômicas), razão pela qual Patterson (2003, p. 523) deixou de comparar a mortalidade de ex-reclusos com a da população geral, a fim de evitar enviesamento dos resultados.

²⁴¹ A própria autora faz a ressalva de que a pesquisa deveria ser replicada em outros estados dos Estados Unidos (Patterson, 2013, p. 527).

²⁴² Uma definição literal de *parole* seria “termo usado para descrever ofensores que foram presos em um estabelecimento prisional e soltos antes da data de expiração da pena imposta pela corte” (tradução nossa). Citação literal do inglês “the term used to describe offenders that have been incarcerated in a prison facility and released prior to the court imposed expiration date” (State of Nevada, 2024).

estabelecimento prisional adequado – que são maioria -, ocorrendo por meio de monitoramento eletrônico. Em síntese, importa saber é que a pesquisa analisa o período em que o indivíduo ainda está vinculado ao sistema de justiça, mas distante do ambiente prisional.

Embora a configuração social e do sistema penitenciário estadunidense se difira em muito da brasileira, ousa traçar um outro paralelo. Admite-se o grau de superlotação das penitenciárias como um bom indicador objetivo da qualidade da vida na prisão²⁴³. Embora não reflita especificamente todos os aspectos que compõem esta variável, exceder o número de presos da capacidade projetada do presídio reverbera no provimento adequado de outras necessidades do indivíduo custodiado, como já verificado.

No ano de 1989, o estado de Nova York, solo da pesquisa citada, manteve sua capacidade total acima da quantidade diária de presos durante todos os doze meses (New York State Commission of Correction, 1990). Em uma estimativa geral, posso admitir que as condições de vida eram razoavelmente adequadas, se se tomar por base o grau de superlotação como indicativo único, tendo em vista o número de vagas atender à população custodiada. No Brasil, se se basear nos índices médios do primeiro semestre de 2024, houve déficit de cerca de 35,67% das vagas²⁴⁴ (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024c, p. 15-17), presumindo-se um grau maior de prejuízo na qualidade de vida dos presos.

Não havendo superlotação na amostra da pesquisa estrangeira, vislumbro que a maior propensão à morte observada na investigação estadunidense pode ter sido mais ligada ao âmbito social desenvolvido na prisão do que a fatores ambientais, relativos à piora na qualidade de vida. Pesquisa anterior já demonstrou, nos Estados Unidos, como a submissão do recluso a condições mais duras no cumprimento de pena – penitenciárias com maiores níveis de restrições aos detentos -, criam uma maior exposição à violência e a outros fatores criminógenos de modo geral, que, inclusive, acompanham o ex-recluso até para além da soltura (Lerman, 2013, p. 8).

Ainda em solo estrangeiro, corroborando os achados da pesquisa anterior, Graham (2003, p. 94) concluiu um estudo semelhante na Austrália²⁴⁵. Analisando dados do estado de Victoria, comparou números da população liberta com os de indivíduos sem contato com o sistema carcerário. Concluiu a autora que a média de mortes por causas não naturais de um ex-recluso foi aproximadamente dez vezes maior do que a de alguém na sociedade livre, entre os

²⁴³ Esta assunção já foi realizada tanto pela Corte Suprema, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252 (Brasil, 2017), quanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (CIDH, 2018a).

²⁴⁴ Capacidade máxima de 488 951, déficit de 174 436 (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024c, p. 15-17)

²⁴⁵ Há pesquisas similares em outros países. Sobre os Estados Unidos, ver Wilper *et al.* (2009); Rosen, Schoenbach e Wohl (2008); Sobre a Suíça, ver Harding-Pink (1990); Sobre a Inglaterra, ver Pratt *et al.* (2010); Sobre a Noruega, ver Kjelsberg e Laake (2010).

anos de 1990 e 2000 (Graham, 2003, p. 100). Diferentemente da mencionada pesquisa estadunidense, Graham (2003, p. 100) avaliou as causas da morte, sendo aproximadamente 60% atribuído à overdose de drogas, já o restante, a homicídio, suicídio, acidentes ou outras causas não identificadas. Das pessoas mortas, 24,9% faleceram em até um mês após a soltura (Graham, 2003, p. 100).

Tratando de consequências corporais menos evidentes, Berg e seus colegas (2021, p. 470) demonstraram que a experiência com o cárcere, devido ao estresse causado, especialmente quando houve exposição à violência, gera alteração epigenética, ocasionando o envelhecimento precoce biológico. Uma das preocupações relevantes da pesquisa, que a diferencia de outras similares, é o controle por possíveis variáveis que enviesassem o resultado²⁴⁶, por serem comuns à seletividade penal e ao envelhecimento precoce, permitindo-se isolar os efeitos do encarceramento (Berg *et al.*, 2021, p. 466). Isto foi possível por usarem como base um estudo longitudinal acerca de uma população jovem afro-americana, cuja idade média era 30 anos, o que permitiu o controle das variáveis (Berg *et al.*, 2021, p. 471).

A pesquisa trabalhou com duas hipóteses: a primeira consistia na prisão encerrar fatores preditivos para a aceleração do envelhecimento biológico; o segundo foi adicionar a exposição à violência como variável moderadora no nível de envelhecimento (Berg *et al.*, 2021, p. 464). Os resultados demonstraram que o contato com o sistema carcerário acelera o envelhecimento genético, sendo que, em média, a diferença da idade biológica de quem não passou pela experiência com o cárcere e a dos ex-reclusos era de um ano e nove meses²⁴⁷, podendo alcançar até dois anos e quatro meses, quando os excluídos da análise indivíduos com propensões atípicas de saúde (Berg *et al.*, 2021, p. 467). Convém ressaltar que a proximidade entre aprisionamento e a análise (se dentro de um intervalo de quatro anos ou se maior) não foi um fator moderador do resultado, concluindo-se que a mera exposição prevalece sobre a dosagem (Berg *et al.*, 2021, p. 467).

Em relação às pessoas que narraram ter passado diretamente por episódios violentos, as células apresentavam-se de dois anos e dois meses mais velhas que a idade cronológica - três anos de diferença para a amostra não exposta (Berg *et al.*, 2021, p. 471). Todavia, somente atos de violência direta avaliados²⁴⁸ moderaram os efeitos do envelhecimento biológico, o mesmo

²⁴⁶ Tais como a dieta, exercícios e tabagismo (Berg *et al.*, 2021, p. 471).

²⁴⁷ As células dos participantes que não relataram contato com o sistema carcerário estavam em média dez meses mais jovens do que a idade cronológica, enquanto quem teve experiência com o cárcere anotaram idade biológica celular 11 meses mais velha.

²⁴⁸ No estudo, foram considerados algum dos seguintes atos: subtração de propriedade usando-se força ou intimidação; ameaça de violência; vítima de agressões com objetos como arma; luta corporal com outros reclusos (Berg *et al.*, 2021, p. 466).

não ocorrendo em relação à indireta²⁴⁹. O envelhecimento biológico, por sua vez, consiste em um forte fator para o desenvolvimento futuro de doenças, tais como Alzheimer, câncer, entre outras, bem como está relacionado à previsão de mortalidade (Berg *et al.*, 2021, p. 464). Todavia, a pesquisa não deixou claro quais estressores, além da violência, especificamente contribuem para este resultado negativo na saúde dos reclusos.

Mais recentemente, Berg e seus colegas (2024, p. 2) ampliaram seu estudo também para população afro-americana mais velha, com média de 57 anos de idade, inserindo a variável de aumento do risco de depressão. Segundo os autores, fatores de estresse primário teoricamente derivam da restrição da liberdade – tais como diminuição da autonomia e da privacidade e privação emocional –, sendo usual que pessoas recém-libertas apresentas sintomas pós-traumáticos (Berg *et al.*, 2024, p. 2). Ademais, os estabelecimentos prisionais não são designados para tratar de doenças crônicas, comumente verificadas em pessoas de idade avançada (Berg *et al.*, 2024, p. 2).

Quando libertos, acumulam-se estressores secundários, principalmente relacionados à estabilidade financeira, dependendo de maneira mais incisiva os mais velhos de programas de auxílio estatais aos egressos, haja vista as famílias tendem a os ajudar menos do que em relação à população mais jovem (Berg *et al.*, 2024, p. 2). Ao histórico criminal, somam-se outras desvantagens próprias da fase avançada da vida, tais como comorbidades e dificuldades funcionais, as quais dificultam ainda mais a reentrada no mercado de trabalho (Berg *et al.*, 2024, p. 2).

A par disso, a experiência com a prisão, por si só, funciona como estressor psicossocial agudo, o qual aciona uma série de sistemas corporais (nervoso, cardiovascular, endócrino, entre outros), permanece para além do cumprimento da pena e aumenta o risco de morte prematura, assim como doenças relacionadas ao estresse (Berg *et al.*, 2024, p. 2-3). Portanto, o objetivo da pesquisa foi aferir tanto o prejuízo físico quanto mental do contato com a prisão – pelo desenvolvimento de depressão e envelhecimento genético (Berg *et al.*, 2024, p. 3).

Os resultados apontaram que quem teve contato anterior com o sistema carcerário tinha em média idade biológica um ano e seis meses mais velha que a cronológica, ao passo que os demais estavam um mês e meio mais jovens - diferença de quase um ano e oito meses (Berg *et al.*, 2024, p. 5). Evidenciou-se que os indivíduos com experiência com o cárcere envelheceram biologicamente, em média, uma semana a mais a cada ano cronológico vivido (Berg *et al.*, 2024, p. 5). Ainda, controlando por fatores que pudessem enviesar o resultado, observou-se que

²⁴⁹ Considerado como a visualização de outras pessoas envolvendo-se em lutas corporais ou sendo agredidas com objetos (Berg *et al.*, 2021, p. 466).

o encarceramento possui relação positiva sobre sintomas depressivos, principalmente por meio de estressores relativos a problemas familiares e instabilidade financeira (Berg *et al.*, 2024, p. 5).

Embora minha pesquisa se restrinja ao Brasil, como se sabe, em alguns âmbitos, há carência de estudos específicos carreados em solo nacional, sendo de grande valia investigações semelhantes em outros países. Por outro lado, a incipiência de investigações científicas brasileiras voltadas à análise das mortes no sistema penitenciário brasileiro denota a invisibilidade do problema e a pouca importância atribuída às políticas públicas relacionadas (Babini, 2023, p. 47-48).

Sintetizando-se as três pesquisas analisadas, Patterson (2013, p. 526) não identificou as causas das mortes, se naturais ou não, verificando a diminuição na expectativa de vida em dois anos a cada ano de prisão, com retorno à curva natural após o transcurso de dois terços do período de pena. Já Graham (2003, p. 100) observou aumento de dez vezes nas chances de morte por causas não naturais, comparado à população livre, o que reflete peculiaridades sociais nas quais indivíduos envolvidos com o sistema carcerário estão envolvidos. Por fim, as pesquisas de Berg e colegas (2021; 2024) apontam que o envelhecimento biológico de pessoas encarceradas pode chegar a três anos de diferença em relação a quem não vivenciou tal experiência, possuindo o contato com o sistema carcerário forte correlação com o desenvolvimento de depressão.

