

Maria Carolina Bissoto

**O INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO
DA PENA ILÍCITA À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA
E INTERAMERICANA**



AS FUNÇÕES DA PENA

1.1 Conceito e fundamentos da pena

A palavra pena é originada do latim *poena* e significa, em sentido amplo e geral, qualquer espécie de imposição, de castigo ou de aflição, a que se submete a pessoa por qualquer espécie de falta cometida.

Segundo Rogério Sanches Cunha a “pena é espécie sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade¹”.

Magalhães Noronha define “a pena é retribuição, é privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado²”.

A pena deve obedecer ao princípio da legalidade³, que é inerente ao Estado Democrático de Direito, que é voltado a diminuir a violência, com a imposição de limites à função punitiva do Estado.

O professor Juarez Tavares, em parecer acostado à ADPF 347 que declarou o “estado de coisa inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro e que será objeto de discussão neste trabalho, afirma sobre as teorias da pena que:

¹ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 7ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JUSPODIUM, 2019, p. 453.

² NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1991 *apud* PIEDADE, Antonio Sérgio Cordeiro Piedade. Verbete “Individualização da Pena”. Enciclopédia Jurídica da PUC/SP. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/427/edicao-1/individualizacao-da-pena#:~:text=Pena%20é%20a%/20sanção%20penal,legal%20por%20órgão%20jurisdicional%20competente.>>. Acesso em 05 fevereiro 2025.

³ Artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

“[...] No decorrer da evolução do sistema punitivo, encontram-se, de um lado, as chamadas **teorias absolutas**, cuja expressão se consubstancia nos conceitos de expiação ou compensação da culpabilidade; de outro, identificam-se as **teorias relativas – ou preventivas**–, estas destrincháveis nas correntes da **prevenção geral (positiva ou negativa)** e da **prevenção especial (também positiva ou negativa)**).

As **teorias absolutas**, independente da dificuldade em resumi-las em uma única formulação, estão sempre, de algum modo, vinculadas a um mero juízo formal ou acertos pressupostos normalmente enunciados pela doutrina corrente, tais como o prévio cometimento do crime ou o problemático ideário abstrato de justiça. Pode-se dizer, assim, que as concepções absolutas – historicamente dispersas – não pretendem afirmar, em princípio, qualquer tipo de argumento utilitário da pena. Para todos os efeitos, não parece lógico que se recorra a dados objetivos de criminalização a fim de se aferir a eficácia concreta (ou as condições para tanto) da sanção orientada retributivamente, uma vez que o seu objetivo reside, de maneira tautológica, na própria repressão. Depois da Segunda Guerra Mundial, especialmente com a edificação de Estados regidos por uma Constituição, cuja guarda foi cometida às Cortes Constitucionais, as quais passaram a enfatizar a subordinação do poder de punir à demonstração de sua efetiva utilidade para a pessoa humana e a sociedade (princípio da idoneidade), a doutrina penal vem demonstrando certo desprezo pelas teorias absolutas ou retributivas. Assim, ROXIN enumera os seguintes argumentos contra sua adoção: a) a teoria não explica quando se tenha que punir, senão afirma sempre a necessidade da punição; b) fracassa diante de traçar um limite ao poder de punir; c) não impede que se inclua no Código Penal qualquer conduta e, dá, assim, um cheque em branco ao legislador para criminalizar tudo o que quiser; d) é insustentável a tese de compensação de culpabilidade, pois se baseia num atributo indemonstrável, que é a liberdade de vontade; e) mesmo se admitindo a possibilidade de uma retribuição, essa ideia só pode ser considerada plausível mediante um ato de fé, porque não será racional pretender excluir um mal por meio de outro mal, que é sofrer a pena.[...]” (grifos nossos)

Juarez Tavares chama atenção para o fato da recuperação das teorias absolutistas na modernidade utilizando-se com o intuito de reduzir o poder punitivo estatal, limitando-se a utilizar o Direito Penal para os bens jurídicos essenciais. Segundo ele:

⁴ TAVARES, Juarez. Parecer na ADPF 347, p. 2-4. Disponível em: <<https://www.patriciamagno.com.br/faq-items/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional/>> Acesso em 08 fevereiro 2025.

