

PARA ALÉM DE ROIG: DIÁLOGO SOBRE SOLUÇÕES ILEGAIS E UMA NOVA IDEIA NO CAMPO DA COMPENSAÇÃO PENAL

BEYOND ROIG: DIALOGUE ON ILEGAL SOLUTIONS AND A NEW IDEA IN THE FIELD OF TIME SERVING ILLEGALLY EXECUTED SENTENCES

Felipe José Dias Bicalho¹

PUC Minas

Giselle Batista Leite²

PUC Minas

Resumo

Dialoga-se, de forma dedutiva, com o artigo “COMPENSAÇÃO PENAL POR PENAS OU PRISÕES ABUSIVAS” do autor Roig. Este apresenta a possibilidade de compensação penal em caso de penas ou prisões abusivas, como obrigação pública de reparar, tanto pela via pecuniária, quanto pela via penal. O presente trata a questão do tempo: do tempo *no* cárcere e do tempo *do* cárcere, como guia para a percepção

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC; especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus; advogado. E-mail: felipe@diasbicalho.com.

² Mestranda em Direito Público, linha de Intervenção Penal e Garantismo na Pontifícia Católica de Minas Gerais. Bolsista FAPEMIG. Especialista em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGIS. Graduada em Direito pelo Unicento Newton Paiva. Professora de Direito Penal e Processo Penal em curso de graduação e cursos preparatórios para concursos. Advogada. E-mail: gisellebatista@hotmail.com

dos efeitos da pena. Demonstra-se que nenhuma forma de compensação apontada por Roig é possível e ao mesmo tempo qualquer uma é aceitável. Ao final, constrói-se uma nova solução (legal), diferente das apresentadas por Roig, perfeitamente possível, impedindo abusos ou ilegalidades na execução penal por parte do Estado. Para evitar a ilegalidade, faz-se uso da interpretação extensiva a que o direito processual penal e a execução penal fazem jus (neste último caso se não incidir sobre regra de direito material), optando-se pela suspensão das execuções que, se forem executadas, serão de forma ilegal. Um paralelo com outras medidas ilegais de execução civil são tomadas para demonstrar como a possibilidade de suspensão é solução já aventada no Direito. Aplicando-se o raciocínio da execução civil à execução penal, tem-se a possibilidade de suspensão da execução ilegal.

Palavras-chave

Pena. Compensação. Execução. Roig. Ilegalidade.

Abstract

It is discussed, through a deduction, with the article “COMPENSAÇÃO PENAL POR PENAS OU PRISÕES ABUSIVAS” by the author Roig. This presents the possibility of criminal compensation in case of improper penalties or imprisonment, as a public obligation to make reparation, both through pecuniary and criminal means. This article addresses the question of time: time in prison and time of prison, as a guide for the perception of the effects of punishment. It shows that no form of compensation pointed out by Roig is possible and at the same time any one is acceptable. In the end, a new (legal) solution is constructed, different from the ones presented by Roig, perfectly possible, preventing abuses or illegalities in criminal execution by the State. To avoid illegality, the extensive interpretation to which criminal procedural law and criminal enforcement are entitled (in the latter case if it does not apply to a substantive law rule) is used, opting for the suspension of executions which, if executed, will be illegal. A parallel with other illegal civil enforcement measures is taken to demonstrate how the possibility of suspension is a solution already proposed in the law. Applying the reasoning of civil enforcement to criminal enforcement, there is the possibility of suspending illegal enforcement.

Keywords

Penalty. Compensation. Time serving the sentence. Roig. Illegality.

1 INTRODUÇÃO

Ao estudar o artigo de Roig³ sobre execução penal e suas possíveis formas de compensação⁴ por penas e prisões abusivas, indagações como: sob quais fundamentos essas poderiam ocorrer; se haveria outros fatores sobre os quais as premissas foram construídas e se esse *plus* poderia trazer novos desdobramentos ao tema, alguns pensamentos e questionamentos afloraram.

O autor apresenta, é verdade, uma série de possibilidades para resolver o problema do cumprimento de penas arbitrárias e abusivas,⁵ mas alguma delas teria o condão de realmente, resolvê-lo? Alguma medida de compensação apresentada é possível para resolver a superlotação e as condições insalubres nos cárceres brasileiros? O trabalho de Roig traz, de forma corajosa, uma série de críticas, e, tendo a compensação penal como Princípio, balizas para responder a um problema sério já instalado: como resolver o problema das penas executadas de forma ilegal?

³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. In: Revista brasileira de ciências criminais, v. 25, n. 132, p. 331-381, jun. 2017.

⁴Em linhas gerais, entende-se por compensação penal por penas ou prisões abusivas o dever estatal de reparar, não só pela via pecuniária (com fulcro no artigo 37, §6º, da CF/88) mas, principalmente, pela via penal, o sofrimento causado por atos arbitrários.