Portanto, o prejuízo do encarceramento na expectativa de vida é incontestável cientificamente – ainda que haja tendência de retorno à curva natural, isto só ocorre após um longo período de tempo. Por outro lado, a extensão deste prejuízo é um pouco menos delimitada, sendo, todavia, exatamente este o termo que busco para servir de parâmetro para minha pesquisa.

Os três principais estudos apresentados que tratam mais diretamente de expectativa de vida, o de Peterson (2013) e o de Berg e colegas (2021; 2024), possuem suas limitações. O primeiro exige uma replicação espacial em outras localidades e, tratando-se de sistemas tão diversos quanto o brasileiro e estadunidense, parece-me haver maior dificuldade em replicar os resultados em solo nacional, principalmente pela disparidade de níveis de superlotação (o que me leva a crer que os resultados, aqui, seriam ainda mais acentuados). Já as investigações de Berg e colegas (2021, p. 471; 2024, p. 9) aplicaram-se a populações afro-americanas, as quais, segundo os autores, podem ter estressores específicos relacionados à discriminação racial, sendo esta uma limitação das pesquisas.

Adiciono que até mesmo as pesquisas relacionadas ao envelhecimento genético precoce devido à exposição ao sistema carcerário deveriam ser replicadas especificamente no Brasil. Não tenho dúvidas de que os estressores específicos de ambientes prisionais em situação precária têm potencial para prejudicar ainda mais a idade biológica dos indivíduos que vivenciam esta experiência. A par das limitações, realizarei um cotejo das três investigações mencionadas, a fim de construir um parâmetro seguro para o meu instrumento, tomando-se por base a diminuição da expectativa de vida - seja pelo envelhecimento biológico precoce ou pela morte abreviada.

As diferenças observadas, para a população afro-americana com média de 30 anos, variaram de 21 meses no geral até 28 meses, se excluídas pessoas com propensões específicas de saúde (Berg *et al.*, 2021, p. 467) e, se consideradas pessoas com experiência direta com atos de violência, ampliou-se a disparidade para 36 meses (Berg *et al.*, 2021, p. 471). Já para a amostra cuja média de idade era 57 anos, a diferença foi um pouco menor, próxima a 20 meses (Berg *et al.*, 2024, p. 5).

Ainda, é importante ressaltar que a prevalência (exposição à prisão) é o fator que mais prepondera na predição do envelhecimento precoce genético, mais que frequência ou proximidade temporal da prisão (Berg *et al.*, 2021, p. 467; 2024, p. 9). Isto implica dizer que a simples exposição às condições carcerárias já é suficiente para predizer o envelhecimento precoce, a despeito do quão recente seja a prisão, ou da frequência que esta pessoa foi presa (se por várias vezes).

Ao se observar a configuração carcerária brasileira, no primeiro semestre de 2024, os(as) reclusos(as) de 18 a 29 anos somavam um total de 263 508 pessoas; na faixa de 30 a 34 anos, população ainda jovem, consideram-se mais 128 912 indivíduos (Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2024c, p. 85), sendo que, se somados, representam mais de 59% da população carcerária. Por outro lado, considerando-se episódios de agressões corporais – seja entre reclusos ou torturas perpetradas por agentes do Estado -, como comuns na realidade brasileira, privilegiando-se o princípio da máxima proteção humana, entendo adequado adotar-se a diferença de três aos no envelhecimento genético como base de cálculo para o instrumento.

A medida a partir do relógio biológico, resalto, acaba por desconsiderar a alta vulnerabilidade da pessoa presa e recém-liberta aos níveis de morte não naturais, devido ao contexto violento no qual se inserem, o que, todavia, foi incluído na análise de Patterson (2013). Sobre esta, é importante notar que a redução na expectativa de vida foi três vezes maior que no restante da população. Isto porque o natural é a pessoa viver um ano e não ter nenhuma redução

no seu prazo final de vida²⁵⁰. Se um ano de prisão reduzisse um ano de vida, esta pessoa morreria 100% mais rápido; subtraindo-se dois anos da expectativa, a celeridade é 200% excessiva em comparação aos indivíduos que não vivenciaram esta experiência.

Apesar de as investigações de Berg e seus colegas (2021; 2024) não terem sido capazes de indicar quais estressores especificamente foram responsáveis por desencadear a reconfiguração genética e causar o envelhecimento biológico mais acelerado, é certo que tais motivadores estão presentes em diversos aspectos do ambiente carcerário, ainda que não observados. A exemplo disso, tem-se a dificuldade de os estabelecimentos acompanharem propriamente doenças crônicas dos internos (Berg *et al.*, 2024, p. 2), isso quando são detectadas, assim como o contato direto com a violência, que também influenciou na aceleração do envelhecimento (Berg *et al.*, 2021, p. 471). A par destes fatores, há características próprias do sistema carcerário brasileiro que, acredito, se replicada a pesquisa em solo nacional, poderiam ser responsáveis por resultados ainda mais graves, tais como consumo de dieta pobre em nutrientes²⁵¹, água contaminada, banhos de sol e exercícios em quantias escassas, superlotação excessiva, dentre outros.

Portanto, diferente do espaço mínimo pessoal como parâmetro objetivo – que se limita a espelhar um aspecto muito restrito e limitado da vida na prisão –, parece-me que a queda na expectativa de vida, seja pelo envelhecimento biológico acelerado ou pelo advento da morte nos meses subsequentes à soltura, encampa de maneira mais completa as adversidades antijurídicas ocorridas durante o cumprimento de pena, responsáveis por gerar sofrimento excessivo. A despeito da incapacidade científica de delimitar quais estressores seriam responsáveis por este resultado, é fato que as esferas apuradas pelo instrumento – em maior ou menor medida – são as causas desta consequência negativa extra suportada pelos jurisdicionados.

Assim, considerando-se a diferença de 36 meses de envelhecimento biológico máximo observado e os 200% de aceleração da morte, fixarei algumas premissas para justificar a operação que realizarei. Primeiro, como dito, os estudos de Berg e colegas (2021; 2024) apontaram que a prevalência da exposição ao sistema carcerário é o fator preponderante para desencadear o resultado negativo observado. Portanto, em um plano hipotético, tenha

²⁵⁰ E.g. se minha expectativa aos 30 anos for viver até 80 anos, se eu continuar com os mesmos hábitos de vida, aos 60 anos, minha expectativa continuará sendo morrer aos 80.

²⁵¹ Há correlação entre dieta saudável e realização de exercícios com o envelhecimento precoce biológico, variáveis que foram controladas nos estudos apresentados (Berg *et al.*, 2021, p. 469; 2024, p. 4).

permanecido um ou dez anos preso, o indivíduo terá experienciado, para os fins da pesquisa²⁵², um envelhecimento acelerado dentro dos limites encontrados.

Dentro do contexto das investigações apresentadas, isto implicaria dizer, se ignorado meu instrumento, que, para uma pena justa, toda pessoa que passa pelo sistema carcerário deveria ter abreviado três anos de pena, para compensar o envelhecimento precoce biológico ocasionado pelo contato com o sistema. Contudo, este modo de pensar não se adequa a todo o raciocínio desenvolvido, por não permitir a medição e gradação nos níveis de sofrimento antijurídicos ocasionados pelo Estado. Da maneira como idealizei o instrumento, devo escolher um coeficiente proporcional progressivo de compensação²⁵³, que seja tão mais elevado quanto maior for a pontuação apurada nas fases anteriores.

Por outro lado, é evidente que considerar o envelhecimento de três anos do sujeito parte de uma média – algumas pessoas envelheceram mais e outras menos²⁵⁴ –, o que permite imaginar também a existência de uma gradação neste espectro. Assim, partindo-se desta premissa e considerando-se os 200% a mais na abreviação da morte encontrado por Patterson (2013), entendo razoável fixar a representação máxima de um dia de pena como até três cumpridos.

Trazendo para termos mais práticos, o estabelecimento que respeitar todas as regras, logo, não vulnerabilizar o indivíduo em nada além do que a lei permite, pontuará zero e, por isso, um dia de pena será contado com um cumprido. Já o presídio cuja pontuação alcançar 50, esta representará uma porcentagem (50%) sobre os dois dias extralegais, logo, um dia a mais. Assim, neste exemplo, um dia de pena contará como dois cumpridos.

Por fim, relembro que, conforme procurei realizar ao longo de toda a construção do instrumento, caso em um futuro se alcance base de cálculo mais acurada, esta pode substituir a por mim selecionada, sem que prejudique a ideia central da operação. Inclusive, entendo mandatório para pesquisas futuras a replicação daquelas estrangeiras citadas, a fim de se aferir eventuais disparidades locais brasileiras que possam influenciar no resultado.

²⁵² Embora a exposição seja o fator preponderante, os autores não analisaram, por exemplo, se há diferença no resultado – e em qual grau – a depender do tempo de exposição às condições adversas da prisão: por exemplo, para uma pessoa que permaneceu um ano ou dez na prisão. Acredito que este fator não observado possa ser relevante para apurar graus de envelhecimento maiores. Apesar desta dúvida, limitar-me-ei aos resultados científicos concretos alcançados.

²⁵³ Os autores até concluíram que a cada ano de vida vivido, as pessoas expostas à prisão envelheceram uma semana a mais (Berg *et al.*, 2024, p. 5), contudo, o cálculo adequado para a finalidade por mim pretendida seria dividir o envelhecimento extra pelo período de pena cumprido, a fim de se aferir a correlação entre ambos os termos. Todavia, os períodos de exposição não foram aferidos nas pesquisas.

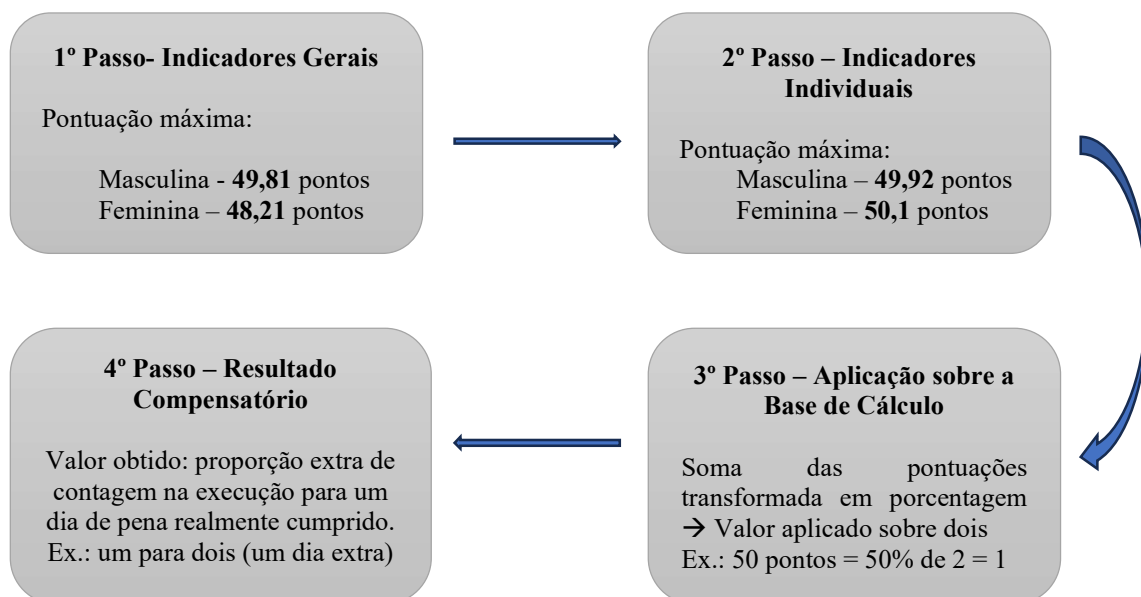
²⁵⁴ E esta diferenciação se dá por fatores não observados.