“[...] Apesar das deficiências das teorias absolutas, centradas na retribuição, há um movimento moderno de recuperá-las, no sentido de uma teoria de retribuição negativa, limitadora, que serviria ao postulado de redução do poder punitivo sob a égide de uma textura ética. Para tanto, é indispensável valer-se, inicialmente, da teoria do bem jurídico e só admitir a punição de uma conduta quando se tratar de lesão ou de perigo a bens essenciais à pessoa humana; também, ao se contrapor à tendência das teorias relativas ou preventivas, que pretendem excluir o conceito de culpabilidade e substituí-lo pela periculosidade, o que implicaria uma ampliação desmedida do leque das punições; finalmente, deve-se sedimentar a ideia de que uma teoria retributiva só terá validade na medida em que esteja vinculada a um conceito substancial de fato punível, restringido àquelas hipóteses de uma efetiva lesão de bens jurídicos essenciais. [...]”⁵.

Sobre a teoria relativas ou preventiva, Juarez Tavares afirma:

[...] aquelas cuja pena criminal se justifica em virtude dos conceitos de segurança social e prevenção do crime conduz, como consequência, à investigação mais pormenorizada acerca do funcionamento das agências punitivas, especialmente do sistema carcerário. Com isso será possível identificar as condições efetivas da execução, bem como da eficácia da pena sobre a vida futura do condenado e sobre o próprio processo criminalizador.

As teorias **preventivas** têm como característica se estenderem a toda a coletividade (**prevenção geral negativa ou positiva**), mediante um ato de coação decorrente da ameaça de pena, e também aos autores dos fatos puníveis (**prevenção especial negativa ou positiva**), com sua execução. Convém observar, todavia, que não existe uma teoria preventiva exclusiva. Todas estão mescladas com asserções retributivas ou relativas. As teorias da prevenção geral negativa (ou dissuasão) foram constituídas, sobretudo, pelas contribuições de FEUERBACH, ROMAGNOSI e BENTHAM. Conforme indicam ZAFFARONI e NILO BATISTA, as teorias da prevenção geral negativa ora se acoçam de conteúdo retributivo, ora assumem teor relativo mais evidente. (...).

Na seara da **prevenção especial**, a **variante negativa** visa, fundamentalmente, à “neutralização (ou inocuização) do condenado, consistente na incapacitação para praticar novos crime durante a execução da pena”, o que

⁵ TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 5.

corresponde a um dos enunciados do Programa de Marburg, apresentado por VON LISZT. Uma corrente mais radical postula ainda a eliminação (orgânica) do sentenciado. Aqui, cabe atentar para dois pontos fundamentais: (i) o primeiro consiste na inviabilidade constitucional, em vista dos princípios de proteção à pessoa, de sustentação do paradigma organicista de eliminação do sentenciado, tal como se encontra em GAROFALO; (ii) o segundo, à parte de qualquer indagação acerca da legitimidade legal ou teórica de tal corrente preventiva, corresponde à aferição concreta da ocorrência de crimes durante o cumprimento de pena. Relativamente ao Programa de Marburg, ressalta BAURMANN que, independentemente de seu sentido preventivo, que aparentemente implicaria um direito penal substancialmente orientado para a proteção de bem jurídico, padece de, pelo menos, dois defeitos: a preferência pelos interesses da sociedade e do Estado, em desconsideração dos direitos e interesses do condenado e do efetivo benefício que esse poderia obter com a execução da medida, portanto, no sentido puramente epistemológico e intelectualista, e a vinculação da pena a um sistema de valores, que expressam sentimentos de pura moralidade.

No setor das teorias relativas associadas ao sujeito, autor da infração, desde a influência exercida nos países ibero-americanos pelo correccionalismo, vêm se destacando, cada vez mais, as **teorias da prevenção geral positiva**, as quais, ora “reforçam simbolicamente internalizações valorativas do sujeito não delinquente para conservar e fortalecer os valores ético-sociais elementares em fase de ações que lesionam bens jurídicos e se encaminham contra esses valores”, ora ‘pretendem reforçar simbolicamente a confiança do público no sistema social (criar consenso), a fim de que este possa superar a desnormalização provocada pelo conflito ao qual deve responder a pena, na medida necessária para obter o reequilíbrio do sistema’. [...]”⁶. (grifos nossos).