⁵ Arbitrárias e abusivas no sentido de estarem em desconformidade com a Lei. Arbitrárias, pois, em cada estabelecimento prisional, em cada cela, para cada Recuperando, há, sem respaldo legal, uma série de soluções possíveis/ aplicáveis; abusivas, pois, além de descumprir a lei 'quebram' o princípio da isonomia.

Inicialmente, no tocante à questão do tempo linear/cronológico e o tempo subjetivo abordado pelo autor, aponta-se uma só crítica ao tema, deixando em aberto ao leitor averiguar as consequências de tal raciocínio, e, apresenta-se, também, tal qual tratado por Roig, outra percepção da subjetividade temporal na execução penal. Posteriormente, o trabalho tem como objetivo, com base nesses questionamentos e de forma dedutiva, tendo como parâmetro o texto de Roig sobre as possibilidades de resolução por ele apontadas, demonstrar que *não é possível nenhuma compensação e, ao mesmo tempo, qualquer uma é aceitável.*

Trata-se de um resultado surpreendente, em que nada é possível, e que qualquer coisa é válida, mas nada aquém do paradoxo e do labirinto que se tornou a execução penal no Brasil, tentando trazer, ao final, uma solução plausível e diferente das apresentadas pelo autor para a questão das prisões abusivas e degradantes.

2 TEMPO

A abordagem temporal construída por ROIG pode ser assim sintetizada, afinal o discurso jurídico continua a assumir a falsa representação de que o transcurso do tempo de cumprimento da privação de liberdade permanece sujeito à medida determinada pelo *quantum* da pena formal. Até – e sobretudo – hoje, as decisões de prisões cautelares e as sentenças penais condenatórias continuam a buscar uma impossível proporção entre delito, punição e tempo, acabando por anunciar privações e sanções que, embora mensuráveis em tempo físico ou linear, são executadas em um plano ontológico diferente: o tempo existencial e o tempo vivenciado. Produzem, com

isso, uma fissura clara entre medida qualitativa (grau de dor) do encarceramento e medida quantitativa (cronológica da pena); entre o dinâmico (tempo vivencial) e o (cálculo temporal); entre o ser (violência material) e o dever-ser) da pena privativa de liberdade; entre a realidade (desproporcionalidade entre o tempo de prisão ou de pena e a intensidade da aflição existencial) e a falsa representação dela (falsa nomeação de proporcionalidade penal); entre a perspectiva *ex post* (real sofrimento) e *ex ante* (imposição de prisão ou penalização aritmética) da privação de liberdade. (ROIG, 2017, p. 333)

A percepção do tempo varia, e o tempo, também. Outras percepções da subjetividade temporal na execução penal serão apresentadas.

2.1 O tempo na execução penal

De maneira leiga, há uma figura ilustrativa –atribuída a Einstein⁶– para demonstrar a afirmação de tempo deslocando o referencial de observação. Ao tratar a questão da relatividade – ou seja, o foco do observador, o deslocamento de referencial – exemplificou: *putyourhandon a hot stove for a minute, and it seemslikean hour. Sitwith a pretty girl for an hour, and it seemslike a minute.*^{7,8} Assim,

⁶Albert Einstein (1789-1955), físico teórico alemão que desenvolveu a teoria da relatividade geral, um dos pilares da física moderna ao lado da mecânica quântica.

⁷ Em tradução livre: coloque a mão no forno por um minuto, e parecerá uma hora. Sente-se ao lado de uma moça bonita por uma hora, e parecerá um minuto.

⁸Atribui-se a frase ao físico, mas na verdade seria uma publicação de um repórter do NY Times para ilustrar a questão.

vê-se claramente que a percepção do tempo pode variar, a depender do que se está fazendo e se aquilo que se está a fazer é agradável. Isso não é uma inquirição moderna ou pós-moderna. Os gregos, também, em uma de suas vertentes filosóficas,⁹ ao trabalhar a questão, chegaram à conclusão que a vida boa, a que vale a pena ser vivida, deve ser tal que faça com que se anseie pela eternidade em um momento, que este átimo de existência seja estendido ao infinito, que não tenha fim, e aí, nesse momento, ter-se-ia uma vida plena.¹⁰ Ora, desejar a vida boa, nesse caso, nada mais era que trabalhar, de forma que o seu trabalho, fosse ele qual fosse, permitisse uma contemplação transcendente. Essa transcendência era descrita pelos helênicos, como uma duração eterna. Quem aspiraria à dor e ao sofrimento eternos?