5.6 Desenho geral do instrumento

Fixados os três pesos atribuídos às classes dos direitos, passei à aferição prática do grau de ofensa real causado pelo Estado a cada um deles, o que ocorre em duas fases. A primeira destina-se a identificar uma falha abstrata no dever de garante estatal em relação aos custodiados, presumindo-se um dano difuso em prejuízo destes a cada direito não realizado, em desacordo legal. Já a segunda fase orienta-se a analisar como estas falhas afetaram a individualidade do sujeito, buscando encontrar o nível de vulneração da vítima – pessoa presa. Enquanto a primeira fase derivará um valor único atribuível de maneira geral a cada estabelecimento – aplicável a todas as pessoas ali recolhidas em dado período -, a segunda resultará em uma pontuação individual a cada pessoa analisada.

O resultado máximo de cada uma destas fases aproxima-se a 50 pontos, podendo-se alcançar o patamar máximo de 100²⁵⁵, ao todo. Esta pontuação, por sua vez, representará uma porcentagem a ser aplicada sobre a base de cálculo: uma parametrização do gradiente de queda da expectativa de vida da pessoa presa. A pontuação mais negativa nas duas fases de aferição dos indicadores exigirá a compensação penal extra de mais dois dias a cada um cumprido efetivamente, resultando na proporção de um para três dias deduzidos do cálculo executório.

O fluxograma abaixo demonstra de maneira didática a operação:



Cumpra relembrar do único indicador que tem capacidade de extrapolar a lógica matemática estabelecida acima, relativo a atos de tortura. A avaliação destes, a princípio, deve

²⁵⁵ Com ligeiras variações finais para menos.

respeitar a dos demais parâmetros, pontuando nos indicadores individuais. Todavia, em casos extremos²⁵⁶ – quando assim considerados pelo juízo da execução -, por se tratar de conduta positiva, dolosa, atribuída ao Estado, a ponderação pode extrapolar a pontuação usual e sujeitar à progressão antecipada ou mesmo extinção da pena.

A alternativa dependerá da quantidade de pena restante – e, não, da gravidade do delito, que não justifica a sujeição à tortura -, a fim de se respeitar a proporcionalidade ao injusto cometido, proporcional à pena aplicada. Assim, sugeri tomar por base a sanção relativa à tortura, que pode chegar até a dez anos de reclusão quando acarretar lesão grave ou gravíssima²⁵⁷. Destarte, nestes casos de gravidade mais elevada, pode o juízo da execução compensar valores absolutos até o patamar de dez anos acima da operação usual alcançada pelo instrumento, ponderando o gradiente de acordo com a gravidade das consequências para a vítima.

Adiciono que, embora já tenha pontualmente explicado ao longo da tese, a forma como idealizei o instrumento é almejada para não o engessar de possíveis modificações. Assim, torna-se possível adicionar ou retirar algum indicador; aumentar suas gradações internas (transformar um binário em tripartido); alterar a base do parâmetro (*e.g.* adotar outro documento para aferição da realização do direito); ou mesmo tomar como base de cálculo outra esfera da vida ou outro estudo que melhor represente a queda na expectativa. Enfim, o instrumento está aberto a alterações, alcançando-se seu objetivo final a despeito disso, desde que se respeitem as proporções criadas, de acordo com o grau de importância de cada direito.

Ainda, acredito que a adoção dos indicadores individuais é a fase que pode encontrar mais resistência, principalmente atribuir altíssimo valor à palavra da vítima – jurisdicionado cujo direito foi ofendido. Toda a lógica de prova e de valorização das informações relatadas pela pessoa presa, seja via audiência oral, seja por petição escrita, está muito distante da realidade atual e exigirá um longo e tortuoso caminho para aceitação do Judiciário.

Em face disso, ressalto que, caso o(a) julgador(a), por algum motivo, não realize a 2ª fase, limitando-se à aferição dos indicadores gerais, estes já podem servir de norte para a operação compensatória, bastando que se dobrem os valores obtidos (para se alcançar a escala de 100 e, não, 50). Portanto, a pontuação também poderá representar um valor percentual a ser ponderado nas fases subsequentes, a par da maior acuracidade da representação objetiva do dano sofrido caso se afirmem também os indicadores individuais.

²⁵⁶ Quando tenham ameaçado a vida ou a dignidade sexual, ou com agressões corporais durante longos períodos, por exemplo.

²⁵⁷ Art. 1º, §3º, da Lei 9.455/97 (Brasil, 1997).

Uma última observação quanto ao instrumento é cabível. Embora tenha sugerido uma frequência de pelo menos três meses para aferição dos indicadores gerais e semestral para os individuais, eventual alargamento dos períodos de recolha de dados e da apreciação dos incidentes de excesso de pena também oneram²⁵⁸ o Estado. Isto porque, pensando-se principalmente nos indicadores individuais, em um período de cinco anos muitos eventos negativos passíveis de serem ponderados no instrumento podem ocorrer, devendo aplicar-se a compensação para todo este íterim.

Em contrapartida, uma análise semestral permite uma acuracidade maior na operação por considerar exclusivamente os fatos específicos que ocorreram naquele período analisado, sem estender seus efeitos nos anos subsequentes – e, por conseguinte, compensando pena a maior. Por óbvio, a dúvida prevalece em favor do jurisdicionado, de maneira que um fato capaz de negativar um dos indicadores será presumidamente aplicável a todo o período, por maior que seja o intervalo de tempo desde a última apreciação do incidente.

5.7 Plano complementar: acompanhamento individual personalizado

Ao longo da construção desta tese, muito me referi à ausência de aplicação de programas específicos de ressocialização, os quais apresentam efeitos positivos na diminuição da recidiva, desde que personalizados ao problema de cada indivíduo. Embora a lei brasileira não preveja exatamente a aplicação deste tipo de programa, por outro lado, a LEP (Brasil, 1984) reconhece como dever do Estado a garantia de uma série de assistências ao egresso²⁵⁹, as quais raramente são efetivadas na prática.

Em verdade, o sujeito, quando em liberdade, seja no regime aberto ou no semiaberto harmonizado, sai totalmente desorientado do cárcere. Talvez, para uma pessoa que nunca esteve presa, esta realidade seja inimaginável, porém, cabe um esforço mental. Imagine ficar dez anos totalmente alheio aos acontecimentos, às dinâmicas sociais próprias da vida em liberdade, das inovações tecnológicas, do mercado de trabalho, de modo geral, das evoluções cotidianas. Quando o indivíduo retorna para a sociedade, tudo mudou, estando ele em evidente atraso.

²⁵⁸ Não no plano econômico, mas pensando-se a compensação penal como uma “negociação” justa, em que o Estado deixa de aplicar parte da pena restante por se presumir excesso naquilo já aplicado.

²⁵⁹ A Lei assim considera “o liberado definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento”; ou “o liberado condicional, durante o período de prova”, nos termos do art. 26, incisos I e II, da LEP (Brasil, 1984). Contudo, convém salientar que, quando da edição legislativa, pensava-se que o sujeito permaneceria na tutela estatal até o regime aberto, nas chamadas casas de albergado, de maneira que esta “saída do estabelecimento” seria depois de cumprida toda a pena. No entanto, hoje, considerando-se que, em grande parte dos locais, nem sequer há estabelecimento semiaberto, harmonizando-se o regime com tornozeleira eletrônica, estas pessoas também se incluiriam no conceito, devido ao afastamento da tutela espacial estatal.

Ademais, durante o período em cárcere, o indivíduo deve se adaptar às peculiaridades ínsitas ao microssistema social criado na prisão, o que envolve modificar comportamentos para a sobrevivência naquele ambiente hostil, os quais dificilmente são abandonados quando se retorna à vida em sociedade.

A pessoa que possui família minimamente estruturada, com esposa, filhos, mãe ou pai prestando auxílio, ainda consegue se reerguer com mais facilidade – possui uma casa para morar, alimentos e itens de subsistência suficientes para seu abastecimento até encontrar uma ocupação lícita. Todavia, há uma gama imensa de pessoas que não possuem este respaldo, os quais, sem auxílio mínimo do Estado, estarão à deriva novamente na sociedade, muito suscetíveis a se envolverem novamente com a criminalidade para sobreviver.

Para remediar este problema, a LEP prevê que todos os deveres de assistência também devem ser prestados ao egresso²⁶⁰, garantindo orientação e apoio, mediante concessão de alojamento e alimentação pelo prazo de dois meses, prorrogáveis por mais dois, caso verificado o esforço do indivíduo em conseguir emprego²⁶¹. Para tanto, designou-se ao Patronato penitenciário, público ou privado, esta função de acompanhamento dos egressos²⁶².

A fim de efetivar a lei de regência, a Presidência da República instituiu o Decreto nº 11.843/23 (Brasil, 2023a), o qual cria a Política Nacional de Atenção à Pessoa Egressa do Sistema Prisional (PNAPE), destinada à promoção dos direitos fundamentais das pessoas egressas e a assegurar medidas assistenciais. A adesão ao PNAPE pode se dar pelo estado da Federação e pelo município, ato voluntário e formalizado pelo Chefe do Poder Executivo, sendo uma das principais funções a estruturação, por equipe multiprofissional, de ações integradas com outras políticas prisionais, no âmbito profissional e de saúde.

A evolução legislativa é um importante passo para o aperfeiçoamento do assistencialismo à pessoa egressa; contudo, ainda incipiente, em especial pelo fato de a adesão ser voluntária pelo estado ou município. Apesar das disposições legais, na realidade, na maioria das vezes, a prestação estatal se limita à entrega às pessoas recém-libertas de eventuais pertences que carregavam consigo quando presas e de seu alvará de soltura, deixando-as à própria sorte.