Juarez Tavares aponta alguns problemas da teoria especial positiva. Segundo ele esses problemas residiriam em dois pontos: 1) a incapacidade empírica de se obter do condenado um compromisso de que não praticará mais crimes, aceitando, dessa forma, obedecer à lei, e também na impossibilidade jurídica de se exigir dele que ajuste a sua personalidade e a sua visão de mundo àquilo que lhe concedido na prisão. O Estado democrático é fundado

⁶ TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 7-8.

na proteção da dignidade humana e na liberdade, o que engloba não somente o direito de ir e vir, mas também o direito de possuir as suas próprias opiniões políticas e ideológicas, assim, não é possível exigir de ninguém que acolha a ideologia dominante do sistema. Desse modo, a ressocialização do condenado e sua reinserção social devem ser delimitadas por atos que o possam orientar para a convivência e a tolerância. O que se pode fazer é o esforço para que o condenado possa conviver com as demais pessoas, sem violar os seus direitos subjetivos, mostrando-lhe as leis vigentes para que não as infrinja novamente. Entretanto, apesar de qualquer benefício que isso possa ter ao condenado, a pena nunca deixa de marcá-lo em sua vida futura⁷.

No que se refere a teoria especial positiva, é possível constatar que o sistema prisional brasileiro não apresenta as mínimas condições para a ressocialização dos presos, visto que ele é marcado pelas condições degradantes da pena (superlotação, falta de assistência médica, insalubridade do ambiente, alimentação inadequada, falta de colchões para todos os detentos, torturas, falta de agentes penitenciários, presença de facções dentro dos estabelecimentos prisionais, etc.). Num sistema marcado pelas violações constantes de direitos humanos é impossível supor que seja possível a ressocialização.

Pode-se afirmar, quanto à finalidade da pena no Brasil, que o Código Penal não se pronunciou sobre qual teoria adotou, mas modernamente entende-se que a pena tem tríplice finalidade: retributiva, preventiva e reeducativa. Para Rogério Sanches Cunha:

“(...) quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal (pena em abstrato), revela-se o seu caráter preventivo geral. Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena, afirma-se a validade da norma desafiada pela prática criminosa (prevenção geral positiva), buscando inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa)

Praticado o crime, no momento da sentença (aplicação da pena), o Magistrado deve observar outras duas finalidades: a retributiva e a prevenção especial⁸”.

⁷ TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 9.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Obra citada, p. 455.

Com a prática do crime o Estado tem o poder/dever de punir o infrator, aplicando-lhe a sanção penal prevista em lei. Entretanto, para isso deve observar os princípios previstos na Constituição Federal de 1988. Isso que discutiremos no tópico seguinte.

1.2 Princípios da pena

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º uma série de princípios que norteiam a aplicação da pena no país. Entre esses princípios cita-se o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II da CF/1988⁹); o princípio da intranscendência penal (artigo 5º, inciso XLV da CF/1988¹⁰) e o princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI da CF/1988¹¹).

Existem outros princípios que devido a discussão que será feita neste trabalho discutiremos de forma mais aprofundada.

1.2.1 Princípio da proporcionalidade

A História do Direito Penal demonstra que nem sempre a pena prevista ou aplicada àqueles acusados da prática de um crime foram adequadas à gravidade do fato praticado. Somente no período Iluminista (século XVIII) que isso se alterou, visto que os pensadores defendiam a limitação do poder do monarca e a proteção dos direitos individuais. O monarca, naquele momento, era quem centralizava o monopólio da força e contra isso passou-se a defender a proporcionalidade da pena.

⁹ Artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁰ Artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal de 1988: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

¹¹ Artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988: “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Cesare Beccaria em seu livro “Dos Delitos e das Penas” afirma que:

“[...] O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda, que os delitos sejam mais raros na proporção do mal que fazem à sociedade. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais prejudicial ao bem público e pode tornar-se mais comuns. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas. [...]”¹².

