

**COMPENSAÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA DE ENFRENTAMENTO
AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DO CÁRCERE A PARTIR DOS PAR
METROS ESTABELECIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS**

*CRIMINAL COMPENSATION AS A TOOL TO FIGHT THE UNCONSTITUTIONAL
STATE OF THE BRAZILLIAN PRISON SYSTEM: AN ANALYSIS OF PRISON CONDITIONS
FROM THE PARAMETERS ESTABLISHED BY THE INTER-AMERICAN COMMISSION
OF HUMAN RIGHTS*

Manuela Moser¹

Data de Submissão: 5/3/2022

Data de Aceite: 30/10/2023

Resumo: O artigo apresenta de maneira crítica o instituto da compensação penal a fim de verificar sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro e como estratégia de resposta às violações aos direitos humanos, recorrentes no sistema penitenciário nacional. Para tanto, justifica a necessidade de consideração de aspectos qualitativos para determinação da pena de prisão a partir da análise dos efeitos que as condições do cárcere exercem sobre a experiência prisional, que afastam a prisão vivida daquela determinada com base em critérios meramente quantitativos. Após, analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, princípios regentes do Direito Penal e garantias constitucionais e infraconstitucionais relevantes ao tema da compensação penal para delinear os meios pelos quais o mecanismo poderia ser aplicado dentro dos parâmetros legais. Ainda, examina os fatores considerados relevantes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao determinar, na Resolução do dia 22 de novembro de 2018, o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho; e traçar paralelos entre a situação do estabelecimento penal em questão e dos demais estabelecimentos do país. Por fim, apresenta a compensação penal como mecanismo viável para enfrentar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário e para responder aos danos causados às vítimas das violações constantes de direitos operadas pelo cárcere, uma vez que o parecer da CIDH denuncia aspectos comuns ao sistema carcerário brasileiro como um todo.

Palavra-chave: Compensação Penal. Execução Penal. Direitos Humanos.

Abstract: *The article critically presents the institute of penal compensation in order to verify its adequacy to the Brazilian legal system and as a strategy to respond to recurrent violations of human rights in the national penitentiary system. To this end, it justifies the need to consider qualitative aspects for determining the prison sentence based on the analysis of the effects that prison conditions have on the prison experience, which distance the prison experienced from that determined based on purely quantitative criteria. Afterwards, it analyzes the jurisprudence of the Federal Supreme*

¹ Advogada criminalista. Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Court, governing principles of Criminal Law and constitutional and infra-constitutional guarantees relevant to the subject of criminal compensation to outline the means by which the mechanism could be applied within the legal parameters. It also examines the factors considered relevant by the Inter-American Court of Human Rights when determining, in the Resolution of November 22, 2018, the double calculation of each day of deprivation of liberty served at the Plácido de Sá Carvalho Penal Institute; and draw parallels between the situation of the penal establishment in question and that of other establishments in the country. Finally, it presents criminal compensation as a viable mechanism to face the unconstitutional state of affairs of the penitentiary system and to respond to the damage caused to victims of constant violations of rights operated by prison, since the LACHR opinion denounces common aspects of the prison system Brazilian as a whole

Keywords: *Criminal Compensation. Criminal Enforcement. Human Rights.*

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, em setembro de 2015², é um marco importante na discussão das mazelas do sistema carcerário. Mais de sete anos após a conclusão da primeira etapa do julgamento da ADPF 347, pouco se avançou para a superação desse quadro. O sistema penal continua marcado pela seletividade, superlotação, infraestrutura decadente, condições degradantes, insalubridade e insegurança. Frente a tantas violações de direitos básicos, fica claro que o cumprimento de pena não significa a restrição apenas do direito de liberdade, mas de uma série de outras garantias, em situação de manifesta ilegalidade. Afinal, o artigo 38 do Código Penal (CP)³ aponta a conservação de todos os direitos não atingidos pela liberdade do preso.

A chegada do vírus da Covid-19 nas prisões agravou ainda mais sua conjuntura desastrosa. As características que tornam o cárcere tão insalubre, como superlotação e celas mal ventiladas, são as mesmas que favorecem a propagação do vírus e aumentam a letalidade representada pelo espaço prisional. Nesse contexto, o desencarceramento é a única medida eficaz para prevenção e manejo dos riscos. Não é exagero apontar decisões impeditivas de medidas desencarceradoras como uma pena de morte, especialmente às pessoas mais vulneráveis⁴. Fica claro que no espaço prisional há uma naturalização da morte dos corpos tidos como hierarquicamente inferiores na escala social, para a qual o espaço coopera, e que deve ser enfrentada.