Dado este panorama de previsão legal abstrata de um direito não efetivado na prática, entendo possível a articulação do Judiciário com outras instituições estatais para estender o apoio aos indivíduos recém-libertos, auxiliando-os com incentivos a não retornar à

²⁶⁰ Art. 10, parágrafo único, da LEP (Brasil, 1984).

²⁶¹ Art. 25 da LEP (Brasil, 1984).

²⁶² Art. 78 e art. 79, ambos da LEP (Brasil, 1984).

criminalidade. Não devendo ser a prisão um fim em si mesma, o prolongamento da prestação assistencial desempenha importante função para o fornecimento de instrumentais lícitos de reestruturação.

Em sentido similar, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), prevê, no art. 101, §§4º, 5º e 6º, da Lei nº 8.069 (Brasil, 1990a), a construção de um plano individual de atendimento (PIA) ao indivíduo e à sua família, visando à reintegração social, por meio de avaliação interdisciplinar por equipe técnica, a partir da qual se traçarão atividades e objetivos a serem desenvolvidos para este fim. Muito embora as crianças e adolescentes, devido ao seu estágio especial de desenvolvimento, recebam uma assistência estatal muito maior que os adultos – principalmente aos ex-reclusos -, a efetivação da prestação assistencial prevista aos egressos poderia seguir sentido semelhante.

Especificamente, o PIA previsto no ECA é pensado a partir de uma articulação entre programas, serviços e projetos locais de assistencialismo, buscando-se a reinserção social da criança ou adolescente dentro de sua família, por meio do fortalecimento de laços pró-sociais já existentes, bem como da construção de novos (Brasil, 2018b, p. 12). Isto muito se assemelha aos objetivos dos programas baseados no *Risk-Need-Responsivity* (RNR), os quais buscam, por meio de uma avaliação individual do cliente (pessoa condenada), personalizar atividades que aperfeiçoem suas capacidades pessoais, interpessoais e sociais, os quais apresentam correlação positiva na diminuição da reincidência (Andrew; Bonta, 2010a, p. 44-45).

Os fatores trabalhados pelos programas embasados no RNR são os seguintes: histórico criminal, único fator de risco considerado estático, haja vista impossível de ser alterado; padrão de personalidade antissocial; a atitude ou orientação antissocial; e a associação antissocial – envolvimento com outras pessoas inclinadas a perpetrar condutas delituosas (Andrews; Bonta, 2010b, p. 58-59). Estes quatro fatores são chamados de “*big four*”, haja vista são os mais relevantes na predição da recidiva criminosa (Andrews; Bonta, 2010b, p. 55), sendo que, à exceção do histórico, os demais, todos, são dinâmicos, sendo objetivo do programa sua alteração.

Ainda, há mais quatro fatores de relevância moderada (“*moderate four*”) no comportamento criminoso: o contexto familiar o marital; o uso de substâncias como álcool e drogas; a performance no trabalho e nos estudos; e as atividades recreativas (Andrews; Bonta, 2010b, p. 59-60). Somados aos outros quatro fatores, formam o “*central eight*”, por serem os que mais podem influenciar na persistência ou desistência de intentos criminosos (Andrews; Bonta, 2010b, p. 59-60).

Tendo como pano de fundo as evidências científicas dos fatores que efetivamente podem gerar um efeito positivo – diferente do mero aprisionamento –, muito embora sejam escassos os programas estatais brasileiros voltados especificamente a modificar os “*big four*”, por outro lado, é possível se vislumbrar o aperfeiçoamento dos “*moderate four*”. Portanto, similar ao PIA, seria possível uma articulação do Judiciário junto ao Patronato – instituição esta, nas localidades onde existe, que já possui usualmente assistentes sociais e psicólogos vinculados –, a fim de se traçar uma análise personalizada dos problemas pessoais e sociais dos indivíduos interessados.

É importante destacar que este serviço fará parte de um apoio assistencial ao recém-liberto, sendo facultado a ele a sua participação ou não. É certo que o primeiro passo para a mudança sempre parte do próprio indivíduo, não cabendo ao Estado coagi-lo a participar destes programas. No entanto, é importante que estes estejam à sua disposição, caso a pessoa se interesse.

Assim, após o Patronato, possivelmente por meio de entrevista, identificar as vulnerabilidades sociais e pessoais do sujeito, poderá encaminhá-lo a programas da rede local de saúde e assistencial já existentes, como ao Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) ou outro similar. A finalidade é tanto de assistência material, como abrigo e alimentação, mas também familiar e pessoal, como, por exemplo, encaminhamento para programas para tratamento de vícios (drogas ou álcool). Junto àqueles serviços, poderá ser atendido por profissionais de diversas áreas, tais como psicólogos, os quais também prestam importante auxílio no retorno à sociedade.

Outra articulação importante e possível de ser realizada é com instituições do “Sistema S”, tais como Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (SENAC), entre outros similares. Estas possibilitam, de forma gratuita, o aperfeiçoamento profissional e educacional em diversas áreas, permitindo que o recém-liberto se capacite e consiga melhores oportunidades de trabalho, fator este muito relevante para deixar a vida do crime.

É possível que o Patronato também se interligue com líderes religiosos da região, a fim articular o encaminhamento a programas particulares beneficentes desenvolvidos pelas igrejas. No âmbito religioso, também são comuns fomentos de eventos culturais, religiosos e recreativos, inserção prevista no PIA (Brasil, 2018b, p. 31) que permite a reconexão do indivíduo recém-liberto a outros nichos sociais, fortalecendo os laços em diversas esferas da vida em sociedade.

Um exemplo da possibilidade desta articulação do Judiciário com o Departamento de Polícia Penal foi observado na cidade de Londrina, no Paraná, onde se criou uma equipe multidisciplinar para individualização de pena, com o fim de se avaliar quais pessoas prestes a progredir ao semiaberto estariam mais aptas a terem o regime harmonizado, ante a superlotação dos estabelecimentos (Londrina, 2022). Trata-se de uma equipe constituída de psicólogos e assistentes sociais com o fim de analisar individualmente os reclusos, identificando aspectos pessoais, familiares e acerca dos crimes cometidos. Embora destinada à finalidade distinta, o plano é viável.

Assim, mostra-se adequado, dentro das instituições e direitos já criados pela LEP (Brasil, 1984), sem qualquer inovação legal, a promoção de um acompanhamento personalizado a fim de possibilitar de maneira mais efetiva a ressocialização, por meio do aperfeiçoamento de esferas importantes da vida do indivíduo para alcançar, em um plano geral, índices menores de recidiva. Para tanto, é imprescindível que o Estado forneça instrumentais suficientes ao recém-liberto para capacitá-lo à vida em sociedade.

A efetivação das garantias previstas na LEP (Brasil, 1984), as quais, em muitas localidades, não passam de letra morta, já servem para atenuar o problema, principalmente em relação à reentrada no sistema carcerário (pelo cometimento de novo crime), dependendo exclusivamente de uma postura ativa do Judiciário, independentemente da atividade política dos demais Poderes.

6 CONCLUSÃO

O desenvolvimento de um instrumento para compensação penal alinha-se a uma tendência crítica de aperfeiçoamento das práticas do Poder Judiciário no âmbito da execução penal. Usualmente, parte-se de um formalismo excessivo que privilegia a letra fria da lei em detrimento da realidade, tomando-se documentos produzidos pela administração penitenciária como verdades absolutas. Dentro deste panorama, antes de se conceberem as compensações punitivas como alternativa ao problema, é necessário identificá-lo como tal, evidenciando esta que não ocorre sem o desprendimento de certas amarras conceituais, premissas desatualizadas da tradicional teoria da pena.

Em vista disso, entendi primordial situar, antes do desenvolvimento de uma teoria da compensação brasileira propriamente dita, uma base sólida e incontroversa que conceba a existência de um – grave –, problema para, somente então, abrir-se a um leque de possíveis soluções, ainda que não definitivas. Não me refiro especificamente à superlotação, muito embora esta seja uma das causas do problema, mas, sim, às injustiças cotidianas que ocorrem nos estabelecimentos prisionais.

Trancafiadas nos fundos escuros das prisões, invisíveis aos olhos do público geral, as pessoas responsáveis pela criminalidade parecem ser neutralizadas com sua colocação em uma cela, cuja precariedade das condições, para alguns, é condição para se expurgar o mal pelo crime cometido. Esquece-se que este indivíduo, um dia, voltará a conviver em sociedade, servindo o tempo de pena apenas como um período de incubação, durante o qual o problema permanece latente e até mesmo se amplia, para, então, retornar em proporções ainda maiores, em forma de crime organizado. O trato dispensado a esta camada da população molda o tipo de comportamento que o indivíduo adotará para além de sua soltura. Não é demais lembrar que as facções criminosas, em sua gênese, foram forjadas sob o lema de defesa dos direitos carcerários, sendo a organização sofisticada da criminalidade um desdobramento posterior.

Portanto, posicionei duas questões de pesquisa centrais preliminares à evolução do pensamento relativo à compensação penal: um de ordem teórica e outro atinente à prática. A primeira volta-se a entender a razão atual de o Estado punir alguém – o que se esperava e o que efetivamente se pode esperar, dada a atual situação carcerária brasileira. Portanto, busquei, na legislação, identificar a lógica por detrás do sistema executório inaugurado pelo Congresso Nacional, quando da edição do Código Penal (Brasil, 1940) e da LEP (Brasil, 1984).

Fixadas as finalidades legais – retribuição, prevenção e reintegração –, evidenciei, a partir de estudos empíricos sobre os temas, que apenas a primeira poderia consistir em base

segura para a construção de políticas criminais, seja pela falta de respaldo científico concreto sobre a ocorrência da prevenção, seja pela ausência de programas específicos de cunho ressocializador. Em face disso, propus uma nova interpretação, amparada na literatura criminológica crítica atual e nos achados científicos expostos, da razão de ser da pena no Brasil, sem me imiscuir no mérito da questão – se é ou não desejável a construção de um sistema punitivo nestas bases –, mas apenas constatando uma realidade.

Assim, ampliei a lente de análise da questão penitenciária, trazendo outro fator à discussão: a qualidade da pena, não somente a quantidade, obtida por uma reinterpretação do tempo de pena. A fixação da retribuição como principal finalidade do sancionamento penal brasileiro permitiu melhor delimitar a moeda de troca entre o Estado e o jurisdicionado: o mal causado. Este, por sua vez, ao jurisdicionado é traduzido em sofrimento, e, por ser intangível, só pôde ser incluído no cálculo da pena mediante inclusão, na equação, da qualidade do cumprimento da pena.

Após sedimentar o plano teórico, passei para o prático, quando desenhei sucintamente, dada a complexidade do tema, o estado da arte da precariedade estrutural, incutindo tons de realidade ao plano teórico da seção 2. Demonstrei também como o sujeito preso é acompanhado de uma sombra social do racismo e da violência, tônicas nas narrativas de qualquer indivíduo nessas condições. Ao final, delimitei a responsabilidade estatal por todo este estado de coisas inconstitucional, derivada de sua posição de garante em relação aos seus custodiados, demonstrando como a compensação punitiva de ordem penal é, a meu ver, a melhor forma de responsabilização, por devolver *in natura* a vivência subtraída do indivíduo, se excluídas outras formas de desencarceramento.