A *pena* é um castigo, e, no Brasil, este aspecto punitivo não é exclusivo, não se desconhece dessa sua vertente. Ninguém *deseja* cumprir pena, em especial em lugares como os aqui destinados para tanto, em que as condições da pena são, quando boas, desumanas.¹¹ Em qualquer cumprimento de pena, o fator *tempo subjetivo* é– com as

⁹ Possivelmente na mais representativa e duradoura, a instaurada por Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C), filósofo grego, aluno de Platão. Seus escritos abrangem diversos assuntos, como a física, a metafísica, poesia e drama, a música, a lógica, a retórica, o governo, a ética, a biologia, a linguística, a economia e a zoologia.

¹⁰Hodiernamente, um bom referencial para tanto é Clóvis de Barros. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Eo8811VLtMc>>. Acesso em 17 julho 19.

¹¹Obviamente, há exceções. Quando da investigação para a elaboração de dissertação de mestrado, foi feita uma breve análise a respeito da penitenciária construída e administrada em parceria público-privada que havia sido recentemente implantada em Ribeirão das Neves/MG. Para mais, BICALHO, 2014.

desculpas pela redundância – *subjetivo*, como se ilustrou anteriormente. Pense-se, por exemplo, no indivíduo as vésperas de ocorrer o termo de sua sentença, os segundos se estendem a semanas, os minutos a anos e *a pena nunca acaba, na percepção dele*. Ou na recuperanda, que está prestes a rever os filhos, na visita, após anos de afastamento, os efeitos da ocitocina e o sentimento de maternidade aflorando-se, *a antecipação* para que tal encontro seja o mais agradável possível. “Eles se lembrarão de mim? Ainda me amarão? Serei julgada por eles? Conseguirei deixá-los novamente ao fim da visita? “O interno que acaba de ser encarcerado, tentando entender e aprender a nova realidade a que terá que se adaptar, aos novos “desafios” de sua existência. *Para todos esses, o tempo se estenderá subjetivamente, não pelos pontos positivos aventados pelos gregos, mas, justamente, pelos motivos antagônicos àqueles*. Essa percepção é completamente permeada pela pós-modernidade, na qual é o olhar *subjetivo* o foco.

O importante, aqui, é ilustrar a subjetividade da percepção do tempo, em especial no ambiente de castigo/punição imposto pela pena. Ainda nesse tópico, utilizando-se de uma figura de vivência, introduz-se um fator relativo à subjetividade não explorado por Roig: a *desarmonia temporal*.

Roig destaca que a cultura da compensação dará maior visibilidade às arbitrariedades sofridas pelas pessoas presas e demonstrará que, em uma ótica democrática, a subtração de tempo existencial (vivencial) de um ser humano jamais ser meu vão. [...] A compensação penal por penas ou prisões abusivas definitivamente não pode mais ser ignorada. Trata-se de poderoso instrumento à disposição do Poder Judiciário para o ajuste da dimensão aritmética da pena às condições qualitativas de aprisionamento. Mais ainda, trata-se de um

dever legal, constitucional, convencional e humano do magistrado comprometido com a afirmação do Estado Republicano e Democrático de Direito. (ROIG, 2017)

2.2 Desarmonia temporal

Aqui, para não restar dúvidas sobre o que se teria, tome-se como parâmetro uma boa viagem realizada. Nessa viagem visitou-se algo, um restaurante, uma casa de shows, uma exposição, desfrutando-se de momentos de prazer. O que interessa é o caráter (mais ou menos) duradouro do objeto da visita. Neste sentido uma atração turística como a torre Eiffel¹² não se classifica, pois apesar de sua natureza perene (em termos relativos, digamos, a uma montanha; ela seria duradoura em relação ao humano), mas um restaurante – por mais prestigiado que fosse – estaria dentro do que se quer usar de referência. Suponha, também, que a experiência tenha sido positiva, ou seja, que há desejo de eternização, não como elemento de vida boa, nos parâmetros helênicos, mas de repetição da experiência. Porém, a viagem acabou, há um retorno a uma realidade diversa daquela que ensejou a prazerosa vivência, e agora se anseia por realizá-la novamente e repetir, ao menos, aquela inesquecível experiência positiva. O subjetivo guarda uma memória correlata, antecipa e recria

¹² O monumento poderia ser esse, objeto se alguma experiência que se quer repetir que foi vivenciada nele (um pedido de casamento, por exemplo). Daí, novamente, o caráter pós-moderno da leitura, que se baseia na *subjetividade do indivíduo naquele momento, por conta do momento em si*.

a figura do desejo, que permanece com ele durante todo o tempo até o seu retorno.

Até aí nada demais. Mas, quando do seu retorno, o lugar deixou de existir, toda a antecipação, toda a expectativa, todo o seu desejo restará frustrado, mas na mente, no anseio do viajante, a experiência deveria estar lá. É a ausência que o trará decepção e angustia. É a relação do *sujeito* com o local que cria o *local*, novamente em uma leitura pós-moderna de relevância.

