

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS SOCIAIS**

Edison Dri Consiglio Filho

**A REMIÇÃO DE DIAS DA PENA COMO RESGATE DA PROPORCIONALIDADE
DISTRORCIDA PELO SEU CUMPRIMENTO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES:
UMA ANÁLISE SOB O PONTO DE VISTA DA PUNIÇÃO COMO CENSURA
PROPORCIONAL À SERIEDADE DO CRIME**

**Porto Alegre
2017**

Edison Dri Consiglio Filho

**A REMIÇÃO DE DIAS DA PENA COMO RESGATE DA
PROPORCIONALIDADE DISTORCIDA PELO SEU CUMPRIMENTO EM
CONDIÇÕES DEGRADANTES: UMA ANÁLISE SOB O PONTO DE VISTA DA
PUNIÇÃO COMO CENSURA PROPORCIONAL À SERIEDADE DO CRIME**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Universidade Federal do Rio Grande do
Sul, como requisito parcial para a obtenção
do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientador: Paulo Caruso Macdonald

**Porto Alegre
2017**

Edison Dri Consiglio Filho

**A REMIÇÃO DE DIAS DA PENA COMO RESGATE DA
PROPORCIONALIDADE DISTORCIDA PELO SEU CUMPRIMENTO EM
CONDIÇÕES DEGRADANTES: UMA ANÁLISE SOB O PONTO DE VISTA
DA PUNIÇÃO COMO CENSURA PROPORCIONAL À SERIEDADE DO
CRIME**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, como requisito
parcial para a obtenção do grau de
bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Paulo Baptista Caruso Macdonald (Orientador)

Professora Vanessa Chiari Gonçalves

Professor Wladimir Barreto Lisboa

RESUMO

Esse trabalho tem como objetivo (a) expor a concepção da punição como censura proporcional à gravidade do crime, de Andrew Von Hirsch, dando-se ênfase aos princípios derivados de sua teoria que devem orientar a imposição de sanções criminais; (b) investigar qual o papel normativo da censura ou reprovação no sistema de penas brasileiro e em que medida tal função – e razão de punir – institui a exigência da proporcionalidade entre a gravidade dos crimes e a severidade das sanções, em termos ordinais e cardinais; (c) interrogar de que forma os princípios da proporcionalidade ordinal (relativa) e da proporcionalidade cardinal (não-relativa) são infringidos nas penas cumpridas em circunstâncias degradantes e de superlotação carcerária, e se eles podem oferecer razões para a adoção de determinada solução reparatória dos danos sofridos pelos apenados – a remição de dias da pena.

Palavras-chave: Proporcionalidade entre os crimes e as penas. Prisão em condições degradantes e de superlotação. Andrew Von Hirsch. Teoria da pena. Direito penal. Filosofia Política.

Índice

INTRODUÇÃO	7
1. A CONCEPÇÃO DA PENA COMO CENSURA PROPORCIONAL À SERIEDADE DO CRIME, DE ANDREW VON HIRSCH.....	10
1.1 Por que a teoria da pena de Andrew Von Hirsch?.....	10
1.2 Por que punir? A justificação geral para a punição	11
1.2.1 A censura como razão primordial.....	12
1.2.2 A prevenção como razão adicional.....	15
1.3 O que torna uma conduta errada e, portanto, censurável?	16
1.4 Como punir? Uma defesa da proporcionalidade.....	19
1.4.1 Proporcionalidade ordinal	20
1.4.2 Proporcionalidade cardinal.....	21
1.5 Definindo a seriedade dos crimes e a severidade das penas.....	25
1.5.1 Critérios para medição da seriedade de um crime.....	25
1.5.2 Critérios para medição da severidade das punições	30
2. A PENA NO BRASIL: REPROVAÇÃO E PROPORCIONALIDADE.....	32
2.1 A relevância de uma análise dos “rastros” da reprovação e da proporcionalidade entre seriedade do crime e a severidade da pena na legislação penal brasileira	32
2.2 O código penal de 1940 e a reforma da Parte Geral de 1984	32
2.3 A abolição da medida de segurança por tempo indeterminado para os imputáveis....	34
2.4 A individualização e a definição da pena no método trifásico.....	36
2.4.1 A fixação da pena-base por meio da avaliação das circunstâncias judiciais.....	38
2.4.2 A segunda e a terceira fases do método trifásico: as agravantes/atenuantes e as causas de aumento/causas de diminuição de pena	42
2.5 A instituição de penas menos severas para crimes de menor gravidade.....	47
2.5 O balanço da análise	53
2.5.1 As penas brasileiras e a proporcionalidade cardinal	53
2.5.2 As penas brasileiras e a proporcionalidade ordinal.....	55
3. DIMENSIONAMENTO DAS REAIS CONDIÇÕES VIVIDAS PELAS PESSOAS ENCARCERADAS NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS.....	60
3.1 Os presídios brasileiros são superlotados.....	60
3.2 As condições degradantes das prisões brasileiras.....	63
3.2.1 A maioria das prisões brasileiras, segundo o CNJ, são ruins ou péssimas	63
3.2.2 Mortalidade nas prisões brasileiras.....	64
3.2.3 Condições de saúde nas prisões brasileiras.....	65
3.2.4 Condições de educação e trabalho nas prisões brasileiras	65
3.2.5 Acesso à justiça nas prisões brasileiras	66
3.2.6 Privacidade nas prisões brasileiras	66
3.2.7 Dados da situação carcerária do Rio Grande do Sul	67
3.2.8 Condições de vida das pessoas encarceradas no Presídio Central de Porto Alegre..	68
4. A DISCUSSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO CUMPRIMENTO DE PENA EM CIRCUNSTÂNCIAS DEGRADANTES	71
4.1 Voto de Teori Zavascki	73
4.2 Voto de Luis Roberto Barroso	75
4.3 Posição da ministra Rosa Weber	81
5. A REMIÇÃO DE DIAS DA PENA COMO RESGATE DA PROPORCIONALIDADE	84
5.1 A severidade da pena de privação de liberdade prevista na lei brasileira	84

5.2 O aumento da severidade da pena decorrente das condições de encarceramento	86
5.3 A remição de dias da pena como correção da severidade da punição.....	89
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS.....	99

INTRODUÇÃO

Punição ou impunidade, qual é o maior escândalo? O homem democrático hesita, oscila e finalmente esquiva-se. Mas a questão regressa até ele como um bumerangue porque é sempre ele que a relança. Escândalo da impunidade: exige a segurança e o respeito da sua pessoa, de facto faz valer o carácter sagrado e intangível, procura a reparação e o reconhecimento. Escândalo da punição: compadece-se com o destino dos castigados, denuncia os verdugos, condena toda a violência, mesmo legítima e orientada para quem foi ferido, ultrajado ou morto. É um dos seus paradoxos: sempre mais livre, pune cada vez mais; sempre mais “humano”, chora também mais, até sonha com penas insensíveis, punições indolores. Neste balanceio contínuo do medo à piedade, do medo por si ao receio do outro, podemos resignar-nos a ver o destino do homem democrático, condenado a esta oscilação trágica de uma paixão ao seu oposto. Porque nada lhe importa tanto quanto o indivíduo que é preciso proteger a todo o custo, seja ele autor ou vítima (GARAPON, GROS e PECH, 2001, p. 7).

Afinal, qual é o maior escândalo, a punição ou a impunidade? O tema dos crimes e das punições, por envolverem decisões que lidam por vezes com intenso sofrimento humano, causado pelo cometimento de crimes e pela aplicação das penas, é um dos mais espinhosos dentre aqueles que são objeto do imaginário público e do pensamento filosófico e jurídico. Quando estão em debate os questionamentos “o que punir”, “para que punir”, “quanto e como punir”, a maioria das pessoas parece ter uma opinião formada, comumente defendida com paixão, não restando muito espaço para dúvidas. Em países como o Brasil, é difícil encontrar alguém que ou não tenha sido vítima, direta ou indiretamente, de condutas definidas como crime ou não tenha sido afetada, direta ou indiretamente, pela aplicação de penas. Em vista disso, propostas voltadas a modificar as regras relacionadas ao direito penal¹ são utilizadas como instrumento de aumento e manutenção do poder político – denominado por alguns autores de “populismo punitivo” – e econômico – caso do sensacionalismo punitivo encontrado no conteúdo de diversos meios de comunicação – de certos atores e grupos na sociedade.

Por esses e muitos outros motivos, é comum que as instituições públicas cujo papel é estabelecer e executar regras relacionadas à criminalização e à punição de condutas o cumpram de modo pouco sistemático, sob justificativas mal-articuladas,

¹Embora não se desconheça da distinção entre os conceitos de “direito penal” e “política criminal”

baseadas em sentimentos de medo, vingança e ódio. Não por outra causa é que permitem, no Brasil e na maior parte dos países do mundo, por ação ou omissão, que os estabelecimentos destinados à aplicação de uma das penas de caráter mais severo, a privativa de liberdade, sejam transformados em ambientes superlotados, insalubres e perigosos, nos quais o controle interno é frequentemente exercido por facções privadas – em desacordo com os próprios limites ao conteúdo das penas estabelecidos em lei. É nesse contexto que surgem demandas propostas por pessoas presas pedindo a reparação dos danos causados pela imposição de penas em circunstâncias degradantes, as quais culminaram no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro do Recurso Extraordinário nº 580252. Na ocasião, ensejou-se um debate entre os ministros acerca da possibilidade de responsabilização do Estado pela reparação de tais danos e da forma de reparação a ser adotada, se pecuniária ou por meio da diminuição de dias da pena.

A natureza *escandalosa* de (certos) crimes e das penas, a irracionalidade que permeia a criação de regras direcionadas a regulá-los, o estado de barbárie – alheio às próprias regras estabelecidas – a que são submetidas as pessoas às quais são impostas as penas privativas de liberdade, e, por fim, as consequentes demandas por reparação de danos sofridos nessas circunstâncias, inobstante serem valioso objeto para uma análise sociológica ou criminológica, suscitam importantes reflexões para o campo da filosofia política e, mais especificamente, aquela voltada a estabelecer princípios de base moral que justifiquem e limitem o poder punitivo. Afinal, pode-se falar em uma pena *justa*? Como se pode justificar limitações tão profundas à liberdade dos condenados impostas pela pena? Qual deve ser o seu conteúdo, os limites da sua severidade? De que forma eles estão conectados à gravidade das condutas sancionadas? Respostas adequadas a essas questões podem oferecer razões para a adoção de determinada solução reparatória dos danos sofridos pelos apenados?

O clássico debate sobre as funções e os limites da pena remonta a longuíssima data e há incontáveis contribuições filosóficas para o seu desenvolvimento, que ainda hoje rende muitos frutos. Esse trabalho não almeja adentrar nesse tema a fundo, analisando aspectos de teorias da pena concorrentes e propondo alguma espécie de síntese crítica. Em vez disso, **(1)** partir-se-á de um ponto de vista teórico específico sobre o caráter da punição, de Andrew Von Hirsch, que parece oferecer uma concepção normativa sólida do princípio da proporcionalidade que deve orientar a

aplicação das penas. Após a exposição dos aspectos pertinentes dessa proposta teórica para os objetivos desse trabalho, será **(2)** empreendida uma análise dos critérios de fixação e execução das penas na legislação penal brasileira, a fim de que se entenda o papel normativo da censura/reprovação no sistema de penas brasileiro e em que medida tal função – e razão de punir – institui a exigência da proporcionalidade entre a gravidade dos crimes e a severidade das sanções. Em seguida, **(3)** será realizado um breve dimensionamento das circunstâncias reais em que os apenados cumprem suas penas no Brasil, ou seja, sobre a severidade da punição brasileira em “carne e osso”. O próximo passo será apresentar **(4)** a controvérsia julgada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 580252, acerca da possibilidade de reparação de danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, dando-se destaque aos argumentos em favor e contrários às duas soluções reparatórias propostas: mediante indenização pecuniária ou por remição de dias da pena. Por fim, **(5)** será interrogado de que forma os princípios da proporcionalidade ordinal (relativa) e da proporcionalidade cardinal (não-relativa) são infringidos nas penas cumpridas em circunstâncias degradantes e de superlotação carcerária, e se eles podem oferecer razões para a adoção de determinada solução reparatória dos danos sofridos pelos apenados.

Alguns dos termos utilizados no trabalho que foram escritos originalmente em língua inglesa, por conterem um significado dificilmente traduzível por palavras correlatas em português ou cuja possibilidade mais óbvia de tradução possa acarretar uma compreensão obscura do sentido original, serão acompanhados do termo original entre parênteses. Desse modo, são menores as chances de incompreensão dos conceitos apresentados.

1. A CONCEPÇÃO DA PENA COMO CENSURA PROPORCIONAL À SERIEDADE DO CRIME, DE ANDREW VON HIRSCH

1.1 Por que a teoria da pena de Andrew Von Hirsch?

Opta-se nesse trabalho pelo uso da abordagem teórica de Andrew Von Hirsch como principal instrumento de análise crítica dos princípios e critérios que orientam a fixação das penas no Brasil, bem como das possíveis respostas para as demandas por reparação de danos sofridos pelas pessoas encarceradas em condições degradantes.

Tendo desenvolvido seu trabalho como professor de Teoria Penal e Direito Penal na Universidade de Cambridge e, posteriormente, na Universidade de Goethe em Frankfurt, o autor produziu ao longo dos anos diversos escritos sobre filosofia do direito penal, teoria da sentença penal (*criminal sentencing theory*) e aspectos éticos de políticas de prevenção ao crime, entre os quais se destacam obras em inglês *Doing Justice* (1976), *Past or Future Crimes* (1986), *Censure and Sanctions* (1993), *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles* (2005), *Crimes, Harms and Wrongs: on the Principles of Criminalisation* (2011) e em alemão, como *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen* (2005).

Sua obra é bastante influente na teoria penal contemporânea tanto no mundo anglo-saxão como no mundo continental, pois é uma das poucas nesse campo que efetivamente atravessou a divisão entre as tradições do *common law* e do *civil law*. A ele é dado o crédito de mover as teorias da punição baseadas no mérito (*desert-based*) para fora do retributivismo clássico. Ao fornecer uma teoria de tradição liberal afastada das soluções utilitaristas, que oferece um aparato prático de aplicação factível pelas instituições, exerceu influência sobre reformas nas leis penais finlandesas, suecas, inglesas e nos Estados estadunidenses de Oregon e do Minnesota (SIMESTER, BOIS-PEDAIN, NEWUMANN, 2014).

A escolha do autor se justifica, primeiramente, em razão da centralidade da sua preocupação com a justiça da alocação das sanções criminais e com a parcimônia na aplicação das penas, que aponta para uma limitação do uso das penas privativas de liberdade e para uma redução geral da severidade das punições infligidas pelo

Estado. Desde a instituição dos pilares que justificam de modo geral a punição em uma democracia – a censura como razão primordial e a prevenção como razão suplementar –, até a definição do princípio regulador da quantificação das sanções criminais – a proporcionalidade –, o edifício normativo apresentado pelo autor é sólido e oferece um aparato bastante convincente e útil para se tecer a construção de possíveis soluções a certos aspectos da crise da estrutura punitiva no Brasil.

Em segundo lugar, a análise de sua obra e sua utilização como paradigma crítico nesse trabalho é incentivada pelo fato de que o autor é, aparentemente, pouco referido pelos estudiosos de teoria penal no Brasil, a despeito da relevância das suas contribuições para o desenvolvimento teórico nesse campo e para importantes reformas institucionais nos EUA e na Europa. Esse capítulo almeja, pois, expor a abordagem de Andrew Von Hirsch sobre a justificação geral para a punição legal e sobre os princípios que determinam (e restringem) como e em que medida devem ser aplicadas as penas. Para tanto, se utilizará como base principal a obra *Censure and Sanction* (1993), na qual a sua proposta voltada ao oferecimento de parâmetros normativos para a fixação das penas está mais completa e amplamente formulada. Serão úteis, ainda, para melhor compreender a derivação e o significado dos conceitos expostos, referências às obras mais recentes *Crimes, Harms, and Wrongs – On the Principles of Criminalisation* (2011), escrita em conjunto com A. P. Simester, e o artigo *Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory* (2014).

No que concerne aos objetivos desse trabalho, a noção de que a severidade da sanção deve ser proporcional à gravidade da ofensa, bem como os critérios utilizados para se operar a medição da severidade de uma sanção penal serão instrumentos especialmente valiosos.

1.2 Por que punir? A justificação geral para a punição

Embora Hirsch se ocupe primordialmente, ao menos na obra *Censure and Sanction* (1993), de tentar responder à questão de “quanto os ofensores deveriam ser penalizados” – e seja a resposta a essa questão a que mais interessa a essa monografia –, é condição necessária para tal fim adotar, antes, uma teoria da justificação geral da punição. Esse passo não é trivial na construção de sua teoria, pois as definições aí

estabelecidas estão intrinsecamente ligadas com a noção de proporcionalidade que será adotada para orientar o *quantum* das penas.

Alerta o autor que tanto teorias de base utilitarista, como aquela proposta por Jeremy Bentham – em que as penas seriam determinadas sopesando-se tanto o seu resultado dissuasivo quanto o sofrimento causado por sua imposição –, quanto teorias com base na reabilitação dos condenados, não se mostraram aptas a oferecer um aparato sistemático normativo para decidir as sentenças criminais. Aponta ele que, para que uma base utilitarista pudesse operar de modo prático e coerente como critério para fixação de penas, seria necessário que os custos e o resultado dissuasivo da variação entre as penas fossem verificáveis, o que raramente acontece – pouco se sabe, por exemplo, sobre os efeitos marginais dissuasivos da variação da severidade das penas (HIRSCH, 1993, p. 1-2).

Outras teorias, com base retributivista, que propõem a ideia de que a função da punição é impor uma desvantagem compensatória àqueles que vitimizam outros ao se beneficiarem da sua auto-restrição, obtendo, assim, uma liberdade adicional em relação aos outros que representa uma injusta vantagem – atribuída primeiramente a Kant, e hodiernamente a John Finnis, Alan Gewirth, entre outros –, também não seriam úteis para possibilitar comparações entre os crimes e, portanto, entre as punições. Isto porque preservar o equilíbrio de supostas vantagens não parece uma boa razão para invocar o Estado e, ademais, é obscuro afirmar que a injusta vantagem adquirida pode ser eliminada ou cancelada pela punição (*Ibid.*, p. 7-8).

1.2.1 A censura como razão primordial

Hirsch se insere em uma tradição que assume que a conduta a ser definida como crime deve ser, em certo sentido, repreensível. Assim, como ele mesmo descreve, qualquer teoria da punição baseada no mérito (*desert-based*), ou baseada na censura (*censure-based*), como a sua, defendem uma consideração da sanção criminal que trate o ofensor como alguém que fez algo errado. Entretanto, afasta-se do retributivismo clássico ao considerar que a instituição da punição tem tanto características reprobatórias quanto preventivas (*Ibid.*, p. 6 e 9).

Para melhor situar a sua concepção acerca do caráter próprio das prescrições criminais e, portanto, da punição, trata de afastá-la de duas proposições: a primeira

delas afirma que o direito penal, diferentemente de outras esferas legais, existe para o fim de punir as pessoas por suas condutas moralmente erradas; a segunda vê o direito penal como apenas outra ferramenta regulatória do Estado para desincentivar certas condutas, a ser utilizada para criar razões prudenciais mais fortes para que se cumpra a lei, quando outras formas de sanção conduzem a uma dissuasão insuficiente para tal fim (SIMESTER e HIRSCH, 2011, p. 1-2).

Propõe, juntamente com A. P. Simester, algo que está em algum lugar entre ambas as posições, ao admitir que o direito penal é uma ferramenta regulatória para influenciar o comportamento, mas que se distingue das outras ferramentas em razão do seu significado social, da sua função comunicativa distinta que não possuem as leis civis, da sua *voz moral* presente nos seu denominados três estágios de operação (criminalização, condenação e punição):

O ato de criminalização em si constitui uma declaração que designa que a conduta é, na opinião do Estado, errada e não deveria ser feita. *Ex post*, a condenação e a punição também expressam desaprovação. D é identificado como um tipo particular de criminoso (um ‘assassino’, ‘fraudador’, etc), uma identificação que transmite uma declaração pública de incorreção moral culpável. (...) A simples identificação de um réu como ‘criminoso’ importa toda a ressonância e o significado social do termo – muito diferente de chamá-lo publicamente de ‘infrator da lei’ (*tortfeasor*) (!) (...) A punição, por sua vez, é imposta com a censura como um aspecto integral. Ela responde ao fato de que o réu fez algo errado (*Ibid.*, p. 5).

Essa distinção de caráter, para os autores, está ligada ao fato de que a associação do direito penal com ofensas tais como assassinato, estupro, roubo e semelhantes “tende a sustentar a ressonância moral do direito penal no imaginário público” (*Ibid.*, p. 7), tornando-a uma ferramenta regulatória moralmente carregada (*Ibid.*, p. 11).

Defendem que, embora o ato estatal da criminalização de uma conduta seja certamente coercitivo, pois estabelece não um mero conselho, mas uma ameaça de consequências desprazerosas para quem empreendê-la, se trata de uma *coerção racional*, que apela à agência responsável do sujeito, oferecendo-lhe razões para agir, as quais ele pode escolher ignorar. Tal modelo de coerção funciona como um arquétipo, que não apenas é uma forma possível de coerção legal, mas um tipo ideal

que contém as características que podem fazer a criminalização moralmente legítima (*Ibid.*, p. 7).

Assim, nesta *coerção racional* realizada pela criminalização, declara-se publicamente que condutas específicas são erradas e que as pessoas deveriam abster-se de realizá-las em virtude do seu caráter moralmente errado. A censura incorporada na sanção prescrita tem um papel central a cumprir como um apelo moral público (*Ibid.*, p.11), que deve “apelar ao senso de conduta moral das pessoas como uma razão para desistência” (HIRSCH, 1993, p.11). É uma forma de regulação, portanto, que precisa ser justificada nos seus próprios termos.

Diferentemente de outras coerções legais, o direito penal e as sanções penais por ela autorizadas, como uma multa, transmitem culpa (*blame*) – dado o papel da censura de comunicação moral crítica aos perpetradores de fato ou potenciais das condutas definidas como crime. Segundo os autores, outras instituições, embora também imponham privações materiais, são neutras quanto à moralidade das condutas, como um imposto desincentivador – que oferece apenas razões prudenciais para que as pessoas se abstenham de dar curso a certas condutas, podendo ainda ser justificado como um meio de corrigir externalidades nos preços dos bens – e sanções civis (*torts*), embora essas também sejam frequentemente justificadas moralmente (SIMESTER e HIRSCH, 2011, p. 12).

Buscando não apenas enfatizar que a sua consideração do direito penal é uma leitura adequada da sua ressonância moral no imaginário público, para defender o caráter normativo da noção de que a pena *deve* transmitir censura, Hirsch argumenta que a capacidade de responder a atos errados pela reprovação ou censura é simplesmente parte de uma moralidade que mantém as pessoas responsáveis por suas condutas². Ele aponta, ainda, para certas funções morais positivas da culpa (*blaming*): (a) a censura visa a vítima – mediante direta desaprovação à pessoa responsável, a censura faz reconhecer que a dor da vítima ocorreu pela falha de um outro; (b) visa ao perpetrador do ato – a ele é transmitida uma certa mensagem a respeito da sua conduta errada, de que ele culpavelmente (*culpably*) prejudicou alguém, e ele é desaprovado por isso, e essa comunicação de julgamento e

² Esse argumento utilizado por Hirsch é de P. F. Strawson, presente em “*Freedom and Resentment*” (1974).

sentimento é a essência do discurso moral entre agentes racionais (HIRSCH, 1993, p.10); (c) dá ao agente a oportunidade para então responder/reagir (*responding*), – sem dúvidas, embora nessa concepção a pena não seja imposta *para o fim de* oportunizar ao condenado dar uma resposta, é esperada uma resposta moral de sua parte, seja um esforço de maior autocontrole ou uma expressão de preocupação ou reconhecimento do caráter errado da conduta (SIMESTER e HIRSCH, 2011, p.12).

