

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
MESTRADO EM DIREITO

NAJME HADAD SANCHES*

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL SOB
A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ORIENTADOR: PROFESSOR JOSÉ RENATO NALINI

São Paulo

2020

*Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Orientador Professor Doutor José Renato Nalini. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior da Magistratura de São Paulo – conclusão em 2004. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia do Estado de São Paulo – conclusão em 2010. Servidora Pública do Tribunal de Justiça de São Paulo desde 1994. Atualmente Coordenadora do Segundo Ofício Criminal de São Caetano do Sul. CPF 161.676.738-37. Endereço residencial: Rua das Palmeiras, n.º 257, apto. 122, Bairro Jardim, Santo André/SP – CEP 09080-160. Fone (11) 99528-0183. Link para acesso ao currículo Lattes: [//lattes.cnpq.br/7914372176751356](https://lattes.cnpq.br/7914372176751356). E-mail nsanches@tjsp.jus.br ou najmehadadsanches@gmail.com

Sanches, Najme Hadad.

Aplicação da detração penal sob a luz da constituição federal. /
Najme Hadad Sanches. 2020.

237 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho -
UNINOVE, São Paulo, 2020.

Orientador (a): Prof. Dr. José Renato Nalini.

1. Execução penal. 2. Detração penal. 3. Garantismo
negativo. 4. Ativismo judicial e *de lege ferenda*

Nalini, José Renato.

II. Título.

CDU 34

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
MESTRADO EM DIREITO

NAJME HADAD SANCHES

APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL SOB
A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Dissertação apresentada à Faculdade Nove de Julho - UNINOVE como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Justiça, Direito e Sustentabilidade, sob a orientação do Professor Doutor José Renato Nalini.

São Paulo
2020

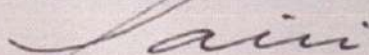
NAJME HADAD SANCHES

APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL SOB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL

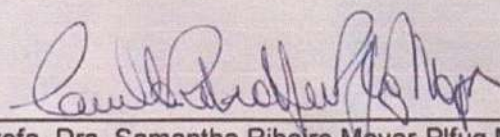
Dissertação apresentada ao Programa
de Mestrado em Direito da
Universidade Nove de Julho como
parte das exigências para a obtenção
do título de Mestre em Direito

São Paulo, 03 de agosto de 2020

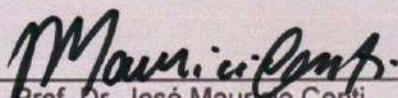
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. José Renato Nalini
Orientador
UNINOVE



Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
Examinadora Interna
UNINOVE



Prof. Dr. José Maurício Corti

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida, saúde, disposição, trabalho, oportunidades, pessoas, bens, e emoções diárias que me moveram para desenvolver esta dissertação.

Agradeço aos meus pais que muito contribuíram para a minha formação e sempre desejaram que eu chegasse além de seus ideais, fazendo-me acreditar que ser sábio é mais importante do que ser culto.

Agradeço à minha família e amigos que constantemente me incentivaram a integrar todo e qualquer corpo docente, compreenderam a minha ausência em muitos momentos, e nunca duvidaram que minhas esperanças e sonhos se concretizassem.

Agradeço à Universidade Nove de Julho pela oportunidade, confiança e enriquecimento imensurável que me proporcionou como pessoa e profissional da área do Direito.

Agradeço ao meu querido mestre, Excelentíssimo Senhor Doutor José Renato Nalini, pela confiança, paciência, humildade, persistência, apoio, encorajamento e orientações no desenvolvimento desta dissertação. Professor sábio, culto, fraterno, diligente e amoroso, que me fez acreditar ser detentora de uma capacidade que eu não enxergava.

Agradeço, do mesmo modo, aos professores Alexandre Luna da Cunha, Gabriel Benedito Issaac Chalita, Wilson Levy, Samantha Ribeiro Meyer-Plug Marques, José Fernando Vidal de Souza pelas valiosas aulas ministradas.

Agradeço o carinho e amizade dos novos amigos, tanto do corpo docente quanto discente, que ampliaram meus horizontes e conquistaram-me perpetuamente. Aprendi a amá-los com facilidade e todos foram extremamente enriquecedores à minha vida.

RESUMO

O artigo 42 do CP prevê que o tempo em que o sentenciado esteve preso durante a tramitação do inquérito policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença penal, será descontado da pena ou da medida de segurança a ser cumprida, e esse desconto possui a denominação técnica de *detracção penal*. Atualmente o direito à detracção é reconhecido tanto pelo Juízo das Execuções Criminais, que determina o cômputo da prisão antecipada no cálculo, quanto pelo Juízo de Conhecimento por ocasião da prolação da sentença condenatória (art. 1º da Lei 12.736/12). Ocorre que a legislação que trata das penas restritivas de direitos em substituição às penas privativas de liberdade, modalidades sujeitas à conversão em caso de descumprimento nos termos do art. 44, §4º do CP e art. 181 da Lei de Execução Penal, não disciplinou o desconto do período de cumprimento da pena alternativa, quando convertida em privativa de liberdade, tampouco a possibilidade de detracção do tempo em que os direitos fundamentais foram cerceados em razão da submissão do acusado às medidas cautelares alternativas à prisão. O que se pretende com este trabalho é demonstrar que tanto as penas restritivas de direitos, quanto as medidas cautelares, devem submeter-se ao instituto da detracção a fim de impedir que haja *bis in idem* executório. Há quem possa afirmar que a detracção do tempo de cumprimento da pena restritiva de direitos e/ou medidas cautelares, em razão da ausência de previsão legal, configuraria pretensa subversão do Sistema Penal, entendimento este equivocado. A execução da pena justa é um dos objetivos do referido Sistema, e se este escopo não tem sido atingido, necessário um ajuste sistemático neste ponto. O instituto da detracção é uma garantia de que o jurisdicionado será submetido a uma execução de pena justa, adequada, suficiente, porém a sua proteção tem sido deficiente, sujeitando o condenado ao cumprimento de uma fração desnecessária e excessiva de pena pela não previsão da detracção do tempo em que cumpriu medidas cautelares ou se submeteu ao cumprimento de pena restritiva de direitos. A solução para o problema estaria na ampliação do instituto da detracção, de modo a atender a previsão constitucional de que a pena será imposta e cumprida segundo o princípio da proporcionalidade no contexto garantista do Direito Penal, contemplando tanto o garantismo negativo, que é a proibição do excesso (*Übermassverbot*), quanto à proibição da proteção deficiente, que pressupõe que a proteção do bem jurídico defendido pelo Estado não pode ser insuficiente (*Untermassverbot*). Cumpre ressaltar, finalmente, que a metodologia utilizada nesta pesquisa doutrinária e

jurisprudencial foi o método hipotético-dedutivo e comparativo, baseado em hipóteses concretas e verdadeiras, com sugestões de solução para os problemas levantados.

Palavras-chave: execução penal – detração penal – garantismo negativo – ativismo judicial e *de lege ferenda*.

ABSTRACT

Article 42 of the CP provides that the time in which the sentenced person was arrested during the course of the police investigation or criminal process, before the final sentence of the criminal sentence, will be deducted from the penalty or security measure to be carried out, and this the discount has the technical name of *criminal subtraction*. Currently, the right to retraction is recognized both by the Criminal Executions Court, which determines the calculation of the early arrest in the calculation, and by the Knowledge Court when the condemnatory sentence is issued (Article 1 of Law 12.736 / 12). It happens that the legislation that deals with the restrictive rights penalties in substitution to the deprivation of liberty penalties, modalities subject to conversion in case of non-compliance under the terms of art. 44, §4 of the Penal Code and art. 181 of the Law of Penal Execution, did not regulate the discount of the period of serving the alternative sentence, when converted into deprivation of liberty, nor the possibility of criminal subtraction from the time when fundamental rights were curtailed due to the submission of the accused to alternative precautionary measures the prison. The aim of this work is to demonstrate that both restrictive rights penalties and precautionary measures must be submitted to the institute of criminal subtraction in order to prevent the execution of *bis in idem*. There are those who can affirm that the criminal subtraction of the time to fulfill the restrictive penalty of rights and / or precautionary measures, due to the absence of a legal provision, would constitute an alleged subversion of the Penal System, a misunderstanding. The execution of a just penalty is one of the objectives of the Penal System, and if this scope has not been achieved, a systematic adjustment is necessary on this point. The institute of retraction is a guarantee that the judge will be subjected to a fair, adequate, sufficient sentence, but his protection has been deficient, subjecting the condemned person to the fulfillment of an unnecessary and excessive fraction of the penalty for not providing for the criminal subtraction the time in which he carried out precautionary measures or submitted to the enforcement of a restrictive penalty of rights. The solution to the problem would be in the expansion of the institute of criminal subtraction, in order to meet the constitutional provision that the penalty will be imposed and served according to the principle of proportionality in the context of guaranteeing criminal law, covering both negative guaranteeism, which is the prohibition of excess (*Übermassverbot*), regarding the prohibition of deficient protection, which presupposes that the protection of the legal good defended by the State cannot be insufficient (*Untermassverbot*). Finally, it should be noted

that the methodology used in this doctrinal and jurisprudential research was the deductive and comparative method.

Keywords: penal execution - criminal subtraction – negative guaranteeism – judicial activism and *de lege ferenda*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCP – Ato das Disposições Constitucionais Permanentes
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição Federal
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
CTB – Código de Trânsito Brasileiro
DECRED – Declaração de Operações com Cartões de Crédito
DIMOF – Declaração de Informação sobre Movimentação Financeira
DIRPF – Declaração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Física
DIPJ – Declaração de Rendimento da Pessoa Jurídica
DI – Declaração de Imposto
DIMOB – Declaração de Informações sobre Atividade Imobiliárias
DOI – Declaração sobre Operações Imobiliárias
EC – Emenda Constitucional
ITR – Imposto sobre Propriedade Territorial Rural
LEP – Lei de Execução Penal
NF-e – Nota Fiscal eletrônica
ONU – Organização das Nações Unidas
PL – Projeto de Lei
PPL – Pena Privativa de Liberdade
PRD – Pena Restritiva de Direitos
PSC – Prestação de Serviços à Comunidade
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 – SISTEMA JURÍDICO PENAL.....	15
1.1 CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO.....	15
1.1.1 Sistema Jurídico Penal	17
1.2 ORIGEM E FINALIDADE DA PENA.....	19
1.2.2 Contexto histórico sobre a origem e a evolução da pena.....	20
1.3 FINALIDADE DA PENA – TEORIAS FUNDAMENTADORAS.....	22
1.3.1. Teorias deslegitimadoras	23
1.3.2 Teorias legitimadoras.....	26
1.3.2.1 Teorias Absolutas ou Retributivas	26
1.3.2.2 Teorias Relativas ou Utilitárias.....	29
1.3.2.3 Teoria Mista, Unificadora ou Eclética	32
1.3.2.4 Teoria Dialética Unificadora	33
CAPÍTULO 2 – ESPÉCIES DE PENAS E OUTRAS MEDIDAS CONSTRITORAS DE LIBERDADE.....	36
2.1. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	37
2.1.1 Breve contexto histórico da pena privativa de liberdade no Brasil	38
2.1.2 Os princípios constitucionais relacionados à aplicação da lei penal.....	40
2.1.3 Espécies de penas privativas de liberdade	42
2.1.4 Execução das penas privativas de liberdade	44
2.2 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.....	50
2.2.1 Breve contexto histórico das penas alternativas	50
2.2.2 Natureza jurídica, conceito e os princípios constitucionais que fundamentam as penas restritivas de direitos.....	53
2.2.3 Espécies de penas restritivas de direitos	58
2.2.3.1 Prestação pecuniária.....	58
2.2.3.2 Perda de bens e valores	59
2.2.3.3 Prestação de serviços à comunidade	60
2.2.3.4 Interdição temporária de direitos	61
2.2.3.5 Limitação de fim de semana	64
2.2.3.6 Outras penas restritivas de direitos estabelecidas em leis especiais	64
2.2.4 Cominação e aplicação das penas restritivas de direitos	65
2.2.5 Execução da pena restritiva de direitos.....	68

