

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. Senhores Ministros, eminentes pares, a controvérsia diz com os arts. 43, 186 e 927, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil), para os quais visa o autor, *Conselho Federal da OAB (CFOAB)*, a que este Supremo Tribunal Federal confira interpretação conforme “ *de modo a declarar que os Estado é civilmente responsável pelos danos morais causados aos detentos quando os submete à prisão em condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação* ”.

Requer, ainda, que esta Suprema Corte fixe o modo de pagamento da correspondente indenização e comande aos poderes Executivo e Legislativo a criação de um fundo voltado ao financiamento de políticas não estatais de ressocialização das pessoas presas. Subsidiariamente, caso se entenda incabível a ação direta, roga seja a ação recebida como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2. Legitimidade ativa

O CFOAB ostenta legitimidade ativa para propor a presente ação, *ex vi* do disposto no art. 103, VII, da Constituição Federal, e art. 2º, VII, da Lei 9.868/1999. Por exercer funções que desbordam da mera representação classista dos advogados, assumindo uma figuração *sui generis* na ordem constitucional, a OAB, por meio de seu Conselho Federal, põe-se ao lado dos denominados “legitimados universais” na instauração do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 3, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ 18.09.1992, p. 15407, RTJ Vol. 142-02, p. 363).

Há regularidade na representação processual. A inicial foi instruída com procuração com poderes específicos para o ajuizamento da presente ação direta (ADI 2187, Rel. Ministro OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, DJ 12.12.2003, p. 62). Ademais, a peça inaugural é subscrita pelo Presidente do CFOAB, em conjunto com os advogados.

3. Adequação

Em que pesem as judiciosas manifestações da Presidência da República, Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República, reputo admissível a ação direta. Primeiramente, é firme o entendimento desta Corte de que a ação direta de inconstitucionalidade é instrumento idôneo para a aplicação da técnica de *interpretação conforme* (ADI 3077, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe-168 31.07.2017; ADI 524, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Rel. p/ acórdão Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe-151 31.07.2015; ADI 4815, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe 018 29.01.2016; ADPF 132, Rel. Ministro AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe-198 13.10.2011) . O tema está, inclusive, positivado no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999.

É assente na jurisprudência deste Tribunal que se afigura “ *cabível o pedido de ‘interpretação conforme à Constituição’ de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal*” (ADI nº 4.274/DF, Rel. Ministro AYRES BRITTO, DJe 2.05.2012).

Os dispositivos impugnados ressentem-se de *polissemia*, isto é, confortam pluralidade de interpretações, certo de que pelo menos uma se mostra inconciliável com o texto constitucional.

No limite de sua potencialidade interpretativa, os art. 43, 186 e 927 do Código Civil – em especial o primeiro – possibilitam leitura excludente da reparação do dano individual causado a presos em situações ilícitas de encarceramento, se conexo com dano coletivo ou decorrer de omissão estatal dita “não específica”. Ilustram-no as diversas decisões judiciais que abonam essa exegese, em tese, contrária ao comando do § 6º do art. 37 da Constituição, a qual não é superada pela aplicação *per si* dos cânones hermenêuticos que se prestam a aclarar o sentido linguístico do enunciado (v. ADPF 132, Rel. Ministro AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe-198 13.10.2011).

O autor não intenta discutir situações de fato ou ampliar a abrangência da norma para abrigar hipóteses outras além das contempladas pelo legislador. A postulação tem como objetivo expurgar da norma regente do instituto da responsabilidade do Estado leitura *concretizadora* incompatível com o texto constitucional.

A referência a caso concreto julgado pela Justiça de Mato Grosso do Sul tem escopo exemplificativo e serve, de resto, para situar a relevância do tema no contexto dos direitos fundamentais e no âmbito de projeção da normatividade da Constituição. Seja como for, a questão posta é apreciada abstratamente.

O juiz constitucional há muito se desvencilhou do arquétipo de *legislador negativo*. Mesmo Kelsen admitira que “ *La anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción com um signo negativo, y por tanto uma función legislativa*” . (Em tradução livre: “ *A anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade da sua produção e não é, por assim dizer, senão produção com sinal negativo e, portanto, função legislativa*”)

Assim tem se posicionado esta Corte. No julgamento da ADPF 132, o Ministro Gilmar Mendes realizou minuciosa e esclarecedora análise da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e chegou à mesma conclusão:

“Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF nº 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Em decisão de notável relevância doutrinária para o tema em discussão, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação, aos servidores públicos, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, pelo que promoveu extensão aditiva do âmbito de incidência da norma [...]” (MI 670, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgados em 25-10-2007.

Tenha-se presente, ainda, o MI 543, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 24-5-2002, e o MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-11-1991, quando restou assentado que “ *é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo que fixar, de molde a facultar-lhe, quando possível, a satisfação provisória do seu direito*” .

Também de marcado caráter aditivo, registre-se a decisão proferida na Pet 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, quando o Tribunal, enfrentando a situação de insegurança geral deflagrada pela demarcação da reserva

Raposa Serra do Sol, logrou, mediante a disciplina constante do voto do Ministro Menezes Direito, dar margens nítidas à extensão do usufruto dos indígenas sobre as áreas que lhes são constitucionalmente garantidas (Pet 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, Informativo STF n. 539, 16 a 20-3-2009).

Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já se livrou do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.”

Na mesma linha, em sua obra acadêmica *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, a lição do Ministro Roberto Barroso:

“[...] Entretanto, vale o registro de que, em tempos mais recentes, a própria Corte passou a questionar a consistência teórica da distinção entre legislador negativo e positivo, dado o reconhecimento de que, em variadas situações, a interpretação jurídica exigirá que o intérprete atribua significados concretos a normas de textura aberta, efetuando escolhas justificadas e submetendo-se ao teste da crítica pública. Nessas condições, o aplicador – e aqui, com especial destaque, o juiz – passa a colaborar na construção do sentido das normas, atenuando as fronteiras entre criação e interpretação. Embora tal circunstância se manifeste com certa regularidade no âmbito da jurisdição constitucional, alguns precedentes acabam atraindo uma atenção diferenciada por parte do grande público. Dois casos recentes ilustram o ponto de forma especialmente nítida: no primeiro, interpretando o princípio democrático, o STF estabeleceu que a troca injustificada de partido gera a perda do mandato parlamentar; no segundo, atribuindo sentido a princípios como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, a Corte assentou o dever estatal de reconhecer as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Oscilando entre críticas ferrenhas e atos de louvor, a reação apaixonada que ambos os casos despertaram ajuda a colocar em evidência o papel decisivo de juízes e tribunais na definição do conteúdo material do Direito vigente.”

Se, por um lado, o Tribunal está inelutavelmente adstrito ao pedido, de outro, cumpre ao colegiado mirar o *complexo normativo* impugnado, em

sua plenitude, e tomar em consideração os parâmetros – cânones metodológicos, “ *recursos interpretativos auxiliares*” ou “ *argumentos axiológicos, empíricos, jurisprudenciais, dogmáticos*” – necessários para o processo decisório.

Essa exigência deriva da necessária distinção entre texto e norma. Na concepção positivista, em cuja sombra modelou-se o controle concentrado de constitucionalidade, norma é “ *ordem pronta e acabada* ”. Na lógica subsuntiva, haveria coincidência exata entre disposição normativa e norma. Entretanto, esse modelo não atende às exigências da sociedade moderna e é incompatível com os desafios que são postos diante das cortes constitucionais para a manutenção da integridade e eficácia normativa da Constituição.

O texto é essencial à atividade jurídica. Todavia, o direito positivado não dita, *prima facie*, a solução a ser dada segundo a lógica formal. “ *O texto da norma pode estimular com seu efeito sinalizador a concretização e pode apontar com o seu efeito limitador (Grenzwirkung) as barreiras da concretização admissível, mas ele não pode conter substancialmente a instrução normativa*” .

Sendo assim, é ingênuo pensar que a técnica da interpretação conforme pode operar dissociada dessa realidade. A possível imbricação das disposições impugnadas – arts. 43, 186, 927 do Código Civil –, com argumentos empíricos ou axiológicos que podem muitas vezes ser evocados em louvor da tese da não reparabilidade do dano individual não significa que haveria descompasso entre a norma (Alexy) ou programa normativo (Müller) e os preceitos vergastados. Nas fases do processo de concretização da norma jurídica, o intérprete lança mão de elementos metodológicos e articula o preceito com mecanismos auxiliares de interpretação. Nessa tarefa, pode ele derivar para a esquerda ou direita e tomar curso oposto ao ditado pela Constituição, seja pela leitura equivocada do enunciado linguístico, seja pela introdução errônea de juízos axiológicos independentes.

A pergunta não deve ser “qual dispositivo de lei suscita interpretação inconciliável com a Constituição?”, mas “qual complexo normativo o faz?” Nesta sede, o que está no epicentro do debate é *a norma jurídica que regula a responsabilidade do Estado por danos morais causados, por ações, lícitas ou ilícitas, e omissões à pessoa presa* .

A referência, na inicial, a enunciados textuais de dispositivos específicos do Código Civil ou acórdãos proferidos no julgamento de casos concretos não é óbice a que o STF syndique todos os suportes e elementos concretizadores auxiliares para fiar a linha interpretativa consentânea com a Carta Maior ou conjurar alguma que se apresente inconstitucional. Para que possa válida e eficazmente exercer o mister de guardião da Constituição, o STF não está adstrito aos artigos de lei expressamente citados pelo autor, vale dizer, os veículos linguísticos pelos quais o legislador dá a conhecer o “mandado de definição” por ele estabelecido. Este último – a *ratio essendi* da norma – é *construído* por via interpretativa, a partir da leitura concretizadora de uma ou mais disposições normativas e os elementos dogmáticos e empíricos relevantes. E este deve ser o perímetro do pronunciamento do Supremo Tribunal.

4. Utilidade da decisão interpretativa

O julgamento empreendido pelo STF no RE 580.252, no regime da repercussão geral, não afasta o interesse processual para a apreciação dos pedidos deduzidos na presente ação direta.

Naquela assentada, o Plenário aprovou a seguinte tese: “ *Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento*” .

O objeto desta ação direta, percebe-se, é mais amplo: visa à defesa objetiva da ordem constitucional, como costumava afirmar o Ministro Celso de Mello. Diferentemente do que sucede no processo subjetivo, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade a causa de pedir é aberta, a exigir delineamentos mais precisos e abrangentes acerca da moldura constitucional que há de governar a atividade interpretativa da norma.

Isento das amarras típicas das demandas subjetivas, o STF poderá enfrentar de maneira mais ampla a questão sobre a forma de reparação do dano, em resposta ao segundo pedido formulado na inicial, que visa à declaração de que “a indenização [por prisão em condições subumanas, insalubres, degradantes ou de superlotação] seja paga por meio de

prestações mensais, iguais e sucessivas, por tempo equivalente ao da prisão nas condições mencionadas". A Corte haverá também de decidir sobre o terceiro pedido, que objetiva a determinação aos poderes Executivo e Legislativo para que criem um fundo voltado ao financiamento de políticas não estatais de ressocialização dos detentos.

A par disso, uma vez atendidos os pressupostos previstos no art. 23 da Lei 9.868/1999, a interpretação conferida por esta Corte produzirá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28), de modo que também no plano eficaz o provimento a ser aqui produzido será mais amplo.

De resto, tenho que a petição inicial satisfaz aos ditames do art. 3º da Lei 9.868/1999.

Satisfeitos, portanto, os requisitos de admissibilidade, conheço da ação direta de inconstitucionalidade e procedo ao exame do mérito.

5. Os pedidos formulados na inicial

Como exposto no relatório, a parte autora formulou 3 (três) pedidos, em caráter principal: (i) a declaração de " *que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais causados aos detentos quando os submete à prisão em condições subumanas, insalubres, degradantes ou de superlotação* "; (ii) a determinação de que " *a indenização seja paga por meio de prestações mensais, iguais e sucessivas, por tempo equivalente ao da prisão nas condições mencionadas* "; e (iii) a determinação para que o " *Executivo e o Legislativo providenciem a criação de um fundo, que receberá uma proporção das indenizações pagas, para financiar políticas não estatais de ressocialização dos detentos* " .