Sanções neutras, que contenham apenas um caráter de ameaça, sem a incorporação da censura – mesmo se não fossem menos efetivas para desencorajar o comportamento –, negam o *status* da pessoa como um agente capaz de entendimento moral, tratando-as como tigres poderiam ser tratados em um circo – seres que precisam ser contidos, intimidados ou condicionados à complacência pois não são capazes de entender por que morder pessoas é errado (HIRSCH, 1993, p.11). A criminalização, e a subsequente imposição de sanções penais carregadas de censura, fala, pois, “diretamente com sujeitos-cidadãos em claros termos morais, tratando-os como agentes capazes de reflexão moral” (SIMESTER e HIRSCH, 2011, p. 12).

1.2.2 A prevenção como razão adicional

Para justificar que a sanção criminal não pode se dar em termos puramente simbólicos e que, portanto, necessita do uso de tratamento severo, o autor crê ser difícil argumentar que intrusões como a privação de liberdade ou de propriedade tenham a mera função de mostrar que a desaprovação do Estado é seriamente pretendida, uma vez que são onerosas demais para servir apenas a dar credibilidade à censura (*Ibid.*, p. 12).

Propõe Hirsch, então, que o tratamento severo só pode ser justificado em razão da função estritamente preventiva da sanção. Sustenta que uma certa concepção de natureza humana, e de razões para a ação, subjaz a essa consideração: a falibilidade humana exige que a prevenção cumpra seu papel de razão prudencial, suplementar, para a desistência de condutas danosas reprováveis. Embora os seres humanos sejam assumidos como agentes morais, capazes de levar a sério a mensagem transmitida por meio da sanção – de que a conduta é repreensível – e se guiar por ela, são, no entanto, falíveis, e sujeitos à instintos e inclinações – como inveja, agressividade, entre outros – que levam à tentação (*Ibid.*, p.15). Assim, a

função do desincentivo exercida pela ameaça de tratamento severo é fornecer uma razão prudencial para que se resista à tentação (HIRSCH, 1993, p. 13)

Trata-se de uma justificação de duas pontas: a função preventiva oferece uma razão prudencial que está atada à razão normativa transmitida pela censura penal e a suplementa. Em tal estrutura da justificação para a punição, entretanto, a função de transmissão de culpa (*blaming*) tem primazia. A função preventiva, assim, opera apenas em um quadro delimitado pela censura (*Ibid.*, p. 14). Simester e Hirsch assim explicam essa correlação:

A dissuasão, nessa consideração, não fica sozinha. A proibição transmite desaprovação moral – embutida no caráter censurador da sanção e no compromisso de impor uma punição *justificada* – enquanto que o seu modo de expressão contém um desincentivo prudencial (...) Uma medida penal estabelece que um tipo de conduta específico é punível por certas consequências onerosas. Essas consequências ambas constituem o tratamento severo e expressam a censura e o seu grau (SIMESTER e HIRSCH, 2011, p. 15).

Uma vez, então, que as proibições e as punições envolvem apelo moral que não pode ser reduzido a um mero desincentivo e que a sanção criminal tem características que parecem claramente orientadas a induzir as pessoas a obedecer, a direção de análise mais plausível é oferecer princípios que acomodem ambos valores deontológico e consequencialista (*Ibid.*, p. 18).

1.3 O que torna uma conduta errada e, portanto, censurável?

A noção de conduta moralmente errada (*wrongdoing*) exerce um papel importante na abordagem teórica de Hirsch sobre a justificação para a punição e, subsequentemente, sobre a proporcionalidade das penas. Por isso, é pertinente tentar esclarecer, ainda que resumidamente, o que significa o caráter errado de uma conduta e de que forma esta característica pode justificar a criminalização.

Como se verá, alguns sinais dessa resposta já estavam presentes em *Censure and Sanction* (1993), pois aí Hirsch propõe critérios para se definir a gravidade comparativa entre as condutas definidas como crimes, deixando transparecer que adota, como um legítimo liberal, uma certa versão do princípio do dano, consagrado inicialmente por John Stuart Mill no clássico *On Liberty* (1859), obra que inaugura

um debate de muitos frutos na teoria política liberal, especialmente aquela que tem por objeto o direito de punir.

Todavia, uma melhor formulação da sua interpretação do princípio do dano e a sua conexão com a noção de conduta moralmente errada são mais profundamente tratadas posteriormente em *Crimes, Harms and Wrongs* (2011). Nesta obra, são trazidos alguns pontos de partida relevantes, como aquele referente à concepção de Estado pressuposta pela teoria:

Existem razões positivas, pensamos, que apoiam o envolvimento do Estado na regulação legal mais geralmente, por meio do direito civil e criminal. Elas se referem às principais razões para a existência do Estado, como uma instituição que ajuda a assegurar e melhorar a vida dos seus cidadãos (...) gerando bens públicos como educação, estradas, hospitais e similares (...) estabelecendo certas regras básicas de participação, ou termos de interação, entre cidadãos (...) facilitando a coexistência pacífica entre cidadãos, e salvaguardar os meios básicos pelos quais os cidadãos podem viver boas vidas (SIMESTER e HIRSCH, 2011, p. 17).

Os autores sublinham, todavia, que embora o Estado seja um ator instrumental e não uma instituição moralizante *per se* e o direito seja uma instituição social que envolve o exercício do poder estatal, devendo ter objetivos pragmáticos preocupados com o bem-estar dos cidadãos, tais instituições exigem justificações morais (*Ibid.*, p. 18). Assim, e uma vez que toda coerção a outros, mormente aquelas que envolvem tratamento severo, deve ser justificada por boas razões, quando o Estado identifica condutas como erradas, e identifica aqueles que condena como “malfeitores” (*wrongdoers*) culpáveis, deveria fazê-lo acertadamente (*Ibid.*, p. 19). Por isso, as pessoas têm “um direito moral de não ser censuradas falsamente como criminosas, um direito que é violado quando alguém é condenado e punido como um criminoso sem ter realizado uma conduta culpável moralmente errada” (*Ibid.*, p.20). Propõem, assim, que o fato de que a conduta seja moralmente errada é condição necessária para justificar a sua criminalização (*Ibid.*, p. 21-29).

Os autores não parecem contudo oferecer um critério geral para determinar tal caráter moralmente errado. Afirmam, por exemplo, que fazer algo moralmente errado é “fazer algo que, considerando-se todos os aspectos, não deveria ter feito” (*Ibid.*, p. 23). Explicam, de outro modo, que as atividades podem ser moralmente erradas por

diferentes tipos de razões: algumas delas são erradas em razão do dano que produzem – como o assassinato ou o furto –, outras são erradas porque envolvem tratar outros com falta de respeito ou consideração (*Ibid.*, p. 92-104) – ofensas de modo geral – e outras delas são erradas independentemente dos danos que diretamente causam – como a chantagem, o falso testemunho ou a *battery*³ (*Ibid.*, p. 20-21 e 25).

Entretanto, uma vez que o Estado é concebido como um ator instrumental que existe para o fim de promover o bem-estar dos seus sujeitos, não pode estar interessado em regular condutas que não afetem as vidas das pessoas; o ponto de partida para a criminalização, então, é a vida das pessoas, e não o caráter errado das suas condutas, embora este seja indispensável (*Ibid.*, p. 30) É estabelecida, portanto, outra condição necessária para a criminalização: a conduta prescrita deve envolver algum tipo de dano ou risco de dano ao bem-estar das pessoas (*Ibid.*, p. 35-52).

Simester e Hirsch propõem, em vez de justificações para a coerção criminal baseadas apenas no dano ou apenas no caráter moralmente errado da conduta⁴, uma “abordagem de dois elementos”, em que o dano (ou o risco de dano) da conduta e o caráter moralmente errado da conduta se limitam reciprocamente. Pode-se, assim, empregar a exigência do caráter errado da conduta para restringir a criminalização de condutas que produzem apenas remotas consequências danosas⁵, pela exigência de que haja uma conduta moralmente errada em si que esteja ligada àquelas consequências danosas finais. Do mesmo modo, pode-se usar a exigência do dano como um meio de restringir, por exemplo, o escopo das proibições de comportamento ofensivo àquelas condutas que não apenas tratem sem respeito a outrem, mas que tenham o potencial de, se se tornarem difundidas, afetar adversamente a existência social e laboral da vítima (caso do racismo) (HIRSCH, 2014, p. 6-7).

³ *Battery* foi definido no *common law* primeiramente como “qualquer toque ilegítimo ou não requerido em uma pessoa por outra, pelo próprio agente ou por uma substância por ele colocada em movimento” (CLARK, William Lawrence; Association, American Bar (1909), *Elementary Law*, p 117-118), embora sua tipificação tenha variações em lugares diferentes.

⁴ A primeira posição é atribuída por Hirsch a Joel Feinberg, enquanto que a segunda ao legalismo moral de Antony Duff e de Michael Moore.

⁵ São aquelas que envolvem riscos não imediatos, que dependem de certos tipos de contingências para produzir danos, tais como a venda de armas ou o induzimento ao suicídio, entre inúmeros outros casos (Simester e Hirsch, 2011, 53-69).

Ainda sim, tais requisitos apontam apenas para um caso *prima facie*, não sendo suficientes para a criminalização. Outras considerações podem contraindicar o uso da ferramenta do direito penal como método apropriado de controle: os desafios práticos de se elaborar uma tipificação de conduta em termos que sejam efetivos e satisfaçam exigências de um Estado democrático de direito; a proibição pode se mostrar um ônus muito grande em termos de liberdade e perda de oportunidades para as pessoas frente a benefícios pouco significativos em termos de proteção do bem-estar; além de outras considerações (SIMESTER e HIRSCH, 2011, p. 189-211).

Há muitas nuances possíveis em torno da discussão sobre o princípio do dano, concernentes aos seus limites e às suas formas de interpretação e aplicação, debatidas amplamente na literatura filosófica, que não serão aqui mencionadas, por fugirem das possibilidades e das finalidades dessa monografia. O objetivo desse capítulo se resumia, apenas, a apresentar brevemente alguns conceitos importantes para a compreensão do postulado da proporcionalidade, cuja pertinência é central para os objetivos aqui propostos. Ademais, o conceito de dano proposto por Hirsch será mencionado no subcapítulo 1.4, sobre a seriedade dos crimes e a severidade das penas, por uma questão de sistematicidade do raciocínio.

1.4 Como punir? Uma defesa da proporcionalidade

Após assumir uma justificativa primordialmente reprovativa da existência da punição, o autor passa à segunda parte do argumento, que dirá respeito à pergunta “quanto punir?”. A síntese do seu raciocínio que conduz à norma da proporcionalidade é a seguinte: “se a censura transmite culpa (*blame*), a sua quantidade deveria refletir a seriedade (*blameworthiness*)⁶ da conduta” (HIRSCH, 1993, p. 15).

Esse argumento é composto por três passos (*Ibid.*, p. 15-16):

(a) As sanções de Estado contra condutas prescritas deveriam ter uma forma punitiva; isto é, a imposição de privações de um modo que expresse censura ou culpa (*blame*), uma vez que uma sanção moralmente neutra seria objetável em seus

⁶ O autor usa indistintamente os termos *blameworthiness*, *seriousness* e *gravity* inserindo, por vezes, um termo após o outro entre parênteses. Esse termo será traduzido sempre da mesma forma como “seriedade”.

fundamentos éticos, pois não reconhecera que a conduta é errada e não trataria o ator como um agente moral responsável por seu comportamento.

(b) A severidade de uma sanção expressa o rigor da culpa (*blame*).

(c) Esse passo incorpora a reivindicação de justiça (*fairness*). Sanções punitivas deveriam ser arrumadas de acordo com o grau da seriedade da conduta. Assim, quando pessoas são tratadas de uma maneira que atribui demérito, o seu tratamento deveria refletir o quão sem mérito sua conduta pode razoavelmente ser descrita.

Isto posto, de acordo com o argumento da proporcionalidade, é o grau de reprovação de cada conduta que definirá a severidade comparativa da sua sanção correspondente, e não o critério da prevenção. Desse modo, uma proposta que almejasse aumentar a sanção para um determinado tipo de conduta – para além daquela quantidade que seria proporcional em comparação com as sanções para as condutas de seriedade distinta –, com o intuito de criar um incentivo mais forte contra a sua transgressão, seria objetável porque trataria o ofensor como mais culpado do que a sua conduta justifica (*Ibid.*, p. 17). A partir de tal orientação dada pelo princípio da proporcionalidade, pode-se discutir quais são as penas merecidas (ou seja, as penas justas) para cada crime, de acordo com a sua seriedade.

1.4.1 Proporcionalidade ordinal

A noção de proporcionalidade derivada da noção pressuposta de que a punição expressa censura pode ser analisada em dois sentidos distintos. No primeiro deles se avaliam as punições comparativamente: a proporcionalidade ordinal. Parte-se da já mencionada ideia de que punir um crime mais severamente que outro significa transmitir maior desaprovação àquele e que essa diferença só pode se justificar com base na extensão da diferença entre a seriedade das condutas. Isto estabelecido, pessoas condenadas por crimes de similar seriedade deveriam receber punições de igual severidade; pessoas condenadas por crimes de seriedade diferente deveriam receber punições de severidade correspondente àquela classificação (*Ibid.*, p. 18).

A proporcionalidade ordinal possui três exigências:

(a) paridade: os condenados por crimes de similar seriedade merecem penas de severidade comparável. Isso exige que, uma vez que variações de categoria (majorantes, p.ex.) na seriedade do crime são controladas, o resultado das penas deveria ser de mesmo (ou substancialmente de mesmo) grau de onerosidade.

(b) ordenação por ranking: a punição deveria ser ordenada em uma escala de penas de modo que a sua severidade relativa reflita o ranking de seriedade dos crimes envolvidos (punir o crime A mais do que o crime B expressa maior desaprovação para o crime A).

(c) espaçamento das penas: suponha-se que os crimes A, B e C estão em ordem ascendente de seriedade, em que B é consideravelmente mais sério do que A mas apenas levemente menos sério do que C. Assim, para refletir a gravidade da conduta, deve haver um espaço mais largo entre as penas para A e B do que entre as penas para B e C.

1.4.2 Proporcionalidade cardinal

A proporcionalidade ordinal só é útil, no entanto, quando já há um ponto de partida no qual a escala esteja ancorada. Partindo-se da definição de quão severa deverá ser a pena para crimes de determinada gravidade, pode-se fixar a severidade da pena de crimes com outros níveis de gravidade utilizando-se a proporcionalidade ordinal.

Hirsch admite que a quantidade de desaprovação transmitida pelas sanções penais como ponto de partida – a definição da escala – é uma convenção. Assevera, no entanto, que **nem todas as convenções são igualmente aceitáveis**. Pode “haver limites na severidade das sanções mediante as quais uma dada quantidade de desaprovação pode ser expressa, que constituem os limites da proporcionalidade cardinal ou não-relativa” (*Ibid.*, p. 19).

Ao tratar dos limites da proporcionalidade cardinal, ele observa que, se em determinada escala de penas – que, respeitando a proporcionalidade ordinal, foi definida para refletir a seriedade comparativa dos crimes – os níveis gerais das penas são tão inflados que mesmo os crimes em posição mais baixa no ranking de gravidade são sancionados com o encarceramento, há boas razões para se objetar tal convenção. Para o autor, quando crimes que merecem apenas modesta desaprovação

são sancionados por drásticas intrusões nas liberdades dos condenados, está-se diante de uma injustificável depreciação da importância dos seus direitos. Ao que parece, tal acomodação da escala não se justifica pois as condutas poderiam ser censuradas sem sacrificar profundamente interesses tão valiosos. Assim uma limitação cardinal, em razão desse fundamento, pode ser estabelecida (*Ibid.*, p. 18).

Para Hirsch, respeitadas as restrições da proporcionalidade ordinal e certas restrições da proporcionalidade cardinal, o ancoramento da escala de penas como um todo – a definição dos seus limites inferiores e superiores –, deve levar em consideração a parcimônia: o “sofrimento infligido pelo Estado às pessoas deve se manter em um grau mínimo” (*Ibid.*, p. 45). Para que se defina os limites desse “minimalismo”, entra em cena o papel da prevenção, ainda que uma versão particular dela.

Propõe Hirsch uma “estratégia decremental” (*decremental strategy*), a qual estabelece que a escala como um todo deve se mover em direção a penas mais baixas e menos severas, até o ponto em que uma redução maior resulte em inaceitáveis perdas de prevenção (*Ibid.*, p. 38). Todavia, visto que há uma grande dificuldade em se medir os efeitos marginais na prevenção geral causados por mudanças no grau de severidade (para mais ou para menos) das penas para certos crimes, Hirsch aposta, em lugar de dados empíricos bastante controversos, numa espécie de bom senso para definir os níveis mínimos de desincentivo prudencial:

Como pode a escala de penas ser ancorada nessa visão da prevenção sugerida? Dados indisponíveis – tais como os dados sobre dissuasão requeridos pela visão otimizada [da prevenção] – não são necessários. Deve ser possível, usando-se o bom senso (*common sense*), discutir quais níveis globais de punitividade criariam um conjunto razoável de desincentivos suportados por um sistema baseado na censura. Nessa conexão, seria apropriado comparar esses níveis de sanção com outros revezes e *hard knocks* normais que as pessoas recebem em suas vidas cotidianas (*Ibid.*, p. 43).

A razão que aponta para esse “decrementalismo” está conectada à presunção de que a prevenção é concebida como um desincentivo prudencial/pragmático apenas suplementar, devendo portanto ser realizada por meio de níveis modestos de sanção (*Ibid.*, p. 45). Se os níveis de ameaça – que visam à prudência das pessoas – forem

muito devastadores, as razões morais expressas mediante as características de censura da sanção deixam de ser relevantes (*Ibid.*, p. 42). Segundo o autor, essa concepção de prevenção está ligada à noção de cidadania responsável, em que as pessoas “reconheceriam seu dever de não ofender; entenderiam que às vezes, contudo, estariam tentadas [a ofender]; e optariam por uma escala de penas moderadas, suficientes para fazer uma pessoa normalmente falível reconsiderar antes de ofender” (*Ibid.*, p. 43).

Para implementar a estratégia do decrementalismo, Hirsch sugere que se deve tomar como ponto de partida o níveis de severidade atuais, que seriam aqueles “compatíveis com as capacidades e as práticas penais existentes, mas com as penas reordenadas para refletir a seriedade das ofensas” (*Ibid.*, p.45). A partir dessa base, as penas como um todo deveriam ser reduzidas até o ponto em que os seus níveis de severidade, se mais diminuídos, deixem de representar desincentivos pragmáticos relevantes para cidadãos responsáveis falíveis, mas capazes de apreciar a mensagem implícita de desaprovação inscrita na sanção criminal.

É relevante notar que embora o autor entenda que “a capacidade do sistema penal é uma questão política que deveria depender do modo como a escala de penas deveria ser ancorada, e não *vice versa*” (*Ibid.*, p. 40) e, assim, “não pode ser uma resposta por princípio à questão do ancoramento” (*Ibid.*, p. 39), ele parece admitir ao menos que a capacidade dos estabelecimentos prisionais existentes deve servir como um ponto de partida, ou seja, como um limite material acima do qual a escala não pode ser ancorada e “servir como um caminho para evitar aumentos, e fornecer um incentivo para uma discussão mais realista das penas” (*Ibid.*, p. 40).

Admitidamente, tal estratégia do decrementalismo é uma solução imprecisa, que constitui um ideal a ser perseguido, sendo sua maior ou menor eficácia dependente dos limites das práticas políticas, do perfil do eleitorado e das maiores ou menores ocorrências de crimes (ou da maior ou menor percepção das ocorrências) em cada região.

Outra consideração importante relacionada às restrições ao caráter da pena é defendida por Andrew Von Hirsch juntamente com Uma Narayan. Eles asseveram que a severidade comparativa não é a única dimensão segundo a qual as punições podem ser avaliadas eticamente. Outras objeções morais podem ser levadas em

consideração, relacionadas a um forte pressuposto da abordagem da punição como censura: de que os seres humanos devem ser tratados como capazes de reflexão moral, característica na qual reside a sua dignidade. Assim, propõem que “a sanção é objetável, inobstante, segundo fundamentos ulteriores relacionados ao seu caráter extraordinariamente humilhante” (HIRSCH e NARAYAN, 1993, p. 81). Sublinham, ainda, os autores que censurar é diferente de humilhar:

A censura pode tornar alguém envergonhado pelo que fez, pois a vergonha é um sentimento que um agente moral pode (na verdade, deve) sentir quando a *wrongfulness* do seu comportamento foi trazida à sua atenção. A degradação é algo muito diferente: é ser tratado como algo menor que uma pessoa, e ser tratado de modo a fazer sentir-se assim. Na verdade, o tratamento degradante interfere em qualquer resposta moral legítima que a pessoa censurada pode dar. Quanto mais o ofensor é tratado de um modo degradante, mais ele se sentirá demandado simplesmente pelo que está sendo feito consigo (...) O sentimento vem não da aceitação do julgamento social da censura, mas simplesmente do fato de que estão sendo tratados como seres inferiores (*Ibid.*, p. 82).

Propõem, então, que a punição deve ser do tipo que pode ser suportada com autodomínio por pessoas de razoável fortaleza (*fortitude*), não podendo envolver medidas desumanizantes, ou seja, “aquelas que são efetiva ou potencialmente destrutivas para a personalidade do ofensor (...) intervenções que destroem a (ou interferem substancialmente na) habilidade das pessoas condenadas de se comportarem como um ser humano capaz de sentimento, reflexão e escolha; pela indução de estados de extremo terror, depressão, e outros” (*Ibid.*, p. 83).

No que concerne à pena de prisão, escrevem os autores que:

a privação de movimento deveria ser a principal privação penal pretendida – que, sendo severa (e assim cabível apenas para crimes severos), tal privação *per se* pode ser suportada com um grau de autodomínio (...) o conteúdo penal pretendido não deveria incluir várias rotinas auxiliares na prisão que elevam potenciais problemas de serem desumanizantes ou degradantes (...) A prisão deveria servir (...) apenas para endossar aquela privação – de liberdade – a qual pensamos que pode ser decentemente imposta, e não para autorizar todos os tipos de imposições adicionais cuja aceitabilidade moral está em dúvida (*Ibid.*, p. 84).

Sob esses fundamentos, prescrevem, por exemplo, que seria inapropriada a previsão do confinamento solitário como a punição para certos crimes, inclusive para punição de faltas ou outros crimes cometidos durante a pena de privação de liberdade.

1.5 Definindo a seriedade dos crimes e a severidade das penas

As postulações normativas da justificação geral da punição e da definição de um princípio norteador para quantificação das penas até aqui consideradas já constituem, por si só, importantes referenciais críticos. Entretanto, para a realização dos objetivos desse trabalho, é necessário se debruçar sobre os critérios pelos quais se pode definir o grau de seriedade de um crime e, principalmente, de severidade de uma pena.

1.5.1 Critérios para medição da seriedade de um crime

É comum que as pessoas façam comparações entre a gravidade das condutas tipificadas como crime (e mesmo entre as não tipificadas) e não raramente cheguem a conclusões mais ou menos consensuais e que, de modo geral, parecem justas. A maioria das pessoas concorda que um homicídio é mais grave que um roubo, que um roubo é mais grave que um furto, e etc. Inobstante, ainda que tais opiniões se originem de um certo senso de justiça intuitivo, não são estabelecidas a partir de critérios explícitos e mais rigorosos, a partir dos quais se possa definir soluções em casos nebulosos.

Para se estabelecer tais critérios, é necessário uma abordagem que estipule quais são os aspectos relevantes a serem protegidos e censurados pela sanção penal. Assim, a conduta de alguém que afete negativamente um ou mais desses aspectos pode ser avaliada em termos de gravidade. Hirsch propõe, assim como outras teorias do dano na tradição liberal o fazem, que a “seriedade de um crime depende do grau de dano da conduta, e da extensão da culpabilidade do agente” (*Ibid.*, p. 29). Quanto à culpabilidade, refere que ela

exige consideração do quanto, e em quais limites, as consequências danosas do ato podem justamente ser atribuídas ao agente. A questão, aqui, não é apenas da previsibilidade das consequências, mas de uma oportunidade do agente de estimá-las (...) Quanto mais inusuais as consequências são, mais

difícil pode ser para ele compreender e ter empatia com o seu impacto na vida da vítima (*Ibid.*, p.78).

No empreendimento teórico de Hirsch em *Censure and Sanction* não há uma contribuição mais aprofundada para o extenso debate sobre o conceito de culpabilidade. Ele sinaliza que a doutrina penal e a própria legislação, de modo geral, já oferecem critérios que podem indicar bons parâmetros para o desenvolvimento teórico da questão. Ocupa-se mais detidamente, pois, de sua concepção de dano propriamente dita.