2.2.6 Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade	74
2.3 PENA DE MULTA	77
2.3.1 Breve evolução histórica da pena de multa no Brasil	78
2.3.2 Princípio da responsabilidade pessoal da pena de multa	81
2.3.3 Conceito e natureza jurídica da pena pecuniária.....	82
2.3.4 Sistema de aplicação da pena de multa: dias-multa.....	85
2.3.5 Execução da pena de multa.....	89
2.4. MEDIDAS CAUTELARES CONSTRITORAS DE LIBERDADE: prisão provisória e outras medidas cautelares.....	90
2.4.1 Prisão Provisória	90
2.4.1.1 Breve contexto histórico da prisão provisória no Brasil.....	92
2.4.1.2 Finalidades e características da prisão provisória.....	94
2.4.1.3 Espécies de prisão provisória.....	96
2.4.2 Medidas Cautelares diversas da prisão	101
2.4.2.1 Contexto histórico das medidas cautelares diversas da prisão	103
2.4.2.2 Finalidades e características das medidas cautelares diversas da prisão	104
2.4.2.3 Espécies de medidas cautelares	105
2.4.2.4 Aplicação das medidas cautelares diversas da prisão	107
CAPÍTULO 3 – DETRAÇÃO	111
3.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO PENAL	112
3.2. CONCEITO DE DETRAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA	115
3.3 LEGISLAÇÃO ATUAL SOBRE O MOMENTO DE APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	117
3.4 POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO PENAL	124
3.4.1 Detração do tempo de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro, de internação provisória e de prisão administrativa	124
3.4.2 Detração do tempo de internação provisória por aplicação de medida sócio educativa	128
3.4.3 Detração na pena de multa.....	131
3.4.4 Detração em caso de aplicação do <i>sursis</i>	133
3.4.5 Detração envolvendo as penas restritivas de direitos	136
3.4.6 Detração das medidas cautelares diversas da prisão.....	145

CAPÍTULO 4 – APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL EM CONSONÂNCIA COM A TEORIA DO GARANTISMO PENAL SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	152
4.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO GARANTISMO PENAL	152
4.2 TEORIA GERAL DO GARANTISMO	155
4.2.1 Garantismo como modelo normativo de direito	157
4.2.2 Garantismo como teoria crítica do direito	159
4.3 ELEMENTOS DA TEORIA GERAL DO GARANTISMO PENAL.....	165
4.4 DETRAÇÃO PENAL COMO INSTITUTO DE GARANTISMO NEGATIVO E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE	170
4.4.1 A interpretação da lei penal em relação à detração penal, à luz da Constituição Federal, e a utilização da analogia <i>in bonam partem</i>	173
4.4.1.1 Aplicação da analogia <i>in bonam partem</i> para a efetivação do instituto da detração de acordo com o espírito do benefício	179
4.4.2 Princípio da proporcionalidade como fundamento da analogia <i>in bonam partem</i>	182
4.4.2.1 O uso da analogia <i>in bonam partem</i> em favor do apenado, com a extensão da detração penal para o cumprimento da pena justa X segurança da sociedade: direitos fundamentais colidentes?	187
4.4.3 Ativismo judicial como meio redutor dos danos causados pela execução penal ao jurisdicionado.....	195
4.4.4. Proposta <i>de lege ferenda</i> com previsão ampla da detração penal como garantia à execução da pena justa.....	199
CONCLUSÃO.....	204
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	209

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado, contextualizada na linha de pesquisa 1 - “Justiça e o Paradigma da Eficiência”, tem como objetivo investigar se o instituto da detração penal deve ser aplicado a todos os casos em que haja limitação de direitos fundamentais do acusado ou sentenciado no curso do processo penal. Referida inquietação deve-se ao fato de que a não previsão de detração em alguns casos como das medidas cautelares e pena restritiva de direitos (após a conversão) acarreta excesso de execução penal.

A escolha do tema compatibiliza-se com a linha de pesquisa 1, ante a necessidade do Estado de criar modelos de repressão eficientes sempre à luz da teoria garantista da Constituição Federal.

O estudo da detração penal está intimamente ligado ao princípio constitucional da proporcionalidade, por sua vinculação à proibição de excesso de execução e *non bis in idem*, que quando não respeitados torna a pena excessiva e injusta ao jurisdicionado, polo hipossuficiente da relação processual penal.

O princípio da proporcionalidade compõe os pilares do Estado Democrático de Direito da correspondente concepção garantista do direito, por isso o estudo do instituto da detração penal encontra-se adequado à linha de pesquisa 1 - “Justiça e o Paradigma da Eficiência”. O referido princípio serve de fundamento às garantias dos direitos fundamentais de cada cidadão frente aos poderes do Estado.

Obviamente que o princípio da proporcionalidade não se esgota na proibição do excesso, mas também no dever de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado, de modo que a sua atuação seja eficiente e satisfatória às finalidades a que se destina.

O presente trabalho pretende avaliar, diante de pressupostos legais e teóricos, incongruências na execução da pena em relação à observância ao princípio da proporcionalidade quando, antes do veredicto condenatório, o condenado teve sua liberdade ou direitos cerceados, e este período é totalmente desconsiderado pelo Estado, ou então, quando o condenado foi submetido à pena restritiva de direitos e, após a conversão desta em privativa de liberdade, o tempo de reprimenda substitutiva cumprida é do mesmo modo desconsiderado pelo magistrado.

Ao fixar medidas cautelares durante o trâmite processual, o Estado invade a vida do acusado, cerceando-lhe direitos. Do mesmo modo, a aplicação da pena restritiva de direitos, substitutiva da pena privativa de liberdade, a fim de uma melhor individualização da sanção penal, não significa que houve renúncia do Estado em intervir de maneira drástica na vida do jurisdicional, pois todas as finalidades da reprimenda permanecem.

Esta dissertação pretende investigar se toda invasão do Estado na esfera dos direitos e garantias fundamentais do acusado não deve ser desconsiderada quando da execução da pena definitiva.

O acusado, sem sombra de dúvidas, é a parte mais frágil da relação processual frente à magnitude do poder estatal. Por isso, fundado no conceito da proporcionalidade, o condenado deve estar escudado com todas as garantias que lhes são constitucionalmente asseguradas no seio da relação processual penal, a fim de que a pena definitivamente imposta se aproxime dos ideais de justiça.

O princípio da proporcionalidade, neste tema, passa a ser o critério orientador na verificação da conveniência e oportunidade de aplicação da detração penal nos casos não previstos em lei, o que se daria por meio do ativismo judicial com a aplicação da analogia *in bonam partem*, de forma objetiva e imediata, bem como pelo preenchimento da lacuna legislativa com proposta *de lege ferenda*.

A dissertação está estruturada em quatro capítulos.

No *primeiro capítulo* serão abordados o Sistema Penal, mormente quanto à origem e finalidade da pena, de acordo com suas teorias fundamentadoras.

No *segundo capítulo* serão analisadas as espécies de penas (definitivas ou provisórias), a fim de que haja uma reflexão acerca da natureza das sanções impostas durante o trâmite processual, desde a fase investigativa até a executória, as quais cerceiam os direitos fundamentais e, por isso, não podem ser simplesmente desconsideradas pelo magistrado na execução da pena definitiva.

Em seguida, no *terceiro capítulo*, adentrar-se-á na matéria objeto primordial do presente trabalho, delineando os contornos do instituto da detração penal, o seu contexto histórico, a sua aplicação atual de acordo com a previsão legal, e as situações que demandam também a sua aplicação, porém, em razão da incompletude legislativa, acabam por ferir o direito constitucional do jurisdicionado condenado de cumprir a pena justa.

Por fim, no *quarto capítulo* apresentar-se-á a teoria do garantismo penal como fundamento constitucional para a aplicação do instituto da detração sempre que houver o cerceamento de direitos do jurisdicionado durante a sua submissão ao processo penal, seja a constrição anterior ou posteriormente à pena definitiva, sugerindo-se duas soluções para a desídia legislativa: a interpretação extensiva da lei pelo magistrado, com a aplicação do instituto da detração a situações não previstas legalmente por meio da analogia *in bonam partem*, e uma proposta *de lege ferenda*.

CAPÍTULO 1 – SISTEMA JURÍDICO PENAL

1.1 CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO

Sistema é a construção (do grego, *construir*) de partes que formam um todo organizado formando uma estrutura. Trata-se de um nexó lógico e harmônico entre elementos consistentes em regras, enunciados lógicos, princípios etc... Kant afirmava que o sistema é a unidade de conhecimentos diversos sobre uma ideia.¹

Porém, quando se tenta adequar este conceito para o âmbito jurídico, transmuda-se a complexidade em defini-lo porque não há sentido consolidado na doutrina, observando-se uma *polissemia conceitual*, conforme assinala Mauro Fonseca Andrade:

Autores consagrados, como Habermas e Luhmann, apesar de tratarem o tema com profundidade, em nenhum momento definiram, de forma clara e direta, o conceito de sistema jurídico. Por outro lado, também, se observa que, entre aqueles que se arriscam a defini-lo não se encontra um conceito unívoco de sistema jurídico. Ao contrário, se observa a existência de uma *polissemia conceitual*, fenômeno que, para a doutrina especializada, é fruto da ausência de um estudo mais profundo sobre o tema, da particular visão do investigador ou do período histórico analisado. (...) ²

Segundo Hans Kelsen, cada Estado é formalmente um sistema. O sistema é um conjunto de proposições. A norma hipotética fundamental é um postulado, é uma norma de construção e fecha o sistema, dando expressão ao princípio de continuidade normativa. Assim, a ciência do Direito constrói um sistema que descreve normas.

É preciso considerar que as normas jurídicas não subsistem por si, mas demandam uma organização sistêmica e hierarquizada, de forma que o fundamento de validade da norma inferior haverá de ser sempre uma norma superior, formando, assim, a unidade de toda a estrutura, e é essa coesão que dará robustez e segurança ao sistema, conforme esclarece Kelsen:

(...) A norma que regula a produção é norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de

¹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4ª Ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: ed. Gulbenkian, 1997, p.657.

² ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: ed. Curitiba Juruá, 2013, p. 37-38.

normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. (...) ³

O sistema na ciência jurídica pode ser compreendido, portanto, como sinônimo de “ordenamento jurídico” ou “sistema de direito positivo”, ou seja, um conjunto de normas jurídicas que se vinculam em nexos de coordenação e fundamentação, é uma construção racional do jurista a partir de enunciados lógicos da ordem jurídica, com valor descritivo ou informativo.

Diante da preexistência de um sistema descritivo de proposições normativas que se originam do fundamento de validade, conclui-se que o conjunto normativo deve desembocar na proposição fundamental, muito embora o sistema seja dissociado de seu conteúdo empírico ⁴, chamado de sistema formal transcendental ⁵.

Por outro lado é preciso atentar-se que o conteúdo da norma é problema do aplicador do direito, e não do jurista. Assim, se a ordem depende da vontade da autoridade, que pode ser incoerente ou incompleta, o sistema para o aplicador do direito é empírico porque o conteúdo da norma para ele é prescritivo.