No Estado Democrático de Direito:

“[...] A proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que deve ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados. [...]”¹³.

Segundo Rogério Sanches Cunha é um princípio implícito, desdobramento lógico do princípio da individualização da pena, pois para que a sanção cumpra a sua finalidade é necessário que se ajuste a relevância do bem jurídico tutelado, além de considerar as condições pessoais do agente¹⁴.

Para concretização do princípio da proporcionalidade deve-se respeitar a proibição do excesso, ou seja, a punição não pode ser excessiva ao crime praticado, e também a proibição da proteção deficiente, exigindo-se que a punição seja adequada, suficiente.

Jésus-Maria Silva Sánchez afirma que o princípio da proporcionalidade relaciona os fins do direito penal com o fato cometido pelo criminoso, explicando:

¹² BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 3ª edição. 6ª tiragem. Leme: CL. EDIJUR, 2017, p. 78.

¹³ ROQUE, Fábio Araújo. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. *Revista da EMERJ*, v. 12, no 45, p. 273-315, 2009, p. 291.

¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches. Obra citada, p. 462.

“[...] O princípio da proporcionalidade conecta os objetivos do direito penal ao ato cometido pelo delinquente e rejeita a imposição de sanções penais (proporcionalidade abstrata) ou a imposição de penas (proporcionalidade concreta) que não tenham relação com o fato, analisando todos os seus aspectos. A principal dificuldade colocada por este princípio é, obviamente, a especificação de uma tal relação valorativa em virtude da qual se determina que “aquele” fato merece “aquela” pena, em abstrato e em concreto. Admitindo que esta situação está sujeita a alterações em função das coordenadas históricas e socioculturais, convém, no entanto, salientar a relação entre o merecimento da pena e o dano social causado e o seu grau. Assim se explica que princípios como o princípio da proteção exclusiva dos bens jurídicos (criminais) ou o princípio da fragmentariedade, a que se fará referência mais adiante, sejam aqui entendidos como concretizações do princípio da proporcionalidade, embora não só dele. [...]”¹⁵.

O artigo 59 do Código Penal¹⁶ determina que o juiz ao aplicar a pena deve fazê-lo de maneira necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

É importante ressaltar que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado não somente no momento da aplicação da pena, mas também no seu cumprimento. Uma pena que não cumpre os requisitos previstos em lei é totalmente desproporcional e, dessa forma, ilegal.

Assim se a Constituição determina que as penas “devem ser cumpridas em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (artigo 5º, inciso XLVIII, CF/1988), quando isso não ocorre – e o desrespeito a essa regra é a norma nos presídios brasileiros, pois dificilmente se verifica que os presos estejam separados pelo delito – está-se

¹⁵ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992, p. 260. Disponível em: < https://www.derechopenalened.com/libros/silva_sanchez_aproximacion_al_derecho_penal_contemporaneo.pdf >. Acesso em 05 fevereiro 2025. Tradução da autora.

¹⁶ Art. 59, Código Penal: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

diante de uma violação ao princípio da proporcionalidade, e, portanto, uma pena que é cumprida na ilegalidade.

1.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Ninguém pode ser submetido a pena ofensiva à dignidade da pessoa humana, proibindo-se penas em que haja tratamento cruel, desumano ou degradante. É o que prevê o artigo 5º, XLVII:

“(…) Não haverá penas:

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

A Convenção Americana de Direitos Humanos também prevê que:

“Artigo 5. Direito à integridade pessoal

- 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
- 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Com base no princípio da dignidade humana é proibido que as penas sejam cumpridas em condições degradantes, que haja tortura, que ocorram tratamentos desumanos. Ficam vedadas situações como falta de água potável, celas superlotadas, torturas e demais agressões sofridas pelos presos, fornecimento de alimentação inadequada, falta de assistência médica, insuficiência de iluminação e de ventilação nas celas, entre outras. Como se vê, é vedado tudo o que se costuma vislumbrar nos presídios brasileiros, caracterizando-se, portanto, uma ampla violação do princípio da dignidade humana e penas totalmente ilegais em consequência.