Na segunda parte, pretendi apresentar a necessária “virada epistemológica” na execução, a partir da reinterpretação dos institutos penais dentro de uma lógica emancipadora, que privilegie a realidade em detrimento da forma. Esta compreensão é imprescindível para determinar os limites da pena, a qual, embora delimitada na sentença, passa por um processo de indeterminação no momento executório, pelo desconhecimento da forma como será executada de fato. Para tanto, tratei de alguns princípios constitucionais relacionados à discussão, cuja interpretação em conjunto denota a injustiça da aplicação da pena nos moldes atuais, atribuindo retributividade superior à prevista no decreto condenatório, excesso de pena antijurídico.

Adiante, busquei na jurisprudência pátria e internacional formas de enfrentamento do tema da precariedade das condições carcerárias pelos Tribunais, com especial destaque ao caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, julgado perante a Corte Interamericana de Diretos

Humanos (2018a), pioneiro no implemento da compensação penal como alternativa. Ainda, abordei a literatura mais atual sobre o tema, complementando a análise com conceitos importantes a serem utilizados, em especial a análise da responsabilidade estatal por dois planos: um geral, decorrente de seu dever de garante; outro pessoal, voltado à vulnerabilizações específicas causadas no indivíduo preso pelas condições precárias.

Todavia, antes de me debruçar propriamente sobre o instrumento, procurei outras propostas desencarceradoras para atenuação do problema, que deveriam preferencialmente precedê-lo. A ampliação do escopo de análise se torna necessária, pois, as compensações punitivas são, em última instância, a negociação do absurdo: a aceitação jurídica da troca da dignidade pelo encurtamento da pena. Não é demais relembrar que esta diminuição não consiste em uma benevolência estatal em favor do jurisdicionado, pelo contrário: é uma tentativa de reparação objetiva da injustiça sofrida. Consiste na *ultima ratio* das alternativas, caso frustradas todas as outras possibilidades de desencarceramento de pessoas que nitidamente não deveriam estar presas – ao menos nas condições estruturais atuais do sistema brasileiro. O revés, como também sustentei, suportado pelos jurisdicionados, ao quedar-se preso em regime fechado ou semiaberto, em muitos casos, supera o grau do injusto cometido para ser sujeitado àquelas condições.

Adentrando finalmente à minha proposta de instrumento, primeiro, o posicionei no ordenamento jurídico brasileiro, com a fixação de sua natureza jurídica como eminentemente penal, sem prejuízo de eventual reparação cível, por se tratarem de esferas distintas. Ainda, destaquei sua viabilidade material por analogia à detração, dada à semelhante essência deste instituto, todavia, não vislumbrando empecilho na inclusão por meio de outro, como a remição. No âmbito processual, a LEP (Brasil, 1984) prevê incidente especialmente designado para aferir excesso de pena, pelo qual se pode inaugurar o processamento da compensação punitiva.

O instrumento propriamente dito foi estruturado em três fases: a primeira destinada à construção interna dos direitos – qual o peso abstrato de cada um deles extraído de seu grau de fundamentalidade -, escalonando-os em três níveis; já a segunda se destinou a traçar o modo como cada direito será avaliado, a partir de indicadores gerais, decorrentes do dever de garante estatal que obriga a garantir as condições espaciais e materiais previstas em lei, e individuais, destinados a aferir os desdobramentos pessoais dos descumprimentos estatais gerais. A análise da segunda fase representará uma pontuação, totalizando, no máximo, 100 pontos.

Finalizada a aferição dos indicadores, passa-se à terceira fase, destinada a aplicar a pontuação sobre uma base de cálculo, que permitirá, ao final, se alcançar objetivamente o valor compensatório adequado àquela pessoa em específico. Para tanto, o resultado em pontos é

transformado em percentual, o qual se aplica sobre o valor de dois – ao passo que um dia cumprido para o desconto de três é a proporção máxima adotada. Esta valoração foi escolhida a partir de estudos científicos sobre a diminuição da expectativa de vida atribuída à exposição ao sistema carcerário, entendendo ser este o melhor parâmetro para refletir o sofrimento em excesso, antijurídico, causado pelo Estado.

Por fim, sugeri um plano de acompanhamento individual personalizado à pessoa, como forma de o Judiciário realizar regras assistencialistas contidas na LEP (Brasil, 1984), as quais, hoje, são raramente efetivadas na prática. A articulação, pelo Judiciário, de instituições já existentes, a fim de prestar assistência ao recém-liberto, a par da criação de qualquer outro instituto ou garantia e independentemente de vontade política dos demais Poderes, pode servir para atenuar o problema da reentrada no sistema carcerário pela reincidência – importante fator para alimentação do ciclo vicioso da superlotação dos presídios.

Minha pretensão com o presente trabalho não foi, em momento algum, propor algo definido e terminado; pelo contrário, acredito que esta é apenas uma proposição inicial de uma tentativa de traduzir em termos objetivos algo que é intangível e indeterminado: o verdadeiro prejuízo existencial suportado por todas as pessoas presas em condições subumanas.

A ciência se aperfeiçoa com novos estudos, com negações de modelos anteriores, que dão lugar a outros, novos e mais completos; enfim, pela contínua contribuição de pontos de vista complementares. Portanto, meu intuito foi desenvolver um modelo que permitisse atribuir mais objetividade à compensação penal – instituto com grande potencial para promover um pouco mais de justiça e, conseqüentemente, aliviar a superlotação carcerária. Porém, sua construção foi pensada justamente para comportar aperfeiçoamentos futuros.

Dada a grande importância que enxergo neste novo instituto, entendo necessários aprofundamentos teóricos e práticos. Primeiro, em virtude da proximidade do termo final para entrega desta investigação, não fui capaz de aplicar o instrumento na prática, algo que julgo de extrema importância. Esta verificação permitiria triangular o modelo teórico com a aplicação real, com o fim de identificar pontos positivos e negativos, possibilitando eventualmente aparar arestas e até mesmo revisar o instrumento, com vistas ao seu aperfeiçoamento.

Ademais, o ponto de maior vulnerabilidade do modelo certamente é a base de cálculo para a compensação, não, pelo parâmetro eleito – queda na expectativa de vida -, mas pela falta de estudos carreados no Brasil sobre o tema. Como externalizei, estou pessoalmente convencido de que se os estudos citados fossem replicados em território nacional, os efeitos seriam muito mais nefastos à saúde e à expectativa de vida dos reclusos, em decorrência da precariedade generalizada dos estabelecimentos brasileiros, em situação muito pior do que a estadunidense.

Ainda, soma-se todo o contexto social do qual, usualmente, as pessoas presas provêm e ao qual retornarão, quando libertos, com níveis de violência extremos.

Em face disso, sugiro para pesquisas futuras, especialmente a cientistas da área da saúde, a replicação dos estudos voltados a testar o envelhecimento biológico precoce em pessoas que tiveram contato com sistema carcerário brasileiro. Uma análise importante para se adicionar é o teste da correlação entre a duração da exposição ao cárcere e o envelhecimento genético, aferindo a proporção no aumento da celeridade quando deste contato, o que se mostra relevante para os desdobramentos dentro do presente instrumento.

No âmbito do Serviço Social, exigem-se discussões mais aprofundadas em relação às necessidades das pessoas egressas e como o Estado as pode suprir, no sentido de se aperfeiçoarem políticas prisionais orientadas a estas pessoas. No Direito, reflexões que levem em conta o racismo na atuação do sistema de justiça criminal também são imperativas, devido à grande influência deste fator no direcionamento da aplicação da lei penal, à margem da isonomia pregada pela Constituição. Políticas públicas penitenciárias voltadas a esta questão são imprescindíveis na tentativa de equalizar a aplicação desproporcional do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

- AGUM, Ricardo; RISCADO, Priscila; MENEZES, Monique. Políticas públicas: conceitos e análise em revisão. **Agenda política**, vol. 3, n. 2, p. 12-42, 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. ISBN 978-85-392-0073-3
- ALMEIDA, Bruno Rotta *et al.* Dimensões e aspectos das vulnerações no sistema prisional do rio grande do sul a partir das famílias. In: ALMEIDA, Bruno Rotta; PIMENTEL, Elaine; CACICEDO, Patrick (org.). **Saúde e mortalidade no sistema penal**: volume 1. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. p. 231-248.
- AMARANTE, Natalia Firmino; MELO, Juliana Gonçalves de. “O errado será cobrado”: ciclos de vingança e disputas entre coletivos criminosos em Natal/RN após o “Massacre de Alcaçuz. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 7, n. 2, p. 69-87, 2020.
- AMORIM, Carlos. **CV – PCC – A irmandade no crime**. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- ANDERSON, David A. The deterrence hypothesis and picking pockets at the pickpocket's hanging. **American Law and Economics Review**, v. 4, n. 2, p. 295-313, 2002.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Ravan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 235-336.
- ANDREWS, D. A.; BONTA, James. Rehabilitating criminal justice policy and practice. **Psychology, Public Policy, and Law**, vol. 16, n. 1, p. 39, 2010a.
- ANDREWS, D. A.; BONTA, James. **The psychology of criminal conduct**. 5. ed. New Providence, NJ: LexisNexis Matthew Bender, 2010b.
- ANWAR, Shamena; LOUGHRAN, Thomas A. Testing a Bayesian learning theory of deterrence among serious juvenile offenders. **Criminology**, v. 49, n. 3, p. 667-698, 2011.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS E TÉCNICAS. **Desempenho térmico de edificações parte 3**: zoneamento bioclimático brasileiro e diretrizes construtivas para habitações unifamiliares de interesse social. 30 de maio de 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5660736/mod_folder/content/0/NBR%2015220/NBR15220-3.pdf. Acesso em: 16 out. 2024.
- BABINI, Érica. A produção sobre mortes de custodiados na área do direito: da ausência à imaginação criminológica - o recurso das abordagens qualitativas como resistência ao apagamento da violência estatal. In: ALMEIDA, Bruno Rotta; PIMENTEL, Elaine; CACICEDO, Patrick (org.). **Saúde e mortalidade no sistema penal**: volume 2. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023a. p. 44-54.

BAGARIC, Mirko; AMARASEKARA, Kumar. The errors of retributivism. **Melbourne University Law Review**, v. 24, n. 1, p. 124-189, 2000.

BANDEIRA, Maria Márcia Badaró; CAMURI, Ana Claudia; NASCIMENTO, Aline Ribeiro. Exame criminológico: uma questão ética para a psicologia e para os psicólogos. **Mnemosine**, vol. 7, n. 1, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECKER, Howard Saul. **Outsider: estudos da sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Orgs.). **Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 25-58.

BERG, Mark T. *et al.* Losing years doing time: incarceration exposure and accelerated biological aging among African American adults. **Journal of Health and Social Behavior**, vol. 62, n. 4, p. 460-476, 2021.