Ao jurista cabe, por sua vez, a apresentação de soluções lógicas para retirar qualquer ausência de incompletude, pois não pode admitir incoerência lógica, segundo Lourival Vilanova:

Quando se toma um sistema de proposições referentes a um determinado universo-de-objetos, se o sistema é científico, deve ele apresentar: I) critérios de permitam decidir se uma dada proposição pertence ou não ao sistema; II) coerência interna, isto é, compatibilidade entre os elementos proposicionais integrantes do sistema; III) completude – o sistema contém uma proposição ou a contraditória [...] Quando traduzimos o sistema da Ciência-do-Direito em nível formal, o sistema formalizado deve, como tipo ideal, apresentar esses três requisitos, como condição de sua cientificidade. Uma ciência jurídica que não disponha de critério que não permita decidir se uma proposição pertence ou não ao seu sistema fica à mercê de proposições provenientes de diversas origens: no

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. 5ª tiragem. Tradução. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.247.

⁴ “Uma teoria empírica do Direito significaria a insuficiência da razão como fonte e a necessidade de se buscar subsídios em dados sociais e históricos. Immanuel Kant sustenta que “uma teoria do Direito meramente empírica é uma cabeça que pode ser bela mas que, desgraçadamente não tem cérebro” KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: ed. Martin Claret, 2004, p.336.

⁵ “O Direito como sistema é uma aplicação do método transcendental de Kant: os juízos sintéticos *a priori* como fundamento absoluto da verdade das proposições não apenas das ciências naturais-matemáticas (Kant), mas agora, também às conformações sociais, às criações estéticas e até à teologia (neo-kantismo)”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: ed. Martin Claret, 2004, p.347.

seu campo acodem, em atropelo, proposições de conteúdo físico, biológico, psicológico, sociológico ou axiológico (filosófico).⁶

Ante o exposto, conclui-se que um sistema científico requer coerência formal entre suas proposições. Assim, se houver demonstráveis ou verdadeiras proposições contraditórias, torna-se inconsistente o sistema e exige revisão das proposições que funcionam como seus postulados. É a chamada linguagem apofântica, passível de análise lógica, suscetível de valor da verdade.

E a presente pesquisa pretende analisar exatamente a aplicação deficiente da detração penal dentro do sistema jurídico penal, em razão da incompletude do sistema normativo que disciplina o instituto.

1.1.1 Sistema Jurídico Penal

O Sistema Penal é um método de controle social punitivo institucionalizado que atua desde a ocorrência (ou suspeita de ocorrência) de um delito até a execução da pena⁷, mas tal definição não é suficiente para compreendermos o sistema em sua magnitude e real operacionalidade. Explica-se.

O Direito Penal se consubstancia em princípios e regras conexas aos direitos humanos fundamentais, e a sua organização sistemática não existe como um fim em si mesmo, mas como meio para a realização de valores essenciais ao homem e à sociedade.

Na concepção de sistema penal como ordenamento jurídico dinâmico, poder-se-ia atribuir tanto aos produtores quanto a todos os envolvidos no sistema, a racionalidade do direito. Por isso, este capítulo reunirá os elementos necessários à análise do sistema penal enquanto técnica limitada de controle social das pessoas inaptas ao convívio em sociedade, por meio de subsistemas que exigem racionalidade extrema de seus criadores e aplicadores.

O Sistema Penal atual divide-se, basicamente, em três segmentos: policial, judicial e executivo. Segundo Nilo Batista⁸, o Sistema Penal compõe-se pela

⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4.ed. São Paulo: ed. Noeses, 2010, p.147-148.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral. 9ªed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2011, p.69.

⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2007, p. 25.

instituição policial, instituição judiciária e instituição penitenciária, esse grupo de instituições seria o responsável pela materialização do Direito Penal. Seguindo o raciocínio do autor, essas instituições se revelam em três nítidos estágios: a polícia como responsável pela investigação dos crimes, o Promotor representando a Justiça Pública, o Juiz no papel de “aplicador da lei”, e no último estágio, se condenado o réu a uma pena privativa de liberdade, a instituição penitenciária.

Em que pese normalmente esses grupos dividirem-se por etapas, não obedecem necessariamente uma ordem cronológica, nem são totalmente independentes entre si, eis que podem atuar e/ou interferir em diversos momentos uns nos outros. Assim, conforme explicam Zaffaroni e Pierangeli “*o judicial pode controlar a execução, o executivo ter a seu cargo a custódia do preso durante o processo, o policial ocupar-se das transferências de presos condenados*”⁹.

Zaffaroni e Pierangeli incluem também, como componentes desse sistema, os legisladores e o público. Os legisladores atuando na configuração do sistema e o público com a faculdade de colocá-lo em funcionamento por meio da delação.

Ainda quanto à divisão do Sistema Penal, a partir dessa visão mais ampla, alguns autores falam em Sistema Penal Informal e Sistema Penal Formal. O primeiro tem como agentes a família, a escola, a opinião pública, entre outras, já o segundo seria a divisão básica mencionada anteriormente (policial, judicial e executivo) com legisladores, policiais, poder judiciário, ministério público, defensoria pública e das instituições penitenciárias.

Molina trata essa divisão do seguinte modo:¹⁰

Os agentes de controle social informal tratam de condicionar o indivíduo, de discipliná-lo através de um largo e sutil processo [...] Quando as instâncias informais do controle social fracassam, entram em funcionamento as instâncias formais, que atuam de modo coercitivo e impõem sanções qualitativamente distintas das sanções sociais: são sanções estigmatizantes que atribuem ao infrator um singular *status* (de desviados, perigoso ou delinquente).

Da análise desse Sistema Penal aqui apresentado, tem-se, num primeiro momento, a ideia de um sistema de controle social justo e eficaz, onde o indivíduo (conscientizado pelo Sistema Informal acerca do comportamento social adequado), comete

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral. 9ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 70-71

¹⁰ MOLINA, Antonio García-Pablos de & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 134.

um ilícito penal e passa a ser investigado em um inquérito policial revestido de todas as garantias constitucionais que, após a sua conclusão, é encaminhado à Promotoria de Justiça que o denunciará e esta denúncia será recebida pelo juiz se atendidos todos os requisitos legais.

O processo terá um trâmite por tempo razoável, resguardados todos os direitos ao acusado, e ao final do processo o réu é julgado e condenado, podendo haver recurso da sentença em caso de inconformismo. Após o trânsito em julgado, no caso de condenação a pena privativa de liberdade, o réu será encaminhado a uma instituição penitenciária e, enquanto sob a tutela estatal, todos os seus direitos serão garantidos até a sua efetiva ressocialização, oportunidade em que o indivíduo regressa à sociedade pronto para ter uma vida digna, e ser um propulsor do desenvolvimento social, concluindo-se, dessa forma, um ciclo sistemático.

Esta repartição estatal de funções para a atuação da sistemática penal em Estado-Investigador (Polícia Judiciária), Estado-Acusador (Ministério Público), Estado-Defensor (Defensoria Pública) e Estado-Julgador (Poder Judiciário) deve estar pautada nos limites do Estado Democrático de Direito, e o desenvolvimento do sistema caminha para um único objetivo, a aplicação eficaz da pena justa no caso de condenação.

Tal sistema, portanto, tem como escopo afirmar-se como garantidor da justiça social, atingindo de forma igualitária todas as pessoas em função das condutas criminosas por elas praticadas, elevando-se à categoria de protetor da dignidade da pessoa humana, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade, para alcançar a sua finalidade de aplicação de uma pena justa e adequada.

1.2 ORIGEM E FINALIDADE DA PENA

O ponto nodal do presente trabalho é a execução da pena aplicada de modo fiel como imposto na sentença condenatória, a justa medida.

O estudo da detração penal leva a crer que existe falha no atual sistema penal na fase da execução, quando autoriza que o acusado se submeta ao cumprimento de montante de pena excessiva ao ignorar o tempo de cumprimento de sanções já executadas ao longo do processo.

Imprescindível para tanto, a análise e reflexão acerca da pena criminal e sua finalidade.

1.2.2 Contexto histórico sobre a origem e a evolução da pena

A pena nasceu em tempos remotos, sem um marco inicial definido¹¹, e se modificou ao longo da história ao passo que a sociedade evoluía politicamente e se civilizava.

Para Carrara, “*procurar a origem da pena é fórmula escolástica, mas vazia de sentido, quando se considera a pena de um ponto de vista abstrato e especulativo*”. O penalista italiano faz uma analogia da busca da “origem da pena” com a busca da “origem da vida no homem”, afirmando que é exatamente “*como se o homem, conservando sua natureza, pudesse ter existido um instante sem possuir vida*”.¹²

Para fundamentar o seu posicionamento, Carrara assevera:

Em toda a parte em que viveram homens existiram ofensas recíprocas, pelo impulso das paixões egoísticas, e o direito foi violado; onde quer que tenha havido violação do direito, imediatamente existiu o desejo de repressão, ao qual se seguiu (em sendo possível) a repressão. É vaidade procurar em um ser qualquer, com a fórmula origem, a gênese de uma condição de fato, que foi congênita e inerente ao mesmo ser.¹³

O que se pode concluir é que a pena nasceu junto com a sociedade como um modo de impor um comportamento aceito pelo senso comum na vida em comunidade.

Afirma Miguel Reale Júnior que “*a história do Direito Penal é a história de um longo processo de humanização da repressão*”.¹⁴ Nesse contexto, Franz von Liszt ensina que a pena não está arraigada definitivamente à sua forma positivada, tampouco dominada pela razão tecno-instrumental, porque o seu aperfeiçoamento é incessantemente buscado ao longo dos anos para se adequar aos novos formatos sociais.¹⁵

E depreende-se da análise histórica da pena exatamente este raciocínio. Na sua fase mais primitiva, a pena surge como *vingança privada*, como reação instintiva de um indivíduo sobre outro por inexistência de autoridade competente para a pacificação de

¹¹ “A história da pena revela que a sua existência foi modelada por totens e tabus que lhe imprimiam contornos místicos enquanto os diversos castigos corporais até a morte traduziam as expressões cruentas da defesa e da vingança. O infrator também poderia ser condenado à perda da paz que se caracterizava pela expulsão do clã e a impossibilidade de sobrevivência diante das forças hostis da natureza, da agressão dos animais ou da dificuldade na colheita de alimentos”. (DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: ed. RT, 1998, p. 31).

¹² CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: ed. São Paulo, 2002, v.2, p. 13-14.

¹³ *Ibidem*, p.14.

¹⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 2ªed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004, v. 2, p.3.

¹⁵ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução e comentários de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet &C - Editores, 1899, v. 2, p.74. Disponível na Biblioteca Nacional do Senado Federal em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>>. Acessado em: 11.10.2019.

conflitos. Posteriormente, com o surgimento de clãs e estruturas familiares, a proteção da coletividade fez surgir uma *vingança coletiva* sem qualquer limitação.

Nessa primeira fase, a vingança até então ilimitada, evoluiu e passou a ter limites de proporcionalidade entre o delito e o mal cometido, e passou a ser normatizada na Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente” encontrada no Velho Testamento, no Livro de Levítico), posteriormente no Código de Hamurabi, que surgiu entre 1792-1750 a.C., e mais tarde chega-se à composição, em que o condenado trocava o castigo físico por bens patrimoniais.

Numa segunda fase surge a *vingança divina* baseada em normas de preceitos divinos, e a principal fonte normativa também foi a Lei de Talião. O delito era uma ofensa direta à divindade, que por sua vez era representada pelo rei. A punição existia para aplacar a ira divina e regenerar ou purificar a alma do infrator para que, assim, a paz na terra fosse mantida (Código de Manu – Sec. XI a.c.).