A constante ofensa de direitos básicos das pessoas encarceradas tem como consequência um abismo enorme entre a pena aplicada e a “pena vivida”⁵. Aquela considera parâmetros meramente quantitativos para aplicação da pena de prisão, estabelecendo uma medida temporal para a privação de liberdade. Durante a execução penal, entretanto, os fatores considerados na sentença são insuficientes para medir o que a experiência do cárcere realmente implica. Dessa forma, deve-se buscar meios para que a “pena vivida – pena a viver” passe a ser considerada nas decisões sobre entrada e saída das prisões.

Nesse contexto, o presente artigo debate a possibilidade da adoção da compensação penal como

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>.

3 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

4 VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. O Direito à Vida e o Ideal de Defesa Social em Decisões do STJ NO Contexto da Pandemia de Covid-19. Revista Direito Público, Brasília, vol. 17, n. 94, p. 570-595, jul.-ago. 2020, p. 6.

5 MACHADO, Máira Rocha; VANCONCELLOS, Natalia Pires. Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 3, 2021, p. 2.029.

estratégia de enfrentamento às violações aos direitos humanos recorrentes no sistema penitenciário nacional, tendo como premissa a necessidade de consideração de aspectos qualitativos no cálculo da pena de prisão. Para tanto, são apresentados possíveis meios pelos quais o mecanismo poderia ser aplicado dentro dos parâmetros legais; e exemplos recentes da jurisprudência do STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que colaboram na visualização da compensação como um meio viável e realista.

Uma recente decisão da CIDH trouxe notoriedade ao tema quando determinou que as penas cumpridas em condições inadequadas no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC) deveriam ser computadas em dobro⁶. A partir dessa decisão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu habeas corpus assegurando a aplicação da compensação penal (HC n. 136.961-RJ), criando precedente para três decisões de primeira instância no mesmo sentido⁷.

Ademais, na retomada do julgamento da ADPF 347 em maio de 2021, o relator Ministro Marco Aurélio Mello determinou que o governo federal deverá elaborar um plano de três anos para a superação do estado de coisas inconstitucional, em noventa dias a partir o fim do julgamento (atualmente suspenso). À vista disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em Informe de junho de 2021, trouxe a compensação penal como um dos fatores de enfrentamento do estado de coisas inconstitucional, apontando que o mecanismo não deve ser encarado como marginal, tendo em vista a sua aplicação em vários países⁸.

O julgamento da ADPF 347 foi ultimado no dia quatro de outubro de 2023, com o STF reconhecendo, em votação unânime, a violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro. Ao final do julgamento, o ministro Barroso disse esperar que a decisão “seja um passo relevante para melhorar, minimamente que seja, as condições degradantes do sistema prisional brasileiro”⁹.

A possibilidade da consideração de aspectos da pena real, experienciada pelas pessoas presas, é um campo vasto a ser explorado. No que tange especificamente à aplicação da compensação penal para

6 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do **Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n. 136961/RJ**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DF, 28 abr. 2021. Publicação no DJe/STJ N. 3137. Brasília, 30 abr. 2021. 20. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF^^>.

8 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347**. Brasília: jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECL_1406.pdf>.

9 STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 04 out. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>> Acesso em: 02 nov. 2023

alcançar esse fim, a produção acadêmica ainda é tímida, de forma que sua investigação será de grande contribuição, ainda mais quando considerados o debate reacendido em torno das condições do sistema penitenciário em meio à uma pandemia e as recentes decisões jurisprudenciais que lançam uma nova luz sobre o tema.

2. SOBRE A PENA VIVIDA NA REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA

A pena de prisão combina dois elementos: o tempo e o espaço. Essa intersecção marca o início de uma duração temporal qualitativamente distinta, apesar de medida com a mesma unidade do tempo comum, social. Distinta porque, enquanto encarcerado, não são verdadeiramente as atividades que o sujeito pratica, já que contaminadas pelo tempo e espaço da própria pena¹⁰.

Nesse sentido, as decisões de aprisionamento buscam uma proporção impossível entre delito, punição e tempo. Impossível porque, como apontado acima, embora mensuráveis em tempo linear, as penas têm um tempo diferente: o existencial ou vivenciado (ROIG, 2017, p. 332-333). É preciso, dessa forma, fazer uma distinção entre a pena prevista em lei, a imposta pela sentença e a “pena a viver” ou a “pena vivida” – ou seja, a pena qualitativa¹¹.