Entendo que a resposta ao primeiro pedido há de consistir na reiteração da jurisprudência pacífica do STF, no sentido da ilicitude e, portanto, do dever do Estado de indenizar a pessoa que permanecer privada de liberdade – em caráter cautelar ou em execução de pena - em condições degradantes.

A despeito de sua obviedade, cumpre reafirmar que o Estado tem o dever impostergável de assegurar condições apropriadas de estrutura,

lotação, segurança e salubridade nos estabelecimentos penais. Quem o diz é a Constituição da República, em diversos preceitos do repertório de direitos fundamentais, a começar pelo art. 1º, inciso III, que estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como alicerce da República, e pelo art. 5º, inciso III, que veda o tratamento degradante e desumano.

Esse *especial dever* imposto ao Estado está igualmente inscrito em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. O art. 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, prescreve que “ *Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes [...]*”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, tem regra semelhante: “ *Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano*” (art. 5).

Resolução aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que instituiu os *Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas* (Resolução n. 1 /18, de 13 de março de 2008), inicia com a seguinte exigência:

“Toda pessoa privada de liberdade que esteja sujeita à jurisdição de qualquer dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos será tratada humanamente, com irrestrito respeito à sua dignidade própria e aos seus direitos e garantias fundamentais [...]. Serão também protegidas contra todo tipo de ameaças e atos de tortura, execução, desaparecimento forçado, tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes” (Princípio I).

A Resolução traz ainda as seguintes obrigações:

“As pessoas privadas de liberdade deverão dispor de espaço suficiente, com exposição diária à luz natural, ventilação e calefação apropriadas, segundo as condições climáticas do local de privação de liberdade [...].

As pessoas privadas de liberdade terão acesso a instalações sanitárias higiênicas e em número suficiente, que assegurem sua privacidade e dignidade. Terão acesso também a produtos básicos de higiene pessoal e a água para o asseio pessoal, conforme as condições climáticas

Às mulheres e meninas privadas de liberdade serão proporcionados regularmente os artigos indispensáveis às necessidades sanitárias próprias de seu sexo [...].

A autoridade competente definirá o número de vagas disponíveis em cada local de privação de liberdade conforme as normas vigentes em matéria habitacional. Essa informação, bem como a taxa de ocupação real de cada estabelecimento ou centro, deverá ser pública, acessível e regularmente atualizada. A lei disporá os procedimentos mediante os quais as pessoas privadas de liberdade, seus advogados ou as organizações não governamentais poderão impugnar os dados acerca do número de vagas de um estabelecimento ou sua taxa de ocupação, individual ou coletivamente. Nos procedimentos de impugnação deverá ser permitido o trabalho de peritos independentes.

A ocupação do estabelecimento acima do número estabelecido de vagas será proibida por lei. Quando desse fato decorra a violação de direitos humanos, deverá ela ser considerada pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante. A lei deverá estabelecer os mecanismos para remediar de maneira imediata qualquer situação de alojamento acima do número de vagas estabelecido. Os juízes competentes deverão adotar medidas corretivas adequadas na ausência de regulamentação legal efetiva.

Constatado o alojamento de pessoas acima do número de vagas estabelecido num estabelecimento, os Estados deverão investigar as razões que motivaram tal situação e determinar as respectivas responsabilidades individuais dos funcionários que tenham autorizado essas medidas. Deverão, ademais, adotar medidas para que a situação não se repita. Em ambos os casos, a lei disporá os procedimentos mediante os quais as pessoas privadas de liberdade, seus advogados ou as organizações não governamentais poderão participar dos procedimentos correspondentes.” (Princípios XII e XVII.)

Merecem especial referência a *Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984, e as *Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos*, aprovadas em 1955 e revisadas em 2015 (Regras de Nelson Mandela). A primeira estatui, entre outras regras pertinentes, que “ *Cada Estado Parte se comprometerá a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam*

tortura tal como definida no Artigo 1, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”.

As Regras de Nelson Mandela, por sua vez, preconizam que “ *Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância*” (Regra 1). Grassa desse importante estatuto – certamente o mais completo e atual entre os protocolos internacionais de proteção da pessoa privada de liberdade – o reconhecimento de que a pena degradante é uma pena em duplicidade. Eis o que dispõe a Regra 3:

“O encarceramento e outras medidas que excluam uma pessoa do convívio com o mundo externo são aflitivas pelo próprio fato de ser retirado destas pessoas o direito à autodeterminação ao serem privadas de sua liberdade. Portanto, o sistema prisional não deverá agravar o sofrimento inerente a tal situação, exceto em casos incidentais, em que a separação seja justificável, ou nos casos de manutenção da disciplina.”

A Regra 13 ordena que “ *Todos os ambientes de uso dos presos e, em particular, todos os quartos, celas e dormitórios, devem satisfazer as exigências de higiene e saúde, levando-se em conta as condições climáticas e, particularmente, o conteúdo volumétrico de ar, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação*” .

À guisa de síntese, transcrevo novamente a tese fixada pelo Plenário, à unanimidade, quando do julgamento do RE nº 580.252, no regime da repercussão geral:

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

Reafirmo, como não poderia deixar de ser e na esteira da jurisprudência desta Corte Suprema, a responsabilidade civil do Estado por submeter

cidadãos a encarceramento em condições subumanas, insalubres, degradantes ou de superlotação, por aviltantes à dignidade da pessoa humana e por conferirem à pena verdadeira natureza de crueldade e desumanidade, situação prosrita pelo ordenamento jurídico nacional e internacional.

Cumpre, passo seguinte, deliberar sobre o segundo pedido formulado, concernente à forma de indenização.

E aqui, peço vênia para antecipar aos meus eminentes pares que o posicionamento a seguir externado difere parcialmente do voto-vista que apresentei no julgamento do RE nº 580.252. Na ocasião, ressalvei a possibilidade de reexame da matéria à luz da tese então desenvolvida, com o costumeiro brilhantismo, pelo Ministro Roberto Barroso, o que a presente ADI, como previ, está a oportunizar.

6. Reparação como pena cumprida: a compensação penal

A inicial requer desta Suprema Corte provimento declaratório para determinar que a indenização devida em razão do tempo de pena cumprido em condições degradantes “ *seja paga por meio de prestações mensais, iguais e sucessivas, por tempo equivalente ao da prisão nas condições mencionadas*” . Vindica, em poucas palavras, a declaração de que a reparação deve ser paga *in pecunia* .

Creio - com a devida vênia aos que possuem entendimento em sentido diverso -, que esta não é a melhor decisão.

Início a análise do pedido registrando que o ponto do qual se deve partir para o adequado equacionamento das questões que envolvem de maneira ampla o sistema carcerário há de ser, necessariamente, o *estado de coisas inconstitucional* em que ele opera há décadas, conforme reconheceu o STF, também à unanimidade, no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347. Eis aí, a meu ver, o balizamento do qual não podemos fugir a fim de fornecer a resposta mais adequada ao pedido formulado.

Nesse sentido, a decisão a ser tomada precisa, a um só tempo, (i) considerar o pressuposto de que o sistema funciona de maneira a causar a “violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de

falhas estruturais e falência de políticas públicas” e (ii) zelar para que não tenha como consequência prática a agudização do quadro de inconstitucionalidade.

Conforme bem lembrou o então Decano da Corte, Ministro Celso de Mello , no julgamento do multicitado RE 580.252, o tema conduz inevitavelmente ao campo das “ escolhas trágicas” . O terreno é movediço, e cada passo em falso pode ser um passo atrás na melhoria das condições dos presídios e cadeias públicas do país.

A meu sentir, a via da indenização em dinheiro produziria resultados, nos planos fático e jurídico, contrários ao que se espera. Após reexaminar a questão, sob o ângulo mais abrangente que o controle *in abstracto* permite, tenho que a reparação pecuniária, para além da impossibilidade fática quando considerada à luz do quadro de violações massivas e generalizadas, está longe de ser uma medida efetiva contra o gravíssimo problema do sistema carcerário brasileiro. Diante disso, peço licença ao Ministro Luis Roberto Barroso para resgatar a ideia central da sua tese então apresentada no RE 580.252/MS, pois é a que satisfaz, *na maior medida possível* , cada um dos direitos fundamentais em conflito, sem afetar seus conteúdos essenciais. Faça-o, contudo, sob perspectiva ligeiramente distinta.

A reparação do dano moral decorrente de condições inapropriadas de encarceramento deve, sim, a meu ver, aperfeiçoar-se pela via da abreviação da pena. Ao menos três razões impõem essa solução: (i) a impossibilidade orçamentária de indenização pecuniária às centenas de milhares de pessoas submetidas a condições de encarceramento subumanas, insalubres, degradantes ou de superlotação; (ii) a precedência da reparação ripristinatória como decorrência do fundamento da responsabilidade; e, (iii) a consequência prática da pena cumprida em condições violadoras da dignidade humana.

A primeira razão – impossibilidade orçamentária – é uma constatação quase que auto evidente. Os estados da federação não têm condições financeiras de indenizar todas as pessoas que cumprem pena em condições desumanas, o que acarretaria a ruína das finanças das unidades federativas no longo prazo. É preciso ter em conta que estamos diante de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, e que não são apenas as pessoas atualmente presas as potenciais candidatas a receber reparação financeira: milhares de pessoas passaram pelo sistema e muitos mais ainda passarão, a julgar o aumento contínuo dos índices de encarceramento em quase todos os quadrantes do Brasil. Com pouca chance

de errar, pode-se afirmar que praticamente todas as pessoas encarceradas no Brasil - no passado, presente e no futuro próximo -, fariam jus à indenização.

Inevitavelmente, em curto espaço de tempo teríamos um cenário em que as indenizações simplesmente deixariam de ser pagas - esvaziando por completo o direito fundamental à indenização, em espécie de coroamento da sequência de violações impostas pelo Estado -, ou então assistiríamos ao direcionamento de boa parcela dos recursos destinados à administração prisional para o pagamento de indenizações, instaurando-se um círculo vicioso que só faria aprofundar a crise do sistema carcerário e do consequente dever de indenizar. O Estado brasileiro estaria pagando para violar direitos fundamentais, ao invés de investir recursos para fazer cessar a violação.

Impõe-se ao Judiciário, na solução dos conflitos, observar a dogmática sem descuidar, contudo, das consequências jurídicas, sociais e econômicas da decisão. Este Supremo Tribunal colige decisões em que foi dada especial atenção às prognoses da decisão (vg. ADI 2797 ED, Rel. Ministro MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão: Ministro AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe-039 27.02.2013; ADI 4481, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe-092 18.05.2015), e a questão trazida na inicial, dado o universo imenso de pessoas potencialmente beneficiadas com pagamento de indenização, exige tal juízo de ponderação.

A doutrina, corretamente, predica que o raio das normas referentes a direitos fundamentais sofre força conformadora não apenas de outros princípios, como os postos em relevo. Consoante assinalado, as normas sobre direitos fundamentais “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível”, dentro das “possibilidades fáticas existentes”. Pagar indenização ao universo de pessoas mantidas em celas com excesso de lotação não me parece solução factível.

Deixando de lado divergências de fundo acadêmico ou semântico, a resposta à intrincada *quaestio* que se nos apresenta deve ser a síntese das exigências do direito e das possibilidades fáticas. E o caminho a trilhar há que ser o inverso: partir do problema empírico colocado e procurar equacioná-lo nos marcos do direito positivo.

A segunda razão não me parece menos evidente. Independentemente do título que se dê a esse fenômeno jurídico - reparação natural ou específica, compensação, satisfação, ressarcimento pelo equivalente - certo é

que o modo de reparação pela via da abreviação da pena possui maior carga restituitória, pelo menos se comparada à reparação pecuniária.

Reconheço que a indenização *in pecunia* não é destinada à mensuração do *pretium doloris*. Ao revés, visa a conferir à vítima uma soma em dinheiro que proporcione regalo ou prazer para auxiliá-la no processo de elaboração da dor sofrida.

Todavia, para a hipótese em que o dano é permanente, protraindo-se no tempo, ou de efeitos permanentes, a reparação pode se materializar por meio da “*supressão do ato ilícito*”. Exemplos clássicos são a retificação, retratação e contrapropaganda. O Enunciado 589 da VII Jornada de direito civil do Conselho da Justiça Federal, coordenada pelo saudoso Ministro Ruy Rosado de Aguiar, enuncia: “*A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio*”.