Durante a execução da pena algo semelhante ocorre. Há uma falta de referencial e essa falta desloca o sujeito e causa desarmonia com a sociedade.

Tente-se analisar melhor. Nas nossas relações diárias, olhamos o mundo e nos medimos através dele, vemos suas mudanças e percebemos sua dinâmica. *No mundo do cárcere é justamente a estática que dá o tom e a rotina.*¹³ Falta um elemento de alteração no cotidiano, e isso causa uma percepção avariada/distorcida da realidade do mundo, do mesmo modo quando nos distanciarmos do “restaurante” de nossa viagem e esperamos que ele esteja lá no (nosso) retorno.

O dinamismo do mundo, é sabido, é visto todos os dias, mas ao não ver o dinamismo ao redor do “restaurante”, assume-se que ele é regido pela estabilidade, ou seja, que “esperará” por nós. Imagine-se o efeito de ter *o mundo inteiro como estático* e perceber que nada

¹³ Não é por outro motivo a eleição do nome “instituição total” utilizado por GOFFMAN – 1922/1982 (cientista social, antropólogo, sociólogo e escritor canadense, considerado "o sociólogo mais influente do século XX").

esperou pelo recuperando, que o mundo mudou, que as pessoas se casaram, morreram, outras nasceram, que prédios ruíram e foram abandonados, que muito – senão tudo – que tinha como certo, alterou-se.¹⁴ Essa desvinculação causada pela característica subjetiva da passagem do tempo¹⁵ também é efeito da pena e, com certeza, impacta o interno, em especial no seu reencontro com o mundo. Não é por outro motivo que a atual lei de execução penal (LEP) trata de institutos como a saída temporária.

Outros pontos são as interações sociais. Enquanto no mundo ‘extramuros’, quando há conflito com outra pessoa pode-se, ao menos em tese, evitá-la, não é isso o que acontece no âmbito carcerário, onde as relações não se dão por volição, mas por imposição. Também nesse campo, a falta de opção de com quem se relacionar. As condições de encarceramento impõem uma força insuperável de relacionamento, com companheiros de cela, por exemplo. A própria indisponibilidade do corpo e do espaço¹⁶ impinge restrições insuperáveis, em especial em uma era na qual a dinâmica das relações se dá em muito pela comunicação instantânea, via *internet*, e não no ritmo da correspondência escrita, única passível de utilização no cárcere.¹⁷

¹⁴ PROUST trata magistralmente essa percepção, em sua obra, “Em busca do tempo perdido” (Coletânea, 1992-2004).

¹⁵ Como substrato filosófico-metodológico, para os que querem se aprofunda, tem-se a visão de Lacan, ao trabalhar *o real, o simbólico e o imaginário*.

¹⁶ Ponto também abordado por GOFFMAN.

¹⁷ Infelizmente, não por questões saudosistas, o cárcere, nesse aspecto das interações, ainda está antes do século XIX.

Por fim, não o tempo, mas a passagem do tempo – que só é relevante do ponto de vista subjetivo –, no cárcere, ao menos pelos fatores apontados, é extremamente alterada.

2.3 Tempo no cárcere

Para o tempo no cárcere, o tempo linear é mais óbvio. Está, em geral, determinado no âmbito da premissa secundária do tipo penal. No entanto, essa premissa secundária é relativa, em especial dadas as idiossincrasias da fase executiva da pena.¹⁸

No Brasil adota-se um sistema diferenciador ao longo do cumprimento da pena, que teria como fulcro o “bom” cumprimento. Esse bom cumprimento, apregoado na lei de execuções penais, em poucos lugares se dá na forma da lei. Em geral, os estabelecimentos prisionais, se contentam, quando podem, com a marca de penas mal cumpridas, *i.e.*, aplicação de sanções disciplinares ao longo da pena. Não é por outro motivo que há permissão para a família levar mantimentos e roupas para os detentos, algo que deveria ser obrigação do Estado ou, no âmbito da LEP, como, no máximo, uma regalia.¹⁹No

¹⁸ Isso é, aliás, uma das grandes críticas de Ferrajoli (2002, p. 314) sobre a execução, que uma diferença muito grande nesse fase leva a problemas de garantias, em especial quanto ao seu terceiro axioma.

¹⁹Lei n. 7.210/84

Art. 56. São recompensas:

I – o elogio;

II – a concessão de regalias.

âmbito penal, as medidas de exceção são rapidamente alçadas à condição de política pública.²⁰

Vê-se que o cumprimento linear da pena, ao menos com a sistemática de individualização executiva da pena, leva a distorções. Imagine o interno que tem o pedido de progressão de regime obstado pela invocação de necessidade do exame criminológico, em detrimento a outro, que não teve o mesmo óbice.²¹ Mesmo com a referência ao princípio da individualização da pena²² é difícil explicar, mesmo aos mais atentos, os motivos que ensejaram não o pedido em si, mas o fato de que para uns, a Administração é tão “zelosa”, e para outros, não.

