



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A VIABILIDADE DA REMIÇÃO PENAL COMO ALENTO AO TRATAMENTO
DESUMANO EM LOCAIS DE CUMPRIMENTO DE PENA NO BRASIL

Bernardo Fonseca e Cruz

Rio de Janeiro
2017

BERNARDO FONSECA E CRUZ

A VIABILIDADE DA REMIÇÃO PENAL COMO ALENTO AO TRATAMENTO
DESUMANO EM LOCAIS DE CUMPRIMENTO DE PENA NO BRASIL

Artigo Científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetznet
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A VIABILIDADE DA REMIÇÃO PENAL COMO ALENTO AO TRATAMENTO DESUMANO EM LOCAIS DE CUMPRIMENTO DE PENA NO BRASIL

Bernardo Fonseca e Cruz

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – Diante da nova concepção da função da pena e das importantes conquistas legislativas no tocante aos direitos dos presos, a precariedade do sistema prisional não pode ser tolerada na atualidade. Com efeito, o Poder Judiciário vem exercendo seu papel contramajoritário, porém, soluções de efeitos imediatos ainda carecem no ordenamento jurídico para socorrer àqueles que estão diuturnamente submetidos a condições degradantes e desumanas em alguns locais de cumprimento de pena. Em razão disso, o Ministro Roberto Barroso alvitrou a remição penal como espécie de compensação não pecuniária ao presos que comprovarem dano moral advindo desse tratamento impróprio perpetrado pelo Estado. Entretanto, o referido instituto não encontra respaldo no ordenamento jurídico, ao passo que é necessário embasar a forma de sua aplicação até que o Poder Legislativo, eventualmente, traga força de lei à nova medida de abrandamento penal.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Responsabilidade Civil do Estado. Execução Penal. Remição Penal.

Sumário: Introdução. 1. O desafio do Poder Judiciário em consagrar plenamente os direitos fundamentais dos presos. 2. A inadequação da indenização em pecúnia como compensação estatal primária ao dano moral decorrente do tratamento impróprio aos presos. 3. Como compatibilizar a remição penal diante da ausência de previsão legal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de se aplicar a remição penal como forma de compensação não pecuniária de dano moral decorrente do tratamento degradante e desumano pelo Estado em alguns locais de cumprimento de pena no Brasil. Procurar-se-á demonstrar que a compensação por meio de pecúnia não parece adequada para servir de alento aos presos submetidos a tais condições, devendo a remição penal ser utilizada como medida de abrandamento primária, a fim de tutelar o direito dos presos e o interesse público.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir como o Poder Judiciário vem enfrentando demandas relativas ao direito dos presos, bem como se a ausência de previsão legal da remição penal consiste num empecilho para aplicá-la e efetivá-la no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante CRFB/1988, consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado, contudo, a

ineficiência estatal em garantir direitos sociais, tais como saúde, educação e segurança contribui para a constante negligência na promoção de políticas relacionadas à estrutura dos locais de cumprimento de pena. Nessa toada, verifica-se que há um tratamento impróprio do Estado na execução penal, de maneira que, em alguns casos, podem ser percebidos e comprovados danos a personalidade dos presos.

Assim, caberia uma compensação do Estado pelo tratamento impróprio aos presos? Qual seria a melhor forma de compensá-los? Para melhor compreensão do tema, busca-se explorar a atuação do Poder Judiciário frente as demandas que têm por pano de fundo a precariedade do sistema prisional brasileiro. Pretende-se ainda criticar uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal, explicando que uma solução referendada pela maioria dos ministros não é a melhor, mas, sim, uma outra levantada pelo ministro Roberto Barroso, a qual gerou muita curiosidade e indagações durante o julgamento: a remição penal.

Iniciar-se-á o primeiro capítulo do trabalho demonstrando o desafio do Poder Judiciário em consagrar plenamente o direitos dos presos dentro de um “Estado de Coisas Inconstitucional”, apontando as recentes decisões da Corte Suprema a respeito do tema, sobretudo no RE nº 592.581/RS e no RE nº 580.252/MS.