Nesse ponto, sua concepção de dano se diferencia um pouco daquelas dos dois mais importantes artífices desse princípio, John Stuart Mill e Joel Feinberg. Segundo Hirsch, Mill não oferece uma resposta clara para saber o que conta como “dano a outros”⁷, enquanto que na formulação do princípio do dano de Feinberg, em que se propõe que o “dano envolve um obstáculo (*setback*) aos interesses de alguém” (FEINBERG, 1984, p. 33-37), não fica bem definido o significado do termo “interesses”, senão que envolve ter uma “aposta” (*stake*) em algo (SIMESTER e HIRSCH, 2011, p. 36 e HIRSCH, 2014, p. 5)

Hirsch e Simester, então, embora abracem a formulação do princípio de Feinberg, dão um passo adiante definindo que interesses constituem “recursos sobre os quais as pessoas têm uma reivindicação normativa” (HIRSCH, 2014, p. 5). Um recurso é definido como um ativo (*asset*) ou uma capacitação da pessoa, que (a) tende a subsistir por um longo prazo, (b) tem uma dimensão objetiva, podendo ser afetado sem que a pessoa esteja necessariamente ciente disso e (c) tipicamente afeta ou é capaz de afetar a qualidade de vida das pessoas, as oportunidades que elas têm para o bem-estar (SIMESTER e HIRSCH, 2011, p. 37).

É digno de destaque que os autores tomam emprestados explicitamente o conceito de *bens primários* de John Rawls e o conceito de *capacitação* de Amartya Sen para definir a noção de *recursos*. Os primeiros, os bens primários, na forma de ativos, podem ser invocados para se referir, por exemplo, aos interesses de

⁷ A formulação completa de Mill é articulada da seguinte forma: “O princípio é que o único fim pelo qual a humanidade está justificada a interferir, individualmente ou coletivamente, na liberdade de ação de qualquer de seus membros é a autoproteção. O único propósito pelo qual o poder pode legitimamente ser exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é para prevenir dano a outros. O seu próprio bem, seja psíquico ou moral, não é uma justificativa suficiente” (Mill, 1856, p.13).

propriedade das pessoas que o direito penal deve proteger. As capacitações, por outro lado, são afetadas quando há uma debilitação de uma habilidade para fazer certas coisas (o que ocorre, por exemplo, quando capacidades físicas são afetadas) (HIRSCH, 2014, p. 5) Ambos os tipos de recursos (que podem ser materiais ou não materiais) afetam o padrão de vida de uma pessoa, pois com a sua restrição diminuem-se as oportunidades para se alcançar uma certa qualidade de vida.

O uso do conceito de bens primários empreendido pelos autores parece bastante restrito, se comparado com aquele formulado por Rawls em sua Teoria da Justiça, em que eles são concebidos como “direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza, e as bases sociais do autorrespeito” (Rawls, 1999, p. 60-65).

Ademais, a noção mais central empregada pelos autores parece ser a de recurso como *capacitação*. É importante notar que Sen concebe as capacitações não apenas como recursos que afetam o padrão de vida, mas como refletindo “a liberdade das pessoas de escolher entre vidas alternativas” (SEN, 1995, p. 83). Ter certas capacitações, portanto, não significa necessariamente fazer uso de todas elas, do seu *funcionamento* (*functioning*), pois

(...) uma pessoa pode ter a mesma capacitação de uma outra pessoa, mas todavia escolher um diferente pacote de funcionamentos de acordo com os seus objetivos particulares (...) duas pessoas com as mesmas capacitações de fato e mesmo os mesmos objetivos podem terminar com diferentes resultados em razão das diferenças nas estratégias ou táticas que elas seguem respectivamente no uso de suas liberdades (Ibid., p. 82).

Hirsch argumenta que uma abordagem baseada em recursos entendidos dessa forma (como capacitações e ativos) tem a vantagem de enfatizar os valores da liberdade e da autodeterminação; as pessoas mantêm uma margem substancial para decidir como usar os recursos protegidos pelo direito penal, para então levar adiante o seu modo preferido de vida (HIRSCH, 2014, p. 6)

Sen, inobstante ofereça exemplos de capacitações que são geralmente necessárias para que se atinja uma vida com qualidade, não elenca propriamente um grupo específico de capacitações essenciais cujo desenvolvimento e proteção caberia ao Estado. A filósofa Martha C. Nussbaum, que parte do mesmo aparato teórico das capacitações proposto por Sen, fala de um conjunto de dez capacitações centrais que

“uma ordem política decente deveria assegurar a todos os cidadãos ao menos em um certo limiar”, entre as quais se incluem a vida, a saúde corporal, a integridade corporal, os sentidos, imaginação e pensamento, as emoções, a razão prática, a afiliação, a diversão, o controle sobre o próprio desenvolvimento político e material, o convívio com outras espécies (NUSSBAUM, 2011, p. 34). Essa lista mais exaustiva parece apontar para aquelas capacitações cujo funcionamento é sempre ou quase sempre necessário para se realizar os diversos planos de vida que as pessoas podem almejar construir, o que indica que devem ser especialmente valoradas pela proteção do direito penal.

Ao adotar o conceito de padrão de vida de Sen como base, Hirsch propõe, então, uma técnica de ranqueamento que leve em consideração os variados tipos de “dimensões de interesse” que as ofensas tipicamente envolvem, que estão ligadas a recursos materiais (moradia e recursos financeiros) e não-materiais (boa saúde, privacidade, entre outros). Após identificarem-se os interesses (recursos) envolvidos em um dado tipo de ofensa, a importância de cada um é julgada pela avaliação do seu significado normal (ordinário) para o padrão de vida de uma pessoa (HIRSCH, 1993, p. 31-32).

Propõe o autor que a maioria das ofensas envolvem uma ou mais das dimensões de interesse (a) integridade física; (b) suporte material e conforto material (*amenity*); (c) ausência de humilhação (*freedom of humiliation*), e (d) privacidade. Para determinar o alcance do dano da conduta, o critério do padrão de vida é aplicado a cada dimensão, sucessivamente. Assim, em uma dada conduta, é avaliado em quais dimensões de interesse há dano e o quanto esse dano tipicamente afeta o padrão de vida de uma pessoa. Para auxiliar a análise do alcance do dano da conduta, mormente na hipótese de se comparar a gravidade entre condutas que infringem danos às mesmas dimensões de interesse, ele sugere que é possível classificar os níveis de padrão de vida em quatro: (a) subsistência – em que há sobrevivência porém apenas com a manutenção de capacidades humanas elementares para o funcionamento – (b) bem-estar mínimo; (c) bem-estar 'adequado' e (d) bem-estar 'elevado'. Como exemplo da utilidade dessa classificação, aponta o autor, pode-se pensar que uma agressão grave (*aggravated assault*) ameaça a subsistência, e portanto é substancialmente mais

danosa que um furto (*theft*) de um tipo que deixa a vítima com um nível ainda 'adequado' de conforto e dignidade (*Ibid.*, 31-32).

Sublinha Hirsch, no entanto, que o conceito de padrão de vida se refere a meios e capacitações *padronizados* para uma boa vida (ou seja, que ordinariamente promovem uma boa vida), e não à qualidade de vida de pessoas particulares, podendo ser feitos desvios de tal padrão em circunstâncias em que as diferenças do caso ordinário estejam bem demarcadas (*Ibid.*, p. 32). Essa consideração é pertinente, pois o direito penal deve operar por meio de proibições gerais grossas (*coarse-grained*), que devem ter caráter de regras de aplicação geral, as quais não podem se adequar muito a variações nos objetivos centrais de cada indivíduo (HIRSCH, 2014, p. 6).

Cabe destacar, ainda, certas considerações sobre a justificação para se conceber a existência e a seriedade de certos casos especiais de danos vitimizadores. Simester e Hirsch explicam que há condutas que causam danos que podem ser indiretos a vítimas e que não são necessariamente identificáveis. O ato de sonegar impostos é danoso diretamente, embora não haja uma vítima específica, pois faz com que o agente efetivamente retire recursos dos outros cidadãos (e não simplesmente do Estado). Já os casos de ataques à integridade da moeda nacional, ao sistema de justiça e ao regime de propriedade também são errados, ainda que por afetação indireta de recursos, pois esses são regimes que existem para o benefício de todos. Nesses casos, há uma debilitação de sistemas que coordenam a atividade econômica, ou a atividade de interpretação e aplicação equânime de regras, de uma nação, o que pode privar as pessoas de muitas oportunidades para o bem-estar social e pessoal (SIMESTER e HIRSCH, 2011, p. 38).

Ao tratar especialmente do regime de propriedade, asseveram os autores que a sua proteção não é um fim em si mesmo (pois não se trata a propriedade de bens de um direito moral “pré-legal”) e deve ser valorada com referência a outros valores: o de “facilitar a criação de formas de bem-estar e florescimento humano que se tornariam inalcançáveis se essa instituição fosse perdida” – ainda que a forma particular de cada regime seja imperfeita. Assumindo-se, pois, que o regime de propriedade é um bem público – pressupondo-se a existência de mínimos padrões de justa distribuição da propriedade – chega-se à conclusão de que a proibição de condutas contra a propriedade, além de proteger perdas particulares sofridas pelas

pessoas, salvaguarda a “expectativa de estar apto a melhorar suas vidas pela realização de transições de propriedade no futuro”, pois a difundida violação desses direitos poderia ao fim e ao cabo danificar a operação do regime em si (*Ibid.*, p. 40-43).

Os autores não oferecem contudo, uma consideração mais precisa sobre o quanto é agregado no conteúdo da seriedade comparativa de uma conduta o fato de ela violar, além dos recursos da vítima diretamente afetada, o funcionamento de um regime como um todo (de propriedade, financeiro, de justiça, etc.). Ademais, pode-se indagar: o quanto essa agregação à seriedade da conduta, que acarreta elevação do crime no ranking como um todo da escala de gravidade comparativa (e, portanto, da severidade das sanções a ele correspondentes), deve ser mitigada ou agravada a depender dos “padrões de justa distribuição da propriedade” em cada sociedade? Esse questionamento não será levado adiante nesse trabalho, mas a busca de alguma resposta é certamente pertinente para decidir-se a justa proporcionalidade entre os crimes e as penas em cada contexto.

1.5.2 Critérios para medição da severidade das punições

A definição de elementos para se avaliar a severidade de uma punição é de especial importância para o presente trabalho. Uma vez definidos, podem ser utilizados como critério de avaliação e correção do estado de coisas do cumprimento de penas no Brasil, bem como para ajudar a orientar a definição de soluções justas para as demandas por reparação de danos provocados por essas circunstâncias.

Andrew Von Hirsch se propõe, em *Censure and Sanction*, a dar um tratamento teórico tanto para as sanções criminais de prisão quanto para as sanções criminais que envolvem outras restrições na vida dos condenados, como a obrigação de prestar serviços à comunidade ou de estar sob supervisão de um agente estatal. Assim, pretende poder avaliar o grau de severidade de uma sanção criminal tendo em vista esse amplo leque de penas que podem expressar reprovação.

Uma vez que a punição deve apelar às suas duas funções (transmitir censura e ser efetiva como um desincentivo prático), deve ser desprazerosa, para ser apta a chamar a atenção da pessoa cuja conduta está sendo censurada e servir como

desincentivo. Entretanto, sublinha o autor, isso não significa que a medida da severidade deve ser subjetiva (HIRSCH, 1993, p. 34).

Ao tratar desse ponto, o autor se contrapõe à ideia de que uma sensação identificável, como desprazer, deve ser utilizada como parâmetro para definir a severidade de uma punição. Defende que “[O] que faz a punição mais ou menos onerosa (...) é o grau no qual essas sanções interferem nos interesses que as pessoas valoram”, interesses que “ordinariamente importam para uma vida tolerável”. Assim, propõe uma abordagem que pousa em uma análise de interesses, semelhante à utilizada para definir a gravidade dos crimes. Define, então, que quanto mais importantes são os interesses invadidos pela pena – levando-se em consideração como eles tipicamente influenciam o padrão de vida de uma pessoa (novamente usando o conceito de Amartya Sen) – mais severa ela será (*Ibid.*, p. 33-34).

Assevera, contudo, que aplicar a ideia do padrão de vida às penas requer algumas modificações: os principais interesses afetados pelos crimes (integridade física e conforto material, por exemplo) são frequentemente diferentes daqueles afetados pelas penas. Interesses como a liberdade de movimento, de privacidade, de estar no comando da sua própria vida, a possibilidade/habilidade de trabalhar (*earning ability*) se tornam mais salientes em sanções tais como encarceramento, prisão domiciliar e liberdade vigiada sob intensa supervisão. Em razão desses critérios, portanto, a pena de prisão se qualifica como uma pena severa porque os interesses de liberdade de movimento e privacidade que ela retira são normalmente muito vitais para uma boa vida (*Ibid.*, p. 35).

Nesse último ponto, a descrição do autor é fiel a condições “normais”, geralmente aquelas definidas por lei como as privações que podem ser impostas aos condenados nas mais diversas penas. Como se verá, no entanto, as penas privativas de liberdade que expõem os apenados a condições degradantes, ocorrência frequente no Brasil, tendem a afetar recursos muitas vezes semelhantes àqueles afetados por certos tipos de crimes, como a integridade física.

2. A PENA NO BRASIL: REPROVAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

2.1 A relevância de uma análise dos “rastros” da reprovação e da proporcionalidade entre seriedade do crime e a severidade da pena na legislação penal brasileira

A partir de parâmetros definidos por uma teoria normativa da punição, possibilita-se uma abordagem crítica importante das instituições penais postas e suas práticas. Uma abordagem desse tipo, que avalia a justiça das instituições mediante a investigação dos seus fundamentos (e mesmo das suas consequências), trata-se, ao fim e ao cabo, de um exercício de filosofia política. Afinal, busca-se saber quais razões conferem ao Estado legitimidade para impor limitações tão severas a interesses que as pessoas normalmente dão muito valor – como a liberdade e a privacidade –, em que circunstâncias (o que torna uma conduta punível?) e em que medida (como e quanto uma conduta pode ser punida?) tais limitações são justificadas.

Esse ponto de vista de análise é, por si só, bastante pertinente, pois fornece argumentos valiosos para o debate público nos diversos espaços da sociedade civil, e para a deliberação política propriamente dita (mormente nas casas legislativas), por meio dos quais podem ser viabilizadas reformas e mudanças mais profundas nas instituições.

Nada obstante, e embora não seja uma condição necessária para que se avalie as instituições por meio das lentes da filosofia política, é relevante observar de que modo as instituições penais brasileiras respondem às questões “para que punir?” e “como punir?”. Após essa breve investigação, será possível vislumbrar quais aspectos da proposição normativa de Andrew Von Hirsch já estão presentes na estrutura legal punitiva brasileira, os quais podem constituir “âncoras” suficientemente seguras para se avaliar as condições de cumprimento das penas no Brasil e as soluções para reparação de danos por elas causados, de modo que a hipótese defendida tenha também certa relevância jurídica.

2.2 O código penal de 1940 e a reforma da Parte Geral de 1984

Para definir as respostas a essas e outras perguntas – sobre a finalidade, as formas da pena, etc. –, a legislação penal brasileira sentiu a influência de teorias

diversas ao longo do tempo, as quais não são totalmente harmônicas entre si. Esse fenômeno, comum à maior parte das instituições concebidas no seio de Estados democráticos – e mesmo em ambientes não tão democráticos –, se dá em razão da pluralidade de interesses e ideais defendidos na esfera pública. Assim, diante de disputas políticas e teóricas e de anseios populares antagônicos, resultam instituições que dificilmente se aproximam de um modelo teórico “puro”.

No caso da instituição da punição, tal fenômeno é bastante presente. Embora o desenvolvimento do direito penal brasileiro ao longo do tempo não represente necessariamente uma caminhada linear em direção a uma estrutura mais justa e menos cruel, pode-se notar que, sobretudo a partir da grande reforma legislativa de 1984, ganhou destaque, ainda que limitadamente, a noção da proporcionalidade entre a conduta tipificada e a pena prevista para sua sanção.

Será dado destaque nesse trabalho, pois, às modificações recebidas pelo sistema punitivo brasileiro a partir da profunda reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984. Por meio da análise dessas mudanças, se objetiva interrogar qual o papel normativo da censura ou reprovação nesse sistema e em que medida tal função – e razão de punir – institui a exigência da proporcionalidade entre a gravidade dos crimes e a severidade das sanções, em termos ordinais e cardinais.

Segundo Francisco de Assis Toledo, penalista que presidiu a Comissão instituída pelo Ministério da Justiça para elaboração de anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal que viria a ser aprovada em 1984, o Código Penal de 1940, antes da redação modificada pela reforma, era “um estatuto de caráter nitidamente repressivo, construído sobre a crença da necessidade e suficiência da pena privativa da liberdade para o controle do fenômeno do crime” (ASSIS TOLEDO, 1994, p. 64). Sobre a execução das penas no período de vigência da redação original do estatuto, aponta que “no interior dos presídios, a superpopulação e a falta de condições mínimas a um tratamento penal adequado transformavam o período de execução da pena em verdadeiro estágio para incremento das tendências delinquentiais” (*Ibid.*, p. 65).

O traço caracterizador do Código de 1940 foi, nas palavras do autor, a adoção de uma “política criminal híbrida” em que “os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva” (*Ibid.* p. 64). A adoção do postulado

clássico sustentava a instituição de penas com “finalidade repressiva e intimidante”, justificada com base na culpabilidade do agente, enquanto que os princípios da Escola Positiva sustentavam a instituição de medidas de segurança para “prevenção e assistência social”, justificada com base na periculosidade do agente, como deixava claro os itens 5 e 33 da exposição de motivos do Código Penal de 1940.

Como se verá, a reforma ocorrida mais de quatro décadas após a entrada em vigor dessa legislação buscou um rompimento, ainda que não completo, com alguns dos pilares que compunham a antiga estrutura punitiva no Brasil.

2.3 A abolição da medida de segurança por tempo indeterminado para os imputáveis

A política criminal de caráter “híbrido” adotada em 1940, inspirada abertamente pelo Código Penal “Rocco” do período italiano fascista, adotou, assim, o chamado duplo binário, servindo a medida de segurança como complemento da pena, o que significava impor a um mesmo fato ambas as consequências – pena por tempo determinado e medida de segurança por tempo indeterminado –, a depender da periculosidade do agente: primeiro, cumpria-se a pena, depois, a medida de segurança (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009).

A possibilidade de aplicação de medidas de segurança por tempo indeterminado, até que o indivíduo deixasse de ser 'perigoso' (art. 81) – possibilitando, na prática, reclusão de caráter perpétuo – era bastante ampla, incluindo, por presunção de periculosidade, além do inimputável e o semi-imputável, (a) o condenado por crime doloso, se reincidente (art. 78, IV); (b) o condenado por crime relacionado com a ociosidade, a vadiagem e a prostituição (art. 93, II, b); (c) o condenado por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez (art. 78, III); e (d) os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores (art. 78, V).

Tais circunstâncias faziam presumir a periculosidade do condenado. Não obstante, podia ser considerado perigoso – e sujeito à medida de segurança –, ainda, o indivíduo cuja personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizassem a suposição de que viesse ou tornasse a delinquir (art. 77),

incluindo-se, nesse caso, aqueles que tenham ajustado, determinado, instigado ou auxiliado a preparação de um crime que não chegou a ser tentado (parágrafo único do art. 76); e aqueles que tenham tentado crime impossível, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto (parágrafo único do art. 76).

A amplitude da possibilidade de aplicação da medida de segurança no Brasil até 1984 permitiu seu uso em grande escala. Segundo levantamento feito nos estabelecimentos penais do Estado de São Paulo no ano de 1981, das 240 pessoas imputáveis (condenáveis à pena comum) condenadas e cumprindo medida de segurança, 233 (97%) sofreram imposição de medida de segurança por periculosidade presumida – os condenados nas circunstâncias (a) a (d) (ASSIS TOLEDO, 1994).

A primeira mudança significativa operada pela Lei 7.209/84 a ser destacada é a abolição da medida de segurança, e, portanto, da pena totalmente indeterminada, para os imputáveis, ficando restrita apenas aos inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26 do atual Código Penal). Nas palavras de Assis Toledo, com isso

(...) adotou-se um direito penal do fato-do-agente que não descarta o agente-do-fato, num esforço de compatibilização, nos limites do possível, entre as teorias da culpabilidade pela condução da vida e da culpabilidade pelo fato singular, dando-se, não obstante, nítida prevalência à segunda corrente, ou seja, àquela que se traduz em um direito penal do fato. (*Ibid.*, p.72)

Trata-se de um afastamento da ideia de que as pessoas devem ser tratadas como “tigres em um circo” – nas palavras de Hirsch –, seres sem o *status* de agente racional, incapazes de entendimento moral. Aplicar penas indeterminadas a pessoas em razão da sua suposta periculosidade significa negar sua dignidade, sua capacidade de serem destinatárias de razões para a desistência e, portanto, de serem responsáveis por suas escolhas. Nos moldes de uma pena para “perigosos”, não pode haver censura ou reprovação, mas apenas contenção ou “cura”.

É notório, pois, que a restrição das penas indeterminadas àquelas pessoas consideradas incapazes de se guiar pelas razões que justificam a proibição de uma conduta representa um passo em direção a um sistema punitivo que incorpora a

noção de censura quantificada aos agentes por seus atos, na medida de sua gravidade. Como se afere da observação supracitada de Assis Toledo, permaneceu no direito brasileiro como razão de punir a “culpabilidade pela condução da vida”, característica que será destrinchada a seguir. Todavia, a prevalência que passou a ser conferida à reprovação em razão dos fatos singulares, ao “direito penal do fato”, instituiu importantes limites à punição aos considerados "perigosos".

2.4 A individualização e a definição da pena no método trifásico

A afirmação da prevalência do princípio da "culpabilidade pelo fato singular", referida por Assis Toledo, nas novas disposições do código penal é inegável, sendo explícita sua influência na abolição parcial das medidas de segurança. Em certa medida, todavia, restaram do antigo ordenamento incômodos traços da "culpabilidade pela condução da vida", a qual, arredando o *grau de dano da conduta e a extensão da culpabilidade (estrita) do agente* como fundamento e norte para a definição da quantidade e do tipo de privação imposta ao condenado, atua como um critério que possibilita a fixação de penas mais ou menos severas, a depender da periculosidade do condenado.

Assim, com o fim da medida de segurança para os imputáveis, a defesa contra os "perigosos" encontrou respaldo, ainda que limitado, na estrutura do novo código penal brasileiro, em que "os interesses da sociedade, da manutenção da paz social e da prevenção do crime são preservados com a possibilidade de aplicação de penas de longa duração para os delinquentes que, na terminologia atual, seriam considerados 'perigosos'" (*Ibid.*, p. 78).

Seja por meio do argumento da reintegração ou ressocialização dos indivíduos, seja por meio do argumento da periculosidade dos indivíduos, seja por meio do argumento da proteção da sociedade, a justificação a partir da reprovação da conduta para definir a severidade da punição divide espaço com considerações ulteriores. Tal característica se mostra evidente nos dizeres de Assis Toledo, que define o conceito de pena necessária nos seguintes termos:

(...) o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como o modo de sua execução. Assim dentro de um rol de penas previstas, se uma certa pena apresentar-se como apta aos fins da prevenção e da preparação do infrator para o retorno ao convívio pacífico

na comunidade de homens livres, não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave, que resulte em maiores ônus para o condenado. O mesmo se diga em relação à execução da pena. Se o cumprimento da pena em regime de semiliberdade for suficiente para aqueles fins de prevenção e de integração social, o regime fechado será um exagero e um ônus injustificado (...) em um direito penal assim concebido, a aplicação da pena criminal restringir-se-á aos casos em que a exijam a necessidade de proteção da comunidade (prevenção) e a necessidade de preparação do infrator para uma razoável convivência pacífica no mundo social (ressocialização) (*Ibid.*, 1994, p. 70-72)

Dessa forma, o legislador brasileiro, mesmo após a referida reforma da Parte Geral, em vez de fixar mais ou menos rigidamente o tipo, o regime e o tempo de pena para cada conduta tipificada como criminosa, na medida da sua gravidade (e, portanto, da sua censurabilidade), manteve a tradição de prever uma pena abstrata com limites mínimo e máximo para cada crime, a ser definida em razão de considerações diversas. A pena para quem cometer homicídio simples, por exemplo, pode ser fixada em 6 até 20 anos de reclusão, podendo chegar a 30 anos se houver sido executado por "motivo fútil" – uma das circunstâncias que "qualificam" o homicídio.