Ademais, considerando-se que a criminalização primária e secundária de certas condutas está alicerçada na ideia de proteção de um bem jurídico, não é razoável ignorar a relevância deste quando da aplicação da pena. Se a defesa dos bens jurídicos não puder ser utilizada também quando o lesado for o apenado, fica clara a sua utilização como instrumento de seletividade penal. A negativa de compensação pela via penal, nas palavras de Rodrigo Roig, é, ao mesmo tempo, “manifestação dissimulada de seletividade do sistema penal e prática velada de exclusão, de apreciação do poder judiciário, de lesão ou ameaça a direito das pessoas presas”¹².

Quando se fala no cumprimento de penas privativas de liberdade no Brasil, o abismo entre a “pena a viver” e a “pena vivida” é notável. Afinal, denúncias de tortura e violação aos direitos humanos marcam o sistema penitenciário, conforme reconhecido na primeira etapa do julgamento da ADPF

10 MESSUTI, Ana. O tempo como pena. Tradução Tadeu Antônio Dix Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 33-44.

11 MACHADO, Máira Rocha; VASCONCELLOS, Natalia Pires. Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 3, 2021, p. 2.028.

12 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 132, ano 25. p. 331-381. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017, p. 338.

n. 347, em setembro de 2015. Naquela ocasião, o STF apontou o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro¹³. Tal situação, conforme o voto do relator Marco Aurélio Mello na retomada do julgamento, em maio de 2021, deve ser superada em até três anos através de uma série de medidas¹⁴.

A constante violação de direitos no ambiente prisional brasileiro em muito está relacionada com o hiperencarceramento e a superpopulação carcerária. O número de pessoas privadas de liberdade, no primeiro semestre de 2020, era de 759.518 – uma taxa de 358,7 pessoas presas para cada cem mil habitantes. Isso significa um déficit de 242.561 vagas no sistema penitenciário, uma razão de 1,5 preso por vaga. Entre 2000 e 2020, a população carcerária aumentou 330,9%, um retrato claro da política de encarceramento vigente no país¹⁵. Entre a população feminina, o aumento é ainda mais agudo: de 656% entre os anos de 2000 e 2016¹⁶. Esse é um reflexo da instauração de uma política de combate às drogas mais severa combinada com a posição subalterna usualmente ocupada pelas mulheres na cadeia do tráfico¹⁷.

Outro fator que levou o STF a entender que as prisões brasileiras operam às margens da Constituição é a infraestrutura e condições degradantes dos estabelecimentos. Alguns dados revelam essa realidade, como o fato de apenas 53,4% dos estabelecimentos penais contarem com área destinada à visita familiar; 35,5% possuírem sala de aula; e 33,4% possuírem enfermaria. Mortes e agravantes de saúde também marcam o caos carcerário. Dados do Ministério da Saúde, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública e do Infopen indicam que uma pessoa encarcerada tem 2,5 vezes mais chances de ser morta que uma pessoa em liberdade, além de ter 28 vezes mais chances de contrair tuberculose. Por último, destacam-se as torturas e maus-tratos dentro do sistema prisional que, mesmo marcados historicamente pela subnotificação, contam com dados alarmantes como, por exemplo, o registro de lesões corporais em pessoas presas praticadas por servidores em 15,9% dos estabelecimentos do país.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 out. 2021.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n. 136961/RJ**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DF, 28 abr. 2021. Publicação no DJe/STJ N. 3137. Brasília, 30 abr. 2021. 20. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF^^>.

15 BARROS, Betina Wrmmling. O sistema prisional em 2020-2021: entre a Covid-19, o atraso na vacinação e a continuidade dos problemas estruturais. **Anuário Brasileiro de segurança pública – 2021**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 15, 2021, p. 212.

16 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres**, 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018, p. 14. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

17 ISAAC, F. F., & CAMPOS, T. e P. R. de (2019, 25 de junho). O Encarceramento Feminino no Brasil. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz. Disponível em: <<https://cee.fiocruz.br/?q=node/997>>.

Ademais, os registros do Disque 100 denunciando violações à população carcerária triplicaram no período entre 2013 e 2020¹⁸.