Assim, se a violação da obrigação preexistente, que constitui a fonte da responsabilidade, renova-se a cada dia, o modelo reparatório pode consubstanciar-se na forma de cessação ou atenuação do ilícito. Levar os direitos a sério, no caso em discussão, exige a tomada de medidas para fazer cessar o ilícito o mais rapidamente possível, mesmo porque o dano renova-se a cada dia que o Estado submete a pessoa a condições desumanas de encarceramento.

Não há dúvidas de que o cenário de submissão cotidiana de centenas de milhares de pessoas a condições de encarceramento com potencial de gerar o dever de indenizar só seria erradicado, no curto prazo, se os portões dos presídios brasileiros fossem abertos. Como essa é uma solução impensável, a abreviação da pena surge como uma *alternativa mais eficaz para remover a situação lesiva*, primeiro, ao reduzir a exposição às condições degradantes, e segundo, ao contribuir para conter o agravamento da superlotação.

A reparação *in natura* não precisa necessariamente ser dotada de eficácia restituitória plena. Consoante esclarece a doutrina civilista, é suficiente o remédio *aproximativo*:

“Os modos de reparação dos prejuízos ligam-se à função primordial da responsabilidade civil, que é restabelecer o equilíbrio social rompido pelo dano, devendo-se tentar, na medida do possível,

recolocar o prejudicado, ainda que de forma apenas aproximativa, na situação em que se encontraria caso o ato danoso não houvesse ocorrido [...].

Carlos Alberto Ghesi pondera, corretamente, que 'não existe um verdadeiro restabelecimento ao estado anterior ao fato ou ato em forma integral ou absoluta; é somente uma *aproximação possível*' [...].

Apesar das dificuldades, a doutrina considera que mesmo o dano extrapatrimonial [...] pode ser objeto de reparação natural.

Almeida Costa afirma que é concebível a restauração natural dos danos não patrimoniais, exemplificando com a destruição de um escrito ofensivo ou a retratação do autor da injúria. Na mesma linha, Pontes de Miranda refere que, além da pecuniária, há também a possibilidade de reparação *in natura* do dano não patrimonial, 'aproximativamente', exemplificando com a retificação ou a retratação.

Em alguns casos, a reparação natural consiste na própria supressão do ato ilícito, quando são adotadas medidas para sua eliminação do mundo jurídico, impondo-se ao autor uma conduta em conformidade com o direito, como a contrapropaganda prevista pelo art. 60 do CDC."

Admite-se que os dispositivos impugnados na inicial, diferentemente do direito civil italiano, português e alemão, não contemplam regra expressa de preferência pela forma de reparação, se em pecúnia ou natural. Veja-se, a propósito, o teor do art. 2.058 do estatuto italiano:

"Art. 2058 Risarcimento in forma specifica

Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile.

Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore (att. 194)."

O Código lusitano e o BGB possuem regras ainda mais claras sobre a preferência do legislador pela reparação natural:

"Artigo 566.º

(Indemnização em dinheiro)

1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor [...]. O impedimento físico ou moral que causa dano se repara, naturalmente, pela sua remoção ou pela satisfação que se equiparar imperfeitamente, está claro, ao bem lesado."

Section 251[51]

Damages in money without the specification of a period of time

(1) To the extent that restoration is not possible or is not sufficient to compensate the obligee, the person liable in damages must compensate the obligee in money.

(2) The person liable in damages may compensate the obligee in money if restoration is only possible with disproportionate expenses. Expenses incurred as a result of the curative treatment of an injured animal are not disproportionate merely because they significantly exceed the value of the animal.

A legislação espanhola sobre tutela da personalidade – Ley Orgánica 1 /1982, de 5 de maio – orienta-se pelo princípio da primazia da tutela judicial específica e efetiva, compreendendo “ *la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima*” dos direitos de personalidade. Aquele estatuto especial de tutela da personalidade coloca a indenização pecuniária apenas em terceiro lugar ao enumerar as medidas que devem ser adotadas pelo juiz para a salvaguarda dos direitos que a lei espanhola muito bem qualifica como “ *irrenunciables, inalienables e imprescriptibles*” :

“Artículo noveno.

Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.”

A despeito do silêncio do legislador brasileiro, os art. 43, 186 e 927 do Código Civil devem ser interpretados na mesma perspectiva, vale dizer, no sentido de que a reparação natural precede à indenização pecuniária. Se para a *letra* do Código Civil de 2002 o dinheiro é o *summo bonum*, não o é para uma Constituição marcada pela primazia do respeito ao ser humano. Não é demasiado lembrar que o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, em nenhum momento, alude à indenização ou reparação do dano *em dinheiro*. O texto é propositalmente reticente quanto à forma de reparação. Mercê do princípio da tutela jurisdicional justa, efetiva e específica que permeia o espectro protetivo das normas sobre direitos públicos subjetivos e direitos fundamentais, o cumprimento da obrigação originária – natural ou pelo equivalente – há de ser a via primacial.

A doutrina tem lido os dispositivos impugnados com as lentes da Lei Fundamental. O saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Sanseverino pontua que “*A reparação do dano in natura constitui o modo ideal de ressarcimento em termos de justiça corretiva, pois o responsável reintegra ao patrimônio da vítima exatamente um bem no mesmo estado do que lhe fora subtraído, destruído ou danificado [...]. Pontes de Miranda anota que ‘para a reposição ou restabelecimento do estado anterior, com os mesmos elementos ou elementos equivalentes, o princípio primeiro é a reposição natural’.*”

No mesmo diapasão, Anderson Schreiber faz críticas contundentes ao que chamou de “*mercantilização*” dos direitos existenciais. Segundo o professor da PUC do Rio de Janeiro, a visão monolítica e excessivamente patrimonialista do instituto que ainda impera por culpa da própria comunidade jurídica faz pensar que a ofensa aos direitos é permitida desde que se pague o *pretium dolores*:

“[...] Bem vistas as coisas, a tão combatida inversão axiológica – por meio da qual a dignidade humana e os interesses existenciais passam a ser invocados visando à obtenção de ganhos pecuniários –, tem como causa imediata não o desenvolvimento social de ideologias reparatórias ou um processo coletivo de vitimização, mas a inércia da própria comunidade jurídica, que insiste em oferecer às vítimas destes danos, como só solução, o pagamento de uma soma em dinheiro, estimulando necessariamente sentimentos mercenários.

Pior: a manutenção de um remédio exclusivamente pecuniário aos danos extrapatrimoniais induz à conclusão de que a lesão a interesses existenciais é a todos autorizada, desde que se esteja disposto a arcar com o 'preço' correspondente. A constatação vem, por certo, marcada por um excessivo utilitarismo na abordagem do atual mecanismo de responsabilização, mas também é verdadeiro que a visão utilitarista frequentemente floresce nas relações privadas se o direito, antes disso, não intervém em favor de outros valores mais solidários. A redução última da lesão a interesse extrapatrimonial a uma quantia monetária corrobora a tese daqueles autores para os quais a responsabilidade civil atua como paradoxal instrumento de mercantilização, quantificando o inquantificável.

Com o objetivo de enfrentar estas dificuldades, diversas culturas jurídicas vêm experimentando, ainda que de forma tímida, um movimento de despatrimonialização, não já do dano, mas da sua reparação. As infindáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelaram a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, e fizeram a doutrina e a jurisprudência de toda parte despertarem para a necessidade de desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação. Tais meios não necessariamente vêm substituir ou eliminar a compensação em dinheiro, mas se associam a ela no sentido de efetivamente aplacar o prejuízo moral e atenuar a importância pecuniária no contexto da reparação. [...]"

Dois importantes postulados gravitam sobre a norma de responsabilidade, os quais se prestam como bússola a orientar a atividade do intérprete: de um lado, o propósito de restaurar o equilíbrio jurídico rompido pelo evento danoso; de outro, a prevenção da transgressão a direitos.

Assim sendo, urge que o instituto de responsabilidade cumpra a função primeira que lhe é atribuída pelo ordenamento e jaz inseparável da noção de violação da obrigação preexistente como fonte da obrigação de reparar: a *prevenção*. Melhor uma solução que *abrevie* o sofrimento ilícito, fazendo-o cessar o quanto antes, do que uma medida meramente compensatória e que soe como indulgência com o ilícito, ao "precificar" o sofrimento *atual* e *futuro* da pessoa privada de liberdade. Não apraz ao ordenamento jurídico uma concepção de responsabilidade que só sirva a contemporizar o mal injusto sofrido, destituída de aptidão mínima para evitar a perpetuação da violação ao direito e restaurar o equilíbrio jurídico rompido enquanto for ainda possível.

A meu ver, a reparação *in natura* é a única a apontar para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário. Em primeiro lugar, por não importar em “precificação” da inconstitucionalidade histórica em que opera o sistema, como se o quadro de violação massiva de direitos fundamentais pudesse continuar desde que se pagasse um preço por mantê-la. Em segundo lugar, por não importar no dispêndio de vultosa quantia, que poderia ser destinada à melhoria das contestadas condições carcerárias. Em terceiro lugar, por resultar em diminuição dos índices ilegais de superlotação, o fator primordial para o início da superação de toda a sorte de ilegalidades.

Esse modelo reparatório natural guarda correspondência com o efeito prático que as condições inaceitáveis de encarceramento produzem: inflacionamento ou adensamento ilegal da pena (de prisão) imposta pelo Judiciário. Em outros termos, se a pena degradante é *pena exacerbada*, ou submetida a um incremento aflitivo não previsto na própria sentença condenatória, cumpre considerar-se o excesso como pena (parcialmente) cumprida. Ou ainda mais diretamente, tal como leciona Zaffaroni em “Las penas crueles son penas”, penas ilegais que se imponham em decorrência de um crime, de não se reconhecer medidas para *compensar* ou *reparar* essa situação é o mesmo que agregar ou somar à violação dos direitos individuais sofrida pela pessoa submetida à custódia do Estado outra violação de igual natureza, em decorrência da imposição de uma dupla punição por um mesmo fato.

Injusta, assim, é a decisão que desconsidera a aflição *ilegalmente* suportada pela pessoa presa, e a própria qualidade da pena que se cumpre e a violência institucional que por ela se agrava, como se a execução da pena acontecesse em laboratórios ou nas páginas dos livros de Direito, mas não em celas fétidas, úmidas, imundas, insalubres e abarrotadas, como as que se verificam, sem qualquer maquiagem, em várias unidades prisionais distribuídas neste território brasileiro.

A “vida nua” ou a “vida sem atributos” aparece quando o corpo humano – e sempre o corpo – torna-se o objeto principal (e fundamental) da punição, como consequência ou alvo direto do castigo e das enfermidades que dele decorrem, referências essas que acentuam a desumanidade que advém de penas cumpridas sem o respeito e a desconsideração de formas de reparação dos mais elementares estândares de qualidade a que uma sanção deve estar adstrita.

Necessário, portanto, aproximar-se - tanto possível - a prisão real (aquela que se vê e de onde se ouvem clamores de socorro) da prisão legal (via de regra asséptica e inodora, a que advêm dos livros e da teoria), de modo a se superar os paradigmas essencialmente descritivos que decorrem do plano prescritivo do direito.

É por essa razão que a concepção reparatória ora aventada não se confunde com a da remição - e neste único ponto peço vênias para discordar, em parte, do brilhante voto proferido pelo Min. Roberto Barroso no julgamento do RE no. 580.252. Este instituto, por basear-se em um *facere* atrelado à finalidade preventiva especial da pena e, pois, ao mérito do condenado, tem natureza jurídica constitutiva. O modelo que proponho, ao revés, é eminentemente *declaratório*. E que leva a um reconhecimento automático. E essa característica evita um grave inconveniente da remição: as dificuldades práticas de apuração e cálculo dos dias a remir e a sua aplicação ao tempo de pena. Trata-se de um trabalho complexo e absolutamente individualizado, para o qual as varas de execução penal deste país não estão devidamente aparelhadas para fazê-lo.

A proposta que lhes apresento está consubstanciada em parâmetros já assinalados pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e no diálogo das fontes, considerando que a ordem jurídica contemporânea clama por um inter-relacionamento dialógico, na perspectiva de reciprocidade e não-exclusão, “ (...) um diálogo que permita a comunicação entre os sujeitos, as instituições além-fronteiras, de forma aberta e democrática, rejeitando-se totalitarismos e imperialismos dominantes e verdade única.”