Em seguida elucidará o porquê a indenização em pecúnia é inadequada para compensar um dano moral decorrente do tratamento degradante e desumano em locais de cumprimento de pena, apresentando no que consiste a remição penal – instituto o qual não possui previsão no ordenamento jurídico.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de se consagrar e efetivar a remição penal, de modo a estabelecer critérios objetivos para que sua aplicação seja uniforme em todo o território brasileiro, até que o Poder Legislativo, eventualmente, traga força de lei à nova medida de abrandamento penal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, visto que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o seu objeto, com o fito de comprová-las argumentativamente e também enriquecer o debate sobre o tema, o qual ainda não possui estudos e precedentes na jurisprudência específicos sobre.

Dessa forma, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar sua tese.

1- O DESAFIO DO PODER JUDICIÁRIO EM CONSAGRAR PLENAMENTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

A concepção de poder passa hoje pela temporalidade, na medida em que o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade. O Direito Penal e o processo penal são provas inequívocas de que o poder punitivo do Estado já tomou, ao longo da história, o corpo e a vida, os bens e a dignidade do homem. Agora, não havendo mais nada a retirar, apossa-se do tempo¹.

Michel Foucault², no livro *Vigiar e Punir*, historiando a correlação entre a alma moderna e o novo poder de julgar, já dizia:

que as punições em geral e a prisão se originem de uma tecnologia política do corpo, talvez me tenha ensinado mais pelo presente do que pela história. Nos últimos anos, houve revoltas em prisões em muitos lugares do mundo. Os objetivos que tinham, suas palavras de ordem, seu desenrolar tinham certamente qualquer coisa de paradoxal. Eram revoltas contra toda uma miséria física que dura há mais de um século: contra o frio, contra a sufocação e o excesso de população, contra as paredes velhas, contra a fome, contra os golpes. Mas eram também revoltas contra as prisões-modelo, contra os tranquilizantes, contra o isolamento, contra o serviço médico ou educativo. (...) Quem quiser tem toda liberdade de ver nisso apenas reivindicações cegas ou suspeitar que haja aí estratégias estranhas.

Como visto, malgrado este não ser um problema recente e exclusivo do País, o sistema prisional brasileiro vive em crise. Nele são observadas inúmeras deficiências tais como superlotação, ausência de condições mínimas de saúde, de higiene, de educação, de segurança, de trabalho, de acesso à justiça, dentre outras, resultantes da falta de amparo do Poder Público.

Por outro lado, o direito dos presos passou a ser fortalecido paulatinamente no ordenamento brasileiro, chamando-se atenção para a Lei nº 7.210/1984³, doravante Lei de Execuções Penais (LEP), como importante marco infraconstitucional, e principalmente para a promulgação da CRFB/1988.

Entretanto, o que se observa é a predominância de violações aos direitos dos presos pelo Estado. Ao lado da falta de investimentos no setor, há outros fatores que contribuem para a precariedade do sistema prisional, tais como: 1) O encarceramento rígido; 2) A ausência de

¹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 147.

² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 29.

³ BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> . Acesso em: 27 nov. 2017.

meios para se aplicar medidas alternativas à prisão cautelar ou a penas alternativas à restritiva de liberdade; 4) A falta de locais de cumprimento de pena, mormente para o regime semiaberto (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar); 4) A extrema burocracia na utilização dos recursos proveniente do Fundo Penitenciário Nacional - Funpen.

Nesse contexto, por via de consequência, verifica-se que em muitos locais de cumprimento de pena, a ausência de condições mínimas para o tratamento do preso alcança o patamar da crueldade, da falta de humanidade. A repercussão humanitária da aplicação das penas é visivelmente desconsiderada em certos lugares, não sendo raro ela atingir, de maneira relevante, bem jurídico mais valioso do que aquele que a norma incriminadora pretendia proteger.