Mesmo diante do supracitado estado de coisas inconstitucionais do sistema penitenciário brasileiro, a relevância do sofrimento existencial experimentado pela pessoa ao longo do encarceramento (elemento qualitativo da pena) é ignorada. O foco único é o cálculo aritmético que traduz o tempo cronológico do aprisionamento. O cômputo de pena em intervalos de tempo, inclusive, é outra consequência da ascensão do sistema capitalista, uma vez que foi nesse período histórico que o valor monetário do trabalho passou a ser medido em horas, dias, meses. Teóricos marxistas apontam que a consolidação da pena de prisão é contemporânea ao surgimento das *commodities*¹⁹.

O sistema normativo brasileiro, entretanto, não favorece a consideração da “pena a viver – pena vivida”. Nas decisões sobre prisão em flagrante, por exemplo, prevalece a “garantia da ordem pública”. Condições pessoais do suposto flagrado raramente são examinadas, e o ambiente da prisão não é sequer mencionado. Já no momento de fixação da sentença, o ordenamento se limita a exigir a definição do regime prisional inicial de acordo com a quantidade de pena aplicada. Novamente, as condições do aprisionamento são ignoradas²⁰.

Frente a essa situação, a compensação penal pode ser um instrumento político-criminal contraposto a aplicação de penas com base em critérios meramente quantitativos. Trata-se da consideração do tempo de prisão à luz do princípio da proporcionalidade, reconhecendo o dever estatal de indenizar os danos causados pelo cárcere não apenas através da via pecuniária, mas também pela via penal. Essa medida seria benéfica ao apenado, pela diminuição de tempo ou rigor de sua pena; ao Estado, pela redução da superlotação e custos do aprisionamento; e à comunidade, pela diminuição dos custos sociais representados pelas prisões²¹. Essa seria uma via possível para regulação da pena de acordo com sua reprodução no espaço social²².

3. ADEQUAÇÃO DA COMPENSAÇÃO PENAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO

18 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020**. 2020, p. 8-20. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2021>.

19 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** 4. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2019, p. 47.

20 MACHADO, Máira Rocha; VASCONCELLOS, Natalia Pires. Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 3, 2021, p. 2.029-2.030.

21 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 132, ano 25, p. 331-381. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017, p. 335-341.

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena**. Programa de transferencia de resultados de la investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013, p. 4.

BRASILEIRO

Para fins de compensação penal, pode-se analisar o princípio da proporcionalidade a partir de sua dimensão concreta – quando se dirige ao juiz e permite equacionar os custos individuais e sociais da criminalização secundária na aplicação e execução da pena. Juarez Cirino dos Santos aponta a enorme desproporção entre a medida dos crimes e das penas, tanto para o condenado quanto para sua família e sociedade em geral. Assim, a fim de combater essa incongruência, pode-se usar o princípio da proporcionalidade para fundamentar critérios compensatórios das desigualdades sociais da criminalização secundária, a fim de combater a seletividade penal²³.

A mais conveniente alternativa para aplicação da compensação penal é através da renúncia à execução da pena pelo Estado, a ser garantida, por exemplo, pela concessão de graça (art. 107, II, CP; arts. 188 a 192, Lei de Execução Penal – LEP), sendo a desproporcionalidade, irracionalidade e sofrimento descabido da pessoa presa ao longo da execução penal circunstâncias constitutivas de situação peculiar motivadora da extinção de punibilidade. Se não através de graça, a renúncia pode se dar também por indulto, com previsão expressa em Decreto Presidencial (art. 107, II, CP; art. 193, LEP). Essa modalidade, inclusive, já encontra previsão em Decretos Presidenciais pretéritos, como é o caso do indulto em medida de segurança para compensar excesso de privação de liberdade, internação ou tratamento ambulatorial; e do indulto às pessoas condenadas à pena privativa de liberdade vítimas de tortura – art. 1º, XIX, Decreto 8.615/2015. É possível, ainda, a adoção de uma redução compensatória, aplicada a partir de analogia *in bonam partem* de institutos como detração, remição ou comutação²⁴.

Encontram-se, inclusive, fundamentos no art. 5º da Constituição Federal (CF) para a aplicação da compensação penal, nos incisos V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”); X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”); e LXXV (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”). Não há, nesses dispositivos, a especificação da natureza da indenização devida às pessoas presas que venham a ser vítimas de danos causados pelo Estado. Nesse caso, a interpretação deve ser ampla e favorável ao indivíduo, considerando a via penal

23 SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 29.

24 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Documento não paginado.

como possibilidade de indenização, sendo o tempo de prisão a “moeda” de reparação²⁵.