Ao longo da história, com o enfraquecimento dos conceitos religiosos e o fortalecimento do Estado, a pena passa a ser uma forma de controle social para o bom convívio dos indivíduos na sociedade (*jus puniendi*), fazendo surgir a *vingança pública*. Esta seria uma forma de controle social preventivo e repressivo por um Estado forte e organizado, que acreditava que a crueldade, a severidade e o suplício seriam formas pedagógicas para induzir o indivíduo a ter um comportamento coletivo ideal. Nesta última fase o Direito Penal passa a se transformar em um Sistema Jurídico.

Saliente-se que nestas três fases históricas, a punição era imposta como *vingança* porque não guardava qualquer medida com a pessoa do criminoso, podendo atingir inclusive terceiros inocentes ligados a ele. O mundo assistia a atrocidades, sendo que o corpo do sentenciado era objeto de sevícias, além da humilhação para o compadecimento moral.

Entre o final do século XVIII e início do século XIX, o Iluminismo fez surgir a reflexão de filósofos, juristas e legisladores sobre a necessidade de reformas do sistema punitivo, levando-se em conta os valores humanos e a eficácia da pena. Neste período surgiram as teorias reformadoras da pena prisão de César Beccaria (1738-1794), John Howard (1724-1790) e Jeremias Bentham (1748-1832).

A Escola Positiva (final do sec. XIX e início do sec. XX) contribuiu para novos estudos acerca da execução da pena, dando origem a um novo movimento chamado União Internacional de Direito Penal, que preconizava a distinção entre os diversos tipos de delinquentes, e não considerava a pena como único meio de combate ao crime.

Com o advento da Primeira Guerra Mundial desaparece a União Internacional do Direito Penal ao surgirem os regimes autoritários (fascismo, nazismo e comunismo), que acabaram por ameaçar de forma concreta os direitos humanos dos condenados presos.

Após a Segunda Guerra Mundial surge o período denominado Neodefensismo Social ou Nova Defesa Social, que teve início em 1945 com o professor italiano Pilippo Gramatica, quando fundou em Gênova o Centro de Estudos de Defesa Social e, a partir daí, novos movimentos surgiram em prol do Movimento da Nova Defesa Social.¹⁶

Ultrapassadas as fases de vingança e penas cruéis, chega-se a conclusão, segundo Ferrajoli, de que o Direito Penal tem uma dupla função preventiva “*a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias e desmedidas*”, as quais servirão de base para a elaboração do princípio da proporcionalidade no Sistema Penal Garantista, de modo que a punição seja proporcional ao delito, cumprindo seu objetivo sem acentuar as desigualdades sociais.¹⁷

Diante da evidente evolução humanística da forma de punir passaremos a analisar a finalidade da pena, sob o fundamento de suas principais teorias até a sociedade contemporânea.

1.3 FINALIDADE DA PENA – TEORIAS FUNDAMENTADORAS

Segundo Jorge de Figueiredo Dias o interesse pela descoberta da finalidade da pena é tão antigo quanto à própria história do Direito Penal, ante as dúvidas que surgem quanto à sua legitimação, montante, justificação, fundamentação e a intervenção estatal.¹⁸

O autor assevera que atualmente a finalidade da pena é punir o condenado pelo mal causado, impedir que outras pessoas pratiquem crimes (prevenção geral negativa), fazer emergir a convicção de que a lei penal deve ser cumprida (prevenção geral positiva), impedir a reincidência (prevenção especial negativa) e ressocializar o condenado

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 49.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio - - 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 271.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: ed. RT, 1999, p.89.

(prevenção especial positiva) através de um processo de execução que observe todos os seus direitos e garantias (art. 1º da Lei das Execuções Penais).

Para o atingimento da conclusão quanto à finalidade da pena na sistemática do Direito Penal, várias teorias surgiram e, no direito contemporâneo, dois vetores políticos-criminais direcionam o estudo: teorias legitimadoras e teorias deslegitimadoras.

Segundo ensina Paulo Queiroz, as *teorias legitimadoras* reconhecem, sob os mais diversos fundamentos (absolutos, relativos ou mistos), a legitimação do Estado para intervir na liberdade dos cidadãos com o Direito Penal. As *teorias deslegitimadoras* consideram a intervenção do Direito Penal desnecessária, o que ocorre de forma imediata, numa perspectiva abolicionista, ou mediata, numa perspectiva minimalista radical.¹⁹ Estas últimas, continua o autor, são representadas pelo abolicionismo penal (Hulsman e outros) e pelo minimalismo radical (Baratta, Zaffaroni e outros), os quais defendem, em suma, que o Direito Penal não resolve problemas e, ao contrário cria-os, selecionando tipos de forma arbitrária, que causam sofrimentos inúteis ao cidadão.²⁰

1.3.1. Teorias deslegitimadoras

Baratta defende a abolição completa do cárcere, afirmando que a prisão não tem qualquer função reeducativa e, ao contrário, marginaliza as camadas inferiores da sociedade capitalista, cuja desigualdade é extrema. O autor defende um processo evolutivo de punição com medidas alternativas aos regimes de liberdade e semiliberdade com a (re)conscientização política do condenado em substituição à busca do arrependimento e, para isso, são necessárias discussões no âmbito da sociedade.²¹

Do mesmo modo, Louk Hulsman, um dos principais representantes da teoria política abolicionista, propõe a supressão do sistema penal e a sua substituição por outros meios de resolução de conflitos, com um “*absoluto e radical câmbio nas estruturas de controle social, abandonando gradualmente todos os sistemas formais, não somente o*

¹⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2005, p.69.

²⁰ *Ibidem*, p.84.

²¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: ed. Freitas Bastos, 2002, p.183-208.

*cárcere, para otimizar modelos informais e societários (comunitários) de resolução dos conflitos”.*²²

Para Louk Hulsman o Direito Penal é um sistema “*especificamente concebido para fazer o mal*”, distribuidor de sofrimento, substancialmente desigual e expropriador de direitos.²³

A posição abolicionista de Nils Christie traduz-se no sentido de que o sistema penal e, principalmente, a pena, “*são estruturas de controle social encarregadas de produzir sofrimento e impor dor*”.²⁴ Afirma o autor não haver cifras científicas de que a intimidação prisional tenha o poder de diminuir a criminalidade, pelo que a imposição de uma pena nada mais é do que uma declaração moral.²⁵

Para o autor, a composição de estruturas de justiça participativa e comunitária, mais próximas dos sistemas privatistas do que do modelo processual e sancionatório criminal, seria a solução para o problema do sistema penal. Estas estruturas não utilizariam o método de privação ou a restrição de liberdade para assumir-se a “reparação ou indenização” com o escopo de compor o conflito, devendo a vítima ser colocada em posição de igualdade processual com o réu para a busca da compensação pelo ilícito.²⁶

Assevera Nils Christie:

Nos últimos anos, observamos um interesse maior na aplicação de medidas não criminais, como alternativa à punição, a maioria baseada em discussões diretas entre as partes, que muitas vezes encerram acordos para reparar os danos causados. Essa mudança varia do uso monopolista da sentença pelo estado, a tentativa de permitir que as partes se encontrem e procurem maneiras de reparar os danos. Essas idéias como um todo são chamadas de “idéias abolicionistas”, embora algumas vezes sejam encontradas sob nomes como “decarceramento ou descriminalização”²⁷ (tradução livre).

²² HULSMAN apud CARVALHO, Salo de. *Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista*. In: LOPES JR, Aury; PRADO, Geraldo; CHIES, Luiz Antônio Bogo; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2002, p.140.

²³ Ibidem, p. 140.

²⁴ CARVALHO, Salo de. *Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista*. In: LOPES JR, Aury; PRADO, Geraldo; CHIES, Luiz Antônio Bogo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2002, p.137.

²⁵ CHRISTIE, Nils. *Los limites del dolor. Traducción* de Mariluz Caso. México: ed. Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 36-42.

²⁶ CARVALHO, Salo de. *Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista*. In: LOPES JR, Aury; PRADO, Geraldo; CHIES, Luiz Antônio Bogo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2002, p.139.

²⁷ No original: “*En los últimos años hemos observado un mayor interes por la aplicación de medidas no penales, como una alternativa al castigo, la mayoría de las cuales se basa en discusiones directas entre las partes, que con frecuencia terminan en acuerdos de reparación del daño causado. Este cambio va desde el uso monopolístico de la pena por parte del estado hacia los intentos por permitir que las partes tengan oportunidad de encontrar-se y buscar por si mismos formas de reparar el daño. Estas ideas en conjunto se llaman “ideas abolicionistas”, aunque algunas veces se la encuentra bajo denominaciones como “decarcelación o descriminalización”* CHRISTIE apud CARVALHO, op.cit., p.139.

Os mencionados autores asseveram que o Direito Penal age em resposta aos sintomas ou consequências do crime, e não às suas próprias causas. Isso dá resultado a um aumento do número de leis, de profissionais ligados à contenção da criminalidade e de presos, porém, não diminui os crimes.

Há uma intervenção tardia no conflito social: *“não quando este se produz, mas quando e onde se manifesta”*, não traduzindo uma *“resposta etiológica, adequada às causas do problema, mas meramente sintomatológica”*.²⁸

Afirmam, ainda, que o Direito Penal intervém sobre pessoas, e não sobre situações, a saber, sobre a ideia de culpabilidade individual (pessoal), desprezando completamente o ambiente ou o sistema social em que essas pessoas estão inseridas e, por fim, atestam que a equivocada intervenção do sistema penal trata tanto a vítima, como o delinquente, da mesma maneira, supondo que todas as vítimas têm as mesmas reações e necessidades.

Assim, sobre esse aspecto, manifesta-se Nils Christie:

A vítima em um processo criminal é uma espécie de duplo perdedor em nossa sociedade: primeiro contra o agressor e depois contra o Estado. Você está excluído de qualquer participação em seu próprio conflito. O Estado rouba seu conflito, um todo realizado por profissionais.²⁹ (tradução livre)

Em sentido contrário Salo de Carvalho afirma que há sério perigo em converter o sistema formal de controle processual penal em modelos desregulamentados de composição dos conflitos, *“que tendem a reeditar esquemas pré-contratuais (sociedade primitiva) e/ou formar modelos disciplinares (panoptismo social), ou ainda a criação de instâncias formais civil-administrativas isentas das garantias típicas do processo penal”*.

Adverte o autor:

O primeiro modelo revela um estado isento de legalidade e limites às liberdades, configurando um modelo de resposta irracional à violação dos direitos, ou instaura modelos pedagógicos de higienização sociopolítica de sociedades de tecnologia maximizada e total. O segundo modelo, administrativizado, acaba por ser um dos modelos vigentes na estrutura processual contemporânea (modelos

²⁸ PABLOS apud QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.89.

²⁹ No original: *“La víctima en un caso penal es una especie de perdedor por partida doble en nuestra sociedad: en primer lugar frente al infractor, y después frente al Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto. El Estado le roba su conflicto, un todo que es llevado a cabo por profesionales”*. CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p.126.

anteriores e supervenientes ao processo penal de cognição) e representa sistema de extrema violência aos direitos fundamentais.³⁰

Nesse sentido posicionam-se as teorias legitimadoras da intervenção estatal no âmbito do Direito Penal e, dentre elas, destacam-se as teorias da retribuição e prevenção (geral ou especial), as quais serão vistas a seguir.

1.3.2 Teorias legitimadoras

Como visto anteriormente, as teorias legitimadoras são aquelas que legitimam o Estado a utilizar-se do Direito Penal para intervir na liberdade dos cidadãos. Estas teorias podem ser absolutas, relativas ou mistas.