No tocante às mulheres, importante salientar que elas sofrem ainda mais neste cenário, tendo em vista a carência de estabelecimentos específicos de acautelamento e o suporte para as gestantes, os quais são direitos constitucionalmente consagrados no art. 5º, incisos XLVIII e L, respectivamente, da CRFB/1988.

Assim, o debate em torno sobre o tratamento aos presos deixou de ser uma mera conversa acadêmica, ganhando ele maiores contornos no Judiciário.

No acórdão prolatado no julgamento da medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347⁴, o Ministro Marco Aurélio Mello afirmou que se percebe no sistema prisional brasileiro um “Estado de Coisas Inconstitucional”. A referida expressão foi originalmente criada pela Corte Suprema de Justiça da República da Colômbia, em 1997, podendo ser definida como um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais, assim como falência de políticas públicas, e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Sem dúvidas, a defesa do direito dos presos consiste num tema que ainda encontra resistência numa sociedade marcada por forte seletividade, repressividade e estigmatização⁵. Nesse cenário, os juízes têm consciência de que em diversas oportunidades devem exercer um papel contramajoritário, com o objetivo de assegurar direitos constitucionais das minorias.

Como postula o princípio da dignidade da pessoa humana, seus direitos básicos não podem estar condicionados a cálculos de utilidade social ou a preferências majoritárias. Na perspectiva da dignidade humana, que reconhece o valor intrínseco de cada pessoa, direitos

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

⁵ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

são trunfos que tendem a prevalecer sobre metas coletivas, ainda que inspiradas na promoção do bem-estar do maior número de pessoas⁶.

Contudo, historicamente, o maior obstáculo do Poder Judiciário era a impossibilidade de se substituir na figura do administrador. De acordo com a ideologia de Estado liberal, que consagrou o princípio da separação de poderes, incumbe ao Poder Executivo a função de escolher as políticas públicas. Logo, por via de consequência, o Poder Judiciário não tinha legitimidade ou mecanismo de concretização de direitos que precisavam ser protegidos, como o direito dos presos.

Ademais, quando instados pelo Poder Judiciário a tomar providências, os entes públicos costumavam alegar o princípio da reserva do possível, a fim de justificar a falta de recursos para atender todas as obrigações previstas na CRFB/1988.

A expressão “reserva do possível” foi difundida a partir da célebre decisão do Tribunal Constitucional alemão, proferida em 1972, que tratou da validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos⁷. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada⁸.

Entretanto, a jurisprudência do STF foi paulatinamente refutando tais argumentos, de forma que a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas passou a ser permitida quando necessário garantir o mínimo existencial ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, de acordo com a gravidade do caso concreto e a demonstração da omissão estatal, o Estado-juiz poderia se imiscuir no papel do administrador, adentrando não só na proporcionalidade, mas no próprio mérito administrativo.

O entendimento foi consolidado em 2015, no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS⁹, o qual teve reconhecida a repercussão geral e se fixou a seguinte tese jurídica pelo Plenário:

⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 132.

⁷ *Ibid.*, p. 229.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 790.767/MG*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=790767&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 592.581/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

No entanto, não obstante os avanços no campo jurídico, observando a realidade, verifica-se que novamente as decisões do Poder Judiciário não se demonstram eficientes para tutelar o direito dos presos. O fato de a Administração Pública ser compelida a promover medidas ou execuções de obras emergenciais não parece hábil para proteger o preso que está diuturnamente enfrentando condições degradantes e desumanas nos locais de cumprimento de pena. Portanto, é necessário uma forma de atuação mais rápida e efetiva do Estado-juiz, visto que os presos que vivem em tais condições têm sua integridade física e moral comprometida.

Paralelamente a essa questão, atualmente, destaca-se no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.170, de relatoria da Ministra Rosa Weber, na qual se discute eventual responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos presos em virtude de condições desumanas e degradantes nos locais de cumprimento de pena. A matéria à ser decidida na ADI nº 5.170 é semelhante à do RE nº 580.252/MS¹⁰, o qual teve repercussão geral reconhecida e se consolidou o seguinte entendimento:

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.