BERG, Mark T. *et al.* Incarceration exposure, biological aging, and depression symptoms in an African American sample of older adults. **Journal of Aging and Health**, vol. 0, n. 0, p. 1-11, jan. 2024.

BIONDI, Karina. As rebeliões do PCC. **Revista de @ntropologia da UFSCar**, vol. 9, n. 1, p. 221-240, jan.-jun. 2017.

BIONDI, Karina. **Etnografia no movimento: território, hierarquia e Lei no PCC**. 2014. 336 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Diretrizes básicas para arquitetura prisional**. Brasília: CNPCP, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 9, de 13 de novembro de 2009**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2009/resolucao-no-9-de-13-de-novembro-de-2009.pdf/view>. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto- Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991a.** Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 02 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 11.843, de 21 de dezembro de 2023a.** Regulamenta a assistência à pessoa egressa de que tratam os art. 10, art. 11, art. 25, art. 26 e art. 27 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, e institui a Política Nacional de Atenção à Pessoa Egressa do Sistema Prisional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11843.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 98.386/89, de 09 de dezembro de 1989.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990a.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 07 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 11 de setembro de 1990b.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991b.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 03 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 02 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.455/97, de 07 de abril de 1997.** Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm. Acesso em: 29 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 04 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009.** Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112106.htm. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.714, de 14 de setembro de 2012.** Dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12714.htm. Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019a.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.843, de 11 de abril de 2024a.** Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2024/Lei/L14843.htm#art3. Acesso em: 06 ago. 2024.

BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. **Relatório de monitoramento de recomendações:** massacres prisionais dos estados do Amazonas, do Rio Grande do Norte e de Roraima. Brasília, 2018a. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/09/relatriodemonitoramentoderecomendaes.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. Secretaria Nacional de Desenvolvimento Social. **Orientações técnicas para elaboração do plano individual de atendimento (pia) de crianças e adolescentes em serviços de acolhimento.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018b. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/OrientacoestecnicasparaelaboraaoPIA.pdf. Acesso em: 07 nov. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.014 de 2019b.** Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-700-2015>. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.895.576/MG. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 29 de setembro de 2022.

Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101625238&dt_publicacao=03/10/2022. Acesso em: 26 jul. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 370.184/RS.

Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 09 de maio de 2017. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602352059&dt_publicacao=22/05/2017. Acesso em: 26 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.

2.103.483/PR. Relator: Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF). Brasília, 25 de abril de 2024b. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=241654971®istro_numero=202303800674&peticao_numero=202400156984&publicacao_data=20240425&formato=PDF. Acesso em: 03 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.455.178/DF. Relatora: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 05 de junho de 2014. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200083321&dt_publicacao=06/06/2014. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1584465/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de novembro de 2018c. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500066916&dt_publicacao=21/11/2018. Acesso em: 19 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 336/DF. Relator: Ministro Luiz Fux, 01 de março de 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 04 de outubro de 2023b. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.599/RS. Relator: Min. Teori Zavaski. Brasília, 26 de fevereiro de 2013. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3492138>. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.988/ES. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 24 de agosto de 2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Relator: Min. Teori Zavaski. Brasília, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 841.526/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 30 de março de 2016a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310025651&ext=.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 715. Brasília, 13 de outubro de 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2548#:~:text=A%20pena%20unificada%20para%20atender,regime%20mais%20favor%C3%A1vel%20de%20execu%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 56. Brasília, 08 de agosto de 2016b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=3352>. Acesso em: 30 jul. 2024.

CACICEDO, Patrick. Direito da execução penal e realidade concreta: elementos para a superação de um paradigma e o enfrentamento do acesso à saúde e mortalidade nas prisões. In: ALMEIDA, Bruno Rotta; PIMENTEL, Elaine; CACICEDO, Patrick (org.). **Saúde e mortalidade no sistema penal**: volume 2. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023a. p. 19-25.

CACICEDO, Patrick. Monitoramento de locais de detenção no Brasil: desafios e caminhos na promoção de direitos humanos das pessoas presas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão *et al.* (org.). **Novos ensaios críticos em criminologia**. 1. ed. São Paulo: D'Plácido, 2023b. p. 405-424.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Suicídios em prisões: estudo de acórdãos do TJRS. In: ALMEIDA, Bruno Rotta; PIMENTEL, Elaine; CACICEDO, Patrick (org.). **Saúde e mortalidade no sistema penal**: volume 2. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023a. p. 135-150.

CRIOLO. Esquiva da esgrima. In: CRIOLO. **Convoque seu buda**. Oloko Records: São Paulo, 2014.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-328/16. Bogotá, 22 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-328-16.htm>. Acesso em: 18 jun. 2024.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU.559/97. Bogotá, 6 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 22 jul. 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Princípios e boas práticas sobre a proteção das pessoas privadas de liberdade nas américas. Resolução 1/08, de 13 de março de 2008. Disponível em: <https://www2.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/OEA-CIDH%20-%20Princ%3%adpios%20e%20boas%20pr%3%a1ticas%20para%20a%20prote%3%a7%3%a3o%20de%20pessoas%20privadas%20de%20liberdade%20nas%20Am%3%a9ricas.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Calculando custos prisionais**: panorama nacional e avanços necessários. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021a. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/calculando-custos-prisionais-panorama-nacional-e-avancos-necessarios.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas banco nacional de mandados de prisão**. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 16 mai. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Informe sobre as medidas provisórias adotadas em relação ao Brasil**. Brasília: CNJ, 2021b.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Letalidade prisional**: uma questão de justiça e de saúde pública. Brasília: CNJ, 2023a.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Letalidade prisional**: uma questão de justiça e de saúde pública - sumário executivo. Brasília: CNJ, 2023b.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: regras das nações unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 11 out. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**: regras mínimas das nações unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 368, de 20 de janeiro de 2021**. Altera a Resolução CNJ no 214/2015, que dispõe sobre a organização e o funcionamento dos Grupos de Monitoramento e Fiscalização (GMF) nos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e nos Tribunais Regionais Federais, e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original20510320210125600f2f378b9bd.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2024.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Sulejmanovic v. Italia**. Recurso nº 22635/03. 06 de novembro de 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Gabriel/Downloads/CASE%20OF%20SULEJMANOVIC%20v.%20ITALY%20->

%20[Italian%20Translation]%20by%20UFTDU%20(Unione%20forense%20per%20la%20tela%20dei%20diritti%20umani).pdf. Acesso em: 04 nov. 2024.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso ribitsch v. Austria**. 04 de dezembro de 1995. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57964%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57964%22]}). Acesso em: 30 set. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**: sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/cooperacao-internacional/ResumodasentenadoCasoGomesLundeoutrosGuerrilhadoAraguaiavs.Brasil..pdf>. Acesso em: 20 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe N° 172/10, caso 12561, César Alberto Mendoza y otros (prisión y reclusión perpetuas de adolescentes) fondo Argentina**. 2 de noviembre de 2010. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.651ES.pdf>. Acesso em: 30 set. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de 22 de novembro de 2018**: medidas provisórias a respeito do brasil, assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. 2018a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 27 jul. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de 28 de novembro de 2018**: medidas provisórias a respeito do brasil, assunto do complexo penitenciário de Curado. 2018b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

DEPARTAMENTO NACIONAL PENITENCIÁRIO. Levantamento nacional de informações penitenciárias: período de janeiro a junho de 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 16 mai. 2023.

DERRIDA, Jacques. **Dar (el) tiempo: I. La moneda falsa**. Tradução de Cristina De Peretti. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. 2020. p. 45-81.

DUARTE, Flávia Giribone Acosta; CHIES, Luiz Antônio Bogo; MADRUGA, Marina Nogueira. Adoecer e morrer na prisão: análise de demandas de indenização no TJRS. **Revista Latino-Americana de Criminologia**, vol. 1, n. 1, p. 200-221, 2021.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Código Penal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 16 jul. 2024.

ESPAÑA. Tribunal Supremo da Espanha. Sentença nº 934/1999. Segunda sala (penal). 08

jun. 1999. Disponível em: https://vlex.es/vid/17716367#section_9. Acesso em: 16 jul. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Brown, governor of California, *et al.* V. Plata *et al.* 23 mai. 2011. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/563/09-1233/index.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2023.

FACHIN, Zulmar Antônio; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão**. Campinas: Millennium, 2011.

FERREIRA, Carolina Costa. **O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal**. 2016. 182 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. **Revista Direito e Práxis**, vol. 11, n. 2, p. 1211-1237, 2020.

FREITAS, Felipe da Silva. **Racismo e polícia: uma discussão sobre mandato policial**. 2020. 264 f. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Facção criminosa PCC foi criada em 1993**. São Paulo: 14 mai. 2006. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121460.shtml>. Acesso em: 25 jul. 2024.

GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos**. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-05082015-161338/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

GODOI, Rafael. O benefício da dor: paradoxos da intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos numa prisão do Rio de Janeiro. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 8, p. 1-43, 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRAHAM, Annette. Post-prison mortality: unnatural death among people released from Victorian prisons between January 1990 and December 1999. **The Australian and New Zealand Journal of Criminology**, vol. 36, n. 1, p. 94-108, 2003.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural da amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, n. 92/93, p. 69-82, 1988.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 31, n. 65, p. 25-41, jun. 2007. ISSN – 0101-1480

HARDING-PINK, Deborah. Mortality following release from prison. **Medicine, Science and the Law**, vol. 30, n. 1, p. 12-16, 1990.

HIRSCH, Andrew von. **Censure and sanctions**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito Internacional**, vol. 12, n. 2, 2015, p. 193-210.

INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH. **World Prison Brief**. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>. Acesso em: 16 mai. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2022**. 2022. Disponível em: https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/?utm_source=ibge&utm_medium=home&utm_campaign=portal. Acesso em: 09 ago. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do séc. XX: presos**. 1984. Disponível em: <https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>. Acesso em: 25 jul. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção da população do Brasil**. 2013. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-brutas-de-mortalidade.html>. Acesso em: 09 out. 2024.

ITÁLIA. **Lei nº 117, de 11 de agosto de 2014**. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2014-08-11;117>. Acesso em: 27 jul. 2023.

JESUS FILHO, José de.; DA FONSECA, Francisco César Pinto. Taxa de encarceramento: análise comparativa entre os Estados brasileiros. *Revista Brasileira de Administração Política*, vol. 10, n. 1, p. 99-132, 2017.

KJELSBURG, Ellen; LAAKE, Petter. Is the high mortality risk in sentenced offenders independent of previous imprisonment?. **European Journal of Epidemiology**, vol. 25, p. 237-243, 2010.

KLECK, G.; SEVER, B.; GERTZ, S. L. M. The missing link in general deterrence research. **Criminology**, vol. 43, n. 3, p. 623-660, 2005.

KOLBER, Adam J. The subjective experience of punishment. **Columbia Law Review**, vol. 109, n. 1, p. 182-236, 2009.