O próprio STF já debateu a consideração de aspectos além do temporal objetivo para fixação e cumprimento das penas, durante o julgamento da ADPF 347. Ainda que os pedidos tenham sido denegados, sinalizam uma abertura do judiciário ao debate do tema. Retira-se do julgado:

c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

[...]

e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;

f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal.²⁶

Ao final, no julgamento da ADPF 347, as medidas de enfrentamento ao estado de coisas inconstitucional ligadas diretamente à atuação do judiciário foram duas: realização de audiências de custódia em até 24 horas contadas do momento da prisão; e fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares e penas alternativas à prisão. Perdeu-se a oportunidade de colocar o judiciário em um papel mais central no enfrentamento da questão prisional, subtraindo da instituição o protagonismo que lhe é devido²⁷.

Por fim, cita-se o Informe do CNJ “O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347”, publicado em junho de 2021. Nele, a compensação penal é apontada como um fator de enfrentamento ao estado de coisas inconstitucional. O documento destaca que a medida está longe de ser uma proposta marginal, por se tratar de mecanismo já incorporado por diversos países, como Canadá, Estados Unidos e Itália²⁸.

25 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 132, ano 25. p. 331-381. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017, p. 339.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União, p. 9-10, grifou-se. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 out. 2021.

27 MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago. 2020, p. 658. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60692/41975>>.

28 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347**. Brasília: jun. 2020, p. 59. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECL_1406.pdf>.

4. RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E JURISPRUDÊNCIA

A Resolução da CIDH, de 22 de novembro de 2018, trouxe notoriedade ao tema da compensação penal quando determinou que as penas cumpridas em condições inadequadas no IPPSC no Complexo de Gericinó, em Bangu, no Rio de Janeiro, deveriam ser computadas em dobro pelas condições desumanas do estabelecimento. Os principais temas de preocupação que levaram à CIDH a decidirem de tal forma são as “mortes recentes”, “problemas de infraestrutura” e “superpopulação da prisão”. A Corte destacou ainda que se o estabelecimento penal oferece situações degradantes em demasia, considera-se ilícita ou antijurídica a pena²⁹.

O parecer da CIDH culminou, em 28 de abril de 2021, em decisão monocrática (depois confirmada pela 5ª Turma do STJ) do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que deu provimento a HC n. 136.961-RJ para efetuar o cômputo em dobro do tempo de pena cumprido no IPPSC, considerando inclusive o período anterior à decisão da CIDH. Segundo o Ministro, a interpretação da decisão deve ser a mais favorável possível ao indivíduo, de forma que o parecer da CIDH deve se estender a todo o período em que ele cumpriu pena no Instituto em questão. A decisão pontuou que os juízes brasileiros “devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir as violações e abreviar as demandas internacionais”³⁰.

O parecer da CIDH trata de um estabelecimento penal em específico, mas é capaz de suscitar uma discussão muito mais ampla. Afinal, os três aspectos considerados para classificar inadequadas às condições do IPPSC não são uma exclusividade do Instituto, e sim a regra no sistema carcerário brasileiro, o que é bem ilustrado pelo fato de três presos de estados diferentes (Pernambuco, Pará e Santa Catarina) terem suas penas contadas em dobro em decorrência da situação degradante, análoga à denunciada pela CIDH³¹.

29 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**, p. 10-15. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n. 136961/RJ**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DF, 28 abr. 2021. Publicação no DJe/STJ N. 3137. Brasília, 30 abr. 2021. 20. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF^^>.

31 JUÍZES adotam critérios da Corte IDH para calcular pena de presos em locais degradantes. Agência CNJ de Notícias, 27 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juizes-adoptam-criterio-da-corte-idh-para-calcular-pena-de-presos-em-locais-degradantes/#:~:text=Ju%C3%ADzes%20adotam%20crit%C3%A9rio%20da%20Corte,em%20locais%20degradantes%20%2D%20Portal%20CNJ&text=Decis%C3%B5es%20recentes%20de%20magistrados%20brasileiros,de%20liberdade%20em%20condi%C3%A7%C3%B5es%20degradantes.&text=cumpriu%20pena%20no%20>>.