Instituiu-se como novidade, a partir da reforma, no artigo 68 o chamado “método trifásico” idealizado por Nelson Hungria: a pena-base sendo fixada atendendo-se oito critérios; em seguida, sendo consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. É por meio desse procedimento que se realiza a individualização da pena, que nada mais é que a definição da pena para o agente no caso concreto, observando-se as exigências dos três passos referidos.

O artigo 59 da Parte Geral do Código Penal, fruto da reforma de 1984 que o positivou em substituição ao antigo artigo 42⁸, define os critérios para a fixação da pena-base e das sanções ao fim aplicadas. Diferentemente de seu antecessor, prevê

8 Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

expressamente que o estabelecimento da pena pelo juiz deverá se dar “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”:

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie, se cabível.

O que significa dizer que a pena para cada indivíduo deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção ao crime? Aparentemente, não parece haver uma prevalência de um ou outro fim que se almeje com a individualização ou fixação da pena, devendo ambos ser considerados⁹. Contudo, para avaliar de que forma e em que medida a reprovação e a prevenção atuam como critérios determinantes para a definição da severidade da punição em cada caso, é importante analisar, ainda que breve e superficialmente¹⁰, a natureza dos critérios que orientam (e limitam) os julgadores no estabelecimento da pena.

2.4.1 A fixação da pena-base por meio da avaliação das circunstâncias judiciais

A definição – o “cálculo” – do *quantum* inicial da pena (pena-base), entre os limites máximo e mínimo em cada caso é fixada pelo juiz, que deve levar em conta os oito elementos expressos no *caput* do artigo 59. Tais elementos constituem critérios de orientação para a adequação da pena ao fato e ao autor e são

⁹ Déa Carla Pereira Nery leciona que "os doutrinadores observam que a interpretação do art. 59 do Código Penal é padronizada no sentido da adoção de uma teoria mista aditiva, em que não existe a prevalência de um determinado fator. Ou seja, não existe a prevalência da retribuição, nem da prevenção, porque tais fatores coexistem, somando-se, sem que exista uma hierarquia" (NERY, 2011).

¹⁰ Não se pretende, pois, uma análise ampla e aprofundada de tais critérios, uma vez que, embora tal empreendimento não seja alheio a parte dos objetivos desse trabalho, demandaria esforços dissonantes com os seus limites. Não se ignora, assim, as extensas discussões teóricas sobre a interpretação de cada um dos elementos do artigo 59 e das causas de agravamento/aumento e atenuação/diminuição da pena. Serão apontadas apenas algumas características gerais e algumas interpretações possíveis, com o auxílio de alguns referenciais teóricos da doutrina penal brasileira.

denominados pela dogmática penal de “circunstâncias judiciais”, pois o legislador deixou a cargo do julgador o papel de identificá-los em cada caso e mensurá-los concretamente (BITENCOURT, 2011).

Entre eles, ao menos três – os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente – se referem a características da “condução da vida do agente”, para usar o vocabulário de Assis Toledo, exteriores, portanto, à reprovabilidade quanto à conduta definida como crime.

A presença dos referidos critérios do artigo 59 é amplamente criticada por importantes autores brasileiros. Salo de Carvalho tece fortes críticas às circunstâncias judiciais previstas para a definição da pena-base, especialmente àquelas que, segundo ele, têm natureza subjetiva:

As circunstâncias judiciais que orientam a aplicação da pena, principalmente aquelas de natureza subjetiva, estabelecem uma situação de fato inverificável que ofende a estrutura do modelo penal proposto (...) as hipóteses processuais devem ser baseadas em juízos verdadeiros e/ou falsos, probatoriamente demonstrados e passíveis de negação. A extensão de termos como personalidade, antecedentes e conduta social são enormes, tornando o ato jurisdicional extremamente arbitrário no acertamento dos casos. (CARVALHO, 2002, p. 90-91)

A crítica de Salo de Carvalho reside principalmente no aspecto da arbitrariedade resultante do uso de critérios que permitem aplicação tão diversa, a depender dos parâmetros estabelecidos por cada julgador quanto à natureza de uma personalidade ou uma conduta social favoráveis ou não ao apenado. Inobstante, ainda que fosse possível uma aplicação objetiva ou não-arbitrária de tais critérios, sua utilização seria objetável sob a ótica da pena proporcional com fundamento primordial na censura.

Uma vez que a punição deve transmitir censura; que a sua quantidade (de censura) deve refletir a seriedade da conduta; que a seriedade de uma conduta depende do seu grau de dano e da extensão da culpabilidade do agente (HIRSCH, 1993), considerações sobre o modo de vida do agente, que não estejam diretamente conectadas à conduta singular censurável, não devem ser levadas em consideração para a definição da severidade da punição.

Não há uma definição mais rigorosa do conceito de culpabilidade em *Censure and Sanctions*, pois Von Hirsch, ao menos nessa obra, não se ocupa teoricamente da questão. Parece claro, no entanto, que não há espaço para tais elementos – antecedentes, personalidade e conduta social – na moderna consideração sobre a culpabilidade adotada pelo direito brasileiro, segundo sua concepção finalista, como *juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido*, integrada pelos elementos da imputabilidade, da possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e da exigibilidade de obediência ao Direito (BITENCOURT, 2011, p. 664).

Outros dois critérios, o da culpabilidade, se entendida como "culpabilidade pelo fato singular", e o das consequências do crime estão certamente incluídos em uma moldura desenhada pela censura. No primeiro caso está a culpabilidade, que define e limita, juntamente com o grau do dano, a gravidade ou seriedade de uma conduta, nos termos já referidos. Quanto às consequências do crime, entendidas como referentes ao grau do dano, podem atuar como um critério coerente com a noção de uma pena proporcional.

Nesse último caso, entretanto, é importante notar que o grau do dano da conduta, ou seja, o tamanho da redução que aquela ação tipicamente causa no padrão de vida de uma pessoa, já deve ser padronizado pela própria tipificação da conduta. A imposição de penas muito distintas em razão de diferenças no grau de dano ocasionados pela mesma "categoria" ou "sub-categoria" de conduta "deve ser permitida em casos especiais significativamente desviantes. Para desviar, contudo, o caso deve envolver mais do que um certo *quantum* limiar de diferença na gravidade do caso padrão" (HIRSCH, 1993, p. 77).

Cezar Roberto Bitencourt alerta que as consequências do crime no direito brasileiro

(...) [n]ão se confundem com a consequência natural tipificadora do ilícito praticado. É um grande equívoco afirmar – no crime de homicídio, por exemplo – que as consequências foram graves porque a vítima morreu (...) Agora, podem ser consideradas graves as consequências, porque a vítima, arrimo de família, deixou ao desamparo quatro filhos menores, cuja mãe não possui qualificação profissional (2011, p.667).

É passível de discussão se o exemplo utilizado por Bitencourt significa um desvio significativo no grau de dano padrão causado por um homicídio a ponto de justificar uma pena mais severa. Todavia, a presença do critério das consequências do crime como um dos determinantes da pena em cada caso é possível em um modelo como o de Von Hirsch, sem ferir as exigências da proporcionalidade ordinal (paridade, ordenação por ranking e espaçamento entre as penas), contanto que, como já referido, as diferenças no grau de dano ocasionadas por um mesmo tipo de crime sejam significativamente relevantes.

Os demais elementos que servem de fixação da pena-base, por sua vez, parecem, à primeira vista, não ser incompatíveis com o ideal da punição como censura, a depender do tipo de interpretação operada na sua aplicação. Não será problemático o uso dos critérios das "circunstâncias do crime", dos "motivos do crime" e do "comportamento da vítima" se forem entendidos restritamente, na medida em que sejam relevantes para a determinação da extensão da culpabilidade do agente pelo ato criminoso.

É evidente que a abertura semântica do texto legal possibilita uma interpretação mais extensiva desses critérios, que leve em consideração características alheias ao ato legalmente previsto como censurável e, portanto, fira os postulados teóricos até aqui apresentados. Entretanto, há um esforço dogmático para que tais elementos – assim como os demais elementos do artigo 59 – sejam entendidos como indicadores ou critérios auxiliares para a compreensão dos elementos da culpabilidade e a graduação propriamente dita da reprovação, em vez de terem o mesmo peso e valor do que a culpabilidade¹¹, não devendo esta ser entendida como apenas mais um critério, portanto, mas como o definidor da maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente¹².

¹¹ José Paganella Boschi é talvez o autor que melhor formulou essa interpretação. Aponta ele que "(...) a concretização do ideal de pena necessária e suficiente pressupõe a identificação do grau de censura inicial a partir do exame aprofundado e qualitativo das questões que dizem com os elementos integrativos da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de outra conduta), e não propriamente como se extrai da *praxis* dos tribunais de *singela contagem e percentualização valiosa ou desvaliosa* do conjunto das circunstâncias judiciais (...) Para nós, assim, a graduação da culpabilidade apontada na primeira fase, concebida esta como fundamento e limite na imposição da pena, constitui o ponto de partida e o ponto de chegada no processo de determinação da espécie de pena, de sua medida, substituição, suspensão da execução mediante condições e execução em regime certo e progressível (BOSCHI, 2006, p. 20-21).

¹² Cezar Roberto Bitencourt segue a mesma linha de compreensão de Boschi "impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade

Os "motivos do crime", por exemplo, podem ser considerados como razões para fixação de pena menor quando relacionados à exigibilidade de conduta diversa, à imputabilidade ou possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato – elementos da culpabilidade. Do mesmo modo, a atitude da vítima ao desafiar o ofensor pode ser apontada como fator de redução da exigibilidade de conduta diversa (BOSCHI, 2006).

Essa interpretação dos elementos do artigo 59 parece coerente com o postulado de que a quantidade de pena deve refletir a seriedade ou gravidade da conduta, sendo esta definida pelo seu grau de dano e pela extensão da culpabilidade do agente, muito embora, como já se referiu, da leitura do texto legal e dos principais discursos justificadores da reforma inscritos nas explanações de Assis Toledo, seja forçoso concluir que a personalidade, a conduta social e os antecedentes possam ser incluídos na consideração da culpabilidade pelo fato singular¹³.

Assim, levando-se em conta todos esses elementos, é que se fixa a chamada pena-base. Em seguida, tendo-se como referência a pena definida nesse primeiro passo, são levadas a cabo as duas fases seguintes do método trifásico, consistentes na consideração das circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, das causas de diminuição e de aumento da pena.

2.4.2 A segunda e a terceira fases do método trifásico: as agravantes/atenuantes e as causas de aumento/causas de diminuição de pena

Os critérios para a variação da severidade da pena nas segunda e terceira fases são mais objetivos, pois preveem circunstâncias mais ou menos específicas que sempre acarretarão aumento ou diminuição da pena final. Essa característica é

da conduta praticada, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal (...) pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura" (BITENCOURT, 2011, p.664).

¹³ Notáveis, todavia, os esforços de Maria Lucia Karam, mesmo antes de Bitencourt e Boschi, em propor a interpretação de que mesmo os critérios mais subjetivos presentes no artigo 59 devem ser relacionados à culpabilidade pelo fato: "a concepção da culpabilidade pelo ato (...) impõe a consideração da personalidade do agente tão-somente no que se refere ao fato realizado, implicando unicamente na investigação do maior ou menor âmbito de autodeterminação que esta personalidade, determinada por circunstâncias diversas, lhe deixou para atuar de outro modo (...) os antecedentes, conduta social, e motivação (...) têm, como aquela, estreita relação com a culpabilidade, devendo assim também ser vistas em sua repercussão no âmbito de autodeterminação do agente na realização da conduta proibida, a tornar mais ou menos exigível o atuar de forma diversa (KARAM, 1994, p. 124)

positiva do ponto de vista da proporcionalidade ordinal, pois – diferentemente do que ocorre na aplicação dos critérios mais abertos do artigo 59 – restringe, em algum nível, a possibilidade de violações à paridade na imposição das penas, uma vez que aqueles condenados por crimes em circunstâncias semelhantes serão tratados de forma semelhante, ao menos nessa fase do cálculo da pena.

Ao prestar-se atenção ao conteúdo das causas de agravamento/aumento e atenuação/diminuição da pena, nota-se que há tipos diferentes de circunstâncias levadas em consideração pelo legislador brasileiro:

(a) aquelas relacionadas aos meios pelos quais o ato criminoso foi cometido, que em geral colocam a vítima em situação mais desvantajosa que o normal em relação ao agente: a pena é agravada/aumentada nos crimes "à traição, de emboscada, ou mediante simulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido", "com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel", "com abuso de autoridade ou prevalecendo de relações domésticas", "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão", "em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido", "quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas" (nos crimes contra a liberdade pessoal), "se praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial" (nos crimes de contrabando e descaminho) "se o crime é praticado durante o repouso noturno" (no crime de furto), entre outros.

(b) aquelas relacionadas à condição da vítima: a pena é agravada/aumentada nos crimes "contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge", "com violência contra a mulher" (na forma estabelecida pela Lei Maria da Penha), "contra criança ou pessoa maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida", "se a vítima é menor de 18 anos" (no crime de assédio sexual), "cometido contra pessoa portadora de deficiência", "cometidos contra Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (...) contra funcionário público em razão de suas funções" (nos crimes contra a honra), entre outros.

(c) aquelas relacionadas à condição do agente ou a circunstâncias que o tornem mais suscetível a empreender o ato criminoso: a pena é atenuada/diminuída nos crimes em que o agente "ser (...) menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70

(setenta) anos, na data da sentença", "o desconhecimento da lei", "sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima", "sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou", "em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei".

(d) aquelas relacionadas ao protagonismo do agente nos crimes de concurso de pessoas: a pena é aumentada/agravada para quem "promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes", "coage ou induz outrem à execução material do crime" e "instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal".

(e) aquelas relacionados às consequências danosas para a vítima, além daquelas já presumidas pelo próprio tipo penal: a pena é agravada/aumentada "se do crime resultar gravidez (...) se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador" (nos crimes contra a dignidade sexual), "se do fato resulta morte" (no crime de causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos), entre outras circunstâncias.

(f) aquelas relacionadas aos motivos para o cometimento do ato criminoso: a pena é agravada/aumentada nos crimes cometidos "por motivo fútil ou torpe", "para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime", "mediante paga ou promessa de recompensa", "se o crime é praticado por motivo egoístico" (no crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio), entre outros; a pena é atenuada/diminuída nos crimes cometidos "por motivo de relevante valor social ou moral".

(g) aquelas relacionadas a atitudes do agente após o cometimento do ato criminoso: a pena é atenuada/diminuída quando "agente que tenha procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano", "confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime".

(h) aquela relativa à reincidência do agente: a pena é agravada/aumentada quando o agente, no momento do ato criminoso, já tenha sido condenado por crime(s)

anterior(es) (ficando limitada tal aplicação às condenações em trânsito em julgado que não tenham sido cumpridas pelo agente ou extintas há mais de cinco anos da data do novo fato).

As circunstâncias do tipo "(a)" podem ser relacionadas aos parâmetros definidores da gravidade de uma conduta, porquanto se referem ora ao grau de dano por ela causado – no crime com emprego de fogo ou tortura, há um maior dano à integridade física da vítima; no furto perpetrado durante o repouso noturno, há um maior dano à privacidade da vítima; no crime cometido em ocasião de desgraça particular do ofendido, há um dano maior ao suporte material da vítima, capaz de afetar o seu bem-estar mínimo ou a sua subsistência – ora à extensão da culpabilidade – no crime cometido com emprego de armas ou por meio de emboscada ou traição, presume-se ter havido premeditação, circunstância que torna a conduta menos escusável e, portanto, mais culpável¹⁴.

Aquelas do tipo "(b)" estão certamente relacionadas a um maior grau de dano provocado pela conduta, já que as vítimas, por sua maior vulnerabilidade circunstancial ou biológica, estão sujeitas a reduções mais drásticas do seu padrão de vida. As do tipo "(c)" e do tipo "(d)" estão claramente relacionadas à extensão da culpabilidade, enquanto que as do tipo "(e)" fazem referência explícita a casos em que as consequências da conduta são mais danosas do que aquelas do caso padrão.

A discussão acerca das circunstâncias do tipo "(f)", relacionadas aos motivos do ato criminoso, já foi mencionada. Pode-se notar, todavia, que a circunstância de que um crime seja cometido "para facilitar (...) a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime" representa um maior grau de dano provocado pela conduta, pois, além dos danos relacionados ao crime em si, pode-se falar no dano referente à execução de outro crime. Por outro lado, supor que a circunstância de um ato criminoso ter sido cometido por motivos egoísticos, fúteis, torpes, financeiros (para aumentar a pena) ou de relevante valor moral ou social (para diminuir a pena) é pertinente para definir um nível maior ou menor de culpabilidade do agente pelo fato

¹⁴ Sobre essa circunstância agravante, José Antonio Paganella Boschi explicita sua ligação com a culpabilidade: "a premeditação e o inopino são denominadores comuns na traição, na emboscada e na dissimulação (...) Em todas essas situações, em que o ofendido é colhido repentinamente, portanto sem condições de defesa eficaz, justifica-se a exasperação da censura penal porque agente, que tinha tempo para refletir e desistir do intento, resolveu violar, por um ou mais dos modos propostos, seu dever jurídico de respeito ao bem protegido, levando sua intenção às últimas consequências" (BOSCHI, 2006, p. 256).

é, sem dúvidas, questionável – muito em razão da dificuldade de determinação dos termos –, podendo ser fonte de controvérsias entre os estudiosos da culpabilidade.

A atenuante de pena do tipo "(g)" que leva em consideração a reparação do dano, ainda que parcial, pelo agente da conduta diz respeito obviamente a uma abordagem da gravidade do crime que põe em destaque o critério do grau do dano. Quanto à confissão espontânea do cometimento do crime perante a autoridade como circunstância atenuante, é difícil relacioná-la diretamente a uma atenuação da gravidade do crime, que nesse caso não se torna aparentemente menos danoso ou culpável. Pode-se considerar, entretanto, que a confissão do perpetrador do ato criminoso antes das investigações, ou quando o andamento das investigações ou do julgamento não aponta para ele como culpado, significa o reconhecimento de que a dor da vítima ocorreu pela sua falha, facilitando a sua justa responsabilização pelo julgador. Assim, são diminuídos os danos "colaterais" à vítima, já que, nesse caso, garante-se a desaprovação direta à pessoa responsável¹⁵.

A causa de agravamento de pena que mais fortemente se relaciona à finalidade preventiva referida no artigo 59 e que, portanto, mais se afasta da finalidade reprovativa prevista no mesmo artigo é aquela do tipo (h), que leva em consideração condenações criminais anteriores do agente. Esse critério é mais um, e talvez o principal, traço da culpabilidade pela condução da vida do autor na lei penal brasileira, pois em nada diz respeito ao ato criminoso a ser censurado, representando "a pretensão de estabelecer a reprovabilidade não sobre a conduta, mas sobre a pessoa do agente, punindo-o pelo que é e não pelo que fez, reduzindo, assim, o delito a um sintoma da personalidade" (KARAM, 1994, p. 126).

A presença da reincidência no ordenamento penal brasileiro é especialmente nociva para a reivindicação de que a pena seja proporcional à seriedade do crime, porque, além de constituir sempre um agravamento obrigatório do tempo de pena, determina regime de cumprimento mais severo na pena privativa de liberdade, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (se a condenação anterior tiver se dado pelo mesmo crime na modalidade dolosa), impede

¹⁵ Essa interpretação é objetável. Para aceitá-la, é necessário pressupor que há sempre um interesse da vítima na reprovação do ato do perpetrador da conduta e que, não havendo essa reprovação (porque a investigação da autoria não foi conclusiva, por exemplo), se opera um sofrimento colateral na vítima que reduz, em algum nível, seu padrão de vida.

a suspensão condicional da pena (*sursis*) (se a condenação tiver se dado por crime doloso), entre outras implicações.

Não há espaço para a reincidência como um dos elementos determinantes da fixação da pena numa abordagem que considera que a punição legal deve transmitir censura proporcional ao grau de dano da conduta e à extensão da culpabilidade do agente, uma vez que tal critério possibilita a imposição de penas de severidade distinta para atos igualmente censuráveis. Ofende-se, desse modo, as exigências da proporcionalidade ordinal, mormente a da paridade.

Após a consideração dessa grande série de agravantes/causas de aumento e atenuantes/causas de diminuição, é fixada a “pena definitiva” para o réu. Tal medida será uma referência importante para a definição da severidade da pena a ser cumprida, que recairá sobre as sanções alternativas instituídas pelo legislador brasileiro.

2.5 A instituição de penas menos severas para crimes de menor gravidade

Sobre o espírito que guiaria as mudanças na estrutura do código no que toca à previsão de penas de severidade variada, assim escreveu Assis Toledo à época da reforma de 1984:

(...) será imprescindível, em um direito penal democrático, apoiado no princípio da legalidade dos delitos e das penas, que a legislação penal reconstrua uma gama variada de penas criminais, dispostas em escala crescente de gravidade, a fim de que o juiz, segundo certos critérios, possa escolher a pena justa para o crime e seu agente (...) Nenhuma pena terá, pois, um período rígido de segregação social. (1994, p. 70-71)

Destaca o penalista que a reforma instituiu a previsão de novas penas não privativas de liberdade (a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana), a fim de reservar às penas “não privativas de liberdade para as infrações de menor importância, as privativas da liberdade para os crimes mais graves e para os delinquentes perigosos ou que não se adaptem, por rebeldia, às outras modalidades de pena” (*Ibid.*, p. 71). A redação

original do Código Penal de 1940 previa apenas uma alternativa às penas privativas de liberdade (reclusão e detenção), a multa, no inciso III do art. 28¹⁶.

A busca de um sistema em que a pena privativa de liberdade não fosse a regra, mas uma sanção prevista para crimes mais graves, está explícita na exposição de motivos da reforma então levada a cabo:

26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena de cada vez maior do cárcere. Esta, filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

27. As críticas que em todos os países se têm feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal freqüentemente inadequado e quase pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinqüentes habituais e multi-reincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as conseqüências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulista da aptidão para o trabalho.

A introdução da noção de que a pena deve ser necessária e suficiente à reprovação do crime no *caput* do artigo 59 (ainda que esteja presente também a prevenção) não é trivial, pois explicita o caráter norteador dado à censura na nova configuração do Código Penal estabelecida por essa reforma legislativa. Os efeitos da introdução desse princípio são notados na ampliação da possibilidade do cumprimento de penas menos severas nas hipóteses de condenação pelo cometimento de crimes menos graves.

A reforma de 1984 não alterou a consideração da gravidade dos delitos (nos termos da escala de proporcionalidade ordinal) por meio da mudança dos parâmetros

¹⁶Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html> .

de tempo e tipo de pena para cada crime especificamente, pois não houve uma mudança na parte especial do Código Penal. Entretanto, as modificações realizadas na Parte Geral representaram sem dúvida uma mudança no ancoramento da escala de penas como um todo (proporcionalidade cardinal) e mesmo na consideração da reprovabilidade de certos grupos de condutas (proporcionalidade ordinal), uma vez que, embora a aplicação de penas menos severas dependa também de critérios exteriores à gravidade do crime, o aspecto da menor reprovabilidade da conduta tem papel determinante.

Uma novidade importante trazida pela reforma foi a adoção de critérios para a determinação do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade. A redação original do código determinava que o regime de cumprimento da pena de reclusão era, como regra, o fechado. A redação imposta pela reforma de 1984, por sua vez, instituiu a possibilidade de que as penas de privação de liberdade sejam cumpridas desde o início em regime aberto, semiaberto ou fechado¹⁷, a depender do tempo de condenação do apenado:

Art. 33 (...)