Parágrafo único. A legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias.

²⁰ ALEIXO (2018, p.33) trata extensivamente a questão das políticas públicas emergenciais, como forma duradoura de “alívio” para problemas crônicos no âmbito da execução.

²¹ “STJ libera preso que aguardava, há 2 anos, perícia para progressão de pena”. Notícia (não rara), veiculada em: <<https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2019/07/stj-libera-presos-que-aguardavam-ha-2-anos-pericia-para-progressao-de-pena-80718.php>>. Acesso em 19 julho 2019.

²² A iniquidade que resultava do exercício arbitrário do “poder julgar” constituiu um dos maiores fundamentos do movimento promovido por Cesare de Beccaria visando a reforma do *Direito Punitivo*. [...] Na concepção de Beccaria, seguindo a de Montesquieu, ao juiz não deveria ser admitido interpretar a lei, apenas aplica-la em seus estritos termos. [...] Por esse sistema, a função do juiz limita-se à aplicação mecânica do texto legal. [...] Essa constatação determinou para uma orientação conhecida como *individualização da pena*, que ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa, individualização judicial e individualização executória, neste sentido BITENCOURT, 2008.

2.4 Tempo do cárcere

Esse se reflete na arquitetura das prisões²³.As construções (a maioria delas) são bem antigas, falta dinheiro para implementação de novas vagas e para a manutenção das já existentes. A falta de vagas (bem como as condições das existentes) causa perplexidade, mesmo com a edição da súmula vinculante 56, que trata de uma das consequências dessa realidade.^{24,25,26}

²³Há predominância da lógica de instituição total apontada por GOFFMAN.

²⁴Súmula Vinculante 56– A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. (Chega a ser cômico, a súmula não pode traçar as condições que a ensejam, uma vez que a situação demanda uma descida ao inferno das prisões, tendo como substrato os relatórios e informações contidos em outro processo; desafiando a lógica de uma súmula vinculante ser exarada para “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula...” enfim, é parte da realidade da execução Penal do Brasil).

²⁵A lógica espacial/arquitetônica que rege os prédios é praticamente a mesma dos galpões de criação de aves e coelhos.

²⁶ A lógica do prédio também não teve muita inovação desde a proposta de BENTHAM (não que essa seja utilizada, mas não há trabalhos para se rever a estrutura); há outras propostas tanto em termos de material, técnicas, utilização de espaços, iluminação, água, luz, aquecimento, segurança que chega às raias da insanidade que o sistemas utilizados no Brasil sejam preponderantemente de contato direto entre agentes e Detentos, fora de caso imprescindíveis, isso sem falar na vigilância e monitoramento por câmeras, algo praticamente desconhecido.

A idade média dos principais presídios de Minas Gerais é de 60 anos ou mais.²⁷ Uma penitenciária construída na década de 1950 encerrava uma perspectiva de utilização daquela realidade e tempo, sendo que a falta de investimento/ inovação na área não é suprida há muito. Enfim, velhos prédios, estáticos, para um problema crescente e “vivo”.²⁸

3 Proporcionalidade, ilegalidade e relação com o tema

Tomando como paradigma o que foi apontado até agora (e o trazido por Roig) tem-se uma situação interessante, que faz necessário que se trate um tema recorrente nos debates jurídicos recentes, a *proporcionalidade*. Durante todo o artigo, Roig tenta mostrar que há necessidade, *em termos de Execução, de soluções para as ilegalidades recorrentes aí percebidas*.

²⁷ Alguns desses dados podem ser obtidos diretamente no sítio da SSPMG; outros são visualizados na entrada dos presídios, alguns com data de inauguração de 1938 (a construção começara em 1927), como a José Maria Alkmin (*vero* que se refere ao núcleo do prédio, ao edifício ‘histórico’, por assim dizer, e que pela observação do estilo e técnicas de construção se vê que houve acréscimos, mas ainda sim a base e grande parte é *ancient*). O prédio inclusive foi tombado pelo patrimônio histórico de Ribeirão das Neves, local no qual se situa a penitenciária.

²⁸ Trabalho interessante que vincula a arquitetura com a realidade do cárcere: VAZ, Oscar de Vianna; BRANDÃO, Carlos Antônio Leite. A pedra e a lei. 2005. 256 f., enc. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Escola de Arquitetura.