1.3.2.1 Teorias Absolutas ou Retributivas

Para as *teorias absolutas ou retributivas* da pena, esta é uma forma de retribuir ao criminoso a conduta ilícita por ele realizada como forma de compensar a ele e à sociedade o mal causado. A retribuição não tem relação com a ressocialização, mas apenas com a punição pelo desrespeito social.

Para as *teorias absolutas ou retributivas*, a pena é um fim em si mesmo e a sua legitimação decorre do fato da prática de um delito: pela compensação da culpabilidade ou punição pela transgressão do direito (teoria da retribuição), ou como expiação do agente (teoria da expiação).³¹

Segundo Santiago Mir Puig:

A concepção mais tradicional da pena vê nela a retribuição exigida pela Justiça pela prática de um crime. É a teoria da remuneração. Responde à profunda convicção de que o mal não deve ficar impune, e o culpado deve encontrar nele o que ele merece. A função da penalidade concentra-se, de acordo com esse ponto de vista, na realização da justiça, impedindo que a injustiça 'triunfe'. A penalidade não aparece então como um instrumento destinado a alcançar fins utilitários do bem-estar social, como a proteção da sociedade, mas como um requisito ético derivado do valor da Justiça³² (tradução livre)

³⁰ CARVALHO, Salo de. *Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista*. In: LOPES JR, Aury; PRADO, Geraldo; CHIES, Luiz Antônio Bogo; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 144-145.

³¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 16ª ed. São Paulo: ed. RT, 2018, v. 2, p. 553.

³² No original: “La concepción más tradicional de la pena ve en ella la retribución exigida por la Justicia por la comisión de un delito. Es la teoría retributiva. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo, y el culpable debe encontrar en él su merecido. La función de la pena se centra, según este punto de vista, en la realización de la Justicia impidiendo que la injusticia ‘triunfe’. La pena no aparece entonces como un instrumento dirigido a la consecución de fines utilitarios de bienestar social, como sería

As formulações de cunho absoluto possuem origem no idealismo alemão, merecendo relevo a teoria da retribuição ética ou moral de Kant, pois a pena deriva de um imperativo categórico, a saber, de um imperativo moral incondicional. “As penas são, em um mundo regido por princípios morais (por Deus), categoricamente necessárias”³³

Na obra *Metafísica dos Costumes*, assevera Kant (1797)³⁴:

Ainda que uma sociedade se dissolvesse por consenso de todos os seus membros (assim, p. ex., se o povo que habitasse uma ilha decidisse separar-se e dispersar-se pelo mundo), o último assassino deveria ser executado. (...) o mal imerecido que tu fazes a outrem, tu fazes a ti mesmo, se tu o ultrajas, ultrajas a ti mesmo, se tu o roubas, roubas a ti mesmo, se tu o matas, matas a ti mesmo.

Por isso o princípio talional (dente por dente, olho por olho) deve ser considerado como o paradigma da verdadeira justiça.³⁵

Por outro lado, diferentemente de Kant, Hegel afirma que a pena atende não a um mandamento absoluto de justiça, mas sim, a uma exigência da razão, que se justifica com um processo dialético inerente ao próprio conceito de direito. Para o filósofo e jurista: “o delito é uma violência contra o direito; a pena, uma violência que anula aquela primeira violência (o delito); a pena é, portanto, a negação da negação do direito, ou seja, é a sua afirmação (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação)”³⁶

Assim, a pena seria a manifestação da vontade racional ou uma necessidade lógica: “A pena é a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional, servindo a pena para restaurar uma ideia, precisamente para restaurar a razão do direito, anulando a razão do delito”. Segundo essa concepção, a pena constitui um direito do agente, o que o “dignifica como ser racional”.

Ensina Luiz Regis Prado que as teorias de Kant e Hegel possuem em comum a ideia essencial de que deve haver uma relação de igualdade entre o delito praticado e a retribuição. “A diferença entre elas repousa no fato de que a teoria hegeliana se aprofunda mais na construção de uma teoria positiva acerca da retribuição penal e na

el de protección de la sociedad, sino como exigencia ética derivada del valor Justicia”. MIR PUIG, Santiago. Estado, Pena y Delito. Buenos Aires: ed. B de F Ltda, 2006, p. 38.

³³ KANT apud QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2005, p.70.

³⁴ KANT apud CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003, p.121.

³⁵ KANT apud QUEIROZ, Paulo, op. cit., p.70.

³⁶ GARCIA apud QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2005, p.71.

renúncia à necessidade de uma equivalência empírica no contexto do princípio da igualdade”³⁷

Os partidários das teorias supramencionadas defendem que quaisquer tentativas de justificá-las por seus fins utilitários (fins preventivos) implicaria em afronta à dignidade humana do delinquente, eis que este seria utilizado como instrumento para a consecução de fins sociais.

Comungam das teorias absolutas da pena, segundo Cezar Bitencourt, os pensadores Carrara, Binding, Mezger e Welzel.³⁸

Sustenta Cláudio Alberto Gabriel Guimarães que foi com o advento da Escola Clássica que houve o mais significativo desenvolvimento da doutrina retribucionista, e que os pensamentos de Beccaria, Kant, Hegel e Carrara são “*pontos de referência até hoje utilizados pelos teóricos*”. Francesco Carrara, considerado por muitos o “pai da dogmática penal”, expõe seus fundamentos nos pilares das teorias absolutas.³⁹

Carrara assevera que “*a pena, que em nada remedeia o mal material do delito, é terapêutica eficacíssima e única para o mal de ordem moral ... Dessa maneira, o fim último da pena é o bem social, representado pela ordem que se diligencia graças à tutela da lei jurídica: e o efeito do fato penal se conjuga à causa que o legitima*”⁴⁰.

O que resulta dessas teorias é a infeliz conclusão de que a pena não apresenta nenhum objetivo além da vingança, sendo desprovida de racionalidade e humanidade. Ora, não é crível que o Estado seria insensato a ponto de impingir um mal a um cidadão sem qualquer finalidade.

Não se pode perder de vista que segundo Kant e Hegel a retribuição realmente deve observar o princípio da proporcionalidade do injusto culpável, a fim de que a aplicação da pena se opere dentro dos limites do “mal necessário”, e desta assertiva se abstrai que há finalidade, sim, na aplicação da pena.

Tanto é assim que os retributivistas da atualidade caminham na direção de uma teoria funcional da retribuição, em que “*fundamento e fim da pena se unem e adquirem*

³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 16ª ed. São Paulo: ed. RT, 2018, p. 554. Com a teoria da retribuição lógico-jurídica de Hegel, a pena é negação do delito e, consequentemente, uma afirmação do Direito que havia sido negado pelo delito. Tal construção é jurídica e, por isso se trata de uma teoria positiva da retribuição. Nas palavras de Hegel: “Como evento que é a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação dessa negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do Direito”. (HEGEL apud PRADO, op. cit., p. 554).

³⁸ BITENCOURT, Cezar. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2015, v.1, p.74.

³⁹ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no sistema pena capitalista*. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2007, p. 103.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: ed. Saraiva, 2003, p.74-75.

*uma só dimensão ‘dialético-hegeliana’, superando a oposição entre a fundamentação absoluta e a fundamentação relativa”.*⁴¹

1.3.2.2 Teorias Relativas ou Utilitárias

As *teorias relativas* ou *teorias da prevenção* têm por escopo prevenir a ocorrência de novas infrações penais. Para tais teorias a pena é um meio a serviço de determinados fins, dando-lhe uma destinação utilitária ou finalista no combate à ocorrência e reincidência criminais, devendo funcionar como instrumento destinado a impedir a prática delituosa.

As *teorias relativas ou da prevenção* se dividem em teorias da prevenção geral e da prevenção especial, e ambas podem ser positiva ou negativa.

a) **Teoria da Prevenção Geral**: destina-se ao controle da violência, buscando diminuí-la ou evitá-la, por meio da cominação dos delitos e das penas dirigidas a toda a sociedade. Mas há forma de prevenção que não se restringe à cominação, aplicação e execução de sanção criminal, que são as chamadas formas primária, secundária e terciária de prevenção geral.

A prevenção geral primária preocupa-se em evitar a prática do delito atuando na origem do problema da criminalidade, buscando uma reforma na base da sociedade, utilizando-se de estratégias que possibilitem uma vida digna a todos os cidadãos.

A prevenção geral secundária está baseada em estratégias dirigidas apenas às pessoas consideradas alvos do Poder Público, em razão de sua propensão ao cometimento de crimes, como, por exemplo, a coletividade desempregada da periferia.

Por fim, a prevenção geral terciária, a qual é dirigida ao recluso, à população carcerária, com o escopo precípua de evitar a reincidência.

A teoria da prevenção geral, em suas três formas, pode ocorrer de forma negativa de positiva.

A teoria da prevenção geral negativa seria a coação psicológica, que segundo o entendimento de Osvaldo Henrique Marques, nos séculos XVI e XVII, com o

⁴¹ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista*. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2007, p. 112.

surgimento da forma absolutista de Estado, a pena capital foi um meio exemplar de prevenção geral à sociedade.⁴²

Já a teoria da prevenção geral positiva, segundo o magistério de Mir Puig, apresenta duas subdivisões: a *prevenção geral positiva fundamentadora* e a *prevenção geral positiva limitadora*. A primeira é desenvolvida por Welzel e Jacobs; e a segunda representada por Hassemer, Zipf e Roxin.⁴³

Segundo Welzel, “o Direito Penal cumpre uma função ético-social para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica”.⁴⁴

Assim, segundo a teoria da *prevenção geral positiva fundamentadora*, o Direito Penal não deverá limitar-se a evitar comportamentos ilícitos, danosos ou perigosos, mas sim, influir na consciência ético-social da pessoa.

Já para Jacob, também defensor da *prevenção geral positiva fundamentadora*, o Direito Penal tem uma meta exclusiva, qual seja, a garantia da função orientadora das normas jurídicas, sendo, portanto, um instrumento de estabilização social mediante a orientação das ações pela institucionalização das expectativas sociais.⁴⁵

Sobre as ideias de Jacobs, explicita Mir Puig:

A vida social requer certa segurança e estabilidade das expectativas de cada sujeito em relação ao comportamento de outros. As normas legais estabilizam e institucionalizam as expectativas sociais e, assim, servem como um guia para o comportamento dos cidadãos em seus contatos sociais.⁴⁶ (tradução livre)

Diante dessa concepção esta teoria revela que a norma continua a manter a sua vigência mesmo depois de ser infringida. Assim, a pena mostra para o infrator que sua conduta ilícita não obsta a vigência da norma, fazendo despertar a confiança da coletividade na lei de modo que todos tenham a expectativa de proteção permanente da interação social.

Por outro lado, quanto à *prevenção geral positiva limitadora* Hessemer afirma que o Direito Penal é um meio de controle social do direito dos indivíduos, por isso a sua aplicação é restritiva, devendo respeitar os limites que seu caráter formal impõe.

⁴² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A individualização da pena e a progressividade de regimes prisionais* in GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no sistema pena capitalista*. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2007, p. 38.

⁴³ MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: B de F Ltda, 2006, p.56-60.

⁴⁴ WELZEL apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: ed. Saraiva, 2003, p. 85.

⁴⁵ BARATTA apud MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: ed. B de F Ltda, 2006, p.58.

⁴⁶ No original: “La vida social requiere una cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto frente al comportamiento de los demás. Las normas jurídicas estabilizan e institucionalizan expectativas sociales y sirven, así, de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social”. MIR PUIG, op. cit., p.58.