LAGES, Livia Bastos; RIBEIRO, Ludmila. Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: Reforço de estereótipos sociais?. **Revista direito GV**, vol. 15, n. 3, p. 1-35, set./dez. 2019, e1933. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201933>.

LEMERT, E. M. **Social pathology**: a systematic approach to the theory of sociopathic behavior. New York: McGraw-Hill, 1951.

LERMAN, A. E. **The modern prison paradox**: politics, punishment, and social community. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

LONDRINA. Vara de Execuções Penais, Medidas Alternativas e Corregedoria dos Presídios de Londrina - Corregedoria dos Presídios. Autos nº 0048823-73.2022.8.16.0014. Requerente: Eliandro Pereira da Costa. Requeridos: Centro de Reintegração Social de Assaí – CRESA; Centro de Reintegração Social de Londrina – Creslon. Juiz: Katsujo Nakadomari. 09 de setembro de 2022. Disponível em: https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/arquivo.do?_tj=8a6c53f8698c7ff7e57a8effb7e25219959e769f79979ca235d2ffc5b43277a3e9dd0b0b975d50f7. Acesso em: 07 nov. 2024.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et. al. Massacre do Carandiru + 23: inação, descontinuidade e resistências. In: MACHADO, Máira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). **Carandiru não é coisa do passado**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 67.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A guerra**: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. Editora Todavia SA, 2018.

MATTHEWS, Roger. Penal abolitionism and reformism revisited. **Brazilian Journal of Public Policy**, vol. 8, p. 21-35, 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i1.5088.

MATTHEWS, Roger. Taking realist criminology seriously. **Contemporary Crises**, vol. 11, p. 371-401, 1987.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MESSUTI, Ana. Más allá del tiempo como pena. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La medida del castigo**: el deber de compensación por penas ilegales. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2012. p. 21-52.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, vol. 21, p. 2031-2040, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). **Resolução nº 6, de 29 de junho de 2012**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2012/resolucao-no-6-de-29-de-junho-de-2012.pdf/view#:~:text=Padronizar%20os%20m%C3%A9todos%20a%20serem,em%20cada%20unidade%20da%20Federa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 31 jan. 2024

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Investigação de surto de Beribéri em pessoas privadas de liberdade, Altos (Piauí), 2020. Disponível em: <https://oestadodopiauui.com/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio-te%CC%81cnico-CPA-ALTOS-PI-Ministe%CC%81rio-da-Sau%CC%81de-2020.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2023.

MOREIRA, Nuno Alexandre Costa. **Factores de risco associados à ideação suicida durante a prisão preventiva**: estudo exploratório. 2009. 122 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Educação e Psicologia, Universidade do Minho, Braga, Portugal, 2009.

MOURA, Tatiana Whately de *et al.* **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. 1. ed. Brasília: ANADEP IPEA, 2013.

NAGIN, Daniel S.; CULLEN, Francis T.; JONSON, Cheryl Lero. Imprisonment and reoffending. **Crime and Justice**, v. 38, n. 1, p. 115-200, 2009.

NAGIN, D. S.; POGARSKY, G. Integrating celerity, impulsivity, and extralegal sanction threats into a model of general deterrence: theory and evidence. **Criminology**, vol. 39, n. 4, p. 865-892, 2001.

NAGIN, D.; CULLEN, F. T.; JONSON, C. L. Imprisonment and reoffending. **Crime and Justice**, vol. 38, n. 1, p. 115-200, 2009.

NEW YORK STATE COMMISSION OF CORRECTION. A report on corrections in New York State – 1989. Julho, 1990. Disponível em: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/Digitization/133454NCJRS.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório Mundial sobre violência e saúde**. KRUG, E. G. et. al (eds.). Geneva, 2002. ISBN 92 4 154561 5. Disponível em: <https://opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2024.

PATERNOSTER, R. How much do we really know about criminal deterrence. **Journal of Criminal Law and Criminology**, vol.100, n. 3, p. 765-824, 2010.

PATTERSON, Evelyn J. The dose–response of time served in prison on mortality: New York State, 1989–2003. **American Journal of Public Health**, vol. 103, n. 3, p. 523-528, 2013.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva nº 0008770-65.2021.8.17.9000. Suscitado: Defensoria Pública do Estado de Pernambuco. Relator: des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio. Recife, 01 set. 2022.

PILIAVIN, Irving *et al.* Crime, deterrence, and rational choice. **American Sociological Review**, vol. 51, p. 101-119, 1986.

POGARSKY, G.; PIQUERO, A. R. Can punishment encourage offending? investigating the “resetting” effect. **Journal of Research In Crime And Delinquency**, vol. 40, n. 1, p. 95-120, 2003. DOI: 10.1177/0022427802239255

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 19 fev. 2024.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 78, 17 de fevereiro de 1987**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 19 fev. 2024.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n° 48, de 15 de março de 1995**. Código Penal. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nverso=1&so_miolo=. Acesso em: 02 abr. 2024.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 284/2020. Relator: Conselheiro Pedro Machete. Lisboa, 28 mai. de 2020. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200284.html?impressao=1>. Acesso em: 19 fev. 2024.

PRATT, Daniel *et al.* Suicide in recently released prisoners: a case-control study. **Psychological medicine**, vol. 40, n. 5, p. 827-835, 2010.

PRATT, Daniel *et al.* Suicide in recently released prisoners: a population-based cohort study. **The Lancet**, vol. 368, n. 9530, p. 119-123, 2006.

PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL. Dicionário do PCC 1533. Disponível em: <https://faccapcc1533primeirocomandodacapital.org/regimentos/dicionario-do-pcc-1533-regimento-disciplinar/>. Acesso em: 22 jan. 2024.

PRISON FELLOWSHIP. **Earned and good time policies**: comparing maximum reductions available. 2018. Disponível em: https://www.prisonfellowship.org/wp-content/uploads/2018/04/GoodTimeChartUS_Apr27_v7.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

PUIG, Santiago Mir. **Bases constitucionales del derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais. In: ASENSI, Daniel Dutra; DE PAULA, Daniel Giotti (org.). **Tratado de direito constitucional**, volume I: constituição, política e sociedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 387-401.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 132, p. 331-381, jun. 2017.

ROSEN, David L.; SCHOENBACH, Victor J.; WOHL, David A. All-cause and cause-specific mortality among men released from state prison, 1980–2005. **American Journal of Public Health**, vol. 98, n. 12, p. 2278-2284, 2008.

RUDNICKI, Dani; COSTA, Ana Paula Motta; BITENCOURT, Daniella. A (in) eficácia da alocação orçamentária no sistema prisional: consequências materiais e humanas. 2021. **Direito, Estado e Sociedade**, n.58 p. 105-128, jan/jun 2021.

SÁNCHEZ, Alexandra; LAROUZÉ, Bernard. Controle da tuberculose nas prisões, da pesquisa à ação: a experiência do Rio de Janeiro, Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, p. 2071-2080, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2015. Tese (Concurso Público para Professor Titular em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 130, 2015.

SCHEFFER, M. *et al.* **Demografia Médica no Brasil 2023**. São Paulo: FMUSP, AMB, 2023, p. 344. ISBN: 978-65-00-60986-8

SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA DO PARANÁ. **SOE – Setor de Operações Especiais**. 2024. Disponível em: <https://www.deppen.pr.gov.br/Pagina/SOE-Setor-de-Operacoes-Especiais>. Acesso em: 24 ago. 2024.

SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA DO PIAUÍ. **Sejus adota protocolos de saúde nas penitenciárias para entrega de itens básicos**. Disponível em: <http://www.sejus.pi.gov.br/materia/noticias/sejus-adota-protocolos-de-saude-nas-penitenciarias-para-entrega-de-itens-basicos-581.html>. Acesso em: 03 jul. 2023.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIIS. **Sistema nacional de informações penais**: 15º ciclo SISDEPEN período janeiro a junho de 2023. Brasília, 2024a. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2024.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIIS. **Sistema nacional de informações penais**: 15º ciclo SISDEPEN período julho a dezembro de 2023. Brasília, 2024b. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2024.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIIS. **Sistema nacional de informações penais**: 16º ciclo SISDEPEN 1º semestre de 2024. Brasília, 2024c. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2024.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2024.

SILVA, Gabriel Braga. Afinal, por que punimos? A incompatibilidade dos fins utilitários da pena com o modelo punitivo brasileiro e seus desdobramentos político-criminais. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 43, p. 1-45, 2024. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2024.74968>.

SILVA, Gabriel Braga. Aprimoramento de identidades criminosas: as facções e sua influência na trajetória dos reclusos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 195. n. 31. p. 219-255. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março – abril / 2023.

SIQUEIRA, Ítalo Barbosa Lima; PAIVA, Luiz Fábio S. “No Norte, tem Comando”: as maneiras de fazer o crime, a guerra e o domínio das prisões do Amazonas. **Revista Brasileira de Sociologia**, vol. 7, n. 17, p. 125-154, 2019.

SLOKAR, Alejandro W. La ley de los sin ley. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales**. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2012. p. 83-95.

SMITH, P.; GOGGIN, C.; GENDREAU, P. The effects of prison sentences and intermediate sanctions on recidivism: General effects and individual differences. **Public Works and Government Services Canada**, 2002.

SMITH, Paula; GENDREAU, Paul; SWARTZ, Kristin. Validating the principles of effective intervention: A systematic review of the contributions of meta-analysis in the field of corrections. **Victims and Offenders**, vol. 4, n. 2, p. 148-169, 2009.]

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. 2019. 700 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

STATE OF NEVADA. Nevada Board of Parole Commissioners. Disponível em: https://parole.nv.gov/FAQs/FAQ_answers/What_is_the_difference_between_Parole_and_Probation_/#:~:text=Parolees%20serve%20their%20time%20in,whose%20prison%20sentence%20is%20suspended. Acesso em: 11 jan. 2024.

SYKES, Gresham M'Cready. **The society of captives**: a study of a maximum security prison. Princeton: Princeton University Press, 1972.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Parecer Jurídico. 07 abr. 2015. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Parecer-Sistema-Carcer%C3%A1rio-Vers%C3%A3o-Final.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Manual com orientações práticas sobre o procedimento de inspeção carcerária**. 2023. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=149674>. Acesso em: 15 out. 2024.

UNITED NATIONS. **World population prospects 2022**. Disponível em: <https://population.un.org/wpp/>. Acesso em: 16 mai. 2023.

VACANI, Pablo Andrés. Elementos para uma teoria de la ejecución penal: condiciones carcelarias, tempo de prisión e indeterminación punitiva. In: VACANI, Pablo Andrés (dir). **La indeterminación de la pena em el processo de ejecución penal**: nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales. 1. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2019.

VACANI, Pablo Andrés. **La cantidad de pena en el tiempo de prisión**: sistema de la medida cualitativa. 1. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2015.