A forma estabelecida no julgado de compensação ao dano moral foi por intermédio de pagamento em pecúnia, todavia, a compensação pecuniária parece inadequada e ineficaz para combater violações por tratamento impróprio aos presos, como será melhor detalhado a seguir.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 580.252/MS*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

2- A INADEQUAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM PECÚNIA COMO COMPENSAÇÃO ESTATAL PRIMÁRIA AO DANO MORAL DECORRENTE DO TRATAMENTO IMPRÓPRIO AOS PRESOS

No julgamento do RE nº 580.252/MS, a maioria dos ministros decidiu manter o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, restabelecendo a condenação do Estado do Mato Grosso do Sul a pagar a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de compensação por dano moral, a um condenado que permaneceu 5 (cinco) anos submetido a condições degradantes e desumanas em estabelecimento prisional localizado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul. Contudo, a compensação pecuniária nessa hipótese é motivo de algumas críticas:

Primeiramente, a exclusividade conferida ao caminho da compensação pecuniária produz diversas distorções, pois ela gera uma tendência à tarifação dos direitos da personalidade e da própria dignidade da pessoa humana, induzindo à adoção de um cálculo utilitarista, de custos e benefícios¹¹.

Naturalmente, existem diversas correntes no âmbito do utilitarismo, mas de fato este adota uma moralidade consequencialista, ou seja, julga-se o valor de uma ação ou regra de acordo com o que ela produz sobre a vida das pessoas, e não pela sua adequação a princípios morais universais ou pela sua correspondência a alguma modelo de comportamento tido como virtuoso. Assim, justifica-se o sacrifício dos direitos de um membro da comunidade quando dele decorra um ganho superior nos interesses de outros indivíduos¹². Ou seja, é mais cômodo para a sociedade tolerar violações a direitos fundamentais dos presos e depois compensá-las, ao invés de procurar alternativas que visem minimizar ou eliminar as causas do problema.

Em segundo lugar, deve ser evitado o arbitramento de valores ínfimos às compensações dos presos como novo desvalor moral. Fazendo uma breve analogia, não se pode equiparar a tutela jurisdicional num processo que se discute uma compensação diante de danos advindos de um quadro de violação massiva e persistente de axiomas constitucionais fundamentais – “Estado de Coisas Inconstitucional” –, com outro processo no qual se aborda uma controvérsia sobre o valor a ser compensado por uma inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. nº 580.252/MS. Voto-vista: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017, p. 45.

¹² SARMENTO, op. cit., p. 127.

Com efeito, no caso paradigma do RE nº 580.252/MS, o valor de R\$ 2.000 (dois mil reais) estabelecido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que foi mantido pela maioria do STF, a quantia parece insuficiente para compensar os fatos suportados pelo preso durante o tempo que ficou submetido ao tratamento impróprio.

Numa terceira análise, a compensação pecuniária muito provavelmente acarretará a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos Estados. Assim, essa solução, além de não eliminar ou minorar as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as compensações individuais¹³.

Ao lado disso, essencial levar em consideração que a compensação por meio de pecúnia gerará despesa significativa à Administração Pública. Indubitavelmente, o Estado brasileiro transita num particular momento de irresponsabilidade fiscal, de modo que se torna imprescindível a redução dos gastos públicos e ajuste fiscal.

Logo, dentro dessa conjuntura, o Ministro Roberto Barroso abriu divergência no RE nº 580.252/MS no tocante à forma de compensação, propondo a remição penal como solução não pecuniária, com base em decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁴. A referida moção foi seguida pelos Ministros Luiz Fux e Celso de Mello.