A propósito, Bogdandy afirma que desde princípios do século XXI, a Convenção Americana de Direitos Humanos confere às instituições do Sistema Interamericano mandato para edificar o constitucionalismo transformador nas Américas, considerando que a Corte IDH, inspirada pela atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), passa a interpretar as disposições da CADH de maneira evolutiva, para desenvolver as singularidades latino-americanas. Um constitucionalismo transformador que não se apoia apenas pelas constituições nacionais, mas que igualmente se promove e se identifica através de um regime internacional que tem por guardião duas instituições operativas, quais sejam, a Comissão e a Corte IDH. Além disso, esse sistema de dois níveis é complementado por um diálogo horizontal entre instituições nacionais que compartilham dessa visão.

Aliás, o diálogo entre essas fontes não é estranho aos pronunciamentos deste Supremo Tribunal Federal. Sem esgotamento, cito os HCs 93.503, de 2009, e o HC 98.676, de 2012, ambos de relatoria do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello.

E neste sentido, destaco as lições de GIACOMOLLI (2015):

“Os direitos fundamentais não se constituem em meras declarações decorativas, em simples exortações programáticas de retórica jurídica, e nem em formalismo político ocasional e oportunista, mas oferecem os pilares ao processo penal, motivo por que possuem aplicação imediata, embora, em certas situações, necessitem de densificação ordinária. (...) Nessa perspectiva, a hermenêutica processual penal há de observar as novas exigências globais, abandonar a superficialidade e *secura* das leis ordinárias (CPP brasileiro de 1941, ainda em vigor), evoluindo da outorga de maior importância à legislação ordinária, passando pela CF e adequando-se aos diplomas internacionais, num plano circular e complexo, muito além das coordenadas vertical e horizontal, fato-lei. Essa abertura, inclusive cultural (Haberle), permite a superação de concepções clássicas de decisionismo, estatismo, formalismo e positivismo (CANOTILHO, 2008). A junção e não a separação é que fortifica o conhecimento, reconhece a incerteza e a contradição, atingindo o espectro mais profundo da realidade (MORIN, 2002).”

Pois bem. O direito internacional há muito preconiza que a reparação da violação de direitos humanos rege-se pelo princípio da *restitutio in integrum*.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos assim tem se pronunciado:

“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados u otros modos de satisfacción. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o

incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno.”

No mesmo sentido: caso *Baldeón García vs. Perú* [20]; caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* ; e caso *Acevedo Jaramillo e otros vs. Peru/OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 29 de março de 2006. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai. Presidente: Juiz Sergio García Ramírez. [sl].*

A Corte IDH, a propósito do sistema carcerário brasileiro, está especialmente atenta ao contexto nacional: 3 (três) casos de medidas provisórias emblemáticas, envolvendo a questão carcerária brasileira tramitam perante aquele Tribunal Internacional.

E foi para viabilizar oportunizar melhores meios e condições para o cumprimento das obrigações jurídicas internacionais do país e facilitar o diálogo do Estado brasileiro com a Corte IDH, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, em 2021, a Resolução n. 364, ato normativo que instituiu a Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (UMF/CNJ). Atualmente, a UMF/CNJ monitora o cumprimento das já citadas medidas provisórias vigentes, adotadas em detrimento do Brasil, concernentes: ao Complexo Penitenciário do Curado, em Pernambuco, ao Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão e ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro. Além das medidas ora vigentes, importante ressaltar que a CIDH também já havia concedido medidas provisórias nos casos Urso Branco, em Rondônia e Penitenciária de Araraquara, São Paulo, já levantadas.

Em fevereiro de 2017, a Corte IDH convocou o Estado brasileiro a tomar parte em audiência pública sobre os problemas encontrados nas unidades penais do Maranhão, Pernambuco e Rio de Janeiro, “ *com o propósito de que o Tribunal receba suas alegações sobre as medidas provisórias ordenadas nos referidos assuntos e a problemática geral dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Brasil*”. E, na ocasião, fez expressivas observações sobre o caos do sistema carcerário brasileiro.

Em grande síntese, descreveu eventos de violência e superpovoamento carcerário em diferentes instituições e Estados, com indícios de que o cumprimento de penas cruéis, desumanas e degradantes já era um problema estrutural do nosso sistema carcerário:

“1. Que obran en esta Corte cuatro medidas provisionales referidas a hechos de violencia carcelaria y superpoblación notoria en instituciones penitenciarias de Brasil, de diferentes Estados y regiones. Según la información recibida durante la supervisión de las referidas medidas provisionales, esas circunstancias no sólo harían impracticables los estándares mínimos señalados por la comunidad internacional para el trato de personas privadas de libertad, sino que configurarían supuestos de penas crueles, inhumanas y degradantes, violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También se estarían produciendo numerosas muertes violentas en las prisiones y otras no violentas, pero que superarían la tasa media de mortalidad de la población en la franja etaria de los presos.

2. En uno de los casos, se han verificado “in situ” los efectos de la superpoblación por Jueces de esta Corte.

3. La distancia geográfica entre los establecimientos penitenciarios cuyas condiciones son objeto de medidas provisionales y su pertenencia a diferentes regiones del país, estaría indicando que se trata de un fenómeno de mayor extensión que los cuatro casos de actuaciones arrimadas a esta Corte, lo que podría ser un indicio de eventual generalización como problema estructural en el nivel nacional del sistema penitenciario.

4. Dada la gravedad de los hechos que, de tener la magnitud y extensión que los representantes de los beneficiarios y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifiestan –y más aún en caso de eventual generalización–, comprometerían muy seriamente el derecho humano a la vida de las personas privadas de libertad, cuyo deber de garantía incumbe sin duda al Estado, esta Corte ha decidido la realización de una audiencia pública conjunta sobre las cuatro medidas provisionales (*infra* punto resolutivo cuarto).”

É certo que desde 2014 e 2015, por meio de medidas acautelatórias, a Corte IDH já havia instado o Brasil a implementar medidas necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal dos internos dos Complexos de Pedrinhas (MA) e do Curado (PE).

Medidas essas que, entretanto, notadamente com relação ao Complexo do Curado, ainda não chegaram a se concretizar, conforme demonstrado no Pedido de Providências nº 0001656-16.2023.2.00.0000, aprovado pelo Plenário do CNJ, acerca de Correição Extraordinária realizada pela Presidência/DMF e a Corregedoria Nacional de Justiça junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, estabelecimentos e serviços penais, no ano de 2022.

Registrou o Ministro Corregedor Nacional de Justiça, em seu voto, que:

“Apesar de o cenário de irregularidades não ser restrito ao Complexo do Curado, entende-se relevante pontuar separadamente questões afetas aos seus estabelecimentos, que demonstram a inquestionável ausência de providências para cumprir a medida cautelar outorgada pela Corte IDH - e as resoluções de supervisão dela decorrentes.

Criado a partir da divisão do antigo Presídio Professor Aníbal Bruno, o Complexo do Curado é formado por 3 unidades prisionais: Presídio ASP Marcelo Francisco Araújo (PAMFA), Presídio Juiz Antônio Luiz Lins De Barros (PJALLB) e Presídio Frei Damião De Bozzano (PFDB).

No Complexo, o quadro de superlotação alcança o índice médio acima de 388%. Dados do Cadastro Nacional de Inspeções em Estabelecimentos Prisionais (CNIEP), relativos a agosto/2022, indicaram que a população carcerária das 3 unidades correspondia a 6.422 pessoas, sendo que destas 3.606 são presos provisórios. Em outras palavras, 56% do contingente ali custodiado não foi definitivamente condenado.

As celas do Complexo do Curado são extremamente precárias, de modo que nem mesmo aquelas destinadas às pessoas com deficiência apresentam mínima salubridade: no PJALLB, por exemplo, a cela destinada a pessoas cadeirantes estava em péssimas condições de limpeza, com banheiros sujos, cheios de água e com baldes contendo restos de comidas. Sobretudo no Anexo do PFDB, há pessoas alocadas em assentamentos improvisados, em verdadeira “favelização”[3].

Os custodiados sobrevivem das mais diversas formas: colchões no chão do galpão e ao ar livre, redes, lonas para proteger da chuva, pertences amarrados em bolsas, mochilas e sacolas plásticas por todos os lados. A dinâmica que envolve os chaveiros é particularmente marcante no Curado, de forma que a gestão do Estado não ultrapassa a entrada de cada pavilhão. A administração, assim, possui pouco conhecimento sobre o cotidiano e a rotina interna.

A figura do representante se desdobra em outras: mesário, agente de saúde, os cantineiros e o faxina, responsáveis pela facilitação da comunicação com os agentes penitenciários, entre outras tarefas.

No PAMFA, os representantes eram assessorados por uma equipe de apoio de aproximadamente 30 pessoas presas. Constatou-se até mesmo descontrole sobre o registro e localização de privados de liberdade. No PFDB havia livre circulação entre os Pavilhões D, E e F, de modo que não eram fidedignas as informações sobre o pavilhão e a cela habitada por cada recluso.

Outrossim, nos pavilhões B e D do PAMFA havia um prontuário de um preso colado na parede, no intuito de localizar a pessoa, que estava desaparecida dos pavilhões de convivência (A, B e C). Verificou-se a ostensiva comercialização de insumos do gênero

alimentício pelas cantinas, com preços abusivos, para o consumo rotineiro.

Segundo informações obtidas no PJALLB e no PFDB, parte dos itens à venda são de propriedade de policiais que lucram com esse comércio irregular. Observou-se até mesmo o comércio informal de saquinhos plásticos com água da torneira gelada e que seriam vendidos a R\$ 1,00.

Há distinção no fornecimento de água, considerando que em parte do Complexo há fracionamento, ao passo que em outros espaços não. No PFDB, a área destinada às pessoas LGBTI sequer têm água encanada. No PAMFA – unidade que custodia 1.967 pessoas –, não havia médicos presentes. No PJALLB, as pessoas entrevistadas relataram dificuldade em acessar o setor de saúde, cuja demora chega a durar um ano. Ainda no PAMFA, considerando a quase inexistência de atividades laborais regulamentadas, é precária a remição por trabalho. Os critérios para a escolha dos presos não são claros e, com informações de que o acesso a esses postos de trabalho ocorre por indicação ou mesmo mediante pagamento em dinheiro ou vantagens aos administradores. No PJALLB, presos privados de liberdade indicaram que, no âmbito do Conselho Disciplinar, nem sempre ocorrem procedimentos de escuta na apuração dos fatos. Houve relatos de revista de pessoas presas com agressões e tiros, cujas marcas foram vistas no teto do pavilhão 9, antiga barbearia; os presos alegaram que os policiais penais quebram objetos e molham ventiladores, roupas e colchões. Noticiou-se que, em procedimentos, os presos são obrigados a ficar sentados e sem roupa por mais de 3 horas. Também no PJALLB é marcante a ausência de critério da administração para que detentos do pavilhão de segurança possam migrar para os pavilhões de convívio.

Foi relatado que os presos que estão no pavilhão de segurança e que “dão lucro” (pagando R\$ 50,00 semanais no aluguel de barracos e consumindo produtos vendidos pelos chaveiros) demoram mais para mudar de pavilhão.

Os relatos no sentido de nunca ter presenciado uma inspeção nos estabelecimentos foram praticamente unânimes. As informações a respeito do parco controle externo condizem com aquelas extraídas do CNIEP: além de não terem sido realizadas inspeções mensais em 2021 até setembro, a quase totalidade das inspeções desse ano indicam condições “regulares”, mesmo em meses em que a superlotação chegou a aproximadamente 450%.

Em 2022, os relatórios de inspeções também trazem informações frontalmente contraditórias com a insalubridade das unidades, com avaliações das condições como “regulares” em todas as três unidades. O auge do descaso ocorre no relatório do PJALLB, mês de referência abril de 2022, em que as condições foram avaliadas como “boas”.

Ao se verificarem os recibos de inspeção, mesmo naqueles em que as condições são avaliadas como “ruins” ou “péssimas”, não há anotações indicativas da adoção de providências.

O referido cenário, que demonstra a patente responsabilidade dos órgãos constituídos, incluído o Poder Judiciário, pela expressa violação da determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ensejou a decisão da Corregedoria Nacional de Justiça, de 23 de agosto de 2022, acima mencionada.