No jaez da “compensação temporal” da pena, utilizando-se o tempo (como fator de correção) em favor do recuperando, faltou, entretanto, em relação a este, uma avaliação mais aprofundada, e que pode ser realizada por meio do princípio da proporcionalidade.²⁹

No caso do tempo de execução não restaram dúvidas de que características subjetivas dão contornos diversos ao cumprimento da pena e do *tempo experimentado no cárcere*, ao fator biológico também é extremamente relevante. Nesse âmbito, alguns casos, para esclarecimentos. Suponha-se quatro detentos, para que o experimento mental seja fidedigno, agrupados de dois em dois, como casais. O primeiro casal com 23 anos e uma pena de 5 anos a ser cumprida; o segundo casal com idade de 45 anos e uma pena de 10 anos.³⁰ Parece, num primeiro olhar, que fora a diferença de idade e tempo de prisão, nada mais seria relevante para diferenciar os dois casais. Isso é uma percepção obtusa, uma vez que ao fazer essa análise, descarta-se a idade e o sexo de cada um.

Ora qualquer um que já viu a dinâmica social no Brasil (ou em qualquer lugar) poderá atestar que a vida de uma mulher de 49 anos é *muito* diferente da de um homem com a mesma idade. Isso só no âmbito social, sem se considerar incidência de doenças, nível de tons

²⁹ O princípio da proporcionalidade como pretende instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle do excesso, neste sentido, BONAVIDES, 2008.

³⁰ Para comparação mais precisa possível, considere-se que o casal mais velho recebeu a reprimenda como resultado de tentativa de homicídio qualificado, de forma que o fator temporal para progressão de regime para todos os envolvidos seja o mesmo. Além disso, nenhum deles é reincidente.

muscular, relação massa magra/gordura, fertilidade, densidade óssea, entre outros, que são diferentes entre homem e mulher. No caso do casal mais jovem, algo parecido poderia ser observado. A vida social e a condição fisiológica de um homem e de uma mulher de 25 anos também são diferentes. Talvez não tão diferentes quanto no caso do outro casal, mas mesmo assim, diferentes.

Essas diferenças, que nunca foram foco do preceito secundário da norma, são importantes para se entender que, a mesma pena, em casos de idade distintas, tem consequências objetivamente diferentes (a mesma diferenciação para o sexo do apenado).

Talvez a teoria da pena que deixara de ser foco do Direito Penal pudesse trabalhar melhor essas questões, levando-se em conta esses fatores, o que não foi tratado no texto original de Roig. Porém, considerando o que foi apontado alhures, sobre os vários tempos no cárcere, como fator subjetivo, e como demonstrado, também, para o *tempo objetivo (linear)* isso deveria ser *objeto de ponderação*, se não para a consequência do fato delituoso (o que desafiaria trabalhos de análise da pena), ao menos no âmbito da compensação discutida no mencionado texto.

4 SOBRE POSSÍVEIS COMPENSAÇÕES, E PORQUE TODAS SÃO ADEQUADAS E INADEQUADAS AO MESMO TEMPO

Roig apresenta ideias interessantes para superar o problema da falta de vagas para se executar as penas impostas. Taxas mais elevadas de dias encarcerado em razão do número de vagas disponíveis por cela, indenização ao detento, liberação antecipada (nos mesmos moldes preconizados pela Súmula Vinculante 56), entre outras. Mas supondo-

se que qualquer uma dessas, fosse efetivada, quais seriam as consequências?

4.1 Taxa de conversão

Se a taxa for a opção para resolução do problema, ter-se-ia penas cumpridas em tempo que não o determinado na sentença, e mais do que isso, ter-se-ia *uma pena para cada estabelecimento prisional, para cada cela*. E ainda, com potencial de regulação “personalizada”, a depender do detento, já que, se é a densidade ocupacional de vaga na cela que proporciona a taxa de aceleração de cumprimento da pena, poderia haver casos em que, para que se colocasse um recuperando sozinho na cela, obrigando-o ao cumprimento do que fora decidido na sentença, outros seriam soltos mais cedo. Isso implicaria não só em ofensa à qualidade do Judiciário – resolução com força de Coisa Julgada –, mas também abriria as portas para um descontrole geral na fase executiva, sem falar que seria, por falta de previsão legal – novamente, apesar da redundância –, *ilegal*.

4.2 Indenização ao detento

Essa é, de longe, a regra no mundo civilizado: o Estado erra, o Estado paga. Aliás, poder-se-ia considerar uma regra geral do direito, com fulcro no *status quo ante*, se alguém comete uma falha, e esse erro resulta em prejuízo, o prejuízo deve ser indenizado. Questões sobre o *quantum* ou sobre a natureza da violação podem ser muito relevantes, mas não mais que, de algum modo, proporcionará à vítima alguma reparação. Já se apontou, e o próprio Roig aduz isso em seu texto que,

nesse caso, ter-se-ia uma questão interessante: se o Estado é compelido a pagar, lesa, subseqüentemente, o próprio apenado, uma vez que recursos que poderiam ser direcionados à execução serão entregues a uma só pessoa.