A remição penal se trata de um instituto pelo qual se desconta a pena do preso, em razão do tratamento impróprio do Estado na execução penal, a fim de restabelecer a justa proporção entre delito e pena. Pode-se dizer que a remição penal é um instituto híbrido, pois sua origem está relacionada ao campo da responsabilidade civil, todavia, seus efeitos serão percebidos no direito penal.

Com efeito, a insuficiência *lato sensu* da compensação pecuniária de dano moral gera uma tendência da responsabilidade civil brasileira em alvitar novos remédios não pecuniários de compensação de danos extrapatrimoniais. Logo, a remição penal se revela mais apropriada e interessante para servir de alento aos presos submetidos ao tratamento impróprio, devendo ela assumir o protagonismo para compensar tais violações, de maneira que a compensação em dinheiro será cabível apenas quando a remição penal não for possível.

Contudo, há falta de respaldo legal para aplicação do novo instituto. Destarte, deve-se buscar um procedimento compatível para efetivar a remição penal no ordenamento jurídico brasileiro, como será abordado no próximo capítulo.

¹³ Ibid., p. 9.

¹⁴ Ibid., p. 18-21.

3- COMO COMPATIBILIZAR A REMIÇÃO PENAL DIANTE DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

O procedimento da remição de pena é o que mais se harmoniza com a nova medida de abrandamento penal, a qual será um alento aos presos submetidos em condições degradantes e desumanas nos locais de cumprimento de pena em todo o País. Assim, indispensável uma breve abordagem sobre esse instituto antes de explicar a adaptação da remição penal a ele.

A remição de pena foi introduzida pela LEP e guarda relação direta com o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CRFB/1988. Por meio dela, o preso poderá ter acrescido a sua pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto tempo de cumprimento, em razão do trabalho no interior do sistema prisional ou do estudo.

Pode-se dizer que a remição de pena é um instituto de mão dupla, no qual a retribuição punitiva é atenuada face aos indícios de ressocialização do preso. O período remido, que consiste nos dias de pena acrescidos pela tarefa concluída, é calculado de acordo com o art. 126, § 1º, da LEP, o qual foi alterado pela Lei nº 12.433/2011.

Inicialmente, a LEP estabeleceu apenas a remição da pena pelo trabalho do preso, sendo o direito de remição de pena pelo estudo consagrado apenas com o advento da Lei nº 12.433/2011. No entanto, antes mesmo da promulgação dessa lei, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já era pacífica no sentido de admiti-la, tendo em vista os benefícios trazidos pelo estudo ao processo de recuperação e de ressocialização do preso. Por via de consequência, positivou-se o entendimento com a edição do Verbete nº 341 da súmula de jurisprudência persuasiva do Superior Tribunal de Justiça¹⁵.

Curial salientar que, sem embargo do disposto no art. 83, § 4º da LEP, não são todos os locais de cumprimento de pena que possuem uma estrutura que possibilite o preso a exercer tais atividades. Nessa esteira, de acordo com o art. 1º, V, da Recomendação nº 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça¹⁶, cuja edição foi solicitada pelos Ministérios da Justiça e da Educação, a leitura como forma de atividade complementar deve ser estimulada a para a remição de pena, especialmente para os presos que não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional.

¹⁵ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='341'>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

¹⁶ Idem. *Recomendação nº 44*, de 26 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

A leitura, por si só, não se caracteriza como estudo, ou seja, na letra fria da lei, não poderia ser definida como tal. No entanto, em que pese a ausência de previsão legal expressa, é perfeitamente cabível uma interpretação extensiva do instituto nessa hipótese, visto que ele somente traz benefício aos presos.

A jurisprudência do STJ é firme no entendimento de que é possível remir a pena com base em atividades que não estejam expressas no texto legal, de forma que o rol do art. 126 da LEP não é taxativo, pois não descreve todas as atividades que poderão auxiliar no abreviamento da reprimenda. Nesse contexto, recentemente, foi admitido que um reeducando tenha direito à remição de sua pena em razão da atividade musical realizada em coral¹⁷.