VACANI, Pablo Andrés. **Teoría de la ejecución penal**: uma hermenêutica jurídica de la pena ilícita. Sistema de la medida cualitativa. 1. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2024.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.

WILPER, Andrew P. *et al.* The health and health care of US prisoners: results of a nationwide survey. **American journal of public health**, v. 99, n. 4, p. 666-672, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las penas crueles y la doble punición. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La medida del castigo**: el deber de compensación por penas ilegales. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2012. p. 355-365.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Penas ilícitas y hermenéutica jurídica**: un análisis a propósito de las medidas de la Corte IDH respecto del IPPSC. Ediar, 2020.

APÊNDICE A – GUIA PRÁTICO PARA APLICAÇÃO DO INSTRUMENTO

CLASSE	INDICADOR	SUBDIVISÃO
1ª GERAIS Pontuação: 1,89 Masculino 1,78 Feminino	Taxa de Mortalidade superior a 0,6/100 pessoas?	Sim/Não
	Há instalações adequadas para gestantes, parturientes e creche para crianças (entre seis meses e sete anos de idade)?	Sim/Não
2ª GERAIS Pontuação Masculino: Bipartido 1,26	Há médico clínico com atendimento na unidade (1 para 500)	Não há/ Há, em proporção inadequada ou não todos os dias da semana/ Há, em suficiência e todos os dias
	Há ao menos um médico de saúde mental?	Sim/Não
	Há ao menos um médico para acompanhamento pré e pós natal?	Sim/Não
	Há ao menos um enfermeiro?	Sim/Não
	Há ao menos um auxiliar de enfermagem?	Sim/Não
	Há ao menos um dentista?	Sim/Não
	Há ao menos um auxiliar de saúde bucal?	Sim/Não
	Há ao menos um psicólogo e seis estagiários?	Sim/Não
	Há ao menos um nutricionista	Sim/Não
	Há farmácia?	Não/ Há, com variedade insuficiente de medicamentos/ Há, com suficiência
	Os banhos de sol ocorrem todos os dias por pelo menos 2h?	Sim/Não
	A qualidade nutricional preenche o mínimo exigido?	Sim/Não
	Há fornecimento de ao menos três refeições diárias?	Sim/Não
	Há fornecimento de água potável ininterruptamente?	Sim/Não (não é potável ou não é ininterrupto)
	Há fornecimento de roupas usuais?	Sim/Não
	Há fornecimento de roupas de cama?	Sim/Não

Tripartido intermediário: 0,63 Feminino: Bipartido 1,19 Tripartido 1,20 Intermediário: 0,6	Há cama (colchões) para todos os internos?	Sim/Há, porém, em condições precárias/Não (há presos sem colchão)
	Ocorre fornecimento de materiais de higiene a cada 15 dias ao menos?	Sim/Não
	Há locais de venda de itens de uso básico no estabelecimento?	Sim/Não
	As janelas respeitam os padrões mínimos de ventilação e iluminação para a sua localidade bioclimática?	Sim/Não
	Há ventilação cruzada (área de saída com pelo menos metade do tamanho da de entrada)?	Sim/Não
	Há iluminação artificial suficiente a todos os reclusos?	Sim/Não
	Há instalações para banho para todos os presos?	Sim/Não
	Há local para necessidades fisiológicas a todos os presos a qualquer momento?	Sim/Não
	Há precariedade das instalações elétricas ou ausência de prevenção de incêndios?	Sim/Não
	As dimensões das celas são proporcionais ao número de presos por cela?	Sim/Não (se mais de 06 em cada, negativo)
	Qual a razão preso por vagas disponíveis?	Dentro do limite (até 100%)/Superlotado (101% a 120%)/Crítico (superior a 120%)
	A proporção de funcionários por número de presos é superior a 01 para 06?	Sim (negativo)/Não (igual ou inferior)
	Há espaço adequado para visitas convencionais?	Sim/Não
	Há espaço para visitas íntimas?	Sim/Não
	Há pelo menos 03 defensores público e 06 estagiários de direito para cada 500 internos?	Sim/Não

	Há separação espacial para pessoas em perigo (área segura)?	Sim/Não
3ª GERAIS Pontuação Masculino: Bipartido 0,63 Tripartido 0,64 Intermediário 0,32 Feminino: Bipartido 0,59 Tripartido 0,6 Intermediário 0,3	Há postos de trabalho aos reclusos?	Sim, a todos/ Sim, mas parcialmente/ Não
	Há remuneração aos internos pelo trabalho prestado?	Sim/Não
	Há pelo menos um pedagogo para cada 500 internos?	Sim, em proporção adequada/Sim, mas em proporção inferior/Não há profissional
	Há fornecimento de estudo com qualidade a todos os internos?	Sim, todos os indivíduos e destinado ao ensino básico e profissional. /Não, apenas a parte deles ou não destinado ao ensino básico e profissional/Não há oferta de estudo
	Há disponibilização espacial de salas de aula e ao menos uma biblioteca na unidade?	Sim, há salas e pelo menos uma biblioteca para os internos/Sim, mas parcialmente (apenas uma delas ou, em havendo ambas, não atenderem a todos)/Não há.
	Há fornecimento de espaço destinado à prática esportiva?	Sim/Não
	Há disponibilização de materiais esportivos (instrumentos e equipamentos para o exercício físico)?	Sim/Não
	Há área destinada ao lazer e à cultura?	Sim/Não
	Há fornecimento de materiais para o lazer e promoção da cultura?	Sim/Não
	Há espaços destinados à manifestação religiosa dos internos?	Sim/Não
	Há ao menos um assistente social e seis estagiários para cada 500 internos?	Sim/Há, em proporção inferior/Não há
	Há separação interna dos reclusos seja pelo crime cometido ou pela reincidência?	Sim/Não
	Houve algum evento que tenha colocado em risco a vida do indivíduo?	Sim/Não

Tripartido2,28 Intermediário 1,14	As camas fornecidas estavam em condições mínimas de uso?	Neutro, quando tiver dormido em camas adequadas durante todo o período de pena/Intermediário, se majoritariamente pôde dormir em cama em condições mínimas de uso/Negativa, caso prevaleça o tolhimento do direito
	Foram fornecidos satisfatoriamente os materiais básicos de higiene pessoal, roupas pessoais e de cama com periodicidade?	Neutro, se suficiente durante todo o período de pena/Intermediário, se, majoritariamente, tiverem sido fornecidos de maneira satisfatória/Negativo, se prevalecerem períodos de escassez
	O indivíduo pôde fazer suas necessidades fisiológicas sempre que necessário?	Neutro, se pôde fazer suas necessidades livremente, com funcionamento pleno do vaso sanitário, durante todo o período de pena/Intermediário, se houve intercorrências pontuais/Negativo, quando majoritariamente não atendia às necessidades básicas
	Recebeu atendimento jurídico suficiente durante o período de pena?	Neutro, caso tenha havido atendimento suficiente durante todo o período/Intermediário, quando apenas parcial/Negativo, se houve atraso na concessão de direitos ou se majoritariamente não teve atenção jurídica (por advogado público ou particular)
	A pessoa teve suas necessidades especiais atendidas?	Neutro, caso a pessoa não tenha necessidades especiais ou se seus direitos tenham sido respeitados/Intermediário, caso tenha majoritariamente sido respeitados seus direitos, com intercorrências pontuais/Negativo, caso tenha cumprido maior parte de sua pena em locais não adaptados
	Houve disponibilização de postos de trabalho de cunho profissionalizante?	Neutro, caso tenha sido permitido trabalhar em funções desta natureza sempre que quisesse ou se à pessoa não interessava usufruir do direito/Intermediária, caso a oportunidade disponibilizada não fosse útil ou, em sendo, apenas por período parcial do total da pena/Negativo, se majoritariamente não houve disponibilização de vaga alguma
	O trabalho prestado foi remunerado em ao menos três quartos do salário-mínimo, sendo permitido seu uso durante o período de cumprimento de pena?	Neutro, caso tenha recebido ao menos três quartos do salário mínimo e tenha tido oportunidade de fazer os assinalados usos, ou, ainda, se não usufruiu do direito de trabalhar/ Intermediário, quando durante a maior parte do período de pena tiver sido permitido o uso ou se tiver recebido valor menor que três quartos do salário mínimo mensais/Negativo, se majoritariamente

3ª INDIVIDUAIS Pontuação: Masculina Tripartido: 1,28 Intermediário: 0,64 Feminino Tripartido: 1,14 Intermediário: 0,57		negado o direito, seja pela impossibilidade de uso adequado ou por remuneração a menor.
	Foram garantidos os direitos relativos à Previdência Social?	Neutro, se não tiver tolhido nenhum desses direitos, ou se não fazia jus a eles/Intermediário, se respeitados parte deles ou se por período parcial/Negativo, se desrespeitados na maior parte.
	Foi permitido que o indivíduo estudasse no nível escolar compatível com seu desenvolvimento?	Neutro, caso tenha se permitido ao indivíduo desenvolver estudos em fases compatíveis com seu estágio de evolução, ou caso o indivíduo não tenha optado por estudar/Intermediário, se parcialmente desenvolvidos estudos, sendo interrompido em algum momento por motivo alheio à vontade própria do jurisdicionado/Negativo, caso impedido de desenvolver qualquer estudo compatível com sua fase evolutiva
	Foi possível desenvolver atividades recreativas e esportivas durante o tempo de prisão?	Neutro, caso tenha sido permitido ao indivíduo desenvolver atividades recreativas e esportivas/Intermediário, se pôde realizá-las pela maior parte do tempo de sua pena/Negativo, se majoritariamente foi tolhido seu direito
	Foi permitido ao indivíduo professar sua fé e portar livros religiosos durante o período de pena?	Neutro, quando não houver qualquer evento de desrespeito, seja em relação à posse de livros ou à permissão de manifestações religiosas/Intermediário, se houver impedimentos pontuais durante o cumprimento da pena/Negativo, se tolhido por diversas vezes
	Foi permitido contato com o mundo exterior?	Neutro, se o direito tiver sido respeitado durante todo o período de pena/Intermediário, caso tenha havido eventos pontuais de impedimento/Negativo, caso majoritariamente obstado o direito
	Foi exposto a atos sensacionalistas?	Neutro, se inexistir qualquer ato desta natureza/Intermediário, se houver ato(s) de sensacionalismo referentes a um fato criminoso/Negativo, se houver pluralidade de fatos veiculados mediante espetacularização
	O indivíduo foi chamado pelo seu nome durante o período de pena?	Neutro, se a pessoa presa não relatar nenhuma ocorrência deste tipo/Intermediário, se houver situações pontuais desta natureza/ Negativo, se majoritariamente o indivíduo era chamado por apelidos pejorativos
	Houve algum evento de impedimento do direito de	Neutro, caso o indivíduo não relate qualquer evento/Intermediário, se tiver havido

	petição administrativo ou judicial?	ocasiões pontuais/Negativo, se, reiteradamente, o direito de petição tiver sido negado
--	-------------------------------------	--