É interessante notar que esse raciocínio não frutificou em nenhum país no qual o *punitive damages* foi efetivado e, em geral, não são necessárias mais que duas indenizações – vultuosas, destaca-se, pois elas devem ter o condão de dissuadir o Estado de manter a prática ilegal – para a mudança do “hábito”.^{31,32}

Não deixa de ser verdade que, ao se pagar indenização, esse dinheiro deixa de ser utilizado em outro lugar/função. Mas, apesar do Brasil não ter encampado o *punitive damages* (espera-se que isso venha a mudar), desenvolve-se o raciocínio de que, apesar da separação de poderes, o Judiciário pode determinar alterações orçamentárias em questões sensíveis, como a manutenção de presos.

E essa solução não tem o mesmo problema da indenização, sem o benefício da dissuasão? Curioso que ela se faça presente, então.

4.3 Súmula Vinculante 56

³¹ O Estado ou qualquer pessoa, física ou jurídica; a ideia nasce contra a FORD, na década de 1970, quando a montadora, sabendo de um ‘erro’ de design do Ford Pinto, preferiu não realizar um *recall* considerando o valor deste em relação ao custo de acordos individuais e o número de pessoas que não procurariam indenização. Quando confrontados com esses fatos o tribunal decidiu contra a FORD e ainda aplicou-lhe uma multa pela conduta (*punitive damage*).

³² Vide SANDEL.

No caso da súmula, a situação não merece melhor sorte. Nesse caso, tem-se uma regra geral de *não individualização*, que, arrisca-se: fosse exarada pelo Legislativo, seria alvo de ação de inconstitucionalidade, uma vez que impede a avaliação do binômio pessoa/tempo de cumprimento da pena, exigida para a aquisição de benefícios ou progressão de regime.

A regra no Brasil é simples: não é só o tempo que importa para uma possível progressão – concretizando a individualização da pena –, mas há um fator subjetivo, a forma de cumprimento, ou seja, como o recuperando está se comportando *durante* a execução. Se, ao se avaliar a progressão, o critério passa a ser outro, também objetivo (as condições do presídio no qual o apenado está e o número de vagas), isso talvez resolva o problema *daquela* pessoa, mas não reduz *o problema*, só o desloca, além de trazer – ilegalmente, já que não há previsão legal – critério *jurisprudencial* para a avaliação. O Brasil é realmente sagaz ao apresentar “soluções” para um problema.

5 DA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA

Sim, é simples, *suspender as execuções ilegais*. Todas elas. Há previsão legal,³³ a LEP aceita interpretação extensiva (em especial em

³³Decreto-Lei n. 3.689/41

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.

favor do Interno),³⁴ e a ideia é geral e simples, tão simples que o Direito Processual Civil a conhece há anos.

Se o devedor está insolvente e não possui bens o que deve fazer o credor? Sacudi-lo e ver o que cai dos bolsos? Ignorar a regra que impede a escravidão e escravizar o devedor de forma a pagar a dívida? Torturar o devedor até se sentir satisfeito? Ora, nenhuma dessas respostas é sequer ponderada na atualidade e mesmo que fossem, são ilegais!

No âmbito do processo civil, se o executado (devedor) não possuir bens penhoráveis suspende-se a execução,³⁵ e, em linhas gerais, sabe-se que estando o processo suspenso, não poderá ser produzido efeito jurídico extintivo. No entanto, cessada a causa da suspensão, passa a fluir o prazo prescricional, no modo intercorrente, que poderá conduzir à extinção do processo, isto é, tão logo cesse o efeito do evento extraordinário que deu causa à suspensão, a marcha processual é reestabelecida. É bem verdade que esta solução terá como oposição a

³⁴Em linhas gerais, interpretação é um processo lógico para estabelecer premissas, e por mais que se fale que normas que não precisam ser interpretadas, a interpretação é necessária, pois é a busca pelo sentido, pelo significado, pelo limite, através de métodos conhecidos como hermenêutica. No processo penal, em princípio, a interpretação da lei processual está sujeita às mesmas regras de hermenêutica que disciplinam as interpretações das leis em geral.

³⁵Lei n. 13.105/15

Art. 921 Suspende-se a execução:

[...]

III – quando o executado não possuir bens penhoráveis;

[...]

ideia de impunidade, mas tem também o condão de compelir o Estado a abandonar uma fase de inatividade quanto ao problema, para uma fase de resolução dele, nos mesmos moldes do que a teoria do *punitive damage* faz.

Então, porque, no caso da execução penal, que é muito mais sensível, pois trata diretamente da liberdade de pessoas, e não de valores monetários, se permite que o Estado faça algo ilegal para se executar uma pena?