Assim, fazendo um paralelo com a compensação não pecuniária de dano moral – remição penal –, *prima facie*, pode-se afirmar que não haveria óbice para os tribunais aplicarem a medida, tendo em vista que ela somente traz “benefícios” aos condenados. Entretanto, não seria propriamente o caso de interpretação extensiva, mas, sim, de analogia *in bonam partem*, o que no fim gerará os mesmos efeitos, ou seja, sua admissão no ordenamento.

Neste ponto, uma constatação a título de preciosismo é imperiosa. Não parece razoável nomear o instituto da remição penal de benefício, bem como a pessoa direcionada de beneficiária. Diferentemente do que ocorre na remição de pena, na qual o preso terá acrescido tempo de cumprimento a sua pena determinada na condenação, a remição penal se cuida de um desconto da pena estabelecida na decisão condenatória.

Logo, atribuir o caráter de benefício ao instituto da remição penal consiste num erro crasso, sendo mais técnico a menção de medida de abrandamento penal, visto que nessa hipótese se trata de uma meia culpa do Estado, o qual, como já abordado, falhou sistematicamente na consagração de direitos fundamentais aos presos.

O reconhecimento da remição penal, portanto, prescinde de lei para sua efetivação, malgrado essa fortalecer e dar ampla notoriedade ao instituto. Além disso, a sua aplicação deve obedecer certas formalidades, a fim de que a remição penal não seja aplicada de maneira que esvazie o seu espírito.

¹⁷ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.666.637/ES*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201700925873.REG.>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

Assim, antecipando a necessidade de se aplicar o instituto com homogeneidade nos tribunais brasileiros, o Ministro Roberto Barroso¹⁸ sustentou algumas formalidades a serem obedecidas na medida de abrandamento penal:

a) Competência: o pleito de compensação não pecuniária deverá ser direcionado ao próprio juízo da Vara de Execuções Penais ao qual o preso está submetido, conforme o disposto no art. 66, III, “c”, bem como no art. 194, ambos da LEP;

b) Legitimidade: qualquer das pessoas elencadas no art. 195 da LEP. Ademais, o pedido poderá ser realizado por qualquer condenado, seja por decisão judicial definitiva ou não, independente do regime que se encontra (fechado, semiaberto ou aberto), haja vista os reflexos que a remição de pena gera, nos termos do art. 128 da LEP. Caso o requerente seja um preso provisório, o deferimento da remição penal deve seguir a lógica da detração, prevista no art. 42 do Código Penal;

c) Processamento: será o ordinário do rito da LEP, obedecendo o disposto nos arts. 194 a 197. Ao receber a petição o juízo da Execução Penal deverá verificar concretamente se as condições a que o preso foi submetido no local de cumprimento de pena são causadoras de dano moral e aferir a existência de nexo de causalidade com a atuação da Administração;

d) Dias compensados: a remição penal poderá ser de 1 (um) dia de pena por cada 3 (três) a 7 (sete) dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana. Caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, subsidiariamente, deverá ser ajuizada a ação para compensação do dano moral a ser fixado em pecúnia pelo juízo cível competente;

e) Recurso: poderá ser manejado agravo em execução, como disposto no art. 197 da LEP, da decisão que conceder a remição penal, que a conceder parcialmente – com o desconto abaixo ou acima do interesse das partes –, e que denegá-la.

Ressalte-se que, tendo em vista a necessidade de gradação da falha da Administração Pública no caso concreto, e o eventual dano causado ao preso, o Ministro Roberto Barroso tocou num ponto nevrálgico da matéria, exercendo praticamente o papel de legislador ao determinar uma verdadeira escala penal para aplicação do instituto. Logo, não obstante se tratar de um critério discricionário do juízo da Execução Penal, deverão ser observados os quocientes mínimo (três dias) e máximo (sete dias) para a remição de 1 (um) dia da pena.