§ 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

¹⁷ O código estabelece diferenças no grau em que as dimensões da liberdade, da privacidade e da possibilidade de trabalho/remuneração serão afetadas em cada regime. Conforme o artigo 33:

§ 1º – Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Nota-se que o nível de limitação que as dimensões de interesse “liberdade de movimento”, “privacidade” sofrem, já na definição do modo inicial de cumprimento da pena, dependem primordialmente do tempo de pena fixado na sentença, que corresponde, ao menos em parte, à gravidade do crime perpetrado pelo apenado. Ainda, o nível de limitação da possibilidade de trabalhar/obter remuneração no regime fechado é maior, pois, nesse caso, só é permitido trabalho interno (conforme artigos 31 a 35 da Lei de Execuções Penais) – ou seja, naqueles ofícios oferecidos no interior dos estabelecimentos prisionais – e trabalho externo somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas (conforme artigos 36 e 37 da Lei de Execuções Penais).

Inovação ainda mais relevante nascida da reforma de 1984 foi a previsão, nos artigos 43 e 44, da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena privativa de direitos no caso de condenação por crimes culposos ou cuja pena aplicada seja inferior a 1 ano e, no caso de pena não superior a 6 meses, por pena de multa. Posteriormente, a lei 9.714 de 1998 ampliou o leque das penas privativas de direitos (incluindo a prestação pecuniária e a perda de bens e valores) e as hipóteses de substituição, passando a ser possível sua incidência quando as penas aplicadas sejam inferiores a 4 anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

(...)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Além disso, na reforma houve a manutenção e adaptação da possibilidade de suspensão condicional da pena (*sursis*), que consiste na suspensão de execução da pena não superior a 2 anos, sob determinadas condições que envolvem, em geral, a privação de direitos. Após a extensão da aplicação da substituição por penas restritivas de direitos para condenações de até 4 anos, a *sursis*, por ser mais severa – pois permite a imposição de múltiplas limitações cumulativas à liberdade do apenado, por um prazo superior à pena prevista em lei para o fato criminoso e porque, em caso de seu descumprimento, a suspensão pode ser revogada, sem reflexos para o tempo de pena a ser cumprido – passou a ter aplicação reduzida, limitada aos crimes que envolvem violência ou grave ameaça à pessoa com pena prevista de até dois anos¹⁸.

Vê-se que a reforma instituiu, além da prestação de serviços à comunidade, da interdição temporária de direitos e da limitação de fim de semana, um leque de penas que inclui limitações mais leves à liberdade de locomoção, como a proibição

¹⁸ Art. 77 – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

Art. 78 – Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º – No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48). (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) proibição de freqüentar determinados lugares; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 79 – A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

de frequentar determinados lugares ou de ausentar-se da região onde reside sem autorização.

A inclusão e ampliação de tais institutos representam a intenção de modificar o sistema punitivo brasileiro para que a severidade das punições se torne mais proporcional à gravidade dos delitos: multa para crimes de gravidade leve (mediante substituição); penas privativas de direitos (mediante substituição ou suspensão condicional da pena) ou, ao menos, a possibilidade de cumprir pena de privação de liberdade em regime inicial aberto, para crimes de gravidade média; pena de privação de liberdade com regime inicial meio-aberto para crimes de gravidade alta; e pena de privação de liberdade com regime inicial fechado para crimes de gravidade ainda mais alta.

A possibilidade de cumprir penas menos severas em razão do cometimento de crimes de menor gravidade, entretanto, não bastasse já estar condicionada ao *quantum* definido pelos três passos do método trifásico – cujos critérios envolvem considerações alheias à reprovabilidade da conduta –, é permeada por avaliações sobre a condução da vida e à personalidade do culpado.

Para que se opere a substituição da pena privativa de liberdade por pena privativa de direitos, são levados em conta “os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado” (inciso III do artigo 44). Além disso, o fato de o condenado ser reincidente pelo mesmo crime, na modalidade dolosa, impede a substituição (inciso II e § 3º do artigo 44). Na suspensão condicional do processo (*sursis*), que permite a extinção da pena pelo cumprimento de penas privativas de direitos, os mesmos critérios estão presentes, sendo que a existência de condenação anterior por qualquer crime doloso é suficiente para impedir a sua aplicação (inciso I do artigo 77).

A reincidência produz efeitos, ainda, na fixação do regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade. O réu reincidente, independentemente do crime pelo qual foi condenado, como regra, cumpre a pena inicialmente em regime fechado. Existe, todavia, entendimento jurisprudencial que permite a adoção

do regime semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se as circunstâncias judiciais forem favoráveis¹⁹.

2.5 O balanço da análise

Afinal, qual o papel da reprovabilidade da conduta na estrutura punitiva brasileira? Em que medida a proporcionalidade entre a gravidade da conduta criminosa e a severidade da punição regula a fixação das penas para cada condenado? Algumas impressões foram mencionadas em meio à breve investigação tentada nesse capítulo. Serão resumidas aqui algumas conclusões mais acuradas em face de tais perguntas.

2.5.1 As penas brasileiras e a proporcionalidade cardinal

Como já mencionado, a última grande reforma da parte geral do código penal, ao extinguir a medida de segurança para os imputáveis, extinguiu também, na prática, a possibilidade de pena perpétua – em razão da manutenção da periculosidade – para estes. Assim, conforme o artigo 75, a pena máxima permitida pelo ordenamento brasileiro por um único crime é de 30 anos (é prevista a pena máxima para condutas tais como: homicídio qualificado, estupro seguido de morte, extorsão mediante sequestro seguida de morte, latrocínio e feminicídio). É garantia constitucional a proibição de penas de morte – salvo em caso de guerra declarada –, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis²⁰.

As proibições estabelecidas pela Constituição brasileira são limites importantes. Do ponto de vista da punição como censura, no entanto, a pena privativa de liberdade com duração de 30 anos como "limite superior" da escala de penas é difícil de justificar. Como já demonstrado, em uma concepção de punição em que a

¹⁹ Súmula no 269 do Superior Tribunal de Justiça do Brasil: É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

²⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

função preventiva propriamente dita opera em um quadro delimitado pela censura, se os níveis de ameaça forem muito devastadores, as razões morais expressas mediante as características de censura da sanção deixam de ser relevantes.

A previsão de penas de 20, 30 anos ou mais, ainda que para punir crimes muito sérios, não parece poder se justificar frente a uma concepção que assume os destinatários da punição como "capazes de apreciar a mensagem implícita da desaprovação e de sopesar modestos desincentivos práticos ao decidir perpetuar ou não um ato criminoso" (HIRSCH, 1993, p. 44), mas apenas como uma forma de o Estado neutralizar aqueles por ele considerados como "perigosos" por meio da reclusão prolongada.

É difícil imaginar que entre uma ameaça de reclusão por 10 anos e outra por 20 anos se produza tamanho ganho no efeito desincentivador a potenciais ofensores a ponto de justificar um sacrifício tão intenso ao bem-estar dos condenados. Ainda que seja difícil, talvez impossível, exigir de uma teoria da pena baseada na reprovação da conduta que defina exatamente qual é o limite superior adequado para a punição dos crimes mais graves de determinada escala, não é razoável supor que deva ultrapassar 10 anos de privação de liberdade²¹.

Por outro lado, a reforma de 1984 estabeleceu parâmetros mais adequados quanto aos pontos médios e aos limites inferiores da escala de penas ao prever sanções de grau menor de severidade para crimes menos graves. Entretanto, restringir a aplicação das penas menos severas àqueles sem um passado criminoso ou àqueles cuja personalidade ou conduta social indique a suficiência de tais privações possibilita a condenação de indivíduos que cometeram crimes de baixa gravidade a penas bastante severas.

Um reincidente condenado por furto simples (cuja pena prevista é de um a quatro anos, conforme artigo 155), por exemplo, pode ser condenado a uma pena privativa de liberdade de até quatro anos em regime inicial fechado. Nesse caso, estar-se-á punindo severamente um ato que envolve apenas um dano no "suporte material" da vítima que em geral não é suficiente para impactar intensamente o seu

²¹ Em *Doing Justice* (1976), Andrew Von Hirsch propõe uma escala de penas em que o limite máximo de severidade da punição não ultrapasse o equivalente a 5 anos de pena privativa de liberdade, podendo tal limite ser ultrapassado nos casos de homicídios de natureza mais abominável.

padrão de vida típico (ainda que esse impacto possa variar, a depender do tamanho do patrimônio subtraído e da condição econômica da vítima) e, portanto, não é merecedor de um nível de reprovação tão alto.

Ao permitir que um furto de celular seja punido com um período de prisão de dois anos, o sistema punitivo transmite a mensagem de que interesses tão valiosos aos punidos, como o da liberdade, são de pouca importância para o Estado²². Assim, o legislador brasileiro, ao sancionar crimes que merecem apenas modesta desaprovação mediante drásticas intrusões nas liberdades dos condenados, viola importantes limitações impostas pela proporcionalidade cardinal ou não-relativa.

2.5.2 As penas brasileiras e a proporcionalidade ordinal

Conforme sublinhado algumas vezes ao longo desse capítulo, as regras legais brasileiras que orientam a individualização da pena para o réu culpado em cada caso possibilitam afastamentos do princípio da proporcionalidade ordinal. A previsão dos critérios da conduta social, da personalidade, dos antecedentes e da reincidência permitem a imposição de penas de severidade distinta – na quantidade de tempo a ser cumprido e na importância das dimensões de interesse do condenado afetadas pela pena – a condenados por crimes de similar seriedade. Assim, destacadamente nos casos em que o condenado é reincidente, uma das exigências da proporcionalidade ordinal ou relativa, a da paridade, é seriamente violada.

A reincidência, porque os seus efeitos em diferentes fases de aplicação e execução das penas²³ afastam da punição legal o seu caráter de censura ao agente por ter perpetrado um ato reprovável, não deveria persistir no ordenamento jurídico brasileiro. Essa posição é defendida por importantes autores, os quais defendem a inconstitucionalidade da reincidência, que violaria o princípio do *non bis in idem* (Alberto Silva Franco, Sobre a não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In *Direito Penal na Atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), (Adauto Suanes, Reincidência, Autêntico '*Bis in Idem*'. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.14, 1994), (Maria Lucia Karam. Aplicação da Pena: Por uma Nova Atuação da Justiça Criminal, in RBCCrim (6). São Paulo: RT, 1994). Há

²² Segundo dados do INFOPEN/2014, 13% das pessoas encarceradas no Brasil foram acusadas ou condenadas por furto.

²³ Referir que a reincidência dificulta a progressão de regime na execução da pena.

quem entenda, ainda, que a reincidência, em vez de agravar a pena, deveria atenuá-la, tendo em vista que o cometimento de novo crime após o cumprimento de pena representa o fracasso do Estado em ressocializar o indivíduo (Juarez Cirino dos Santos. *Direito Pena: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985).

Além da abolição da reincidência como critério relevante para a fixação das penas, a fim de evitar maiores afastamentos da exigência da paridade, não deveriam fazer parte da lei penal as circunstâncias da conduta social, da personalidade e dos antecedentes. A proposta de nova redação do artigo 59 por José Antonio Paganella Boschi²⁴ é mais compatível com a preservação da paridade. Entretanto, para blindá-la ainda mais, o dispositivo de lei não deveria fazer referência à prevenção, mas apenas à "reprovação do crime", uma vez que a utilização de quaisquer critérios preventivos para diferenciar penas entre indivíduos cuja conduta censurada é de igual gravidade acarretará inevitável violação da paridade.

A exclusão de tais critérios possibilitaria que a todos os condenados por crimes de leve ou média gravidade fossem impostas sanções criminais menos severas que a privativa de liberdade. Um sistema de penas assim concebido estaria em maior harmonia com as exigências do princípio da proporcionalidade – no seu sentido ordinal e cardinal.

Ao deslocar-se o olhar para a Parte Especial do Código Penal brasileiro, são notáveis outros afastamentos do princípio da proporcionalidade ordinal. A previsão de penas mínimas e máximas para cada crime – com a variação da pena em para cada caso sendo definida por diferenças no grau de dano padrão causado pela conduta e na extensão da culpabilidade do agente – não atenta necessariamente contra a paridade. Todavia, a legislação brasileira, além de permitir a variação entre a pena máxima e a mínima sob fundamentos alheios à gravidade da conduta, estabelece imensas distâncias entre um extremo e outro.

A pena mínima prevista para o condenado por homicídio simples é de 6 anos, enquanto que a pena máxima para um homicídio qualificado por motivo fútil é de 30

²⁴ " (...) entendemos que as circunstâncias judiciais são meras coadjuvantes, colocadas pela lei à disposição do juiz para o procedimento de graduação da censura, pelo que, em decorrência disso, o artigo 59 do CP deveria ser redigido e lido, simplesmente, do seguinte modo: 'O juiz, atendendo à culpabilidade do agente pelo fato, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis, dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos', etc" (BOSCHI, 2006, p. 226).

anos (*caput* do artigo 121 e §2º, II, do mesmo artigo). Nesse caso, enquanto que a um indivíduo pode ser imposta uma pena de privação de liberdade por 6 anos, a outro, condenado por crime cujo grau de dano padrão causado à vítima é semelhante ou igual ao do crime pelo qual foi condenado o primeiro, pode ser imposta pena de privação de liberdade por tempo 5 vezes superior ao daquela. Ainda que no exemplo do homicídio tal diferença entre pena mínima e máxima seja especialmente gritante, essa característica se repete, em maior ou menor nível, em relação aos outros crimes tipificados.

Sob o prisma da punição como censura ao indivíduo por sua conduta, profundas diferenças no apenamento de condutas de similar gravidade não se justificam, ainda que concorram para determinar essas diferenças apenas razões ligadas à culpabilidade e ao grau de dano.

Por fim, merecem destaque duas mudanças legislativas que instituíram regras especialmente opostas às outras exigências do princípio da proporcionalidade ordinal, a da ordenação por ranking – segundo a qual a punição deveria ser ordenada em uma escala de penas de modo que a sua severidade relativa reflita o ranking de seriedade dos crimes envolvidos –, e a do espaçamento entre as penas.

A primeira delas é a Lei dos Crimes Hediondos, a qual, entre outras previsões, determinava, em sua redação original, que as penas previstas para os crimes por ela definidos como hediondos²⁵ deveriam ser cumpridas integralmente em regime fechado²⁶. Essa disposição foi declarada inconstitucional pelo STF no julgamento do *habeas corpus* nº 82.959, muito embora apenas 16 anos depois de sua entrada em vigência. Entretanto, após tal decisão sobreveio a Lei nº 11.464/07,

²⁵ Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.

²⁶ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I	-	anistia,	graça	e	indulto;
II	-	fiança	e	liberdade	provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

prevendo exigência de maior lapso temporal para a progressão de regime nesses casos. Assim, ainda que mitigada após a decisão do STF, a vigência da Lei dos Crimes Hediondos estabeleceu condições mais severas para o cumprimento de penas previstas para certos crimes do que poderia justificar a diferença de gravidade entre esses crimes e aqueles não afetados pela lei (na comparação entre homicídio simples – não afetado pela lei – e homicídio qualificado, por exemplo). Produziu-se aí, portanto, violação à exigência do espaçamento proporcional entre as penas.

Além disso, a referida lei provocou o aumento das penas mínimas e máximas previstas para a punição de diversos crimes. Destaca-se, nesse último caso, a definição das penas mínimas e máximas previstas para o crime de extorsão mediante sequestro, em que, consideradas certas circunstâncias qualificadoras, ficou estabelecida entre 12 e 20 anos²⁷ ou entre 16 e 24 anos²⁸. Essa modificação fez com que as penas mínima e máxima previstas para esse crime se tornassem mais altas do que aquelas previstas para os crimes de homicídio simples (6 a 20 anos) e de estupro qualificado pelo resultado de lesão corporal de natureza grave (8 a 12 anos). Nesse caso, uma vez que se está transmitindo uma reprovação comparativamente maior a um crime menos grave, está-se diante de um desrespeito à exigência da ordenação por ranking.

Todavia, a regra legal brasileira que golpeia mais forte o princípio da proporcionalidade ordinal, especialmente a sua exigência de ordenação por ranking, é aquela que mais coloca pessoas em situação de privação de liberdade no Brasil²⁹, instituindo pena privativa de liberdade de 5 a 15 anos para quem “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (artigo 33 da Lei 11.343/2006).

²⁷ § 1º Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha. [Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90](#) (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão, de doze a vinte anos. [\(Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990\)](#)

²⁸ § 2º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: [Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90](#)

Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos. [\(Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990\)](#)

²⁹ Segundo dados do DEPEN/2014, 27% das pessoas encarceradas no Brasil foram acusadas ou condenadas por tráfico de entorpecentes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Não é nova a crítica à própria criminalização da venda de drogas, por ser uma das políticas criminais com maior reflexo sobre o aumento das taxas de encarceramento no mundo, sem que haja aparentemente uma diminuição do fluxo comercial de drogas. Critica-se ainda, a moralidade da criminalização de tal conduta: há justificativa para censurar criminalmente aqueles que negociam consensualmente substâncias alegadamente danosas para o bem-estar humano? Pode-se considerar como vítima de dano censurável um sujeito adulto que voluntariamente adquire uma substância para seu consumo, mesmo sabendo dos seus possíveis efeitos maléficos a um bom padrão de vida? Pode-se considerar que há uma “ligação normativa”, que possa ser considerada moralmente errada, entre o ato de venda de determinada substância alucinógena e um subsequente dano provocado, parcialmente em razão dos efeitos da substância, por aquele que a consumiu? Pode-se falar em dano indireto aos recursos das pessoas, por restar danificado o “sistema de saúde” em consequência de tais condutas? Parece ser difícil justificar *prima facie* a criminalização da venda de certas substâncias. Mesmo que seja o caso de justificar a existência de dano, há outras fortes razões para a não proibição: a robusta intrusão na privacidade, e na integridade física das pessoas direta ou indiretamente envolvidas provocada pela investigação e combate a essas condutas, além de todos outros aspectos do custo social envolvido na guerra às drogas que é produzida por essa criminalização.

Esses questionamentos podem ser melhor respondidos pelo aprofundamento do estudo da teoria da criminalização e do princípio do dano e essa tarefa foge aos limites desse trabalho. Todavia, sob a ótica de uma teoria da punição com base no merecimento (*desert-based*), uma vez criminalizada uma conduta, a punição a ela correspondente deve ser relativamente proporcional ao grau do dano e à extensão da culpabilidade. Ainda que se possa discutir a existência e a quantidade do dano produzido pela venda de drogas ilegais, não é razoável supor que esta seja comparável àquelas provocadas por condutas como homicídio, roubo, estupro, extorsão, tráfico de pessoas, lesão corporal seguida de morte, entre outras. Entretanto, a lei penal brasileira estabelece penas mínima e máxima para o tráfico de drogas em níveis próximos, quando não maiores, àquelas previstas para as condutas citadas.

3. DIMENSIONAMENTO DAS REAIS CONDIÇÕES VIVIDAS PELAS PESSOAS ENCARCERADAS NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS

Foi esboçada até aqui uma investigação das características das regras de imposição das penas no Brasil e da medida da sua aproximação com a reivindicação normativa da proporcionalidade, nos termos propostos por Andrew Von Hirsch em sua teoria da punição com base no mérito. Identificou-se uma série de elementos que desvelam a estrutura de razões que orienta a variação do grau de severidade em cada caso – que depende, como se viu, da gravidade do crime e também de características externas a ela, como a “personalidade” do agente – e também os limites cardinais (não relativos) da severidade das penas no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, tal investigação não é suficiente para que se avance em direção aos objetivos traçados para essa singela monografia. Uma vez que se almeja uma reflexão acerca do debate da reparação de danos das pessoas que cumpriram pena em condições degradantes, é importante lançar o olhar sobre alguns dados referentes às circunstâncias reais em que os apenados cumprem suas penas no Brasil, ou seja, sobre a severidade da punição brasileira em “carne e osso”.

Somente após esse passo será possível analisar se e em que medida a severidade de fato das penas privativas de liberdade cumpridas nos estabelecimentos prisionais brasileiros infringem as exigências da proporcionalidade, seja em comparação aos parâmetros ideais reivindicados pela teoria da punição como censura, seja em comparação aos parâmetros positivados pelo legislador brasileiro – que apenas parcialmente se aproximam daqueles.

3.1 Os presídios brasileiros são superlotados

Segundo os dados do Novo Diagnóstico de Pessoas Presas, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (em 2014)³⁰, havia 567.655 presos, para 357.219 vagas, no país em 2014. Já conforme os dados do recente Levantamento do CNJ com os Tribunais de Justiça (janeiro/2017)³¹, há 654.372 presos, para 393.953 vagas

³⁰ <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

³¹ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>

prisionais. A ocupação dos presídios segundo esse último levantamento aponta, portanto, uma lotação 66,1% maior que o número de vagas existente no país – um nível de ocupação, portanto, de 166,1% das vagas.

O fenômeno da superlotação dos presídios, fortemente ligado ao “hiperencarceramento”, não é exclusivamente nacional e está presente na maioria dos países da América Latina, África e Ásia.

Segundo os dados da *World Prison Brief*³², nas Américas do Sul e Central apenas no Suriname, Belize, Jamaica e nas pequenas nações caribenhas de São Vicente e Granada, Dominica, Trinidad e Tobago, e Barbados o número de presos é inferior ao número da capacidade oficial das instituições prisionais. O nível de ocupação das prisões em muitos desses países chega a números impressionantes, como 454% no Haiti, 310% em El Salvador, 269% na Venezuela, 253% na Bolívia, para citar alguns exemplos.

O fenômeno não é menos recorrente na África, em que, das 46 nações sobre as quais há dados recolhidos pela *World Prison Brief*, 38 têm nível de ocupação superior a 100%, passando de 200% em 11 países. No continente asiático, dos 34 países com dados disponíveis, 21 têm seus presídios em situação de superlotação – com nível de ocupação superior a 100%.

O problema da superlotação carcerária é menos proeminente na América do Norte e na Europa, em que relativamente poucas são as nações com superlotação, e mesmo estas não possuem níveis de ocupação tão altos quanto aqueles presentes nas demais regiões do planeta. Disso não decorre, entretanto, que muitos países desses dois continentes não possuam outros indicadores negativos no que se refere à questão prisional, como violações de direitos humanos.

Não se ignorando que o fenômeno da superlotação dos presídios ocorre na esmagadora maioria das nações, o que configura, pois, um problema global, é de se destacar que o Brasil ocupa a 43ª posição, entre as 204 nações cujos dados foram compilados pela *World Prison Brief*, no ranking de nível de ocupação, baseado na capacidade oficial das instituições carcerárias.

³² http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/occupancy-level?field_region_taxonomy_tid=All

A média de ocupação das vagas prisionais no Brasil por si só é assustadora. Podemos, inobstante, apontar para alguns dados de ocupação de menor escala, que possibilitam uma percepção mais acurada da gravidade do problema.

Nota-se, primeiramente, que há déficit de vagas prisionais em todas as unidades da federação: os números vão dos 22,04% no Estado do Maranhão (o menor déficit), passando pelos 52,05% no Rio Grande do Sul e os 63,61% em São Paulo, até os 105,35% no Distrito Federal, os 106,82% em Roraima e os inacreditáveis 204,93% em Pernambuco. Aumentando-se ainda a lupa, por meio de dados de alguns estabelecimentos prisionais específicos, chega-se a índices de superlotação ainda mais aterradores, que por vezes superam a já citada taxa de ocupação de vagas haitiana – país que vive gravíssima crise humanitária e é “campeão mundial” de superlotação segundo os dados da *World Prison Brief*.

No Rio Grande do Sul, temos os exemplos do Presídio Central de Porto Alegre (2,4 presos por vaga prisional), do Presídio Estadual de Palmeira das Missões (4,7 presos por vaga prisional) e a Penitenciária Modulada Estadual de Osório (3,3 presos por vaga prisional). No Estado do Rio de Janeiro, podemos citar a Penitenciária Milton Dias Moreira e a Penitenciária Alfredo Tranjan (ambas com 3,3 presos por vaga prisional). O Estado de Manaus, por sua vez, conta com os infelizes casos da Unidade prisional de Maués (5,8 presos por vaga prisional) e da Unidade prisional de Partintins (5,9 presos por vaga prisional). Já no Estado de Pernambuco, que lidera o ranking dos Estados com maior índice de superlotação, há instituições prisionais com números calamitosos: o Presídio de Igarassu (5,3 presos por vaga prisional), o Presídio Desembargador Augusto Duque (6,8 presos por vaga prisional) e o Presídio Rorinildo da Rocha Leão (10,4 presos por vaga prisional) são algumas delas.