Para o jurista, a pena busca a proteção efetiva da consciência social da norma, e por proteção se entende: a) a pena há de estar limitada pela proporcionalidade na retribuição pelo fato praticado pelo sujeito; b) a pena estabelecerá um intento de ressocialização do delinquente;

Em sua obra *Introduction a las bases Del Derecho penal*, Hassemer admite com clareza que o Direito Penal deverá orientar-se para uma “reformulação da ideia retributiva”:

A defesa do sistema jurídico como objetivo de prevenção geral, em sua dimensão geral, poderia ser gerada por mais tempo na reserva na esfera criminal, em vez de intervenção apressada e severa. A renúncia a julgamentos criminais, que surpreendentemente excedeu o atual campo de medição, e uma indicação clara do legislador ao juiz criminal sobre a modalidade de 'defesa do sistema jurídico', poderiam ser condições para o fortalecimento da confiança da população no exercício do Direito Penal.⁴⁷ (tradução livre)

Zipf e Roxin partem da ideia de que a intimidação causada pela prevenção geral causa o perigo de uma elevação excessiva da pena, defendendo um sentido limitador à prevenção geral positiva.⁴⁸

Roxin denomina a prevenção geral positiva de “prevenção geral compensadora” ou “integradora socialmente”, e chama a negativa de “prevenção geral intimidatória”. E esta última pressupõe a elevação da pena para alcançar o seu objetivo, e a sua aplicação não pode ser insuficiente para a defesa da ordem jurídica.⁴⁹

b) **Teoria da Prevenção Especial**: destina-se diretamente ao condenado, diversamente da prevenção geral, cujo destinatário é a coletividade. A teoria da prevenção especial estabelece que “o fim a que aspira a pena é desencorajar ou dissuadir o indivíduo que, tendo infringido uma norma penal, volte a cometer delitos”.⁵⁰

Para esta teoria, o fim da pena é extirpar o dolo infracional e evitar a reincidência como uma espécie de “medicina social” com um tratamento ressocializador que anule as tendências criminosas.⁵¹

⁴⁷ No original: “La defensa del ordenamiento jurídico como meta de la prevención general, en su dimensión general, podría generarse por mayor tiempo sobre la reserva en el ámbito penal, en lugar de una intervención apresurada y severa. La renuncia a los juicios penales, que superan asombrosamente el actual ámbito de medición, y a una clara indicación del legislador al juez penal sobre la modalidad de una ‘defensa del ordenamiento jurídico’, podrían ser condiciones para un fortalecimiento de la confianza de la población en el ejercicio del derecho penal”. HASSEMER, Winfried. *Prevención General y Aplicación de la Pena*. In: NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus (Org.). *Principales Problemas de la Prevención General*. Traducción por el Dr. Gustavo Eduardo Aboso y la Prof. Tea Löw. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2006, p.82.

⁴⁸ MIR PUIG, op.cit., p.61.

⁴⁹ ROXIN apud MIR PUIG, op.cit., p. 62.

⁵⁰ HIRECHE, Gamil Föppel El. A função da pena na visão de Claus Roxin. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004, p. 22.

⁵¹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2005, p. 78.

Franz von Liszt é considerado o defensor exponencial dessa teoria. Para ele, a função da pena é evitar futuros crimes com a proteção dos bens jurídicos por meio de sua própria incidência sobre a personalidade do delinquente.⁵²

A partir desta teoria nasce o estudo sobre o “homem criminoso”⁵³, a fim de detectar-se as características que distingue-o dos demais membros da sociedade e, a partir daí, o Estado passa a ter legitimidade para a regeneração moral do delinquente com o escopo de “ressocializar ou neutralizar o criminoso”.⁵⁴

Claudio Guimarães, a despeito de concordar que a prevenção especial atende aos anseios populares, assevera que a pretensa defesa da sociedade poderia autorizar a segregação indefinida do delinquente no cárcere até que se alcançasse a sua ressocialização, método este contrário ao Estado Democrático de Direito.⁵⁵

1.3.2.3 Teoria Mista, Unificadora ou Eclética

O terceiro conjunto de teorias a respeito da finalidade da pena é denominada de *teoria mista, unificadora ou eclética*, desenvolvida por Adolf Merkel, sendo a doutrina predominante na atualidade⁵⁶, e que se resume na combinação e complementação mútua das teorias absolutas e relativas. O autor assevera que a pena possui dois desideratos específicos, diversos e simultâneos: tanto é uma retribuição pela prática delituosa, como também uma forma de prevenção de novas infrações.

Atualmente o CP Brasileiro consagra as teorias mistas ou unificadas ao determinar a aplicação da pena “*conforme necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*” (art.59, CP).

Para as teorias unitárias, a pena se funda primordialmente no delito praticado e no propósito de evitar que novos delitos sejam cometidos. O crime praticado

⁵² HIRECHE, Gamil Föppel El. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004, p.27.

⁵³ Ferri, o mais ardoroso defensor de Lombroso escreveu o seguinte: “O estudo dos fatores antropológicos proporciona aos guardiões e administradores da lei novos e mais seguros métodos para se detectar o culpado. As tatuagens, a antropometria, a fisionomia, as condições físicas e mentais, os registros de sensibilidade, os reflexos, as reações vasomotoras, o alcance da visão, os dados de estatística criminal...com freqüência serão suficientes para oferecer aos agentes de polícia e aos magistrados um guia científico para seus inquéritos, que agora dependem exclusivamente de sua perspicácia individual e de sua sagacidade mental.E, quando pensamos na enorme quantidade de crimes e delitos impunes, por falta ou insuficiência de provas, bem como na freqüência dos processos baseados apenas em indícios circunstanciais, não é difícil perceber a utilidade prática de se estabelecer uma relação prioritária entre a sociologia criminal e o procedimento penal”. (FERRI apud GOULD, Stephen Jay. *A Falsa Medida do Homem*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 138).

⁵⁴ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.153.

⁵⁵ Ibidem, p.155-161.

⁵⁶ SOUZA, Paulo S. Xavier, *Individualização da Penal: no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 85.

deve operar como fundamento e limite da sanção, por isso “*proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade*”.⁵⁷

1.3.2.4 Teoria Dialética Unificadora

Saliente-se que, na origem, as *teorias unificadoras* limitavam-se a justapor os fins preventivos, especiais e gerais, da pena. Posteriormente, em uma segunda etapa, a doutrina passou a unificar os fins preventivos gerais e especiais, a partir das várias fases do Direito Penal (cominação, aplicação e execução), o que se denominou Teoria Dialética Unificadora, engendrada por Claus Roxin.

Claus Roxin, na obra *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, ao rechaçar as teorias absolutas ou retributivas, as preventivas, geral e especial e, posteriormente, a unificadora ou mista, afirma que “*os distintos estágios de realização do Direito Penal se estruturam uns sobre os outros e que, portanto, cada etapa seguinte deve acolher em si os princípios da precedente*”.⁵⁸

Numa incursão nas atividades estatais e no Direito Penal como instrumento regulador de condutas punitivas, Roxin conclui que a função do Estado é criar e garantir a um grupo reunido, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais”.⁵⁹

Desse modo, o Estado deve assegurar o respeito aos bens jurídicos valiosos por meio do Direito Penal, e ao mesmo tempo garantir as prestações públicas necessárias para a existência, a fim de possibilitar ao cidadão o livre desenvolvimento de sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna.⁶⁰

Depreende-se da Teoria Dialética Unificadora que o Direito Penal tem natureza subsidiária, ou seja, aplica-se a punição criminal às lesões de bens jurídicos importantes somente quando indispensável para o bem comum. Além disso, a legislação penal pode servir como “castigo pela imoralidade” caso a conduta não seja lesiva ao bem

⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V. 1, 16ª ed. São Paulo: ed. RT, 2018, p.564.

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004, p. 26.

⁵⁹ *Ibidem*, loc.cit.

⁶⁰ *Ibidem*, p.28.

jurídico, pois “*O Estado tem de salvaguardar a ordem externa, mas não possui qualquer legitimidade para tutelar moralmente o particular*”.⁶¹

Em suma, o autor afirma que o princípio da prevenção geral deve estar arraigado à própria atividade judicial na fase de aplicação e graduação da pena, e que o mal praticado pelo delinquente deve ser retribuído conforme o Direito. Assevera, ainda, que na aplicação da pena deve existir o elemento de prevenção especial, a fim de intimidar o delinquente a reincidir, de modo a manter a sociedade segura.

Conclui o autor que “*a aplicação da pena estará justificada se se conseguir harmonizar a sua necessidade para a comunidade jurídica com a autonomia da personalidade do delinquente, que o direito tem de garantir*”, bem como que “*a pena não pode ultrapassar a medida da culpa*”, pois, para ele, a dignidade do homem, que é proclamada pela Lei Fundamental, é um direito de proteção contra o Estado e não poderá, jamais, ser transformada numa faculdade de ingerência.⁶²

Durante a sua exposição, Claus Roxin afirma que a substituição das penas restritivas de liberdade por restritivas de direitos são formas de prevenção geral e especial, respaldada nos limites dos preceitos constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana e, para fundamentar o seu entendimento, o jurista afirma:

Resumindo, pode dizer-se acerca da segunda fase da eficácia do Direito Penal, que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvaguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa. Pode ver-se que assim se conserva o princípio da prevenção geral, reduzido às exigências do Estado de Direito e completado com as componentes de prevenção especial da sentença, mas que, simultaneamente, através da função limitadora dos conceitos de liberdade e culpa, e em consonância com a nossa lei fundamental, se desvanecem as observações que se opõem a que aquele princípio seja levado na graduação da pena.⁶³

Também salienta o autor que a última fase do Direito Penal, qual seja, a executória, somente se justifica se tiver como meta a reintegração do delinquente na comunidade, e esta ressocialização só será legítima e bem sucedida se dentro dos limites traçados legalmente.

Ressalta Roxin, entretanto, que “*qualquer esforço ressocializador apenas pode constituir uma oferta ao delinquente para que se ajude a si próprio com o trabalho,*

⁶¹ Ibidem, p.30.

⁶² Ibidem, p.34-37.

⁶³ Ibidem, p.40.

mas fracassa inevitavelmente quando ele não está disposto a esse esforço”. Assevera duramente que o processo de ressocialização do delinquente, sob a custódia do Estado, não exclui a obrigação da sociedade para com o delinquente, pois se ele é corresponsável pelo bem-estar da comunidade, ela também tem responsabilidade pela sua sorte.⁶⁴

Finaliza Roxin afirmando que a Teoria Dialética Unificada identifica a missão do Direito Penal como sendo a “*proteção subsidiária de bens jurídicos e prestação de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade do quadro traçado pela medida de culpa individual*”⁶⁵.

O que se conclui pela breve exposição acerca da origem e finalidade da pena neste capítulo é a importância da aplicação da reprimenda penal pura e simplesmente com base no texto legal, mas sempre fundamentada em uma teoria que abarque valores individuais e sociais, de modo a observar os princípios da República quando da prolação da sentença penal condenatória, e a sua eficácia quanto aos fins preventivos gerais e especiais.

Além disso, conforme afirmou o retro mencionado jurista Hessemer acerca da *teoria da prevenção geral positiva limitadora*, o Direito Penal é um meio de controle social do direito dos indivíduos, por isso a sua aplicação é restritiva, devendo respeitar os limites que seu caráter formal impõe, de modo que a pena há de estar limitada pela proporcionalidade na retribuição pelo fato praticado pelo sujeito.

Cientes da finalidade da pena dentro do Sistema Penal, ver-se-á a seguir as espécies de penas previstas no Direito Brasileiro e como são executadas.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 43.

CAPÍTULO 2 – ESPÉCIES DE PENAS E OUTRAS MEDIDAS CONSTRITORAS DE LIBERDADE

O sistema jurídico penal especial brasileiro é um conjunto de normas jurídicas com a função de proteger subsidiariamente bens jurídicos. Segundo Cezar Roberto Bitencourt⁶⁶, estas normas penais podem ser *incriminadoras*, que são aquelas que definem infrações penais, proibindo a prática de condutas (crimes comissivos) ou impondo a prática de condutas (crimes omissivos), sob a promessa de uma pena, e *não incriminadoras*.