Cumprir mencionar que em cumprimento ao item “e” da decisão, foi criado o Gabinete da Crise, coordenado pelo TJPE e formado, também, pela Secretaria de Justiça e Direitos Humanos de Pernambuco (SJDH), Procuradoria-Geral de Justiça, Defensoria Pública e Tribunal de Contas do Estado. Também em decorrência da Missão do CNJ em Pernambuco, o Presídio Frei Damião De Bozzano (PFDB), unidade com maior precariedade estrutural, foi demolido em novembro/2022. A Secretaria de Justiça e Direitos Humanos de Pernambuco comunicou o início das obras da nova unidade, que contará com 954 novas vagas.” (o grifo é nosso).

A situação do Complexo de Curado (lugar, aliás, onde estive, pessoalmente, no último mês de abril), é, admite-se, extrema, e serve como exemplo de para onde pode caminhar o sistema carcerário se medidas e providências profundas não forem tomadas.

De fato, o sistema carcerário brasileiro, ao insistir em promover a violação massiva de direitos fundamentais não abrangidos, em tese, pela condenação penal, é fator determinante para a redução drástica da expectativa de vida de quem por ele passa.

A soma das condições degradantes de superlotação, insalubridade, má alimentação, ventilação, hidratação, higiene, a falta de assistência médica e psicológica, bem como a presença ostensiva e opressiva de organizações criminosas tem como resultado índices inacreditáveis de letalidade prisional. Explico.

Na quinta edição da série Justiça Pesquisa do CNJ, o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça divulgou a pesquisa *Letalidade Prisional: uma questão de justiça e de saúde pública*, executada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) em colaboração com a Fundação Getúlio Vargas (FGV). Colho do relatório produzido:

“ Nesta pesquisa, voltamo-nos a esses dilemas e desafios em um primeiro esforço de contribuir com o campo de pesquisa voltado ao

estudo do que denominamos aqui “letalidade prisional”. Consideramos como “letalidade prisional” o conjunto de eventos e riscos para a saúde que estão associados à exposição à vida prisional e os elementos que afetam e condicionam estes eventos e riscos, como as práticas institucionais de agentes e organizações do sistema de justiça criminal. Na interface entre o sistema de justiça e o sistema de saúde, a “letalidade prisional” é entendida aqui em sentido amplo de modo a alcançar tanto as mortes que ocorrem no interior das unidades (ou “mortes sob custódia”) quanto aquelas que podem estar relacionadas ou correlacionadas à passagem anterior por instituições de privação de liberdade. Busca-se, desse modo, repercutir no desenho da pesquisa os diagnósticos relativos: (i) aos efeitos das condições de vida em prisão na saúde e no bem-estar das pessoas que passam pelo sistema de justiça (MALLART e ARAUJO, 2021); e (ii) à ausência de dados sistemáticos, confiáveis e de abrangência nacional nesse campo (PRANDO e GODOI, 2020). Ademais, a abordagem proposta nesta pesquisa dialoga com o debate sobre “letalidade policial” que vem, enfim, crescendo e se adensando fortemente no Brasil (LOCHE, 2010 e FERREIRA, 2021). Interessa-nos observar as especificidades dos casos individuais e do conjunto de mortes, sem perder de vista os regimes de omissão e de indiferença, bem como as “lógicas imunitárias” (FERREIRA, 2021) que permitem que as mortes façam parte do cotidiano das instituições e não sejam foco de preocupação política ou jurídica.”

A pesquisa aponta que quase 30% dos processos que envolvem mortes internas e 23% das externas não trazem informações sobre a causa da fatalidade, sendo que o tempo médio de vida das pessoas, após a passagem pelo cárcere, mas, enquanto ainda respondem à Justiça, é de 548 dias.

No caso das mortes externas aos muros de detenção, a pesquisa aponta que estas são consideradas mortes violentas, quase sempre não investigadas, o que se coaduna com a condenação do Estado brasileiro proferida pela Corte IDH, no caso Favela Nova Brasília.

Já no caso das mortes intramuros, a pesquisa aponta que em 62% dos casos, as causas registradas são: insuficiência cardíaca, sepse, pneumonia e tuberculose. Mortes por ferimento de arma de fogo e a agressão por objetos, assim como enforcamento indireto, são 25%. Asfixia mecânica, estrangulamento ou sufocação indireta, e asfixias não especificadas, representam 15%, sendo que nos casos em que não há violência, a chamada ‘morte natural’ indica um longo e tortuoso processo de adoecimento, falta de assistência e definhamento do custodiado.

Não poderia ser mais largo e profundo o abismo entre a realidade do sistema carcerário brasileiro e o ordenamento jurídico.

O posicionamento da Corte IDH, sempre que instada a se manifestar, é incisivo no sentido do *dever de proteção incondicional da pessoa humana e do mínimo necessário ao pleno desenvolvimento da sua personalidade*, de forma, também, minimamente digna.

Nesse sentido, o voto separado do Juiz Cançado Trindade, no caso *Urso Branco versus Brasil* :

“A mi juicio, es incuestionable que el principio fundamental del respeto a la dignidad de la persona humana alcanza todos los seres humanos, en cualesquiera circunstancias, inclusive los que se encuentren privados de libertad. En este sentido se orienta la jurisprudencia internacional en materia de protección de los derechos humanos. En efecto, en su jurisprudencia constante, la Corte Interamericana ha recordado que el Estado, como responsable por los establecimientos de detención, es el garante de los derechos de los detenidos, que se encuentran sujetos a su custodia. (...)En la misma línea de pensamiento también se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos, que reiteradas veces ha advertido que "las personas detenidas se encuentran en una posición vulnerable y las autoridades tienen el deber de protegerlas". Tratándose de un recluso, la Corte Europea ha insistido en que "it is incumbent on the State to account for any injuries suffered in custody, which obligation is particularly stringent where that individual dies (CORTE, 2013, p. 5).

Esses, portanto, devem ser os parâmetros já estabelecidos e reiterados pela jurisprudência da Corte IDH, que vinculam o Estado brasileiro, abrangendo todos os seus Poderes, instituições e órgãos, à luz do controle de convencionalidade e do diálogo das fontes.

Esses parâmetros, aos que se somam as condições e o tratamento degradante dispensado à população carcerária brasileira, reforçam a proposta aqui apresentada, no sentido de que a reparação opere e se implemente como pena cumprida, que assim adquire a natureza ou se amolda a espécie de “compensação penal”.

Na Resolução de 28 de novembro de 2018, no caso Curado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou o seguinte entendimento:

“ [...]”

94. Toda pena privativa de liberdade e qualquer privação de liberdade, ainda que a título preventivo ou cautelar, implica necessariamente uma cota de dor ou aflição inevitável. Não obstante isso, essa dor ou aflição se reduz basicamente às inevitáveis consequências da restrição de movimentação da pessoa, à necessária convivência imposta por uma instituição integral e ao respeito aos regulamentos, indispensáveis à conservação da ordem interna do estabelecimento.

95. Quando as condições do estabelecimento se deterioram até dar lugar a uma pena degradante como consequência da superpopulação e de seus efeitos antes mencionados, o conteúdo aflitivo da pena ou da privação de liberdade preventiva aumenta numa medida que se torna ilícita ou antijurídica.

96. As soluções jurídicas que se postulam para o caso em que o agravamento das condições de privação de liberdade seja tão extremo que constitua violação do artigo 5.2 da Convenção Americana ou de seus equivalentes constitucionais nacionais, em virtude de essa pena impor uma dor ou aflição que exceda em muito aquilo que é inerente a toda pena ou privação de liberdade, foram basicamente duas:

i. que se proceda, nesse caso, conforme propõem alguns, à direta liberação dos presos, considerando que é intolerável que um Estado de Direito execute penas que são, no mínimo, degradantes;

ii. que, de algum modo, como alternativa, se provoque uma diminuição da população penal, em geral mediante um cálculo de tempo de pena ou de privação de liberdade, que abrevie o tempo real, atendendo ao maior conteúdo aflitivo, decorrente da superpopulação penal.

[...]

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

124. Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do Complexo de Curado, cuja densidade é superior a 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada

de dor da pena que se está executando, o que importaria que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes.

125. Considera a Corte que a solução radical, antes mencionada, que se inclina pela imediata liberdade dos presos em razão da inadmissibilidade de penas ilícitas em um Estado de Direito, embora seja firmemente principista e na lógica jurídica quase inobjetable, desconhece que seria causa de um enorme alarme social que pode ser motivo de males ainda maiores.

126. Cabe pressupor, de forma absoluta, que as privações de liberdade dispostas pelos juizes do Estado, a título penal ou cautelar, o foram no prévio entendimento de sua licitude por parte dos magistrados que as dispuseram, porque os juizes não costumam dispor prisões ilícitas. No entanto, são executadas ilicitamente e, por conseguinte, dada a situação que persiste, e que nunca devia ter existido, mas existe, ante a emergência e a situação real, o mais prudente é reduzi-las de forma que seja computado como pena cumprida o excedente antijurídico de sofrimento não disposto ou autorizado pelos juizes do Estado.

127. A via institucional para arbitrar esse cômputo, levando em conta como pena o excesso antijurídico de dor ou sofrimento padecido, deverá ser escolhida pelo Estado, conforme seu direito interno, não sendo a Corte competente para indicá-la. Obviamente, nesse processo decisório, os juizes internos devem dar cumprimento ao determinado pelo STF na Súmula Vinculante No. 56 (Considerandos 113 a 117 supra). Não obstante isso, a Corte lembra que, conforme os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Estado não poderá alegar descumprimento em virtude de obstáculos de direito interno.

128. A aplicação desse cômputo não exime tampouco o Estado da obrigação de redobrar esforços para que, inclusive com a redução populacional que provoque, obtenha condições dignas de execução penal para a população que não consiga a liberdade, em que pese computar-se como pena ou prevenção a parte antijurídica de sua execução.

129. A Corte tampouco exclui a possibilidade de que o Estado arbitre também outros meios substitutivos da privação de liberdade, a fim de contribuir para resolver a superpopulação e a superlotação do Complexo de Curado, mas, nesse sentido, também insta o Estado a que envide o máximo esforço possível para fazer cessar a atual situação.

130. Não obstante o exposto, a Corte leva em conta que o dano emergente da eventual violação do artigo 5.6 da Convenção Americana ocorreu no plano da realidade, ou seja, a deterioração das

peças privadas de liberdade as atinge de modo totalmente inverso ao mencionado na Convenção Americana, a saber, as condições do Complexo de Curado, longe de promover a reinserção social dos presos, com vistas a uma convivência pacífica e respeitosa da lei e dos direitos dos demais habitantes, em muitos casos terá exercido efeito contrário, reforçando o desvio de conduta das pessoas submetidas às observadas condições degradantes. Por lamentável que seja a consequência, o mal está feito, e é indispensável tê-lo presente e levá-lo em conta ao decidir acerca da medida a adotar no presente caso.

[...]"

Dentre os pontos resolutivos de ambos os casos, Complexo do Curado e Instituto Plácido de Sá Carvalho, a Corte IDH decidiu por impor ao Estado brasileiro a observância do cômputo em dobro da pena infligida às pessoas presas naquelas unidades prisionais, em decorrência do excesso de punição causado pelas condições de encarceramento, com especial destaque para a superlotação.

A doutrina e a jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos há muito debatem a questão da compensação penal.

Conforme destacado no Manual para a Gestão da Lotação Prisional, documento produzido pelo Conselho Nacional de Justiça:

“Entre os critérios com maior aprofundamento e análise por parte da doutrina e jurisprudência internacional, sem dúvida se destaca a compensação penal. A noção de compensação se fundamenta no pressuposto de que o tempo de prisão em ambientes superlotados ou que descumprem as condições mínimas exigidas no marco legal não pode ser considerado de forma estanque e objetiva.

Quanto pior forem as condições de detenção, mais a pessoa sofre e é punida pelo Estado e, já que a prisão é uma forma arquetípica de punição estatal, esse tempo deve ser computado de modo proporcional às atribulações sofridas, ou seja, deve ser computado em excesso. Em outros termos, estar um ano preso em um presídio com ocupação dentro da capacidade e em condições regulares não deve ser equivalente a estar um ano em uma unidade superlotada e degradante. O tempo de prisão deve ser considerado de forma diferente à luz da proporcionalidade (ROIG, Rodrigo Duque Estrada, Compensação penal por penas ou prisões abusivas, Revista dos Tribunais, 2017).