Observando-se esses dados, percebe-se que viver em estabelecimentos prisionais superlotados é o destino de boa parte das pessoas condenadas a penas de privação de liberdade e das pessoas que, sem ser declaradas culpadas, são presas provisoriamente no Brasil³³.

³³ Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça, 34% das pessoas encarceradas no país não têm sentença condenatória.

3.2 As condições degradantes das prisões brasileiras

Obviamente, o altíssimo nível de ocupação das vagas prisionais no Brasil por si só indica uma situação degradante das pessoas encarceradas nessas condições, uma vez que um estabelecimento prisional lotado com um número de apenados duas, ou até três, vezes maior que a sua capacidade projetada dificilmente pode oferecer condições dignas de habitação, saúde, alimentação, segurança, etc.

É relevante, porém, trazer outras informações acerca das condições de vida nessas instituições, que não se refiram apenas aos números da superlotação, mormente porque, ainda que os estabelecimentos superlotados geralmente não ofereçam tratamento da forma preconizada por lei aos seus internos, mesmo boa parte daqueles estabelecimentos que não estão superlotados não oferecem boas condições aos apenados. Isto é o que demonstram diversos indicadores que aqui serão citados.

3.2.1 A maioria das prisões brasileiras, segundo o CNJ, são ruins ou péssimas

Segundo o sistema Geopresídios do CNJ, que utiliza dados do Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), de 2.714 estabelecimentos penais avaliados (dos 2.769 existentes no país) – nos quais se incluem cadeias públicas, delegacias e associações de proteção ao preso –, 773 estão em situação péssima (28,5%), 336 em situação ruim (12,4%), 1.307 em situação regular (48,2%), 277 em situação boa (10,2%) e apenas 21 em situação excelente (0,7%).

Assim, 40,9% dos estabelecimentos prisionais do país estão em situação ruim ou péssima, segundo avaliações realizadas por Juízes de Execução Penal de cada comarca. Fazendo-se um recorte de gênero, verifica-se que das 148 unidades prisionais femininas avaliadas, 35 estão em situação péssima (24%) e apenas uma unidade foi avaliada como excelente, o Centro Prisional Feminino de Cachoeiro de Itapemirim (ES).

Infelizmente, mesmo após inexitosas tentativas por meio de consulta ao CNJ e a diversas portarias legislativas, não foram encontradas informações sobre os critérios para a avaliação da situação de uma unidade prisional como excelente, boa, regular, ruim ou péssima. Infere-se, todavia, que esses critérios existem – do

contrário, não haveria sentido em se realizar tal avaliação – e que se referem à maior ou menor aproximação das condições oferecidas por cada unidade com aquelas previstas na Constituição e na Lei de Execuções Penais.

3.2.2 Mortalidade nas prisões brasileiras

Inacreditavelmente, até o ano de 2014, quando foi realizado o Levantamento Nacional de Informações Previdenciárias pelo DEPEN, não havia um conjunto de dados sobre mortalidade nos estabelecimentos prisionais brasileiros, mas apenas informações esparsas, coletadas por algumas unidades (REDE JUSTIÇA CRIMINAL, 2016)³⁴.

O referido relatório, o qual concretizou a coleta de diversos dados inéditos até então, indicou que apenas no primeiro semestre do ano de 2014, e sem considerar os dados dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro (que não forneceram tais informações na ocasião) – nos quais está encarcerada mais de 1/3 da população carcerária do país – houve 565 mortes nos presídios brasileiros.

Conforme o relatório, cerca de metade delas podem ser consideradas mortes violentas intencionais, excluídos os óbitos por motivos de saúde, o que significa dizer que a taxa de mortes intencionais (somando-se homicídio, suicídio e causas desconhecidas) no sistema prisional é de 167,5 para cada cem mil pessoas encarceradas. Assim, cruzando-se esses dados com os de mortalidade na população em geral (26,6 por cem mil habitantes³⁵), tem-se que a chance de morrer violentamente de uma pessoa presa no Brasil é mais do que 6 vezes maior do que a de uma pessoa que não está privada de sua liberdade (DEPEN, 2014, p. 155).

No ano de 2017, apenas em seus primeiros 15 dias, em razão das chacinas ocorridas em presídios do Amazonas, de Roraima e do Rio Grande do Norte, mais de 130 pessoas foram mortas em presídios brasileiros. Apenas no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, foram assassinados 56 presos, todos mutilados ou decapitados. Apenas 5 dias depois, mais 33 presos foram assassinados na Penitenciária Agrícola Monte Cristo, em Boa Vista³⁶.

34 <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>

35 <http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/tableau-ocorrencias/>

36 <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano>

Tais episódios inauguraram um novo capítulo da crise penitenciária nacional, em que a disputa entre facções de dimensão nacional gera cada vez mais tensões no interior dos estabelecimentos prisionais, criando uma situação de insegurança crescente para as pessoas em situação de privação de liberdade.

3.2.3 Condições de saúde nas prisões brasileiras

Ainda segundo os dados do relatório do DEPEN, 63% das unidades prisionais brasileiras não tem módulo de saúde, o que representa 37% da população carcerária no país. Portanto, mais de 1/3 dos presos no país não tem acesso a qualquer serviço de atenção básica de saúde em seu estabelecimento prisional (DEPEN, 2014, p. 103-107).

Há situações bastante díspares entre os entes da federação nesse aspecto. Nos estados do Distrito Federal e da Bahia todos os presos tem acesso a módulos de saúde em suas unidades prisionais, enquanto que no Rio de Janeiro 99% dos presos não tem acesso a módulos de saúde. No Estado de Roraima, apenas 10% dos presos tem acesso interno a serviços básicos de saúde. Outros quatro estados (Goiânia, Maranhão, Pará e Rondônia) oferecem unidades com módulos de saúde a menos da metade da sua população carcerária (DEPEN, 2014, p. 107). É de se destacar que, dentre as unidades que possuem módulos de saúde, a maioria não dispõe de espaços mínimos de saúde (como consultório médico, consultório odontológico, farmácia, cela de observação, sala de esterilização).

Outra estatística é bastante relevante no que diz respeito às condições de saúde das pessoas privadas de liberdade no Brasil: segundo o relatório do DEPEN, das informações prestadas por 49% das unidades prisionais sobre agravos e doenças, a taxa de incidência do vírus HIV nas pessoas presas (1,21% do total de presos nas unidades que informaram) é sessenta vezes maior do que a taxa da população brasileira total. Já a taxa de incidência de tuberculose para as pessoas presas é 38 vezes maior do que a população brasileira em geral (DEPEN, 2014, p. 114).

3.2.4 Condições de educação e trabalho nas prisões brasileiras

O relatório do DEPEN informa que pelo menos 48% das unidades prisionais brasileiras não possuem salas de aula, nas quais estão 34,2% do total de pessoas

encarceradas. Ainda, apenas 9% das unidades possuem salas de informática, 14% possuem salas de reuniões, 32% possuem bibliotecas e 18% possuem salas de professores (Páginas 118-120). Enquanto que 51% dos presos não tem o ensino fundamental completo, apenas 11% deles estava realizando alguma atividade educacional em 2014 (DEPEN, 2014, p. 123 – 125).

Quanto aos dados relativos ao trabalho dos presos, podem ser destacados dois números especialmente relevantes. O primeiro mostra que apenas 22% dos estabelecimentos prisionais oferecem oficinas de trabalho ao preso – entre oficinas de artesanato, corte e costura industrial, padaria e panificação, blocos e tijolos, marcenaria, serralheria e outras. O segundo informa que apenas 16% dos presos estava trabalhando em 2014, sendo que, destes, 34% obteve a vaga por meios próprios, sem intervenção do sistema prisional (DEPEN, 2014, 130-133).

3.2.5 Acesso à justiça nas prisões brasileiras

Os dados do relatório apontam que em 23% (288 unidades) dos estabelecimentos prisionais brasileiros não há prestação sistemática de assistência jurídica gratuita, os quais abrigam 36.128 pessoas privadas de liberdade, cerca de 10% da população carcerária cujos dados foram informados (à exceção do Estado de São Paulo). Destacam-se negativamente os Estados do Rio Grande do Norte, em que 8 em cada dez unidades não prestam atendimento jurídico, e do Ceará, em que 6 em cada dez não o prestam (DEPEN, 2014, p. 101-103).

É de se sublinhar, ainda, que somente 22% das unidades prisionais do país possuem salas exclusivas para atendimento jurídico, como exige a Lei de Execuções Penais (DEPEN, 2014, p. 100).

3.2.6 Privacidade nas prisões brasileiras

Das informações relativas à privacidade dos presos, pode-se destacar que 37% das unidades prisionais brasileiras têm espaço específico destinado à visita – diverso da cela e do ambiente de pátio de sol e cela – e 31% das unidades têm espaço específico para visita íntima – apartamento ou alojamento próprio para propiciar o acesso à visita íntima do(a) cônjuge ou companheiro(a) da pessoa presa. A proporção de visitas por pessoa presa no Brasil é 1,6 por mês. O Ceará, o Rio Grande do Norte e

o Tocantins apresentam pouquíssimas unidades com espaço para visita íntima, com respectivamente 1%, 3% e 5% dos estabelecimentos oferecendo essa condição (DEPEN, 2014, p. 88).

3.2.7 Dados da situação carcerária do Rio Grande do Sul

Poder-se-ia, a partir dos dados brutos quantitativos e qualitativos do sistema Geopresídios do CNJ, verificar o número absoluto de pessoas que estão encarceradas em estabelecimentos avaliados como ruins e péssimos e que estão encarceradas em estabelecimentos superlotados. Porém, como a análise de tais dados não é o escopo deste trabalho – o intuito desse capítulo é dimensionar, em termos gerais, o problema brasileiro do encarceramento em condições atentatórias a padrões básicos de dignidade – tal verificação se limitará aos dados prisionais do Estado do Rio Grande do Sul.

O Estado gaúcho, embora tenha o 4º maior PIB do país³⁷, vive uma das situações mais graves do país no que diz respeito às condições de estrutura carcerária. Por essa razão, e tendo em vista que esse trabalho serve à conclusão de curso de graduação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é que são esmiuçados os dados referentes a este ente da Federação.

Dos 98 estabelecimentos prisionais do Rio Grande do Sul sobre os quais há dados de avaliação, 53 estão em situação péssima, 10 em situação ruim, 25 em situação regular, 10 em situação boa e nenhum em situação excelente. Ao cruzar os dados da população carcerária de cada estabelecimento e da avaliação qualitativa das condições dos estabelecimentos, observa-se o seguinte quadro: das 32.828 pessoas presas no Rio Grande do Sul, 29.954 (91,2%) estão em estabelecimentos com taxa de ocupação superior a 105%³⁸. Ainda, se depreende dos dados que 22.935 (69,9%) estão presas em estabelecimentos avaliados como péssimos, 2.693 (8,2%) em estabelecimentos avaliados como ruins, 5.278 (16,1%) em estabelecimentos avaliados como regulares e 1.922 (5,8%) em estabelecimentos avaliados como bons.

³⁷ http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasregionais/2014/default_ods.shtm

³⁸ Optou-se, aqui, pela não consideração dos estabelecimentos com taxas irrisoriamente superiores a 100%.

3.2.8 Condições de vida das pessoas encarceradas no Presídio Central de Porto Alegre

Optou-se aqui por fazer breves referências às condições de vida das pessoas encarceradas no famoso Presídio Central de Porto Alegre – rebatizado recentemente de Cadeia Pública de Porto Alegre –, conhecido tanto por ser o maior presídio do Estado, quanto por ser um dos piores do país³⁹. Esse subcapítulo se presta a tornar mais palpável a realidade apontada pelos dados brutos oferecidos pelos números já informados e, desse modo, permitir uma melhor percepção – ainda que distante – da experiência de muitos daqueles a quem são impostas as quase ilimitadas privações das penas privativas de liberdade no país.

Em 2014, a Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, após ação titularizada por representantes do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (Crea-RS), do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (Cremers) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pediu providências ao Estado brasileiro "para garantir a vida e a integridade pessoal dos detentos"⁴⁰.

No relatório produzido pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), ligado ao Conselho Nacional de Justiça, por ocasião do Mutirão Carcerário Local no Presídio Central de Porto Alegre/RS⁴¹, foram descritos diversos problemas estruturais do estabelecimento, comuns a tantos outros espalhados pelo país (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

De acordo com o relatório, no aspecto do saneamento, os pátios de banho de sol e visita da instituição são "depósitos de esgoto a céu aberto", pois "[f]ezes dos sanitários usados pelas outras centenas de presos escorrem dos andares superiores pelas paredes, vindo a cair no pátio de visitas". É destacado que as visitas dos presos não podem sentar em razão do esgoto, e que em boa parte das galerias é necessário

³⁹Em 2008, a CPI do sistema carcerário no Congresso Nacional considerou o Presídio Central de Porto Alegre como o pior do país.

⁴⁰ <http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/01/Medida-Cautelar-Pres%C3%ADdio-Central-30-12-2013.pdf>

⁴¹ http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutiraocarcerario/relatorios/Relat%C3%B3rio_Final_Pres%C3%ADdio_Central_23_05_14_FINAL.pdf

uma adaptação com garrafas de plástico para fazer passar o esgoto das celas superiores, entre pias e camas.

Ainda segundo o relatório, embora a Brigada Militar ocupe a instituição, administrando-a formalmente, na prática "as facções é que determinam quem será atendido por médico, quem fará a limpeza, quem servirá a comida, quem dormirá no melhor 'quarto', quem receberá 'visita íntima', etc. Até mesmo a figura do 'Prefeito' existe em cada galeria, inclusive com a sua designação sobre a porta de entrada da cela".

O relatório destaca que o poder particular dentro dos pavilhões da instituição é, na prática, legitimado pelo poder público que formalmente deveria administrá-los, uma vez que "a Brigada, como forma de administrar sem maiores incidentes, acabou por admitir o estado paralelo, sobre o qual não tem mais controle (...) cada vez que a Brigada vai entrar na galeria precisa chamar o 'prefeito' (chefe da facção), quando então pede a ele que inicie a movimentação de esvaziamento para o pátio".

Dentro das galerias comandadas pelos "Prefeitos", as relações de poder são desiguais, existindo privilégios para alguns apenados, conforme seu lugar na hierarquia das facções. Nas galerias do presídio central, não há portas nas celas – em razão da superlotação, se elas existissem, não haveria espaço físico para todos os apenados dormirem –, assim, os presos circulam livremente entre as celas sem portas e os corredores. No entanto, segundo o relatório, a "cela dos líderes das facções (prefeitos) têm papel de parede, TV de led e boa organização/apresentação".

O relatório descreve que as facções revendem aos moradores da galeria que controlam produtos básicos de sobrevivência, extraindo lucro. O documentário "Central", dirigido por Tatiana Sager, mediante entrevistas com internos e membros da administração carcerária, além de filmagens das próprias pessoas presas na instituição, revela o funcionamento desse "mercado" nas galerias.

Como o fornecimento e distribuição de alimentos por meio do Estado é precário na Cadeia Pública, se permitiu o estabelecimento de um mercado de alimentos privado dentro da instituição, com a contrapartida do pagamento de um aluguel para o Estado. Segundo conta o filme, como a instituição possui mais de 4000 presos e seria difícil organizar horários para cada grupo de presos comprar os

alimentos, na prática cada galeria determina que certos representantes façam um "rancho" periódico. O que acontece, porém, é que as fações revendem os produtos adquiridos no rancho para os presos da galeria, o que se torna uma fonte de lucro valiosa para as organizações privadas que exercem poder nas galerias. Torna-se, assim, ainda mais precário o acesso a alimentos básicos pela maior parte dos apenados (SAGER, 2015).

4. A DISCUSSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO CUMPRIMENTO DE PENA EM CIRCUNSTÂNCIAS DEGRADANTES

A controvérsia acerca da possibilidade de reparação de danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário 580252, interposto pela Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul contra decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que, no julgamento de embargos infringentes, concluiu não ser possível a responsabilização do Estado e condenação por danos morais, muito embora tenha reconhecido que, no caso concreto, a pena foi cumprida em condições degradantes por força do desleixo dos órgãos e agentes públicos.

A demanda foi ajuizada por pessoa que, no momento do ajuizamento da ação, estava presa no Estabelecimento Prisional de Corumbá/MS, em razão de condenação a 20 anos de prisão. O autor da ação – que permaneceu cumprindo a pena em regime fechado por cerca de 5 anos – alegou ter passado por condições subumanas no estabelecimento, causadas pela omissão do Estado do Mato Grosso do Sul em oferecer uma estrutura digna aos apenados⁴². Requereu, em razão dos danos morais causados por tais condições, indenização equivalente a um salário-mínimo por cada mês cumprido da pena.

A sentença julgou improcedente o pedido. Após recurso de apelação interposto pela Defensoria Pública do Estado do MS, foi reformada a decisão de 1º grau, sendo reconhecido o direito à indenização requerida. Nessa oportunidade, prevaleceu o voto do Desembargador Osvaldo Rodrigues de Melo, que fundamentou, em síntese, da seguinte forma: **(a)** a Vigilância sanitária do Município de Corumbá/MS, em diligência ocorrida no ano de 2003, constatou que havia superlotação na unidade prisional, além de outros inúmeros problemas de higiene e risco de transmissão de doenças e, uma vez que tal situação fática não foi alterada, ficou demonstrado o descaso do Estado do MS com os cuidados que deveria ter em relação aos custodiados; **(b)** a teoria da reserva do possível só pode ser aplicada com o asseguramento do mínimo existencial, e o tratamento adequado aos encarcerados,

⁴² Segundo os dados do Sistema Geopresídios, embora o Estabelecimento Prisional de Corumbá/MS seja avaliado como “bom”, comporta 519 presos em apenas 228 vagas, tendo uma taxa de lotação de 2,3 apenados por vaga.

como atendimento às necessidades de higiene e saúde, é de vital importância para assegurar o mínimo de existência – não podendo ser aplicada, portanto, tal teoria no caso; (c) o dano ao apelante está configurado pela privação de sua dignidade, decorrente de submissão a condições não previstas em lei e na sentença, e proibidas pelo ordenamento jurídico, e o desprezo do Poder público causa sofrimento que não se coaduna com a pena imposta, sendo o excesso em relação à pena legal a prova do dano sofrido pelo autor.

Após a oposição de embargos infringentes, possível em razão de voto vencido divergente do Desembargador Hamilton Carli no julgamento da apelação, foi proferido novo acórdão, desta vez prevalecendo voto em sentido contrário, do Desembargador Atapoã da Costa Feliz, que, ao negar a possibilidade de condenação do Estado do MS a indenizar o autor, ofereceu, em resumo, a seguinte razão de decidir: embora sejam notáveis as condições precárias dos estabelecimentos penitenciários do país, os quais, em sua grande maioria, não têm o mínimo de higiene ou salubridade e passam pelo problema da superlotação e da falta de agentes, deve ser aplicada a teoria da reserva do possível e da razoabilidade, na qual se analisa o limite orçamentário da administração e as medidas sociais e econômicas que precisam ser implementadas; a realização dos direitos dos presos depende das possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada sua incapacidade financeira, não se mostra razoável que seja compelido a efetivar comando legal, mesmo que constitucional.

Representando o autor, a Defensoria Pública do MS ingressou com Recurso Extraordinário n. 580252 contra tal decisão. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do recurso e rejeitou a tese da aplicação da teoria do possível aplicada pelo TJ/MS à hipótese, entendendo que o poder público é responsável por ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Entretanto, houve divergência entre os ministros no que se refere ao modo de reparação dos danos. A solução prevalente, delineada no voto do Ministro Teori Zavascki – e seguida pelos ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Rosa Weber e Carmen Lúcia – foi de que a indenização deve ser pecuniária, definindo-se como parâmetro o valor de 2 mil reais. Os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio

defenderam, por sua vez, que a indenização pecuniária deveria corresponder a um salário-mínimo por mês de detenção em situação degradante, nos termos propostos pela defesa do autor.

Solução contrastante foi sustentada pelo ministro Luis Roberto Barroso, que, acompanhado por Luis Fux e Celso de Mello⁴³, defendeu a ideia de que a reparação dos danos sofridos deve se dar mediante a remição da pena, com redução dos dias de prisão proporcionalmente ao tempo em situação degradante. Apontou que a pena deveria ser diminuída em 1 dia por 3 a 7 dias de prisão em situação degradante.

Serão aqui resumidos os argumentos trazidos pelos votos de Teori Zavascki e Luis Roberto Barroso para a defesa das divergentes soluções para a reparação de danos dos presos em situação degradante⁴⁴. Será referido, ainda, trecho da manifestação no pleno de Rosa Weber, que defendeu posição contrária àquela proposta por Luis Roberto Barroso.

4.1 Voto de Teori Zavascki⁴⁵

O debate instaurado entre os ministros do Supremo Tribunal Federal ficou limitado à questão da possibilidade de responsabilização do poder público pelos danos morais sofridos por pessoas que cumprem pena em situação degradante e à questão de qual o conteúdo deve ter a indenização (se pecuniária ou por dias de pena “*in natura*”). Não foi objeto central da deliberação, portanto, a questão de saber em que circunstâncias, no contexto do encarceramento, se configura o dano moral – tal dano foi considerado presumido, uma vez que o próprio acórdão impugnado admitiu que “a situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica”.

Ao tratar da possibilidade de invocação da reserva do possível, o ministro Teori Zavascki indica que merecem tratamento diferenciado duas situações que não podem ser confundidas: **(a)** uma, a de instituir políticas públicas de melhoria das

⁴³http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252_votoMCM.pdf

⁴⁴Com exceção desses votos e do voto do ministro Celso de Mello, os demais votos e manifestações do julgamento aparentemente não foram disponibilizados para consulta pública. Foram tentadas minuciosas buscas no sítio do Supremo Tribunal Federal e em demais mecanismos na *internet*, sem sucesso.

⁴⁵<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>

condições carcerárias – as quais estão sujeitas a intermediação legislativa ou das autoridades administrativas, dependendo da capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições – que não se discute no âmbito dessa demanda; **(b)** outra, juridicamente bem distinta, a do dever do Estado de indenizar danos individuais, morais ou materiais, causados a detentos.

Defende o ministro que o princípio da reserva do possível só pode ser invocado no primeiro caso. Aponta que a criação de subterfúgios teóricos, como a separação dos poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos, para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições de encarceramento esvazia inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais, transformando seu descumprimento reiterado em mero e inconsequente ato de fatalidade; que a invocação seletiva de razões de Estado para negar, especificamente a determinada categoria de sujeitos, o direito à integridade física e moral, não é compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição e que não pode a decisão judicial desfavorecer sistematicamente a um determinado grupo de sujeitos, sob pena de comprometer sua própria legitimidade.

Concluiu Zavascki que, havendo transgressão aos limites normativos de aplicação da pena, deve o Poder Judiciário agir para restabelecer prontamente a ordem jurídica, inclusive por meio da tutela repressiva de natureza cível.

Vê-se, pois, que o voto do ministro se resumiu à apresentação de razões para sustentar a existência de obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias do encarceramento em condições degradantes. Não foi objeto de sua argumentação, portanto, a questão do conteúdo da indenização. Limitou-se a propor a tese de repercussão geral da seguinte forma:

(...) 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, parágrafo 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.

Conforme já foi referido, tal tese foi adotada pelo plenário da Suprema Corte, uma vez que os ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Rosa Weber e Carmen Lúcia acompanharam o voto do relator.

4.2 Voto de Luis Roberto Barroso⁴⁶

A principal divergência presente neste julgamento foi posta pelo voto do ministro Luis Roberto Barroso, que, embora tenha acompanhado os demais membros do Supremo Tribunal Federal quanto à afirmação da obrigação do Estado de reparar os danos morais causados às pessoas que tenham cumprido pena em condições degradantes, discordou no que toca à forma de indenização.

O ministro redigiu um voto bastante extenso, no qual teceu uma série de considerações acerca das condições da punição no Brasil, apontado para três principais causas da crise do sistema carcerário nacional: (i) a superlotação; (ii) a lógica do hiperencarceramento, e (iii) as deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios. Elencou, ao fim do diagnóstico, diversas propostas para lidar com cada uma das referidas causas.

Para o problema da superlotação, propôs: construção de novos presídios; organização de uma 'fila de saída' para abertura de vagas a presos que tenham direito à progressão de regime; fim do uso excessivo e desproporcional da prisão provisória; o estímulo à aplicação mais ampla de penas alternativas à prisão; o aumento da celeridade e da eficiência da justiça criminal; a melhoria do acesso à Justiça pelos presos.