As *normas penais incriminadoras*, por sua vez são compostas de dois preceitos: primário e secundário. O *preceito primário* descreve com objetividade, clareza e precisão, a infração penal. Já o *preceito secundário* representa a cominação abstrata e individualizada da respectiva sanção penal.

As *normas penais não incriminadoras* estabelecem regras gerais de interpretação e de aplicação das normas penais em sentido estrito, incidindo tanto na delimitação da infração penal como na determinação da sanção penal correspondente. São normas que delimitam o exercício do *ius puniendi* estatal, ou seja, tem como função interpretar e delimitar o alcance da norma penal incriminadora.

Saliente-se que as *normas penais não incriminadoras* classificam-se em: *permissivas*, *complementares* e *explicativas*. As *normas penais não incriminadoras permissivas* opõem-se ao preceito primário da norma penal incriminadora autorizando a realização de uma conduta proibida (excludentes da antijuridicidade). Já as *normas penais não incriminadoras explicativas e complementares* esclarecem, limitam ou complementam as normas penais incriminadoras dispostas na Parte Especial, dessa forma, podem determinar a infração penal, esclarecendo ou complementando o preceito primário, bem como determinar a consequência jurídica esclarecendo, limitando ou complementando o preceito secundário.

Será tratado neste capítulo o preceito secundário da norma penal incriminadora, isto é, a pena. As penas no Direito Penal são punições definidas pelo legislador e estão normatizadas na parte especial do Código Penal. O art. 59 do CP menciona que o juiz deve fixar a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed., Vol. 1, São Paulo: ed. Saraiva, 2015, pag. 17.

Segundo Nucci, pena é a sanção imposta pelo Estado ao criminoso, por meio de ação penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção de novos crimes.⁶⁷

O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em positivo e negativo: a) *aspecto geral negativo*: significando o poder intimidativo que a pena representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) *aspecto geral positivo*: demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) *aspecto especial negativo*: significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário; d) *aspecto especial positivo*: é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

Diante da necessidade de adequação da pena ao delito perpetrado, de modo a retribuir o mal social causado e prevenir novas práticas, o legislador, no art. 32 do CP, elencou diferentes espécies de penas. São elas:

1) **Privativa de liberdade**: que se divide em reclusão, detenção e prisão simples;

2) **Restritivas de direitos**: que somente podem ser aplicadas em substituição às penas privativas de liberdade nos casos autorizados em lei;

3) **Multa**: também conhecida como pena pecuniária.

Saliente-se que a **medida de segurança ou tratamento ambulatorial** não são consideradas penas, mas apenas formas de tratamento para os portadores de doença mental, ou seja, são aplicáveis nos casos de inimputabilidade do agente.

A seguir será estudada cada uma das espécies de pena.

2.1. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

A pena privativa de liberdade é uma sanção penal que suprime a liberdade de locomoção do condenado, autor do delito, por certo período de tempo, podendo ser de três espécies, quais sejam, reclusão, detenção ou prisão simples (crimes menos ou mais graves), dentro de um dos três regimes legalmente previstos (fechado, semiaberto e aberto), cuja fixação depende da espécie e quantidade de pena, reincidência, e esta é a principal sanção penal no direito brasileiro.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19ª edição. São Paulo: ed. Forense, 2019, pag. 21.

2.1.1 Breve contexto histórico da pena privativa de liberdade no Brasil

Há registros da aplicação da pena de prisão (pena corporal com privação de liberdade) no Brasil antes mesmo de seu descobrimento, conforme explica Gonzaga:

As penas corporais foram comumente empregadas, embora não se tenha notícias de métodos torturantes. A pena de morte era executada com o uso de tacape, recorrendo-se também a venenos, sepultamento de pessoas vivas, especialmente crianças, e enforcamento. Menciona ainda como forma de execução capital o enforcamento. A pena de açoites é também referida, mas a privação da liberdade existia como forma de prisão semelhante à atual ‘prisão processual’, destinando-se à detenção de inimigos, em seguida à captura, ou como recolhimento que antecipava a execução da morte.⁶⁸

Após o descobrimento do Brasil, a história do sistema prisional brasileiro começa a se difundir com a de Portugal, país em que vigoravam as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, influenciadas pelo direito romano e canônico.⁶⁹

Ressalte-se que as Ordenações Afonsinas não tiveram influência no Brasil, pois os donatários, arbitrariamente, eram quem impunham as regras jurídicas, pois tal competência lhes havia sido outorgada pelas cartas de doação.⁷⁰

No mundo, neste período, a prisão era apenas uma medida preventiva, com o escopo de evitar a fuga do delinquente até o seu julgamento final, e raramente era aplicada como modo de coerção para obrigar o condenado ao pagamento da pena pecuniária.⁷¹

Em 1521, com a promulgação das Ordenações Manoelinas, previu-se a prisão com o caráter coercitivo até o julgamento e a condenação do delinquente.⁷²

No Brasil, somente em 1603 entraram em vigor as Ordenações Filipinas, em razão do advento dos Governos-Gerais⁷³, as quais desvendaram durante dois séculos a

⁶⁸ GONZAGA, João Bernardino. *O Direito Penal indígena: à época dos descobrimentos do Brasil*. São Paulo: ed. Max Limona, s.d., pag. 171.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 8ª edição, vol. 01. São Paulo: ed. Saraiva, 2015, pag. 26.

⁷⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: ed. RT, 2001, pag. 07.

⁷¹ DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: ed. RT, 1998, pag. 42.

⁷² *Ibidem*, pag. 43.

⁷³ *Ibidem*, pag. 45.

“face negra” do Direito Penal, e um dos clássicos exemplos deste período é a cruel sentença de Tiradentes⁷⁴.

A Constituição Federal de 1824, surgida após a proclamação da Independência do Brasil, em 1822, foi a Carta que trouxe mudanças ao Direito Penal até então vigente, ao prever a organização de um Código Criminal “*fundado nas sólidas bases de justiça e equidade*”.⁷⁵

O Código Criminal do Império foi sancionado pelo Imperador D Pedro I em 16 de dezembro de 1830 e seguiu o exemplo das ideias liberais que dominavam a Inglaterra, França, Estados Unidos e outros países.⁷⁶

Em 1890 surgiu um novo diploma criminal, em consequência da recém-abolição da escravidão, que suprimiu alguns tipos penais e estabeleceu as seguintes modalidades de penas privativas de liberdade: a) *prisão celular*, aplicável a quase todos os crimes e contravenções, tendo como característica o isolamento celular com obrigação de trabalho, a ser cumprida em estabelecimento especial; b) *reclusão*, executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares; c) *prisão com trabalho obrigatório*, cominada para os vadios e capoeiras a serem recolhidos às penitenciárias agrícolas destinadas para tal fim ou aos presídios militares; d) *prisão disciplinar*, destinada aos menores até a idade de 21 anos, a ser executada em estabelecimentos industriais especiais.⁷⁷

Em 1921 foi inaugurada no Estado de São Paulo a “Penitenciária do Estado”, no Carandiru, que durante muito tempo foi considerada um modelo prisional quanto aos aspectos arquitetônico e administrativo, onde foi implementado o “sistema celular e progressivo”.⁷⁸

Com o advento do Código Penal Brasileiro de 1940, uma nova alteração ocorreu no Sistema Penal, com a classificação das penas em duas categorias: *penas principais* (reclusão, detenção e multa), e *penas acessórias* (perda da função pública e interdição de direitos). O Código aclarou os conceitos e aplicação das penas de reclusão e detenção, além de estabelecer o sistema progressivo em quatro períodos: isolamento, trabalho, remoção para a Colônia Agrícola e livramento condicional.⁷⁹

⁷⁴ Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, personagem símbolo da conspiração denominada Inconfidência Mineira, foi executado a pena de enforcamento em 21 de abril de 1792.

⁷⁵ DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: RT, 1998, pag. 49-50.

⁷⁶ *Ibidem*, pag. 51.

⁷⁷ *Ibidem*, pag. 55.

⁷⁸ FALCONI, Romeu. *Sistema prisional: reinserção social?* São Paulo: Ícone, 1998, p. 55.

⁷⁹ *Ibidem*

Em 1957 foi criada a Lei n.º 3274 que dispôs sobre o *regime penitenciário*, declarando a necessidade de se garantir a individualização das penas, a classificação dos delinquentes, a separação dos presos provisórios e dos condenados, a concessão do trabalho e a percepção do salário, a educação moral, intelectual, física e profissional dos sentenciados, a assistência social aos condenados, aos egressos, e às suas famílias e às famílias das vítimas.⁸⁰

Finalmente, em 11 de julho de 1984 foi promulgada a Lei n.º 7209, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, prevendo a pena privativa de liberdade nas duas modalidades atuais (reclusão e detenção), o repúdio à pena de morte, novas penas patrimoniais, a extinção das penas acessórias e a revisão das medidas de segurança.⁸¹

No mesmo ano foi promulgada a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7210/84) com grandes avanços ao tratamento dos condenados e, pouco tempo depois, em 1988, foi promulgada a Constituição da República, trazendo inúmeras garantias à pessoa condenada, mormente à sua dignidade.

De qualquer modo, mesmo com todos os avanços, é certo que a pena privativa de liberdade não tem cumprido o seu mister, tanto que ao legislador foi necessária a criação de penas alternativas à pena privativa de liberdade, com o escopo de tornar a reprimenda mais eficiente quanto os seus fins retributivo e preventivo.

2.1.2 Os princípios constitucionais relacionados à aplicação da lei penal

A pena privativa de liberdade não pode servir de vingança social, por isso a sua aplicação e execução devem estar pautadas em princípios informadores e humanizadores do direito da pessoa condenada, conforme previsto na Constituição Federal. São eles:

a) *Princípio da Anterioridade da Lei ou Princípio da Legalidade*: previsto no art. 1º do Código Penal. Segundo o referido vetor, alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato praticado, existir uma lei que considere o fato como típico, independentemente de ser ele imoral, antissocial ou danoso.

⁸⁰ DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: RT, 1998, pag. 71.