Pablo Vacani aponta que é necessário construir um sistema que permita avaliar a quantidade de punição em relação à forma como essa se manifesta concretamente no tempo de privação de liberdade,

conectada ao funcionamento das práticas internas do cárcere. Deste ponto de partida, defende-se a modificação do paradigma de proporcionalidade aritmética formal sobre o tempo de prisão em direção ao contexto real vivenciado na prisão e seus efeitos no sujeito aprisionado (VACANI, Pablo Andrés, *El tiempo de prisión y la dimensión existencial de su ejecución: Relación necesaria para una adecuada cuantificación penal*, p. 3. 261). A compensação penal entende o tratamento penitenciário menos a partir de características isoladas ou relacionadas a circunstâncias individuais do preso ou presa e mais como uma estrutura objetiva das relações configuradas in loco em cada presídio (Ibid.).

Longe de ser uma proposta marginal, a compensação penal é um mecanismo incorporado à legislação penal de diversos países. No Canadá, o Código Penal Federal (Criminal Code), desde 1985, estipula no art. 719.3, que, ao determinar uma sentença penal condenatória, a autoridade judicial pode computar para cada dia dentro da prisão com até 1,5 (um e meio) dia quando as circunstâncias o justificarem (CANADÁ, Criminal Code.).

Na Itália, a Lei nº 354, que trata da execução penal, estabelece que dentro das atribuições do juízo da execução penal (magistrato di sorveglianza) a possibilidade de compensação penal na proporção de um dia reduzido para cada 10 dias de pena cumprida em desconformidade com os direitos da pessoa presa, à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (ITÁLIA, Legge n. 354 – Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà).

Em âmbito internacional, a Corte Interamericana estabelece a obrigação de o Estado brasileiro computar em dobro a pena cumprida em estabelecimento penal superlotado, na aplicação de medidas provisórias no caso do Complexo Penitenciário do Curado, em Pernambuco. A Corte asseverou que no contexto da superlotação se aumenta “a inflição antijurídica eivada de dor da pena que se está executando”, o que caracteriza a ilicitude do tempo de pena ou de medida preventiva cumprido. Assim, exige que este tempo de privação de liberdade seja “computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes.” Destaca ainda que esta medida decorre da “inadmissibilidade de penas ilícitas em um Estado de Direito” (CORTE IDH, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Resolução de Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, parag. 124–125). Reforça ainda que a compensação penal não deve eximir a responsabilidade estatal de redobrar esforços para a redução da

população prisional e para o arbitramento de outros meios substitutivos à prisão, com vistas “a contribuir para resolver a superpopulação e a superlotação” (Ibid., parag. 128–129).

Em sentido análogo, no âmbito de medida provisória sobre o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC) no Complexo de Bangu, no Rio de Janeiro, a Corte Interamericana decidiu:

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

À luz deste entendimento, a Corte determinou que as autoridades brasileiras estabelecessem uma compensação penal na proporção de redução de dois dias para cada um dia de permanência nesta unidade prisional, a qual tinha uma ocupação de 200% e condições flagrantemente degradantes (Ibid., parag. 121). Propugnou-se também pela expansão dos efeitos da compensação “àqueles casos em que o preso tenha sido transferido a outro estabelecimento, estipulando o cômputo da compensação penal para os dias em que a pessoa tenha permanecido no IPPSC. A Corte destacou ainda a necessidade de os tribunais adotarem o disposto na Súmula Vinculante Nº 56 do STF. Assim, em maio de 2021, o STJ reconheceu o cabimento da compensação penal estabelecida pela Corte Interamericana no caso da penitenciária IPPSC no Rio de Janeiro, inaugurando precedentes nos Tribunais Superiores na matéria.

No âmbito nacional, consta entre os pedidos formulados na ADPF 347, em trâmite perante a Suprema Corte, requerimentos para que se reconheça no ordenamento brasileiro a compensação penal, especificamente solicitando que o STF “Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção” (PSOL, Partido Socialismo e Liberdade,

Petição Inicial - ADPF 347 STF, 2015). O pedido, porém, não foi concedido na decisão do Tribunal em sede da medida cautelar emitida em 2015; o processo ainda não teve o mérito julgado.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça tem promovido debates nacionais acerca da compensação penal e contemplado seu potencial para o enfrentamento ao estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro (AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, Compensação penal pode responder a condições das prisões nas Américas)."

Como já adiantado, a compensação penal apresenta a singular característica de reduzir, judicialmente, o dano ilegalmente causado não apenas à pessoa presa, considerada individualmente, senão a toda a massa de pessoas encarceradas, na medida em que contribui para traduzir toda a forma de castigo arbitrário tal como ele se apresenta, e que projeta uma pena com maior conteúdo lesivo que a da sanção legal imposta na sentença que se submete à execução.

7. Superlotação, condições degradantes e excesso de punição

É necessário reiterar um ponto fundamental, que tem por base constatação assentada há bastante tempo nos estudos, relatórios e decisões judiciais formulados no Brasil e no resto do mundo sobre condições ilegais de aprisionamento: a superlotação é o principal fator de degradação das condições de cumprimento de pena.

Muito embora as condições degradantes, subumanas e aviltantes não decorram em todos os casos da superlotação, é correto afirmar que a superlotação em si já representa excesso de punição apta a ser reparada pelo instituto da compensação penal.

O cenário brasileiro é descrito numericamente em detalhes no já mencionado Manual para a Gestão da Lotação Prisional, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça:

“Desde 2017, ao ultrapassar a Rússia, o Brasil passou a ocupar o terceiro lugar no número absoluto de pessoas presas no mundo, possuindo a maior taxa de pessoas presas por 100 mil habitantes (357) na América do Sul. O Brasil está na contramão de muitos países que estão em um processo descendente de encarceramento, como a China com decréscimo de 0,5% da população carcerária, os Estados Unidos que apontam para uma redução de 4%, a Rússia de 9% e o México de

20%, entre 2015 e 2018. No mesmo período, a população encarcerada brasileira cresceu 14%. Entre 2000 e 2017, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil triplicou, saltando de 232 mil para 726 mil, o que representa um aumento total de 212,93%. O aumento é bem superior ao crescimento de 40% da população encarcerada nas Américas e de 24% no mundo como um todo, no mesmo período (2000-2018). Somente no intervalo de 10 anos entre 2009 e 2019, o número de pessoas aprisionadas passou de mais 473 mil para mais de 755 mil, um aumento percentual de 59,61%. Se mantida essa tendência, em 2029, a população prisional brasileira alcançará o patamar de 1,2 milhão de pessoas, em 2039 alcançará 1,9 milhão, e, em 2049 serão 3 milhões de pessoas presas. Estimativas apresentam que nesse ritmo, em 2075, um em cada dez brasileiros estará preso. Em paralelo ao crescimento da população prisional no Brasil, o número de vagas no sistema penitenciário brasileiro cresceu na mesma proporção, sugerindo que a criação de novas vagas não é capaz de resolver o fenômeno da superlotação carcerária. Entre 2009 e 2019, o número de vagas subiu de aproximadamente 278 mil para cerca de 442 mil, um aumento percentual de 58,99%, o que não foi suficiente para conter o renitente déficit de vagas que, em 2009 correspondia a mais 194 mil e, em 2019, correspondeu a mais 312 mil vagas e representou o valor médio unitário de R\$ 49.350,00 para construção de uma vaga prisional. Este cenário ocasiona uma taxa nacional de superlotação de 151,9%, o que equivale a dizer que a cada três pessoas presas uma ocupa um espaço onde não há vaga. Contudo, o índice nacional dilui significativas disparidades regionais. De acordo com os dados do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) de 2019, o Centro-Oeste é a região com maior taxa de ocupação, de 196,45%, e o Sul a região de menor taxa, com 131,30%. Há estados com a lotação acima de 200%, tais como Pernambuco (239,16%), Mato Grosso do Sul (230,41%), Amazonas (216,01%), Distrito Federal (212,09%), Ceará (211,58%) e Roraima (200,61%). Existem ainda unidades com taxa de ocupação que alcançam 1.300% (Cadeia Pública de Novo Gama, GO) e 2.681,71% (Ala masculina do Complexo Penal Dr. João Chaves de Natal, RN). Segundo dados do CNJ de 2021, o país possui 1.267 estabelecimentos prisionais com sobreocupação, o que representa 63,97% das unidades ocupadas no Brasil. Vale ressaltar que, em 2017, o Brasil contabilizava 1.507 unidades prisionais ativas, sendo 50% destes estabelecimentos originalmente destinados a presos provisórios¹³. Dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) informam que, nos anos 2000, os presos provisórios correspondiam a 34,7% da população carcerária, alcançando o patamar de 33,18% em 2010 e correspondendo a 30,43% em 2019¹⁴. Já segundo o Monitor da Violência do G1, evidencia-se uma linha de descenso com pequenas variações - 38,6% em 2015, 37,1% em 2017,

34,4% em 2018, 35,9% em 2019, 31,2% em 2020 e 31,7% em 2021¹⁵. [...]

Segundo dados mais recentes do Depen, em dezembro de 2019, havia mais de 755 mil pessoas em privação de liberdade no Brasil, parte significativa dessa população sendo constituída por pessoas jovens (44,79%)¹⁸, em maioria, negras (66,69%)¹⁹ e com baixa escolaridade²⁰. Vale ainda destacar que, segundo esses dados, aproximadamente 30% dessas pessoas encarceradas são presos provisórios.

O problema também atinge fortemente as mulheres. O crescimento do encarceramento feminino saltou de 5.600 mulheres em 2000 para mais de 37 mil presas em 2019, o que correspondeu a um vertiginoso aumento de 564%. Mesmo diante da vigência do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), da inclusão do art. 318-A no Código de Processo Penal em 2018 e da concessão do Habeas Corpus coletivo nº 143.64122, que determinou a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, registrou-se, em 2019, 1.336 crianças, 225 lactantes e 276 gestantes /parturientes no sistema prisional²³. Assim, neste ano, o déficit de vagas femininas superou 4 mil vagas. ”

A superlotação, para além do que representa imediatamente em termos práticos – como espaço insuficiente para ficar em pé, sentado ou deitado -, acarreta a diminuição até o limite da inviabilidade de todas as assistências porventura oferecidas na unidade prisional: haverá menos condições de trabalho, estudo, banho de sol, consultas médicas e haverá mais pressão sobre as instalações físicas e sanitárias do estabelecimento, sobretudo quando mantido o excesso de pessoas durante longo tempo.

Como afirma a Corte IDH, a superlotação configura, por si só, uma violação à integridade física e à proibição da prática de tortura e tratamentos cruéis e degradantes. Ela torna piores as condições de encarceramento de todas as pessoas - inclusive das que estejam eventualmente em celas isoladas -, causando desproporcional impacto aos grupos mais vulneráveis:

“[...] El hacinamiento, para la Corte Interamericana constituye en sí mismo una violación a la integridad personal y es contrario a la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. A la vez, tanto la sobrepoblación como el hacinamiento incrementan los riesgos de que se produzcan situaciones de emergencia o incendios, provocan tensión y violencia intracarcelaria, y generan repercusiones negativas o afectaciones en el acceso a servicios, todo lo cual

obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros de reclusión y el apropiado control por parte del personal penitenciario [...]. Según ha indicado esta Corte, el Estado en su función de garante y a través de todas las instituciones y organismos involucrados, debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas que pondría en peligro los derechos fundamentales de las personas en custodia. En el caso *Boyce y otros Vs. Barbados*, la Corte sostuvo que “las condiciones de hacinamiento en un centro de detención pueden causar efectos perjudiciales sobre toda la población carcelaria, incluso sobre aquellos prisioneros que, como en [dicho] caso, residían en celdas individuales”, pues pueden resultar en una reducción de las actividades que se realizan fuera de la celda, recargar los servicios de salud, y causar problemas higiénicos y accesibilidad reducida a las instalaciones de lavatorios y servicios sanitarios, entre otros. Evidentemente, la sobrepoblación y hacinamiento también atentan contra la eficacia de la finalidad de la ejecución de la pena y tienen un impacto agravado en determinados grupos como el de las mujeres y el de los hijos e hijas viviendo en prisión con sus madres o cuidadores principales. 107. En suma, la Corte reafirma la necesidad de hacer cesar la continuidad de la situación generalizada de sobrepoblación y hacinamiento en la región a través de medidas idóneas y eficaces para reducir la población penitenciaria. La sobrepoblación y el hacinamiento tienen un impacto desproporcionado en el goce de los derechos y el acceso a los servicios básicos en prisión por parte de aquellos grupos en especial condición de vulnerabilidad, lo cual hace imperativo la aplicación de tales medidas mediante enfoques diferenciados . [...] (Corte IDH. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad - Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29 101).