Noutro giro, evocando a ideia de escravidão ou tortura, por qual motivo, quando o Estado demanda um devedor e este não possui bens, nunca se propõe que se possa usar artifícios como tortura, escravidão etc. Mas no âmbito da execução penal é permitido que o Estado não cumpra a Lei? Aliás, contrariando diretamente um preceito básico de Direito Administrativo, o princípio da legalidade (administrativa); *o Estado só pode fazer o que está na lei*.³⁶ E é justamente por essa incongruência, que qualquer solução aventada é aceitável, pois, diante de uma ilegalidade, impõe-se outra ilegalidade, e nesse caso dois negativos não resultam em um positivo, dois erros não criam um acerto.

Por outro lado, suspender a execução até que ela possa ser executada, sem violação de direitos e com a mínima dignidade, não é contra a Lei e é o mais sensato a se fazer.

³⁶ Hodiernamente há autores que entendem que há possibilidade de flexibilização desse preceito, mas *sempre em favor do jurisdicionada e sem causar ônus não respaldado* a terceiros.

6 CONCLUSÃO

É verdade que há inúmeras possibilidades para resolver o problema do cumprimento de penas arbitrárias e abusivas. Entretanto, *destaca-se que todas as soluções aventadas ao longo do texto de Roig gozam da mesma “patologia”: são ilegais*. Parece haver, de forma subjacente ao menos, uma leniência para com essa questão, de forma que se pudesse dizer, “se há ilegalidade por parte do Estado, estas são menos ofensivas e, portanto possíveis”. Isso não resolve o problema e pode trazer outros, talvez até mais graves.

Assim, levando para este lado – ilegalidade que cancela ilegalidade – não será possível nenhuma hipótese de compensação, e, ao mesmo tempo, qualquer uma poderá ser aceitável, caso sejam ignoradas as ilegalidades cometidas pelo Estado, além de não resolver a superlotação e as condições insalubres nos cárceres brasileiros.

É da essência do Estado Democrático não fazer valer o certo de forma errada. Há uma forma, uma maneira de se exercer o poder, necessariamente, obedecendo a Lei.

Neste sentido, se há arbitrariedade ou ilegalidade nas penas ou prisões, a única maneira de promover *a redução, e não a solução*, de danos sociais, econômicos, e, sobretudo humanos, é, por interpretação *in bonam partem*, aplicar o Código de Processo Civil e suspender a execução (e a prescrição da pretensão executória) da pena até que o Estado tenha uma solução legal e aceitável.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BICALHO, Felipe José Dias. **Parceria público-privada na área de segurança: novo modelo de segurança**. Belo Horizonte, MG, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciência Humanas, Sociais da Saúde.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Claudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Vítor, 2002.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei número 3.689 de 3 de outubro de 1941. In: *VadeMecum penal e processual penal*. Niterói: Impetus, 2016.

_____. **Lei de Execução Penal**. Lei número 7.210 de 11 de julho de 1984. In: *VadeMecum penal e processual penal*. Niterói: Impetus, 2016.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei número 13.105, de 16 de março de 2015. In: *VadeMecum*. Niterói: Impetus, 2017.

BUSTAMONTE, Thomas da Rosa de. **A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico**. In *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodium, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 27. ed. São Paulo:Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire** – Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. **O império do direito**. São Paulo: M. Fontes, 1999.

_____. **O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: M. Fontes, 2006. 572 p.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROS FILHO, Clóvis de.
<<https://www.youtube.com/watch?v=Eo8811VLtMc>>. Acesso em 17 jul 19.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1961. (Debates)

LACAN, Jacques-Marie Émile. **Écrits**: The First Complete Edition in English [trans. Bruce Fink], New York: W.W. Norton and Company, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1989.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de Penologia e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Tirant, 2018.

PROUST, Marcel. **A fugitiva**. 9.ed., rev. São Paulo: Globo, 1992.

_____. **No caminho de Swann.** Rio de Janeiro: Ediouro, c1992.

_____. **O caminho de Guermantes:** Sodoma e Gomorra. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004

RIBEIRÃO DAS NEVES, Minas Gerais, **Lei Decreto 16/2009.** Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/mg/r/ribeirao-das-neves/decreto/2009/1/16/decreto-n-16-2009-dispoe-sobre-o-tombamento-do-complexo-arquitetonico-da-penitenciaria-jose-maria-alkimim>>. Acesso em 19 jul 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena:** limites, princípios e novos parâmetros. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. In:
Revista brasileira de ciências criminais, v. 25, n. 132, p. 331-381, jun. 2017.

SANDEL, Michael J. **Justiça:** o que é fazer a coisa certa. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTIAGO FILHO, Willis. **Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade.** In Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodium, 2008.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Lacan. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/lacan/>>. Acesso em 15 jul 2019.

VAZ, Oscar de Vianna; BRANDÃO, Carlos Antônio Leite. **A pedra e a lei**. 2005. 256 f., enc. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Escola de Arquitetura.