Para romper com a lógica do hiperencarceramento, propôs: a ampliação das espécies de penas alternativas à prisão e das hipóteses de cabimento de prisão domiciliar monitorada; a revisão da política de encarceramento em crimes sem violência ou ameaça à pessoa; a revisão da política de drogas; a exigência de elaboração de estudo de impacto-político criminal pelo Poder Legislativo previamente à aprovação de qualquer reforma na seara criminal; o incentivo a políticas de prevenção do crime por meio de atividades de inteligência policial e prisional; a realização de campanhas institucionais de conscientização da população a

⁴⁶<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re580252lrb.pdf>

respeito das condições dos presídios brasileiros e do seu impacto negativo sobre o aumento da violência e a segurança pública.

Para suprir o problema das graves deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios, propôs: a promoção de reformas estruturais nos presídios existentes; o aperfeiçoamento da estrutura de funcionamento dos presídios; a melhoria das assistências material, laboral, educacional, à saúde, ao egresso e à mulher; melhoria do monitoramento e da gestão dos presídios.

Opinou, ainda, que é fundamental garantir que a totalidade dos recursos com destinação específica para a questão carcerária seja efetivamente empregada na melhoria do sistema. Por fim, destacou que é papel do STF assumir uma postura ativa na construção de soluções para a crise prisional, diante do estado crônico de omissão e descaso com a população carcerária no país.

Ao analisar propriamente os aspectos jurídicos do caso, iniciou pelo enfrentamento do argumento da reserva do possível. Para tanto, lançou mão de alguns argumentos:

- (a) a responsabilização civil do Estado em casos como esse é de caráter objetivo, pois há um dever individualizado de velar pela integridade dos presos (art. 5º, V e X, da CF), independente de culpa dos agentes públicos;
- (b) na prestação positiva de políticas sociais, há um processo que envolve gastos públicos consideráveis em contexto de escassez de recursos (justiça distributiva), enquanto que a responsabilidade civil está fundada na realização da justiça comutativa ou corretiva;
- (c) não se pode invocar a cláusula para exoneração do cumprimento de obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade (ADPF 45);
- (d) os seres humanos têm um valor intrínseco, sendo esse um postulado antiutilitarista que se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como fim em si mesmo, e não como meio para realização de metas coletivas ou projetos

peçoais de outros, como na instrumentalização do preso para a execução de políticas públicas.

Até esse ponto, Barroso acompanha a base argumentativa utilizada tanto pelo Desembargador Osvaldo Rodrigues de Melo do TJ/MS – redator do voto que prevaleceu no julgamento da apelação interposta pelo autor à qual foi dado provimento –, quanto pelo ministro Teori Zavascki, defendendo a ideia de que os danos morais causados aos presos em razão das condições de cumprimento da pena são indenizáveis pelo poder público, que tem dever constitucional de assegurar um certo padrão de dignidade àqueles em situação de privação de liberdade.

Daí em diante, diferentemente da solução dada pela tese que prevaleceu ao fim do julgamento, afirma uma defesa de que a reparação dos danos morais sofridos pelos apenados se realize mediante remição de dias da pena que foi definida inicialmente pela decisão penal condenatória. O conjunto de argumentos apresentados pelo ministro nesse passo é de especial interesse para o escopo da análise que se pretende esboçar nessa monografia. Isso porque Luis Roberto Barroso dá destaque à ideia do resgate da proporcionalidade proporcionado pela remição de dias da pena como reparação de danos.

Entre os pontos elencados para a defesa da remição da pena, merecem destaque os seguintes:

(a) a única resposta que se tem oferecido a lesões a interesses extrapatrimoniais é uma indenização em dinheiro, sendo que o pagamento de uma quantia monetária jamais será suficiente para restituir a pessoa à situação anterior ao dano; isso gera uma precificação dos direitos da personalidade e da própria dignidade da pessoa humana, induzindo à adoção de um cálculo utilitarista, de custos e benefícios, na produção dos danos;

(b) tem-se vislumbrado uma tendência na responsabilidade civil brasileira de oferecer mecanismos de reparação de danos extrapatrimoniais cujo objetivo é, em vez da compensação financeira, o aplacamento da própria lesão sofrida, pelo ressarcimento *in natura*; diversas decisões judiciais já adotam, por exemplo, a retratação pública como meio de reparação de danos à honra, conferindo à vítima um mecanismo eficaz para recuperar sua reputação junto ao meio social em que se insere;

(c) no caso dos presos, faz-se necessário buscar um mecanismo de reparação específica das lesões existenciais causadas, que seja capaz de recuperar, tanto quanto possível, as condições mínimas de dignidade que lhes foram subtraídas;

(d) o tempo cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas em lei; a redução do tempo de prisão busca, então, o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo detento; tal lógica já é aplicada no sistema normativo brasileiro na concessão de aposentadoria especial, que exige menos tempo de serviço e menor idade mínima, como espécie de "compensação legal" que se presta a reparar o segurado sujeito a condições laborais de maior desgaste;

(e) ao mesmo tempo, a remição da pena é um dos possíveis mecanismos de reparação específica ou *in natura* de lesões existenciais; ao abreviar a duração da pena, cumpre o papel de restituir ao detento o exato "bem da vida" lesionado: a liberdade antecipada conquistada por meio do desconto da pena faz cessar as violações suportadas pelo preso no cárcere – isso é mais efetivo que dinheiro (*forma* da remição da pena); assim se evita também o arbitramento de baixos valores indenizatórios em dinheiro (o Tribunal de origem definiu a indenização em R\$ 2.000,00, enquanto que o STJ já condenou a R\$ 8.000,00 cliente por atraso de voo);

(f) o *modo de execução* do remédio proposto corresponde ao instituto da remição penal previsto na Lei de Execução Penal; não obsta que assim se proceda a ausência de previsão legal, mesmo porque a remição penal pelo estudo foi concedida durante muitos anos por decisões judiciais antes de ganhar previsão legal em 2011, e a remição por leitura de livros, de até 48 dias de pena por ano, é possível sem que haja autorização por lei; ademais, a previsão de responsabilização civil na CF não prevê que esta se dê de modo pecuniário;

(g) além de tal remédio produzir aumento da visibilidade e da deliberação pública sobre o tema, é uma solução mais atenta ao particular momento vivido pelo Estado brasileiro do ponto de vista da *responsabilidade fiscal*;

(h) propõe que o pedido a indenização não pecuniária deve ser feita perante o Juízo de Execução Penal, o qual, por possuir amplas atribuições administrativas e jurisdicionais para a garantia de condições adequadas nos presídios – incluindo a

inspeção dos estabelecimentos e a apuração de responsabilidade por seu funcionamento impróprio, e a possível interdição – possui a competência para a promoção da remição da pena como meio de responsabilização do Estado por condições degradantes de detenção;

(i) a definição da atribuição do Juízo de Execução para tal julgamento garante maior precisão do tamanho da reparação, maior uniformização dos critérios indenizatórios que serão utilizados em relação aos detentos de cada presídios e maior efetividade à reparação, pois, fossem tais demandas julgadas por juízos cíveis, dificilmente seriam decididas a tempo de executar a medida enquanto o preso ainda estivesse cumprindo a pena;

(j) a remição de dias de pena é benéfica ao apenado ainda que se dê pela diminuição de dias de regime menos gravoso (regime semiaberto, aberto ou mesmo livramento condicional), pois, além de encerrar a sua sujeição às obrigações e condições para o cumprimento da pena e ao risco de perder o benefício e regressar ao presídio, oferece o restabelecimento de direitos políticos, a antecipação da contagem do prazo de 5 anos para retornar à primariedade, a antecipação do prazo para requerimento da reabilitação criminal (que assegura o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação) – nesse último aspecto, diminuindo o estigma que pende sobre a pessoa, tornando-a menos vulnerável a abordagens policiais e facilitando o reingresso no mercado de trabalho;

(k) como métrica para a precisão da reparação não pecuniária dos danos morais sofridos pelos presos, Barroso propõe que o quociente máximo, aplicável aos casos de maior violação à dignidade humana, deve ser de 1 dia de remição para cada 3 dias de cumprimento de pena em condições degradantes, por analogia ao parâmetro legal do artigo 126 da Lei de Execução Penal (que prevê diminuição de 1 dia de pena a cada 3 dias de trabalho do apenado); quanto ao quociente mínimo, define que, na falta de melhor parâmetro legal, não deve ser menor que a remição definida pela Portaria Conjunta do Depen/CJF n 276, de 2012, para cada livro lido pelo apenado (que pode chegar a 1 dia de remição para cada 7 de cumprimento de pena), sob pena de se configurar o barateamento da dignidade do preso;

(l) assim, resta à indenização pecuniária um caráter subsidiário, a ser aplicada nas hipóteses em que seja impossível a remição da pena – nos casos de prisão provisória

seguida de absolvição e quando o autor da ação já tenha cumprido integralmente sua pena.

Opina o ministro, então, por uma redação alternativa da tese a ser fixada pelo Supremo Tribunal Federal:

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 de 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

Nesse trabalho será feita uma análise mais aprofundada do argumento “(d)” posto pelo ministro Luis Roberto Barroso para justificar a remição de dias de pena como reparação dos danos morais sofridos pelos apenados. Entende-se que esse argumento é de especial relevância para a solução da controvérsia e mesmo para possibilitar uma compreensão mais acurada da gravidade das circunstâncias de cumprimento de penas no Brasil do ponto de vista de abordagem sobre a punição de Andrew Von Hirsch.

Uma vez que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não preveem o *modo* como devem ser reparados os danos morais frutos de responsabilização civil, o debate sobre a resposta jurídica mais adequada para o caso se torna mais amplo, possibilitando uma miríade de considerações práticas e principiológicas. Assim, a abordagem aqui proposta é pertinente.

4.3 Posição da ministra Rosa Weber⁴⁷

Conforme já referido, não foi encontrado no *site* do Supremo Tribunal Federal o conteúdo dos votos dos demais ministros quanto ao tema (com exceção dos dois votos examinados e do voto do ministro Celso de Mello). Entretanto, é pertinente fazer referência à manifestação da ministra Rosa Weber que, ao declarar seu voto na sessão de julgamento pelo pleno do RE 580252, em 16/02/2017, ofereceu uma série de argumentos contrários à tese fixada por Luis Roberto Barroso.

Na ocasião, a ministra, lendo trechos de seu voto, se manifestou nos seguintes termos:

Não existe sistema ideal de reparação de danos, todos têm suas dificuldades. A reparação *in natura*, que em princípio seria sempre a desejável, gera um questionamento básico: é possível restaurar *in natura* o sofrimento qualificado pela violação da dignidade humana no cumprimento de pena em condições degradantes, abreviando o tempo correspondente? A dor da dignidade devastada pelo descaso na hipótese seria reparada com a saída antecipada da prisão? O violar por menos tempo compensaria o reparar o dano causado, exigido pelo direito civil? Parece-me que abreviar o sofrimento não seja necessariamente o mesmo que reparar o sofrimento, apesar da imbricação. A proposta de abreviação da pena (...) não esgota a complexidade do problema, pois não diz com a dignidade do preso que é o bem ofendido pelo Estado, e sim com a liberdade. São bens jurídicos diversos e tal conclusão decorre da natureza das coisas (...). A importância da distinção entre dignidade e liberdade, dentro dos limites do problema, parece-me basilar. A proposta da reparação *in natura* orienta a reparação do Estado anterior, opção que, quando passível de ser concretizada, se torna sem dúvida preferível à mera substituição de um bem por outro, como ocorre na reparação financeira. Mas neste caso a alternativa que subjaz a suposta reparação *in natura* significa trocar um bem por outro. (...) Quanto à imputação de responsabilidade estatal (...) ainda que admitido o conceito de reparação *in natura* a permitir situação de bens distintos como forma de reparação, no caso concreto entendo que tal substituição (...) não reproduziria corretamente regra de imputação de responsabilidade civil ao Estado (...). Em esquematização metafórica, parece que a proposta de que o bem dignidade do preso, subtraído pelo Estado enquanto o submete a

⁴⁷ A citação transcrita nesse subcapítulo foi retiradas da gravação da sessão de julgamento do RE 580252, disponibilizada pelo Supremo Tribunal Federal no seguinte endereço eletrônico: https://www.youtube.com/watch?v=G-E9Uc_RDkI.

condições degradantes de encarceramento em prisão superlotada, seja reparado pela entrega à vítima do bem dinheiro pertencente ao Estado (...) o eminente relator, ao meu juízo, isso que propõe; na formula do voto divergente, parece-me que o bem dignidade do preso subtraído pelo Estado, será reparado pela entrega à vítima do bem liberdade, restituído ao preso pelo Estado (...) a primeira possibilidade, a alternativa do relator, imputa ao Estado causador do dano (...) uma consequência que invade diretamente sua esfera jurídico-patrimonial, que consiste na perda do dinheiro (...) ao invés, em face do Estado, o que imputa a segunda proposição (...) diretamente não imputa nada, [pois] a liberdade e a dignidade pertencem ao mesmo titular (...) haveria portanto, em ultima análise, uma compensação entre obrigações e não uma reparação in natura como tal (...) o Estado por não cumprir a 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 do seu poder-dever de reeducar, fator assumido em nosso sistema penal para justificar a aplicação da pena (...). A despeito das várias visões criminológicas a respeito da função da pena, a reinserção social não pode ser olvidada como ao menos uma das hipóteses relevantes diante da nossa Lei de Execuções Penais. Eu comungo com o primoroso voto divergente onde afirma que as más condições carcerárias representam um adensamento da pena (...) levando assim à ideia de que seria justo considerar a pena efetivamente cumprida antes da data formalmente determinada. Porém tal ideia (...) dependeria do reconhecimento na execução penal de uma punição pura e simples, o que de certa forma tem o indesejado efeito de relativizar a própria discussão a respeito da reparação (...). A Constituição Federal não parece permitir (...) uma visão monocromática, focada exclusivamente no castigo. Discute-se dano moral a ser indenizado porque descumpridos pelo Estado princípios de formalização digna da aplicação da pena, e tais princípios por sua vez existem porque a imposição da pena não se iguala à *vendeta* (...). Se autorizada a compensação da obrigação estatal de manutenção da dignidade dos presos com obrigação de cumprimento da pena integral de cada um deles, o Estado ganha, parece (...) um salvo conduto para que as horríveis, perversas e indesejadas condições carcerárias permaneçam como estão, tornando desnecessárias quaisquer políticas publicas.

Pode-se sintetizar as objeções de Rosa Weber nos seguintes argumentos: **(a)** a remição de dias da pena como proposta de reparação de danos aos presos não se trata

de reparação *in natura*, pois na verdade caracteriza entrega do bem liberdade, e não do bem dignidade violado pelo Estado; **(b)** a substituição do bem dignidade pelo bem liberdade como reparação de danos não imputa diretamente nada ao Estado, pois o bem liberdade não pertence à esfera jurídico-patrimonial deste, mas ao apenado; **(c)** ao abrir mão de exigir do preso o cumprimento integral da pena à qual ele foi condenado, o Estado deixa de cumprir seu dever de efetivar uma das funções da pena, de reeducação do condenado; **(d)** operar-se tal “compensação entre obrigações” (de manter a dignidade do preso durante a pena, de um lado, e de exigir o cumprimento integral da pena, de outro) significa reconhecer como fim da execução penal a punição pura e simples e permitir a manutenção das condições carcerárias degradantes atuais.

A apresentação da posição de Rosa Weber no julgamento faz-se necessária, pois, ao defender a proposta de indenização como melhor solução reparatória, lança mão de considerações relacionadas à discussão sobre o caráter da pena e as obrigações do Estado ao executá-la. No capítulo seguinte, merecerão análise os argumentos **(c)** e **(d)** apresentados pela ministra, porque relevantes para a discussão sobre a *pena devida* que contingencia o debate instaurado no Supremo Tribunal Federal.

5. A REMIÇÃO DE DIAS DA PENA COMO RESGATE DA PROPORCIONALIDADE

Entre outros argumentos, ora jurídicos, ora morais, ora pragmáticos, o ministro Luis Roberto Barroso, ao defender a remição de dias de pena como melhor resposta às demandas por reparação de danos aos presos em condições degradantes, afirma que “o tempo cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas em lei” e que “a redução do tempo de prisão busca o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo detento”.

Tais reivindicações parecem estar carregadas da ideia de que a severidade da pena – e, nesse caso, o tempo de prisão –, deve ser proporcional à gravidade do delito. Parece possível, então, que uma teoria da punição baseada no mérito (*desert-based*) ajude a entender melhor essas afirmações e a fornecer fundamentos mais claramente delineados para sustentá-las.

A tarefa que se propõe nesse capítulo é investigar de que forma os princípios da proporcionalidade ordinal (relativa) e da proporcionalidade cardinal (não-relativa) são infringidos nas penas cumpridas em circunstâncias degradantes e se eles podem oferecer razões para a adoção de determinada solução reparatória dos danos sofridos pelos apenados – a remição de dias da pena.

5.1 A severidade da pena de privação de liberdade prevista na lei brasileira

Já tentou-se no capítulo 2 (?) delinear os limites cardinais da escala de penas no Brasil, ou seja, quais graus mínimo e máximo de severidade são previstos pelo direito brasileiro para sancionar respectivamente as condutas de menor e maior gravidade. Viu-se que, mormente a partir da reforma legislativa de 1984, penas que envolvem pequenas afetações às dimensões de interesse dos ofensores passaram a ser previstas para sancionar condutas criminosas de gravidade média ou leve.

Referiu-se também que a pena mais severa permitida pelo direito brasileiro é de privação de liberdade, que não seja cruel, não envolva trabalhos forçados e não tenha duração superior a trinta anos. É pertinente, contudo, mencionar outras regras

que constituem restrições cardinais adicionais à severidade da pena privativa de liberdade.

A Constituição brasileira dispõe que aos presos deve ser assegurada sua integridade física e moral (XLIX do artigo 5º) e que às presas são asseguradas condições de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (L do artigo 5º). A Lei de Execuções Penais, por sua vez, determina que é dever do Estado prestar assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa ao preso (artigo 11), que o preso tem direito à atribuição de trabalho e sua remuneração (artigo 41, II), à entrevista pessoal e reservada com o advogado (artigo 41, IX), à representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito (artigo 41, XIV), a visitas íntimas em dias determinados (artigo 41, X), a ter contato com o mundo exterior por meios de informação (artigo 41, XV), entre outros.

A referida lei estabelece ainda as condições em que o condenado deve ficar segregado: cela individual que contenha dormitório, aparelho sanitário e lavatório (artigo 88), que seja salubre pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana (artigo 88, a), com área mínima de seis metros quadrados (artigo 88, b), sendo vedado o emprego de sala escura nas sanções disciplinares aplicadas em razão do cometimento de faltas (artigo 45, § 2º); a penitenciária deve ser construída à distância que não restrinja a visitação (artigo 90), entre outras condições. A penitenciária de mulheres, por sua vez, deve ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos (artigo 89).

É notável que a pena de privação de liberdade constitui uma intensa intrusão na liberdade de locomoção e de associação do apenado, na privacidade, na condição de estar no controle da própria vida, no suporte e amenidade materiais, dimensões de interesse que as pessoas geralmente dão muito valor e que dizem respeito a meios normalmente necessários para uma boa vida. Entretanto, as leis brasileiras exigem que a afetação desses interesses seja restrita e que a pena de privação de liberdade não afete outros interesses fundamentais dos apenados.

A previsão do direito a uma cela individual, com tamanho mínimo e certas condições de habitação são claros tetos à intrusão na privacidade, no suporte e amenidade materiais e mesmo na liberdade de locomoção do indivíduo preso. O

direito à visita íntima, à correspondência com o mundo exterior, a estar preso em um estabelecimento acessível aos familiares, em um estabelecimento dotado de creche para abrigar os filhos menores de sete anos⁴⁸, constituem restrições à intrusão no interesse de manter laços afetivos e sociais.

De outro lado, os deveres do Estado de assistência material (fornecimento de alimentação, vestuário, instalações higiênicas e serviços que atendam às necessidades especiais dos presos, como venda de produtos – artigos 12 e 13), assistência à saúde (atendimento médico, farmacêutico e odontológico, de caráter preventivo e curativo – artigo 14), assistência jurídica (pela Defensoria Pública aos presos sem recursos financeiros para constituir advogado, dentro e fora dos estabelecimentos penais, devendo haver local apropriado destinado ao atendimento pelo defensor público – artigos 15 e 16), assistência educacional (compreendendo instrução escolar, de nível fundamental e médio, e formação profissional, dotação de bibliotecas em cada estabelecimento – artigos 17 a 21) instituem limites cardinais explícitos à pena privativa de liberdade, que não pode invadir os interesses protegidos pelas referidas normas.

Essas normas não apenas informam sobre os limites cardinais da severidade das sanções com base na proporcionalidade, mas parecem estabelecer o conteúdo penal aceitável da pena privativa de liberdade, de modo que a punição imposta seja coerente com a dignidade do apenado, não sendo degradante ou desumana. Assim, tanto restrições fundadas na proporcionalidade, quanto na dignidade, são instituídas.

5.2 O aumento da severidade da pena decorrente das condições de encarceramento

É público e notório que as penas privativas de liberdade no Brasil são cumpridas em condições contrastantes com aquelas apontadas pela Constituição e pela Lei de Execuções Penais. Os dados resumidos no terceiro capítulo dessa monografia, colhidos de plataformas públicas a que todos podem ter acesso,

⁴⁸ Parece razoável supor que o direito das mães de permanecerem com os filhos durante o período de amamentação e nos anos iniciais diz respeito principalmente a interesses fundamentais dos próprios filhos (no seu pleno desenvolvimento, com nutrição adequada, etc.) – do contrário, tal direito não seria restrito aos anos iniciais ou às mulheres –, ainda que, certamente, tal direito acabe por realizar também o interesse da mãe de estar com os filhos nesse período.

demonstram que o cumprimento das penas em circunstâncias não permitidas pelo ordenamento jurídico, é, na prática, quase uma regra.

A alta densidade da população carcerária em grande parte dos estabelecimentos prisionais, ocasionada pelos altos índices de superlotação – no Rio Grande do Sul, 91,2% dos presos vivem em estabelecimentos cuja taxa de ocupação é superior a 105% – faz com que intrusões da pena na privacidade, no suporte e amenidade materiais e na liberdade de locomoção dos apenados sejam muito maiores do que preconizam as regras da LEP. Na estrutura da Cadeia Pública de Porto Alegre, e em incontáveis outros estabelecimentos, não existem celas individuais, uma vez que as portas entre as celas e os corredores foram suprimidas, afim de que possa haver espaço físico suficiente para que todos os presos possam deitar-se. Assim, interesses cuja afetação é permitida mais modestamente pela punição legal são invadidos de modo a diminuir profundamente o padrão de vida dos punidos. Nessas circunstâncias, especialmente a dimensão de interesse da privacidade é completamente liquidada pela pena.

A privacidade e a manutenção dos laços afetivos e familiares dos presos também são mais intensamente afetadas nos estabelecimentos que não possuem espaço específico destinado à visita social (63% dos estabelecimentos prisionais, segundo o levantamento realizado pelo DEPEN) ou não possuem espaço específico para visita íntima (69% dos estabelecimentos prisionais, segundo o levantamento realizado pelo DEPEN).

Sob outros aspectos, grande parte das penas de privação de liberdade aplicadas no Brasil afetam a outros interesses geralmente muito valorados pelas pessoas, cuja privação não é prevista pela lei.

Levando-se em conta o alto índice de mortalidade intencional no sistema prisional brasileiro, de 167,5 para cada cem mil pessoas encarceradas (seis vezes maior do que o índice nacional geral), a alta taxa de incidência de HIV e de tuberculose na população carcerária brasileira (respectivamente 60 e 38 vezes maior que a taxa na população como um todo), o fato de que 37% dos presos brasileiros estão encarcerados em estabelecimentos que não dispõem de qualquer serviço de atenção básica de saúde e que, em alguns casos, como o da Cadeia Pública de Porto Alegre, oferecem condições péssimas de saneamento e higiene, chega-se à conclusão

de que há uma forte ameaça ao interesse da preservação da vida e da integridade física e psicológica dos punidos, seja em razão do alto risco de doenças ou lesões (inclusive mortais), seja da falta de cuidados médicos subsequentes.