A superlotação carcerária não é exclusividade da realidade brasileira. Em 2011, a Suprema Corte norte-americana confirmou decisão da Justiça Federal daquele país que ordenou a redução da população carcerária do Estado da Califórnia de 150 mil para 110 mil presos, no prazo de 2 anos, em razão de “ *violação sistemática*” da 8ª Emenda, a qual proíbe punições cruéis e incomuns.

Justice Anthony Kennedy , que escreveu a *opinion* da Corte em um caso que se tornou singular na história daquele órgão, dadas as minúcias da

análise então empreendida, afirmou que “ *overcrowding was the primary cause in the sense of being the foremost cause of the violation*” e “ *constitutional violations in conditions of confinement are rarely susceptible of simple or straightforward solutions*” (Tradução livre: “ *A superlotação foi a causa primária no sentido de ser a causa principal da violação [da 8ª emenda]*” e “ *as violações constitucionais das condições de confinamento raramente são suscetíveis de soluções simples ou diretas*”).

Diversos países da União Europeia enfrentam problema similar.

A Itália foi obrigada pela Corte Europeia de Direitos Humanos a adotar medidas efetivas contra a superlotação prisional. Em 2016, aquele país sediou importante congresso regional, financiado pela Comissão Europeia, com um único objetivo: encontrar soluções para o problema de superlotação das unidades penais dos países europeus, por meio da redução da população carcerária e construção de um eficiente e confiável sistema de alternativas penais. As propostas finais podem ser resumidas como segue (tradução livre):

1. The humanization of punishments as an objective of EU policy (*A humanização das penas como um objetivo da UE*).
2. Possible guidelines at the European level in the light of the best practices (*Possíveis diretrizes, no nível europeu, segundo as melhores práticas [para a diminuição da população carcerária]*):
 - 2.1. A European monitoring body on prisons and alternatives to detention (*Um órgão europeu de monitoramento de prisões e alternativas à detenção*)
 - 2.2. A European support program for the modernization of prisons (*Programa europeu de apoio à modernização das prisões*)
 - 2.3. A European support program for the implementation of alternatives to prison (*Um programa europeu de apoio à implantação de medidas alternativas à prisão*) .

Medidas nesse sentido encontram-se em curso no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, compondo a política judiciária da Central de Regulação de Vagas, com projeto-piloto sendo levado a efeito junto aos estados do Maranhão e da Paraíba.

Conforme se verifica do multicitado , publicação do Conselho Nacional de Justiça, a metodologia tem por vocação servir de referência para a implantação e funcionamento da Central de Regulação de Vagas capitaneada pelo Poder Judiciário. Nesse documento é condensado um profundo esforço de análise de experiências, nacionais e internacionais,

dedicadas à transformação das condições degradantes características do atual sistema penitenciário brasileiro, mediante a regulação dos fluxos de entrada e saída do sistema penal, assim como diretrizes de cunho espacial e administrativo. Busca-se, inclusive, oferecer insumos práticos que permitam à magistratura brasileira assumir papel de liderança no enfrentamento ao problema estrutural da superlotação carcerária.

Essas ações voltam-se a medidas de racionalização da porta de entrada do sistema prisional, ao aprimoramento das condições de privação de liberdade e à atenção qualificada às pessoas egressas, passando ainda por melhorias em sistemas de informação, ferramentas de gestão e de gerenciamento de dados. A superlotação carcerária é um fenômeno de causas multifatoriais, que envolve desde a inadequação de investimentos, obstáculos legislativos e uso excessivo da medida de prisão à lentidão na tramitação de ações criminais e da execução penal. Para enfrentá-la, requer-se uma intervenção articulada dos diferentes Poderes e instituições. Exauridos métodos antigos e ineficazes, a confrontação da superlotação carcerária exige uma iniciativa inovadora que compreenda a prisão e as medidas alternativas de modo sistêmico e que assente parâmetros práticos para atacar este problema estrutural de modo planejado e contínuo. A fim de cumprir esta finalidade, a Central de Regulação de Vagas apresenta uma solução efetiva e de alta relação custo/benefício.

Até que seja equacionada a superlotação do sistema carcerário brasileiro, no entanto, reafirmo que o tempo de pena ou prisão cautelar cumprido em unidades que comportem pessoas além da capacidade – independentemente da existência de agravos adicionais relativos a seu impacto nas condições de permanência –, deve ser entendido como excesso de pena, a ser indenizado mediante a compensação penal.

Ao fim e ao cabo, a compensação – enquanto reparação *in natura* – é a forma de indenização individual que melhor responde ao estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

Em suma, a via da reparação natural, a qual prestigia a dupla vertente dos direitos fundamentais e viabiliza a harmonização das normas constitucionais em jogo, entendo-a *integradora* e *coerente*.

É integradora do direito fundamental da pessoa presa à reparação do dano moral por ela sofrida e dos direitos fundamentais difusos da operatividade da Justiça penal, proibição da perpetuação do tratamento degradante, equidade e equilíbrio das contas públicas.

O modelo, outrossim, guarda estrita coerência com a função preventiva assinada pelo direito positivo ao instituto da responsabilidade. A indenização em dinheiro pouco ou nada faz a esse respeito. A reparação natural reescreve o édito condenatório, abreviando a aflição imposta ao privado de liberdade.

Novamente o STF é provocado a enfrentar caso marcado por graves onerações a direitos e garantias fundamentais.

No processo de construção de uma resposta efetiva e específica para uma massiva violação dos direitos básicos da pessoa presa, o tribunal necessariamente tem que identificar a norma ou pluralidade de normas subjacentes aos enunciados, integrá-las harmonicamente às proposições presentes no ordenamento jurídico positivo, em uma perspectiva autopoietica, velando para que o *mandado de definição* resultante desse processo autorreferente de densificação, integração e sistematização das normas mantenha-se alinhado ao que preconiza a Constituição Federal.

Julgar o caso, com um olho na Constituição e o outro no ordenamento jurídico positivo, justapondo normas concebidas com um mesmo fim – assegurar a proporcionalidade da resposta penal e propiciar condições dignas e efetivas para a harmônica integração social da pessoa presa – não é invadir a esfera reservada ao legislador ordinário.

A tese proposta pelo Ministro ROBERTO Barroso , e secundada pelos insignes Ministros Celso de Mello e Luiz Fux , não se aparta substancialmente desta que empenho, ao contrário.

A alusão à origem jurisprudencial da remição pelo estudo e leitura – se é que compreendi bem o voto de Sua Excelência - teve apenas o objetivo de demonstrar que há espaço para que esta Corte construa uma solução adequada à questão da reparação do dano moral decorrente da pena degradante, sem incorrer no risco de invadir a competência do legislador.

Veja-se que a sentença penal continuará a determinar um limite temporal final para uma sanção, senão que também passará a assumir um mandato-comando sobre a qualidade do castigo que haverá de se impor, transformando-se em uma pauta-princípio da qual o administrador prisional e o juiz de execução penal não mais podem apartar-se. Caso isso ocorra, abre-se, então, a oportunidade para que a compensação tenha vez e se implemente como método de readequação e ajustamento da pena justa.

Como ensina Pablo A. Vacani, o “debido proceso en la ejecución penal resguarda toda posibilidad de alteración más gravosa, considerando que toda desproporción por la entidad del trato carcelario puede incidir en consecuencia sobre su cantidad, cuya proyección de más o menos extensión se define en el régimen progresivo de la pena. Por ende, si tenemos en cuenta que su expresión es doblemente lineal, entre la cuantía y la progresión en términos de un trato digno, la modificación substancial de este presupuesto también puede alterar el primero de acuerdo a su significancia y, por lo tanto, imponer su adelantamiento por dicho efecto, al prohibirse una “doble punición”.

Em outras palavras, ao mesmo tempo em que a percepção das condições do encarceramento de uma determinada pessoa tornam-se relevantes, igualmente se confere outro sentido para toda a espécie de restrições a direitos não alcançados pela sentença. Como que um princípio, a adequação carcerária da pena (enquanto regra não escrita e subjacente ao justo processo de execução penal), encerra a expressão do postulado de que nenhuma pessoa sob custódia e proteção do Estado deve submeter-se a situação de recolhimento degradante.

Apenas com um princípio como esse ativado e valorado a partir de suas consequências, de não ser atendido e representado adequadamente, será possível afirmar-se uma realização prática e integral que permita soluções que viabilizem (ao menos) compensar (e neutralizar) a aflição para além dos limites do castigo nela previstos, prestando-se a reparar (de certa forma) ilegalidades prisionais porventura vivenciadas ao longo do cumprimento de uma pena.

8. Competência

Como antecipei, a competência para apreciar o cabimento da declaração de pena (parcialmente) cumprida é do Juízo de Execução Penal, mercê do disposto nos arts. 66, 109 e 192 da Lei de Execução Penal.

Note-se que compete a ele aplicar *lex mitior* posterior, decretar a extinção da punibilidade, unificar penas, decidir sobre todos os institutos relacionados ao modelo progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, converter penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, resolver incidentes de execução e, acima de tudo, decretar a extinção de pena por cumprimento ou indulto e ajustá-la no caso de comutação.

De sorte, a declaração de pena (parcialmente) cumprida é inerente ou ancilar à competência do juiz de execução penal.

Ressalto que este Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, pronunciou-se no sentido de que há competências implícitas ou extensivas, as quais são delineadas pela natureza das funções típicas do órgão (v. HC 71039, Rel. Ministro PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, DJ 06.12.1996, p. 48708). Esse entendimento também transparece dos acórdãos que afirmaram a atribuição do Procurador-Geral da República para dirimir conflitos de atribuições entre Ministérios Públicos de diferentes entes federados (v. ACO 2899 AgR, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Rel. p/ acórdão: Ministro EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe-168 31.07.2017; ACO 2601 AgR, Rel. Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe-047 10.03.2017; ACO 1567 QO, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe-168 31.07.2017).

No julgamento do MI 708 (rel. Ministro Gilmar Mendes , DJe-206 30.10.2008), este Tribunal assentou, a propósito da definição das competências dos Tribunais para julgar dissídios decorrentes dos movimentos grevistas deflagrados por servidores públicos estatutários, que “ *o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares*” (voto do Ministro Gilmar Mendes).

Nesse sentido, voto lapidar proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do MS 24.510:

“[...] Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de MARCELO CAETANO (“Direito Constitucional”, vol. II /12-13, item n. 9, 1978, Forense), cuja observação, no tema, referindo-se aos processos de hermenêutica constitucional, assinala que, “Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos” (grifei).

Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte CASTRO NUNES (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense) – deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de cada competência constitucional, como a de que ora se cuida, consideradas as atribuições do Tribunal de Contas da União, tais como expressamente relacionadas no art. 71 da Constituição da República.

Se compete ao juiz de execução decretar a extinção de pena e aplicar a comutação, *a fortiori* caberá a ele declarar parte da pena cumprida quando identificar que ela fora exacerbada pela permanência em celas superlotadas ou outra condição inapropriada de cumprimento.

Naturalmente, em caso de ausência ou perda do interesse processual à reparação *in natura*, seja porque a pena de prisão fora extinta, seja porque o indivíduo recolhido à prisão não chegou a ser condenado, eventual dano moral será compensado pela via tradicional e subsidiária da indenização em dinheiro.

Entretanto, é relevante ressaltar que perda do interesse processual só ocorrerá se a pena, qualquer que seja o regime, for extinta antes do ajustamento da execução penal na forma aqui ventilada. Isso porque, independentemente do atual regime de cumprimento de pena – fechado, semiaberto, aberto, livramento condicional, conversão em alternativas penais –, sempre haverá restrição ao *status libertatis* a justificar a aplicação do benefício da declaração de pena parcialmente cumprida.

Assim, só há se falar em indenização pecuniária se não for mais possível, em absoluto, ao juiz da execução penal, de ofício ou mediante provocação, convolar a pena exacerbada em pena cumprida.