Ainda, retira-se da jurisprudência do STF outros julgados de interesse para a análise da aplicabilidade da compensação penal, a exemplo do Recurso Extraordinário 580.252, com repercussão geral, que transitou em julgado em março de 2018. O RE trata da responsabilidade do Estado de ressarcir danos, inclusive morais, decorrentes de falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, que foi reconhecida. Apesar de a forma de indenização fixada ter sido a pecuniária, houve divergência quanto a esse ponto, já que os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello votaram pela indenização mediante remição de pena³². Infelizmente, o julgado trouxe poucos impactos ao sistema, já que há divergências acerca do que pode ser considerado um padrão mínimo de dignidade³³.

Entretanto, as ditas divergências sobre o conceito de “padrão mínimo de dignidade” poderiam ser analisadas sob a luz dos direitos dos presos e condições básicas para cumprimento de pena, estabelecidos na legislação. A própria Constituição Federal aponta o necessário respeito à integridade física e moral dos presos, em seu art. 5º, XLIX. A LEP, por sua vez, elenca em seu art. 41 uma série de direitos das pessoas presas, entre eles alimentação suficiente, vestuário (inciso I); e assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (inciso VII). Há ainda uma coleção de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que tratam das condições adequadas para o tratamento de encarcerados. Destaca-se a Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos; e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Retira-se também da jurisprudência do STF o Recurso Extraordinário 641.320, com repercussão geral. Nele, ficou determinado que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do preso em regime mais gravoso. Em caso de déficit de vagas, deve ser determinada a saída antecipada; liberdade eletronicamente monitorada; cumprimento de penas restritivas de direito; ou progressão ao regime aberto³⁴. Vale pontuar que esse Recurso Extraordinário, bem como o RE 580.252, criou parâmetros importantes que culminou com a edição da Súmula Vinculante 56.

Mais recentemente, a fim de conter os efeitos devastadores representados pela Covid-19 nos presídios, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 62, em 17 de março de 2020, com

Complexo%20do%20Curado%2C%20no%20Recife>.

32 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário 580.252**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, DF, 16 fev. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>.

33 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347**. Brasília: jun. 2021, p. 48. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECL_1406.pdf>.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 641.320/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 mai. 2016. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>.

diretrizes para o Poder Judiciário. Entre as medidas elencadas se destacam a reavaliação das prisões provisórias, apontando que essas devem ser aplicadas com máxima excepcionalidade; e a concessão de saída antecipada para o regime semiaberto e aberto (artigos 4º e 5º). Esse documento não se trata, simplesmente, de uma resposta à pandemia, mas do resultado de esforços anteriores de diferentes grupos para tornar as condições das prisões um aspecto relevante nas decisões judiciais. Textualmente, a Recomendação 62 pontua que as decisões acerca da entrada e saída da prisão devem ter em conta fatores da pessoa a ser encarcerada e do ambiente de encarceramento³⁵.

A adesão das medidas desencarceradoras trazidas na Recomendação pelo Judiciário, entretanto, foi baixa. Nesse ponto é interessante considerar que essa é uma barreira que também seria enfrentada para concessão de compensação penal, já que o campo jurídico é um espaço de disputas. Afinal, os juízes e juízas também estão imersos em um discurso de repressão de corpos marginalizados, o que dificulta a emergência de vozes e decisões em sentido contrário ao punitivismo e ao autoritarismo³⁶. Para a Recomendação 62, especificamente, as disputas narrativas e políticas se dão em torno de um discurso que a aponta como medida de impunidade que coloca em risco a segurança pública³⁷.

Diante dos recentes posicionamentos do Poder Judiciário, é interessante observar o que pontuam Pavarini e Giamberardino ao indicarem que a distância existente entre o momento de aplicação da pena e de sua execução penal transformaram este último em um direito essencialmente jurisprudencial. As funções da pena no momento da execução são diversas e, em muitos sentidos, inconciliáveis. Busca-se ao mesmo tempo atribuir à pena a função de incapacitação e neutralização, de prevenção geral positiva, de premialidade segundo as necessidades do presídio, entre outras. Por isso, ao final se tem uma pena flexível e negociável na execução, dadas suas necessidades múltiplas. Assim, é possível, por exemplo, tendo em vista sua finalidade reeducativa, a reconsideração da pena restante de acordo com progressos do apenado sem oferecer entrave a um equilíbrio razoável entre o princípio constitucional da certeza da pena³⁸. Se é possível pensar a flexibilização da pena a partir das condições pessoais do apenado, é razoável considerar essa mesma alternativa pelas condições do cárcere e do cumprimento da pena.