O acesso à informação e à educação, básica ou profissional são outras dimensões de interesse ilegalmente afetadas negativamente pela pena em muitos dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Como já foi mencionado, 48% das unidades não possui salas de aula e 68% não possui qualquer biblioteca, enquanto que apenas 22% oferece oficinas de trabalho.

Quanto ao acesso à assessoria jurídica gratuita, embora apenas 22% das unidades prisionais possuam salas exclusivas para atendimento jurídico, 90% dos internos estão presos em unidades em que há prestação sistemática desse serviço. Não se pode ignorar, entretanto, que em Estados como o Rio Grande do Norte (20% dos estabelecimentos oferecem assessoria jurídica sistematicamente) e o Ceará (40% dos estabelecimentos oferecem assessoria jurídica sistematicamente) a prestação de assessoria jurídica gratuita é precária.

São, portanto, muitas as precariedades estruturais dos estabelecimentos prisionais brasileiros que dão às penas privativas de liberdade, por vezes, um caráter muito mais severo do que aquele circunscrito pela Constituição e pela legislação infraconstitucional e, portanto, violam os limites da proporcionalidade cardinal nos quais o sistema de penas brasileiro está ancorado. De qualquer modo, ainda que fossem permitidas pelo ordenamento jurídico, essas circunstâncias, ao afetarem intensamente diversas dimensões de interesse que em geral são necessárias para se alcançar um bom padrão de vida, iriam de encontro com a já mencionada noção de que as pessoas são capazes de sopesar modestos desincentivos práticos ao decidir suas ações. O apelo à capacidade dos indivíduos de apreciar as razões morais expressas pela censura contida na pena é atropelado pelo conteúdo devastador das privações impostas ao condenado nesse contexto.

Além disso, as penas de privação de liberdade cumpridas nas condições oferecidas por muitas unidades prisionais brasileiras, além de injustificadamente severas, são degradantes e ofendem a dignidade das pessoas punidas. Privações que envolvem a quase inexistência de privacidade, o convívio com esgoto a céu aberto, a ameaça constante de sofrer com graves doenças e violências por parte de facções que

comumente estabelecem e executam as regras internas das unidades, certamente interferem substancialmente na “habilidade dos condenados de se comportarem como um ser humano capaz de sentimento, reflexão e escolha” (HIRSCH e NARAYAN, 1993, p.83), constituindo, assim, uma pena desumana.

5.3 A remição de dias da pena como correção da severidade da punição

É certo que a superação das graves e sistemáticas violações de direitos das pessoas que cumprem penas no Brasil, especialmente as privativas de liberdade, passam por profundas reformas nas instituições e nas práticas punitivas. Muitas das possíveis saídas foram apontadas por Luis Roberto Barroso em seu voto no RE 580252, como o fim do uso excessivo e desproporcional da prisão provisória, o estímulo à aplicação mais ampla de penas alternativas à prisão, a revisão da política de encarceramento em crimes sem violência ou ameaça à pessoa, a revisão da política de drogas, algumas entre as quais, como já referido, seriam exigidas pela regra da proporcionalidade.

Outro caminho possível, em nada excludente das demais reformas propostas, é aplicar o primeiro passo do *decrementalismo* proposto por Hirsch: deslocar a severidade da escala de penas como um todo para baixo, de modo a adaptá-la ao parâmetro do número de vagas atual dos presídios brasileiros (a “capacidade penal”). Para tanto, seria necessário restringir a aplicação das penas privativas de liberdade à punição de crimes de alta gravidade. A abolição imediata de tais penas para os crimes de furto e daqueles relacionados à lei de drogas, por exemplo, acarretaria num alívio de aproximadamente 40% da população carcerária brasileira atual, sendo uma opção viável para dar um primeiro passo em direção a uma escala de penas compatível com a estrutura punitiva existente.

Essa proposta exige certamente uma sensibilização e uma tomada de consciência da sociedade brasileira e dos seus representantes políticos em relação à questão prisional, mas em nada representa uma solução revolucionária ou extremamente vanguardista. Nesse sentido pode-se referir o recente caso – inclusive referido nos votos de Luis Roberto Barroso e Celso de Mello – julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América que, em 2011, no caso *Brown vs Plata*, considerou ofensiva à 8ª Emenda da Constituição estadunidense – que veda a

punição não usual e cruel – o excesso populacional no Estado da Califórnia, obrigando o poder público a reduzir a taxa de presos por vaga de 200% para 137,5%, no prazo de dois anos⁴⁹. Não seria absurdo supor, logo, que uma iniciativa similar pudesse ser imposta pelo Supremo Tribunal brasileiro.

O que se apresenta aqui como questão a ser respondida, todavia, é como reparar, do modo mais adequado e justo possível, os danos sofridos por aqueles que cumprem penas privativas de liberdade nas circunstâncias atualmente oferecidas pela estrutura prisional brasileira, uma vez que estas não serão modificadas em curto prazo e que, se e enquanto persistirem, muitas pessoas condenadas criminalmente sofrerão seus efeitos.

Não parece haver dúvidas de que o cumprimento de pena nas condições já descritas não é justificável do ponto de vista do Estado Democrático Direito, em qualquer das suas variantes, que leve em consideração a dignidade e o mínimo bem-estar das pessoas submetidas à punição legal. Também não parece ser efetiva a imposição de tão severas privações para a realização das finalidades da pena comumente reivindicadas: a prevenção, a ressocialização, a reprovação ou a retribuição.

A ministra Rosa Weber, entretanto, elege justamente o compromisso com a ressocialização, que seria melhor preservado com o cumprimento integral da pena, como entrave para a adoção da proposta da remição de dias da pena como solução reparatória. Opina ela, ainda, que a diminuição do tempo passado pelo preso em condições degradantes não é capaz de minorar ou reparar a violação à sua dignidade.

Primeiramente, deve-se destacar que o artigo 1º da Lei de Execuções Penais não estabelece a ressocialização como finalidade da pena, mas senão que a execução penal tem por objetivo “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal”, ou seja, implementar a pena nos limites do tempo e do regime fixados na sentença – que deve ser necessária e suficiente para “reprovação e prevenção do crime” (conforme preconiza o artigo 59 do Código Penal) – , além de “proporcionar condições para a harmônica integração do condenado e do internado”. Do texto legal se deduz apenas que as privações da pena não podem ferir, ou podem ferir apenas em até certa

⁴⁹ Suprema Corte dos EUA, caso *Brown et al. v. Plata et al.*, 131 S. Ct. 1910, 1923 (2011).

medida, aqueles interesses que o ordenamento jurídico brasileiro deixa intocáveis, ou apenas limitadamente restringíveis; e que a execução penal deve proporcionar – não impor – ao preso as condições para sua harmônica integração.

Parece inadequado supor, então, que a ressocialização ou reeducação do condenado, ainda que possa ser interpretada como uma finalidade auxiliar da execução da pena, constitui um objetivo primordial desta, capaz de caracterizar um “poder-dever” do Estado (para usar as palavras da ministra) do qual se estaria abrindo mão ao antecipar a extinção da pena. De outro lado, ainda que se considere que a ressocialização do apenado tem lugar destacado entre os objetivos da pena – a concorrer com a reprovação e a prevenção –, é bastante duvidosa a afirmação de que o cumprimento da pena por mais tempo em condições degradantes contribui para a uma maior efetivação desse fim.

Enquanto que a defesa de que a pena, seja ela privativa ou não de liberdade, deva proporcionar condições para que o condenado se integre (ou se “reintegre”) harmonicamente à comunidade – por meio do oferecimento de oportunidades para o término ou o aperfeiçoamento da formação escolar e profissional, e de auxílio médico, psicológico ou religioso, etc. – é razoável e plenamente compatível com o ideal do Estado Democrático de Direito, o mesmo não se pode dizer da reivindicação de que a ressocialização ou reeducação possa servir como métrica para a fixação de uma pena justa para adultos moralmente responsáveis. Além de ser objetável em seus fundamentos, a ressocialização como medida da pena apresenta uma dificuldade prática difícil de transpor: como definir, sem cometer injustas arbitrariedades, que um condenado está suficientemente “preparado” para regressar à convivência comum (livre das privações da pena)?

O aparato prático dado por uma concepção da pena com base primordial na censura ou reprovação enfrenta essa dificuldade de modo muito menos problemático. Como já mencionado, é o grau de reprovação de cada conduta que definirá a severidade comparativa da sua sanção correspondente, a qual deverá ser proporcional em termos relativos (ordinais) e não-relativos (cardinais) ao grau de dano causado e à culpabilidade do ofensor (HIRSCH, 1993). Desse modo, sendo uma boa “métrica” para fixar as penas a serem cumpridas em condições mais aceitáveis, que respeitem a dignidade do apenado, a proporcionalidade também pode servir como base para

orientar a resposta às demandas por reparação dos apenados que cumprem penas em circunstâncias degradantes.

É certo que os danos infligidos àquelas pessoas que sofrem tratamento desumanizante no cárcere não podem ser apagados nem plenamente compensados, pois “são efetiva ou potencialmente destrutivas para a personalidade do ofensor” (HIRSCH e NARAYAN, 1993, p.84). Não é justificável, ademais, a permanência de condições desse tipo nos estabelecimentos destinados ao cumprimento das penas, a ser meramente remediada com o uso sistemático de medidas pretensamente reparatórias. Contudo, diante de uma estrutura produtora de violações que não será consertada ou substituída imediatamente, é possível e necessário propor-se uma medida que corrija a desproporção da pena, tornando-a menos injusta.

Como já demonstrado, as penas cumpridas nas circunstâncias mencionadas, ao imporem privações mais intensas e a mais dimensões de interesse do que aquelas que a lei prescreve, se tornam mais severas do que permitem os limites da proporcionalidade cardinal. As exigências da proporcionalidade ordinal também são descumpridas, pois pessoas condenadas por crimes de igual gravidade podem sofrer penas de severidade muito distinta – compare-se, por exemplo, as privações impostas pela Cadeia Pública de Porto Alegre com as impostas por unidades administradas pelas Associações de proteção e assistência ao condenado (APAC’s), em que não há superlotação e a LEP é cumprida⁵⁰ –, e pessoas condenadas por crimes de menor gravidade podem cumprir penas mais severas do que aquelas condenadas por crimes de maior gravidade, a depender do estabelecimento em que forem encarceradas.

Diferentemente da reparação de danos por meio de pagamento em dinheiro, a proposta de Luis Roberto Barroso, de diminuição de dias da pena daquele que estiver preso com condições degradantes, é capaz de resgatar, ainda que parcialmente, a proporcionalidade da punição, distorcida pela imposição de tratamento mais severo aos apenados. Como bem destacou o ministro em outras palavras, o tempo cumprido em condições mais severas deve ser medido de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais (previstas em lei). Assim, considerar que uma pena privativa de liberdade em que o condenado teve intensamente afetada a sua privacidade, seu conforto material, a sua liberdade de locomoção e a sua higiene – porque dividia uma

⁵⁰ https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/23/politica/1485198858_731977.html

cela projetada para 3 presos com outros 15 – foi integralmente cumprida em 3 anos, embora a sentença a tenha fixado em 6 anos, significa assumir que a severidade da pena efetivamente cumprida nesse período é equivalente à severidade da pena quando cumprida em condições normais por um período maior. Assim, tanto o grau da censura transmitida pela punição quanto o grau dos desincentivos prudenciais por ela prenunciados ficam melhor preservados com essa espécie de correção.

Está-se diante de um argumento adicional, embora quiçá decisivo, em defesa da solução da remição de dias da pena como solução para a reparatória dos danos sofridos pelos presos submetidos a tratamento degradante. Tal argumento leva em consideração, além da vantagem reparatória da medida – que, como disse Barroso, faz cessar o tratamento degradante em relação ao qual se está buscando reparação – a melhor adequação do conteúdo da pena, na medida do possível, àqueles padrões sugeridos pelas razões que justificam a sua imposição.

É evidente que a diminuição de dias da pena que impõe condições degradantes para o fim de torná-la mais proporcional não torna a sua severidade perfeitamente equivalente àquela da pena cumprida nos limites da lei, mesmo porque as violações mais graves à dignidade do preso produzidas em diversos estabelecimentos brasileiros são de difícil mensuração de impossível reparação plena. Todavia, uma vez que a solução alternativa – a indenização pecuniária – não almeja operar qualquer correção na medida da pena, a vantagem proporcionada pela remição dos dias da pena, ao tornar a pena efetivamente cumprida menos severa e, portanto, menos desproporcional (ainda que não digna), é uma forte razão para a adoção dessa proposta.

Diga-se, ainda, e por fim, que ressaltar o aspecto do resgate da proporcionalidade, ainda que imperfeito, proporcionado pela remição de dias da pena significa oferecer um bom argumento para a sua escolha como medida reparatória no caso de a alternativa concorrente ser a indenização pecuniária. Contudo, tal consideração não exclui a possibilidade de se cogitar a remição de dias da pena como um direito por si só: de cumprir a pena pelo tempo fixado na sentença nas condições previstas em lei e, no caso de as circunstâncias – por ação ou omissão do Estado – tornarem o seu conteúdo mais severo, ter o tempo de pena “corrigido” a fim de adequar-se ao grau de severidade positivado em lei. Assim, poderia subsistir o direito

ao pleito por indenização pecuniária em razão do tratamento desumano (no caso de ele ter ocorrido) do qual a Constituição especialmente protege os cidadãos, independentemente do asseguramento da correção da pena para resgatar a proporcionalidade distorcida pela severidade aumentada. Os aspectos jurídicos dessa hipótese, todavia, não serão aqui abordados, por excederem os objetivos traçados

CONCLUSÃO

Essa monografia foi produzida por meio de uma estrutura de cinco passos – consubstanciados em cinco capítulos correlatos. As sínteses extraídas de cada etapa ajudam a sustentar, em maior ou menor medida, o argumento oferecido em seu final: de que a adoção da remição de dias da pena como solução reparatória para os danos morais sofridos pelas pessoas que cumprem pena em situação degradante, se comparada com a alternativa da indenização pecuniária, tem a vantagem de tornar a pena menos desproporcional, mais adequada (ou menos inadequada) àqueles padrões previstos em lei e àqueles sugeridos pelas razões que justificam a sua imposição em uma concepção da punição baseada primordialmente na reprovação ou censura.

Primeiramente, buscou-se expor a teoria normativa da pena de Andrew Von Hirsch. Viu-se que, ao tentar oferecer uma justificção moral para as penas, o autor, juntamente com A. P. Simester, concebe o direito penal como uma ferramenta regulatória para influenciar o comportamento, mas que se distingue das outras ferramentas em razão da sua voz moral, caracterizando-se como uma forma de *coerção racional*, que apela à agência responsável do sujeito, oferecendo-lhe razões morais para não empreender condutas declaradas publicamente como erradas (porque danosas aos outros), censurando-o quando optar por ignorar tais razões e realizá-las; que, em razão de os seres humanos serem falíveis, sujeitos também à instintos e inclinações, a função de desincentivo exercida pela ameaça de tratamento severo das penas serve a fornecer razões prudenciais, secundárias, para que se resista a perpetrar as ações proibidas, devendo tais desincentivos, todavia, agirem em um quadro moldado pela censura moral.

Foram expostos, ainda, os princípios reguladores da definição do *quantum* das penas derivados dessa concepção de direito penal: uma vez que a punição deve transmitir culpa, a sua severidade (definida pela maior ou menor interferência nos recursos materiais e imateriais que ordinariamente são necessários para um bom padrão de vida dos punidos) deveria refletir a seriedade da conduta punida (definida pela extensão da culpabilidade do agente e pelo grau de dano causado pela conduta nos interesses – recursos – da(s) vítima(s)); assim, a fixação das penas deve respeitar as exigências da proporcionalidade ordinal (pessoas condenadas por crimes de similar seriedade deveriam receber punições de igual severidade, enquanto que

peças condenadas por crimes de seriedade diferente deveriam receber punições de severidade correspondente ao grau comparativo da seriedade da conduta punida) e os limites da proporcionalidade cardinal (a escala de penas como um todo deve ser moderada, oferecendo níveis de ameaça que não sejam devastadores a ponto de fazer com que as razões morais expressas pelas características de censura expressas pela sanção deixem de ser relevantes; não deve ser tão inflada a ponto de que mesmo os crimes menos severos sejam sancionados com o encarceramento).

O segundo passo consistiu em investigar o papel e a medida dos critérios da censura e da proporcionalidade no direito brasileiro. Concluiu-se que após a reforma de 1984 que modificou a Parte Geral do Código Penal, o sistema de fixação de penas no Brasil deu alguns passos importantes em direção a uma instituição que incorpora a noção de reprovação quantificada aos agentes em razão dos seus atos (a culpabilidade pelo fato do agente), na medida de sua seriedade, tratando-os como cidadãos responsáveis capazes de escolher e raciocinar moralmente, ao abolir a medida de segurança para os imputáveis e prever sanções de menor severidade para crimes menos graves, incluindo na redação do artigo 59 a regra de que a pena deve ser aquela necessária para a reprovação da conduta (ainda que esteja também a prevenção como critério).

Percebeu-se também, contudo, que subsistem diversos aspectos do direito penal brasileiro que violam os postulados da proporcionalidade (relativa e não-relativa), tais como a existência de critérios alheios à seriedade do crime para a fixação da severidade da pena em cada caso – relativos ao tempo e ao tipo de privação – (os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e, principalmente a reincidência), a previsão de penas por período injustificadamente elevado (como 20 ou 30 anos), a existência de profundas diferenças entre as penas mínimas e máximas previstas para o apenamento de agentes que cometam condutas de mesma ou similar seriedade, a previsão de penas mais severas para crimes de determinada seriedade do que para outros de severidade maior, significando uma expressão de reprovação distorcida em relação ao real grau de dano causado pelas condutas (distorção promovida pela Lei dos Crimes Hediondos e, especialmente, pela Lei de Drogas).

No terceiro capítulo, foram mencionados diversos dados estatísticos sobre superlotação e sobre distintas condições de vida nas unidades prisionais brasileiras e, mais acuradamente, nas unidades gaúchas, tais como segurança, educação, saúde, conforto e suporte material e acesso à justiça – extraídos principalmente de bases de dados do Conselho Nacional de Justiça. Além disso, foram trazidas breves informações sobre o modo de vida e as relações de poder entre os detentos e entre esses e a administração carcerária na Cadeia Pública de Porto Alegre (antigo Presídio Central), a fim de tornar mais palpável a realidade apontada pelos dados brutos oferecidos pelos números. Desse modo, foi possível dispor de uma maior base fática para aferir o grau de severidade da pena privativa de liberdade brasileira em “carne e osso” e, assim, permitir uma melhor análise, no capítulo final, sobre os seus efeitos para a consideração da proporcionalidade.

O capítulo seguinte resumiu-se a descrever os termos da discussão instaurada perante o Supremo Tribunal Federal por ocasião de demanda por reparação de danos, inclusive morais, sofridos a pessoa que cumpriu sua pena em condições degradantes e de superlotação. Viu-se que houve um consenso entre os ministros quanto à responsabilidade civil do Estado pelos danos sofridos pelos apenados – em que a fundamentação apresentada pelo voto do relator Teori Zavascki foi seguida pelos demais –, tendo havido divergência, contudo, quanto à forma de reparação dos danos: Luis Roberto Barroso advogou pela reparação por meio da remição de dias da pena proporcional aos danos sofridos – entre outras razões, porque o tempo cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais – enquanto que outros ministros defenderam a indenização pecuniária como resposta reparatória, especialmente a ministra Rosa Weber, a qual argumentou que, ao abrir mão de exigir do preso o cumprimento integral da pena à qual ele foi condenado, o Estado deixa de cumprir seu dever de efetivar uma das funções da pena, de reeducação do condenado.

Por fim, a presente monografia chegou ao seu passo derradeiro. Mostrou-se que as leis brasileiras exigem que a pena privativa de liberdade afete negativamente certos interesses dos presos (como a intrusão na liberdade de locomoção e de associação do apenado, na privacidade, na condição de estar no controle da própria vida, no suporte e amenidade materiais) de modo limitado e que não afete outros interesses fundamentais dos apenados, restando fixados, assim, certos limites ligados

à noção de proporcionalidade cardinal (não-relativa); que as precariedades estruturais dos estabelecimentos prisionais brasileiros dão às penas privativas de liberdade, por vezes, um caráter muito mais severo do que aquele circunscrito pela Constituição e pela legislação infraconstitucional e, portanto, violam os limites da proporcionalidade cardinal nos quais o sistema de penas brasileiro está ancorado, bem como as exigências da proporcionalidade ordinal, pois pessoas condenadas por crimes de menor gravidade podem cumprir penas mais severas do que aquelas condenadas por crimes de maior gravidade, a depender do estabelecimento em que forem encarceradas.

Concluiu-se, ao fim, que distintamente da reparação de danos por meio de pagamento em dinheiro, a proposta de Luis Roberto Barroso, de diminuição de dias da pena daquele que estiver preso com condições degradantes, é capaz de resgatar, ainda que parcialmente – pois o tratamento degradante e desumano é incomensurável e impossível de ser plenamente compensado –, a proporcionalidade da punição distorcida pela imposição de tratamento mais severo aos apenados; não se excluindo, contudo, a hipótese de subsistir o direito ao pleito por indenização pecuniária em razão do tratamento desumano (no caso de ele ter ocorrido) do qual a Constituição especialmente protege os cidadãos, independentemente do asseguramento da correção da pena para resgatar a proporcionalidade distorcida pela severidade aumentada.

REFERÊNCIAS

ASSIS TOLEDO, Francisco de. Princípios Básicos de Direito Penal. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 20 de abr. 2017.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 20 de abr. 2017.

BIANCHINI, Alice. MOLINA, García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: introdução e princípios fundamentais. 2ª edição. São Paulo: RT, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, José Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em 25 de fev. 2017.

_____. Mutirão Carcerário Local no Presídio Central de Porto Alegre/RS. 2014. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutiraocarcerario/relatorios/Relat%C3%B3rio_Final_Pres%C3%ADdio_Central_23_05_14_FINAL.pdf>

_____. Sistema Geopresídios acessado via sítio do CNJ, cuja fonte é o Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em 10 de fev. 2017.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN – Junho de 2014. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 20 de fev. 2017.

FEINBERG, Joel. *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law, vol.1.* New York/Oxford: Oxford University Press, 1984.

GARRAPON, Antoine. GROS, Frédéric. PECH, Thierry. *Punir em Democracia – E a justiça será.* Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

HIRSCH, Andrew Von. *Censure and Sanction* (1993). Oxford, New York. Oxford University Press, 2003.

_____. *Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory.* In: *Criminal Law, Philosophy* (2014) 8: 245. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s11572-012-9192-7>>. Acesso em 15 de julho de 2017.

MILL, John Stuart. *On Liberty* (1856). Chicago/Illinois: A Gateway Edition, 1959.

NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro. In: *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v.13, n. 2, 2011. Disponível em <<http://revistaemam.kinghost.net/revista/index.php/rjunic/article/view/216/199>>. Acesso em 10 jun. 2017.

NUSSBAUM, Martha Craven. *Creating Capabilities – The Human Development Approach.* Cambridge: Harvard University Press, 2011.

KARAM, Maria Lucia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. In: *Revista do IBCCrim*, ano 2, número 6, 1994. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/127091/mod_resource/content/1/Maria%2>

[OLucia%20Karam%20%20Aplicacao%20da%20pena%20%20por%20uma%20nova%20atuacao%20da%20justica%20criminal.pdf](#) > Acesso em 10 de abr. 2017.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revisited edition. Cambridge: Harvard University Press. 1999.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL. Os números da Justiça Criminal no Brasil. In: Informativo Rede Justiça Criminal, nº 8, janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cd b10994f8.pdf>>. Acesso em 21 de fev. 2017.

SAGER, Tatiana. *Central – O Poder das Facções no Maior Presídio do Brasil*. Porto Alegre: Panda Filmes, 2015.

SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

SIMESTER, A P. BOIS-PEDAIN, Antje du. NEWUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory Essays for Andreas von Hirsch*. Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014.

SIMESTER, AP. HIRSCH, Andreas Von. *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011.

WORLD PRISON BRIEF. *Highest to Lowest – Occupancy level (based on official capacity)*. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/occupancy-level?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em 15 de fev. 2017.