Mais. O tempo de pena cumprido (abatimento) deve ser buscado perante o Juízo da execução penal, à vista do caso concreto, considerando as particularidades de cada unidade prisional (características degradantes de cumprimento da pena).

Caberá ao *Conselho Nacional de Justiça*, no exercício de seu poder normativo (ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto) , a uniformização quanto às hipóteses de incidência e ocorrência da compensação e procedimento para o ajustamento da execução (art. 103-B, § 4º, I, da CF, e art. 1º, § 1º, incisos I e V, da Lei n. 12.106/09). a partir dos parâmetros definidos na Constituição Federal, Tratados Internacionais e Lei de Execução Penal.

Sem prejuízo da uniformização procedimental da matéria, *proponho* seja adotada a tese da Corte IDH nas medidas provisórias relativas ao Complexo do Curado e ao Instituto Penal Plácido Sá Carvalho, **no sentido de que o abatimento sobre a sanção seja feito à razão de 1 dia de pena para cada 1 dia de encarceramento em condições degradantes, a serem apurados perante o Juízo da execução penal**, a partir dos balizamentos que serão definidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Como lucidamente apontado por Sua Excelência, o Ministro Roberto Barroso no RE 580.252/MS, '*[e]ventual dificuldade no arbitramento (...) em cada caso concreto não será, por evidente, uma peculiaridade deste mecanismo de reparação de danos. Na verdade, a dificuldade está na própria mensuração dos atributos humanos, ou seja, na necessidade de "quantificar o inquantificável" que é inerente ao dano moral e está presente de igual modo (e mesmo de forma mais grave) na reparação pecuniária*.'

9. Reparação *in pecunia* como modelo subsidiário

Em face de tudo o que foi alinhavado neste voto, o pagamento de soma em dinheiro desponta como forma subsidiária ou secundária de reparação do dano moral suportado por preso em situações inapropriadas de encarceramento.

A via da indenização pecuniária terá lugar *somente e se* a pena tiver sido extinta ou não tiver sido imposta, como nos casos de extinção da punibilidade e absolvição sem a caracterização de erro judiciário (*v.* STJ, REsp 911.641/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 25/05/2009).

Contudo, mesmo nessas hipóteses, em que a reparação *in natura* não se revele possível à situação jurídica *atual* da vítima, o juiz da vara de fazenda pública não estará exonerado de perquirir, em processo de cognição exauriente, se se fazem presentes todos os pressupostos do dever de indenizar reconhecidos pela jurisprudência pátria, à luz do disposto no § 6º do art. 37 da Constituição.

Quero com isso dizer que, cuidando-se de ato omissivo, não basta a demonstração de que o fato está vinculado ao funcionamento dos estabelecimentos prisionais. Há que se comprovar que o ente federativo, por qualquer de seus Poderes, descumprira concretamente o dever especial

de proteção da pessoa presa, seja por ausência de investimentos no sistema prisional como um todo e na unidade penal respectiva com a finalidade de aumentar a oferta de vagas e melhorar as condições gerais do ambiente prisional, seja por ausência de medidas efetivas que reduzam a população carcerária, como a priorização das alternativas penais, ampliação do número de presos em regime de semiliberdade com monitoração eletrônica, implementação do *numerus clausus*, entre outras providências.

A propósito desse tema, não posso deixar de consignar que a fixação de limites rigorosos de lotação para cada estabelecimento penal do país, desde que implementados de forma progressiva e controlada, irrompe como uma das medidas mais eficazes e exequíveis para evitar o agravamento do quadro de superpopulação carcerária, *prevenindo* violações aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Passo à análise do último pedido formulado na inicial.

10. Fundo

Inviável o pedido de instituição de “fundo” com a finalidade de arrecadar parte das indenizações para o financiamento de políticas de integração social.

Primeiramente, já existem fundos com essa natureza no âmbito da União, Estados e Distrito Federal.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) prevê, em seu art. 13, que, havendo condenação em dinheiro por danos a direitos metaindividuais, a indenização reverterá ao fundo, gerido por conselho federal ou estadual, “*sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados*”.

Na esfera federal, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos é atualmente regulamentado pela Lei 9.008/95 e pelo Decreto nº 1.306, de 1994. Basicamente, os recursos arrecadados são mantidos em conta de depósito em banco oficial, separados segundo a natureza da infração ou dano causado (art. 10, parágrafo único), e aplicados na área respectiva (art. 7º). Ou seja, o fundo tem natureza contábil.

Quase todos os Estados, senão todos, possuem fundo similar.

Por exemplo, o fundo de defesa dos direitos difusos de Minas Gerais foi instituído pela Lei estadual 14.086/2001, com base na Lei complementar estadual n. 91/2006, que “ *dispõe sobre a instituição, gestão e extinção de fundos estaduais*”.

Especificamente quanto à área prisional, o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e cada um dos fundos penitenciários estaduais foram instituídos com a finalidade aventada na petição inicial. O FUNPEN, criado pela Lei complementar n. 79/94 e gerido pelo Ministério da Justiça, tem “ *a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional*” (art. 1º).

De acordo com o art. 3º-A da referida lei complementar, percentagem da dotação orçamentária do FUNPEN é obrigatoriamente repassada aos Estados, Distrito Federal e Municípios para melhorias no sistema penitenciário nacional e financiamento de programas destinados à integração social de internos e egressos e de programas de alternativas penais.

Do mesmo modo, os Estados e o Distrito Federal possuem fundo penitenciário próprio com essas características. Em São Paulo, o FUNPESP foi instituído pela Lei n. 9.171/95 e suas receitas destinam-se à construção e reforma de estabelecimentos penais e programas de integração social e assistência às vítimas de crimes, entre outra.

Além do mais, fundos contábeis, por constituírem instrumentos de gestão e controle de recursos públicos especialmente afetados, só podem ser criados por lei (CF, art. 24, I, segunda figura, 48, XIII, e 167, IX). Este último dispositivo assim reza:

“Art. 167. São vedados:

[...]

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.”

Chamo ainda a atenção à regra do art. 165, inciso II, § 9º, da Constituição, a qual prescreve que lei complementar disporá sobre “as condições para a instituição e funcionamento de fundos”. Essa exigência é

suprida pela Lei 4.320/1964, recepcionada com o *status* de lei complementar, cujos arts. 71, 73 e 74 condicionam a criação de fundos à edição de lei.

Consequentemente, a providência pleiteada esbarra no princípio da reserva legal formal.

Em apoio a essa linha de raciocínio, transcrevo acórdão deste Supremo Tribunal Federal:

“MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.061, DE 11.11.97 (LEI Nº 9.531, DE 10.12.97), QUE CRIA O FUNDO DE GARANTIA PARA PROMOÇÃO DA COMPETIVIDADE - FGPC. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 62 E PAR. ÚNICO, 165, II, III, §§ 5º, I E III, E 9º, E 167, II E IX, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A exigência de previa lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei nº 4.320, de 17.03.64, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar; embora a Constituição não se refira aos fundos especiais, estão eles disciplinados nos arts. 71 a 74 desta Lei, que se aplica à espécie: a) o FGPC, criado pelo art. 1º da Lei nº 9.531/97, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei nº 4.320/63; b) as condições para a instituição e o funcionamento dos fundos especiais estão previstas nos arts. 72 a 74 da mesma Lei. 2. A exigência de prévia autorização legislativa para a criação de fundos, prevista no art. 167, IX, da Constituição, é suprida pela edição de medida provisória, que tem força de lei, nos termos do seu art. 62. O argumento de que medida provisória não se presta à criação de fundos fica combalido com a sua conversão em lei, pois, bem ou mal, o Congresso Nacional entendeu supridos os critérios da relevância e da urgência. 3. Não procede a alegação de que a Lei Orçamentária da União para o exercício de 1997 não previu o FGPC, porque o art. 165, § 5º, I, da Constituição, ao determinar que o orçamento deve prever os fundos, só pode referir-se aos fundos existentes, seja porque a Mensagem presidencial é precedida de dados concretos da Administração Pública, seja porque a criação legal de um fundo deve ocorrer antes da sua consignação no orçamento. O fundo criado num exercício tem natureza meramente contábil; não haveria como prever o FGPC numa Lei Orçamentária editada nove meses antes da sua criação. 4. Medida liminar indeferida em face da ausência dos requisitos para a sua concessão, não divisados dentro dos limites perfunctórios do juízo cautelar.” (ADI 1726 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 30.04.2004.)

A técnica da *sentença aditiva* não se presta ao propósito almejado.

O exercício da grave e extraordinária função normativa por esta Corte só tem lugar para superação de “*situações jurídicas contrárias à Constituição (omissão inconstitucional)*”. Nesse domínio, ao STF é dado densificar os espaços vagos deixados pelo legislador no pressuposto de viabilizar o exercício de direitos e liberdades fundamentais assegurados na Carta Republicana. A criação de fundo de natureza contábil não é *conditio sine qua non* para o exercício de direitos materialmente fundamentais, pois, como mencionado, já existem fundos e outros instrumentos orçamentários destinados à centralização de recursos afetados à área prisional.

A segunda pretensão que se coloca a propósito do pedido do autor também não merece trânsito. Afetar parte da indenização concedida ao preso e revertê-la em benefício de ações de reinserção social é incongruente com o pedido principal desta ação direta e, mais do que isso, afronta flagrantemente o direito de propriedade (CF, art. 5º, caput e inciso XXII). A providência teria efeito de *confisco*, fora das hipóteses exaustivamente fixadas na Constituição Federal.

A intenção do autor é louvável.

Porém, políticas públicas destinadas a assegurar a “harmônica integração social do condenado e do internado” não devem ser realizadas ao custo do sacrifício arbitrário do direito de propriedade. Veja-se que o autor não apontou nenhum fundamento válido a amparar a pretensão. Nenhuma norma constitucional conforta semelhante medida.

Não há falar, ademais, em sentença aditiva que imponha ao Executivo e ao Legislativo a obrigação de editar normas com esse desiderato. Primeiramente, não se insere nas competências do Supremo Tribunal Federal o poder de compelir o Executivo a precipitar o processo legislativo, e o Congresso Nacional, a produzir leis. A providência requerida pelo autor está além da fronteira demarcada pelos princípios da independência e harmonia entre os Poderes (CF, art. art. 2º) e da separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III). Este Tribunal colige arestos nesse sentido: RE 510467 AgR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJ 30.03.2007, p. 75; MI 712, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe-206 30.10.2008).

Acresce-se que jamais poderia esta Suprema Corte instar os órgãos legiferantes, ainda que na forma de *apelo ao legislador*, a produzir norma com o objetivo de espoliar crédito abrangido pela norma constitucional garantidora do direito de propriedade.

11. Conclusão

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, nos termos do art. 24 da Lei 9.868/99, para conferir aos art. 43, 186 e 927 do Código Civil, interpretação conforme à Constituição Federal, *sem redução de texto*, de maneira a excluir aquela que afaste a reparabilidade do dano moral individual suportado pela pessoa presa em condições subumanas, insalubres, degradantes ou de superlotação, devendo a reparação ocorrer na forma de abreviação do tempo de pena a cumprir ou, subsidiariamente, em pecúnia (consoante as premissas e fundamentação contidas no voto).

PROPOSTA DE TESE:

(i) É inconstitucional a interpretação dos dispositivos do Código Civil que afaste a reparabilidade do dano moral individual sofrido por preso, em razão de condições subumanas, insalubres, degradantes ou de superlotação, sendo que a reparação deverá ser natural, por meio da abreviação da pena, e subsidiariamente em pecúnia, quando não implementada aquela pelo Juízo de execução penal, de ofício ou mediante provocação;

(ii) Caberá ao *Conselho Nacional de Justiça* a uniformização quanto aos parâmetros de cabimento e os procedimentos para o abatimento da pena cumprida em condições degradantes, para o ajustamento da respectiva execução, a ser desenhado a partir das prescrições que decorram da Constituição Federal, Tratados Internacionais e Lei de Execução Penal;

(iii) Sem prejuízo da uniformização material e procedimental quanto à hipótese de compensação, o abatimento sobre a sanção deverá ser feito à razão de 1 dia de pena para cada 1 dia de encarceramento em condições degradantes, a serem apurados perante o Juízo da execução penal, conforme os balizamentos que serão definidos pelo Conselho Nacional de Justiça.