35 MACHADO, Máira Rocha; VANCOLCELLOS, Natalia Pires. Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 3, 2021, p. 2.027.

36 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 3ª ed., 2019, p. 80.

37 VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. O Direito à Vida e o Ideal de Defesa Social em Decisões do STJ NO Contexto da Pandemia de Covid-19. **Revista Direito Público**, Brasília, vol. 17, n. 94, p. 570-595, jul.-ago. 2020, p. 9-10.

38 PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 154-155.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importante salientar que a admissão da compensação penal como uma alternativa não significa a banalização da violação dos direitos humanos, mas sim uma ferramenta para impedir que as pessoas violadas sejam revitimizadas pelo reducionismo pecuniário³⁹. A adoção de medidas como a compensação penal deve almejar a redução radical da pena de prisão sem legitimar o sistema penal, ou seja, por meio de um programa mínimo e transitório de caráter pragmático⁴⁰. Sendo assim, não se trata de um entrave ao ideal abolicionista, podendo ser enquadrada como uma “reforma negativa”, segundo a teoria de Thomas Mathiesen⁴¹. Afinal, enquanto não houver a superação da necessidade de punir, deve-se atuar por uma estratégia reducionista, a fim de limitar os danos causados pelo sistema penal⁴².

É desafiador pensar estratégias para enfrentar o discurso populista e violento que ganha força à medida que aumenta a desigualdade social, como forma de aumentar a sensação de segurança. É um discurso simplista que pede vingança pura e simples e cria a ilusão de que a segurança urbana será alcançada pela repressão de corpos marginalizados, legitimando, assim, todo gênero de violência. Frente a essa cultura punitivista, o Direito Penal, por sua função política, nunca pode ser neutro, posicionando-se sempre ao lado do Estado de Direito; e tampouco pode separar a teoria da prática, que é seu fim, sob risco de grave desequilíbrio⁴³.

Ao final, tendo-se em conta o estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros, reconhecido pelo STF, a compensação penal é medida cabível a nível nacional quando aplicados os três critérios apresentados pela CIDH: “mortes recentes”, “problemas de infraestrutura” e “superpopulação da prisão”. A adoção do instituto se mostra ainda mais palpável quando já se encontram na jurisprudência dos tribunais superiores e regionais acenos à consideração de aspectos qualitativos para aplicação das penas.

39 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 132, ano 25, p. 331-381. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017, p. 337.

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan. 5ª ed., 2018, p. 94.

41 ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Brasileiro de Criminologia, 2008, p. 703.

42 PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 212.

43 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 3ª ed., 2019, p. 72-75 e 172-173.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Brasileiro de Criminologia, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n. 136961/RJ**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DF, 28 abr. 2021. Publicação no DJe/STJ N. 3137. Brasília, 30 abr. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF^^>. Acesso em 22 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário 580.252**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, DF, 16 fev. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 08 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 641.320/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 mai. 2016. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 22 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347**. Brasília: jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. **Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020**. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2021>. Acesso em: 22 out. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

JUÍZES adotam critérios da Corte IDH para calcular pena de presos em locais degradantes. **Agência CNJ de Notícias**, 27 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juizes-adotam-criterio-da-corte-idh-para-calcular-pena-de-presos-em-locais-degradantes/#:~:text=Ju%C3%ADzes%20adotam%20crit%C3%A9rio%20da%20Corte,em%20locais%20degradantes%20%2D%20Portal%20CNJ&text=Decis%C3%B5es%20recentes%20de%20magistrados%20brasileiros,de%20liberdade%20em%20condi%C3%A7%C3%B5es%20degradantes.&text=cumpriu%20pena%20no%20Complexo%20do%20Curado%2C%20no%20Recife>>. Acesso em: 22 out. 2021.

MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago. 2020, p. 658. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60692/41975>>. Acesso em: 02 nov. 2023.

MACHADO, Maíra Rocha; VASCONCELLOS, Natalia Pires. Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 3, 2021, p. 2.015-2.043

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução Tadeu Antônio Dix Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. Obra digital. Documento não paginado.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 132, ano 25. p. 331-381. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017.

_____. **Execução penal: teoria crítica**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Documento não paginado.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 04 out. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>>. Acesso em: 02 nov. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan. 5ª ed., 2018.

_____. **O inimigo no Direito Penal.** Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 3ª ed., 2019.