Por último, importante tangenciar a regra do art. 127 da LEP, que foi modificado pela Lei nº 12.433/2011. A falta grave é um demonstrativo de que o preso não está se

¹⁸ Idem, op. cit., nota 11, p. 53-61.

ressocializando, logo, a perda de uma parte da remição de pena é razoável, a fim de que esta se torne num bem a ser valorizado pelo preso.

Entretanto, como já mencionado, a remição penal não se cuida de um benefício a ser valorizado pelo preso, mas uma medida paliativa de abrandamento penal em razão de violações aos direitos dos presos. Portanto, da mesma maneira que os direitos fundamentais não podem ser suprimidos, a remição penal como compensação não pecuniária de dano moral também não poderá ser reduzida, em qualquer hipótese, pelo Estado-juiz.

CONCLUSÃO

O sistema prisional brasileiro é um dos setores que menos recebem atenção do Poder Público. Por consequência, o Estado mantém um processo de desumanização de pessoas por meio do monopólio do poder punitivo.

Em contrapartida, os deveres da Administração em sede de execução penal devem ser hoje analisados sob dois prismas distintos: o primeiro no sentido positivo (ou de ação), segundo o qual o Estado deve agir no sentido de prover aos presos os direitos sociais preconizados na LEP e na CRFB/1988. O segundo sob a ótica negativa (ou de inação), pela qual tem o Estado a obrigação de se abster da prática de qualquer ato atentatório aos direitos fundamentais do preso.

Com efeito, o Estado-juiz está paulatinamente buscando socorrer o direito dos presos submetidos a condições degradantes e desumanas em locais de cumprimento de pena, mas sua atuação, até o momento, só produzirá efeitos a longo prazo. Em que pese a mudança de concepção da pena e a possibilidade de o Poder Judiciário compelir a Administração Pública a realizar certas políticas, os direitos fundamentais dos presos não serão protegidos instantaneamente na prática, mas, sim, conservados pela falta de uma resposta imediata.

Não resta dúvidas de que cabe ao Poder Legislativo elaborar leis com critério e justiça, ponderando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Entretanto, há uma necessidade de se individualizar com responsabilidade a pena, visando dar credibilidade ao sistema penal, proporcionando sanção na justa medida da culpabilidade, desigualando os desiguais e cumprindo direito e garantia humana fundamental.

Efetivamente, o tempo de pena cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas pelo

legislador. A situação calamitosa dos cárceres brasileiros agrava a pena imposta ao preso e atinge de forma mais intensa a sua integridade física e moral¹⁹.

Assim, a remição penal, como forma de compensação não pecuniária de dano moral advindo desse tratamento, consubstancia-se numa medida judicial adequada para servir de alento aos presos. Nesse sentido, a redução do tempo de prisão nada mais é do que o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo preso.

O tempo de pena vivido pelo preso em condições degradantes e desumanas é um tempo agravado, que não guarda proporção com a pena cominada abstratamente. Essa solução não afasta inteiramente a compensação pecuniária, mas lhe confere caráter subsidiário. A compensação em dinheiro do dano moral será cabível apenas quando a remição penal não for possível.

Sob o enfoque humanista, a justiça criminal não pode ser exageradamente repressiva, devendo preocupar-se com as consequências sociais da incriminação e da punição. As disposições de um Direito Penal de índole humanitária devem considerar a responsabilidade da sociedade para com o delinquente, de modo a estabelecer a assistência necessária e suficiente para sua reinserção social, pois desse modo é que se satisfaz o interesse público. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental a qualquer forma de intervenção do Direito Penal, é manifestamente incompatível com a pena de morte, as penas cruéis, desonrosas e, em geral, com a ideia da retribuição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 abr. 2017.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. *Recomendação nº 44*, de 26 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235>>. Acesso em 20 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 790.767/MG*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 12, p. 49.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=790767&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência*: Súmulas. Enunciados. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='341'>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.666.637/ES*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201700925873.REG.>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 580.252/MS*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 580.252/MS*. Voto-vista: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 592.581/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.