⁸¹ *Ibidem*, pag. 93-100.

b) *Princípio da humanidade das penas*: o artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal, proíbe a pena de morte (salvo nos casos de guerra declarada), bem como as penas perpétuas de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis. Ainda, estando constitucionalmente prevista a dignidade humana como fundamento do Estado Brasileiro (art. 1º, III), toda a legislação atinente à aplicação e execução da pena deve prezar pelo imensurável valor do humanismo, devendo ser considerada inconstitucional qualquer solução de conflitos que destoe de tal preceito. Nesse sentido, o art. 5º, XLIX da Constituição Federal garante a todos os presos o respeito a sua integridade física e moral, e o art. 3º da Lei de Execução Penal garante ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, ou seja, o condenado não perde, com a imposição da pena, a sua condição humana.

c) *Princípio da individualização da pena*: o magistrado, ao aplicar a sanção penal, deve respeitar a individualização da pena de modo que ela seja adequada e suficiente para recompensar a sociedade pelo mal causado, recuperar o desvirtuamento da personalidade do criminoso, e atender a finalidade pedagógica social. Do mesmo modo, na fase de execução penal deve ser despendido um tratamento individualizado do condenado em respeito ao *princípio da isonomia* (art. 5º, XLVI). O cuidado individualizado do Estado para com o acusado e condenado, portanto, é imperativo constitucional.

d) *Princípio da coisa julgada – vedação ao excesso de execução*: a execução da pena não pode exceder o que foi determinado no título executivo judicial, em observância ao princípio da legalidade. Aqui se encontra a obrigatoriedade da aplicação do instituto da detração penal, e não de modo deficiente, mas sim, de maneira perfeita, completa. Se a sentença é ato normativo que resolve a situação concreta, em substituição a vontade das partes, todos os atos praticados na fase executória devem se submeter aos limites do julgado.

e) *Princípio da pessoalidade ou personalidade da pena ou intranscendência da pena ou responsabilidade pessoal*: o art. 5º, XLV, da Constituição Federal dispõe que a pena não deverá passar da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, conforme a lei, estendidas aos sucessores e contra eles executados, até o limite do valor do patrimônio transferido. Trata-se de máxima própria de um Direito Penal Democrático, em que a responsabilidade deve ser individual, sendo consectário da dignidade humana a noção de que ninguém pode responder criminalmente além dos limites da própria culpabilidade. Em relação a este princípio vale refletir sobre a lição de René Ariel Dotti acerca dos efeitos reflexos da pena:

A exigência da personalidade da pena – declarada no art. 5º, XLV, da CF – não constitui, a rigor, um princípio com a segurança e a clareza de outras garantias que têm essa designação. Na realidade prática, os efeitos morais e materiais da infração penal vão para além da pessoa de seu autor para se transmitirem, não raro, às demais pessoas que com ele convivem. Daí porque a garantia formal da personalidade da pena é referida como um dogma. Não existe nenhum fundamento humano, social e ético para que o sacrifício da pena seja também imposto aos parentes e amigos do responsável pelo fato punível. [...] É uma imposição do Direito Natural, assentada no antigo brocardo *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu)⁸²

Como leciona José Frederico Marques, o reflexo da condenação em pessoas da família do detento constitui inconveniente que nem sempre se pode evitar, a não ser que se pretenda o mal, ainda maior, da impunidade a semear pelas famílias das vítimas idênticas consequências.⁸³ Dentre esses efeitos reflexos, pode-se destacar: a perda de rendimentos auferidos pelo condenado; o preconceito e a discriminação sofridos por seus familiares; o distanciamento dos filhos que crescerão sem a presença paterna ou materna; o constrangimento para a realização das visitas aos reclusos, etc.

f) *Princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade*: o Direito Penal, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, deve intervir minimamente na vida privada do cidadão, vale dizer, os conflitos sociais existentes, na sua grande maioria, precisam ser solucionados por outros ramos do ordenamento jurídico (civil, trabalhista, tributário, administrativo etc.). A norma penal incriminadora, impositiva de sanção, deve ser a *ultima ratio*, ou seja, a última hipótese que o Estado utiliza para punir o infrator da lei.⁸⁴ Tal princípio deve servir como base para a descriminalização de condutas que não atingem a sociedade, mas apenas a pessoa do delinquente, como o uso de entorpecente, por exemplo.

2.1.3 Espécies de penas privativas de liberdade

As espécies de penas estão relacionadas à gravidade da conduta tipificada e, ao mesmo tempo, direcionam o juiz à fixação do regime de cumprimento inicial.

⁸² DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2001, pag. 79.

⁸³ MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. 3º vol. São Paulo:ed. Saraiva, 1956 in DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2013, pag. 81.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 12ª edição. Vol. 01. São Paulo: ed. Forense, 2019, pag. 39.

O art. 33 do Código Penal prevê três espécies de pena privativa de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), sendo certo que todas as espécies poderiam ser unificadas sobre uma única denominação, qual seja, pena de prisão.

A *pena de prisão simples* não se inclui entre as privativas de liberdade, pois se destina somente às contravenções penais (Decreto Lei n.º 3688/41), que são infrações penais de menor lesividade, e é a mais branda dentre as três espécies legalmente previstas. Tal pena tem por objetivo impedir que uma pessoa condenada pela prática de contravenção penal permaneça no mesmo ambiente de criminosos.

Pois bem, a *pena de reclusão* é prevista para os crimes mais graves, por isso a sua aplicação se dá em caso de condenações mais severas. O regime de cumprimento de uma pena de reclusão pode ser fechado, semiaberto ou aberto, os quais serão estudados ainda neste tópico.

Já a *pena de detenção* é aplicada em crimes menos graves que os apenados com reclusão e, por isso, aplicada para condenações mais leves, tanto que não admite que o início do cumprimento da pena se dê em regime fechado.

Passa-se à análise dos regimes.

Como dito anteriormente, o Código Penal, ao regular as espécies de penas, também dispõe sobre os regimes penitenciários nos quais será submetido o condenado de acordo com a espécie de pena aplicada. Há três regimes previstos legalmente: fechado, semiaberto e aberto.

O *regime fechado* é o destinado aos condenados à pena de reclusão superior a 8 (oito) anos ou para os condenados reincidentes cuja pena seja inferior a 8 (oito) anos, mas superior a 4 (quatro), segundo reza o art. 33, § 2º, *a* e *b* do CP. A pena, neste caso, será cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média, conforme dicção do art. 33, §1º, *a* do Código Penal e arts. 87 a 90 da Lei de Execuções Penais.

O *regime semiaberto* é aplicável ao condenado apenado com reclusão, detenção ou prisão simples, não reincidente (primário), cuja pena fixada seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), conforme disposto do art. 33, §2º, *b*, do Código Penal. Neste caso, o estabelecimento adequado ao cumprimento da pena será a colônia agrícola, industrial ou similar a tais, consoante o disposto do art. 33, §1º, *b*, do Código Penal.⁸⁵

⁸⁵ Súmula 269 do STJ “é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

Por fim o *regime aberto*, destinado ao condenado apenado com reclusão, detenção ou prisão simples, não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos conforme dicção do art. 33, §2º, c, do Código Penal, e será executada em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Ressalte-se que a Lei de Execuções Penais prevê, também, o *regime disciplinar diferenciado* em seu art. 52, e este não se confunde com regime penitenciário, referindo-se apenas ao enrijecimento das circunstâncias de cumprimento da pena no regime fechado.

Pois bem, após o início do cumprimento da pena deve ser observado o sistema adotado pelo nosso legislador pátrio para cumprimento das penas privativas de liberdade, que é o progressivo, conforme preceitua o artigo 112 da Lei n.º 7.210/1984, ou seja, o cumprimento da sanção é dividido em etapas, as quais são progressivamente menos severas, destinando-se a reinserir, aos poucos, o sentenciado à sociedade⁸⁶, desde que cumprido um período legalmente fixado (condição objetiva) e seu mérito autorize a concessão do benefício (condição subjetiva).

A seguir tem-se o procedimento de execução das penas privativas de liberdade.

2.1.4 Execução das penas privativas de liberdade

Atualmente, proferida a sentença condenatória, sobrevém a pena privativa de liberdade que deve ser executada pelo Estado, mas é bom lembrar que a forma de execução da pena também evoluiu muito junto com o progresso social ao longo da história.

O Código Penal de 1891 previa um sistema prisional progressivo de quatro estágios: o primeiro, o regime pensilvânico ou celular; o segundo, o regime auburniano; o terceiro, a prisão agrícola; e, o quarto, o livramento condicional.

No referido Código a execução da pena estava a cargo apenas do Poder Executivo, era um expediente exclusivamente administrativo, pelo que os juristas sentiam a necessidade de uma legislação específica que jurisdicionalizasse a execução penal.

Em 1933 foi apresentado ao Governo o Anteprojeto de Código Penitenciário da República, encaminhado dois anos depois à Câmara dos Deputados por

⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 16ª ed., V. 2. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 646-647.

iniciativa da bancada da Paraíba, e cuja discussão ficou impedida com o advento do Estado Novo.

Em 1955 e 1963 foram apresentados os Anteprojetos de Código das Execuções Penais, mas não chegaram à fase de revisão. Objetava-se, então, à constitucionalidade da iniciativa da União para legislar sobre as regras jurídicas fundamentais do regime penitenciário, de molde a instituir no país uma política penal executiva. Contentou-se o Governo da República com a sanção, em 02 de outubro de 1957, da Lei nº 3.274, que dispôs sobre as normas gerais de regime penitenciário.

Obviamente que a ausência de legislação específica para execução penal (uma codificação executiva completa), que assegurasse os direitos dos presos e impusesse limites ao Estado na expiação da pena, evitando, destarte, os comuns excessos, dificultava demasiadamente um sistema de execução penal legítimo e eficaz, alinhado com o Estado Democrático de Direito.⁸⁷

Finalmente em 11 de julho de 1984 foi sancionada a Lei nº 7210/84 que disciplinou o procedimento da execução das penas aplicadas em processos criminais, de modo a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (alterações: Lei nº 10.792/03, Lei nº 12.121/09, Lei nº 12.258/10, Lei nº 12.313/10, Lei nº 12.433/11, Lei nº 12.654/12, Lei nº 13.163/15, Lei nº 13.167/15, Lei nº 13.1290/15, Lei nº 13.769/18).

Atualmente, inicia-se a execução da sentença criminal com a instauração do processo de execução, após a condenação ou absolvição imprópria de um jurisdicionado no processo criminal, não decorrido o prazo da prescrição executória. Este processo tramita em uma das Varas de Execução Penal da Justiça Estadual ou Federal, que são chefiadas por juízes de direito.

Estes juízes de execução penal também são encarregados, conforme a Lei de Execução Penal, de inspecionar, mensalmente, presídios e penitenciárias para verificar as condições em que os condenados estão cumprindo pena (higiene, integridade física dos presos, saúde, acesso à assistência médica e jurídica, oportunidades de reinserção social, estrutura das unidades prisionais, entre outros fatores), devendo adotar providências para o adequado funcionamento das unidades prisionais (art. 66, VII da LEP e Resolução 47/07 do CNJ).

⁸⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1980. p. 31.

Depreende-se de tais normas que a execução penal foi jurisdicionalizada para garantir o respeito aos direitos humanos fundamentais do preso diante das penas desumanas e degradantes que foram surgindo ao longo da história.

O art. 1º da LEP dispõe sobre as duas finalidades da execução da pena: a primeira é reprimir e prevenir os delitos; a segunda é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e o internado, instrumentalizada por meio da oferta de meio pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da comunhão social.

Nesse contexto depreende-se que a finalidade reeducadora e ressocializadora da pena abraça o apenado, apoia-o, impedindo que seja eliminado da sociedade, e para tanto, submete-o a um regime jurídico particular, em razão de seu comportamento antissocial, a fim de moldá-lo e adequá-lo às expectativas sociais.⁸⁸

A Lei das Execuções Penais (Lei nº 7210/84), em sua Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983, afirma que esta normatização ingressou nos costumes jurídicos do país com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal, que deve ser observada tanto no âmbito administrativo quanto no jurídico.

Pois bem, durante toda a execução penal os juízes são os responsáveis pela aplicação das normas constantes da Lei das Execuções Penais com o objetivo de reinserir gradativamente o condenado na sociedade, tudo de acordo com as informações prestadas pelos órgãos fiscalizadores acerca do comportamento do executado durante o cumprimento de pena.

Diante desta análise, verifica-se que a natureza da execução criminal é híbrida, isto é, deve ocorrer de maneira harmônica nos âmbitos administrativo e jurisdicional, com uma reinserção progressiva do preso na sociedade, por meio de um sistema progressivo.

O *sistema progressivo* foi implantado diante da relevância da pena de prisão desde o século XIX e da busca incessante pela ressocialização do condenado. Aliás, após a Primeira Guerra Mundial, o modelo progressivo de cumprimento de pena se dissipou por diversos países, mormente na Europa, e era assim considerado:

⁸⁸ Everardo da Cunha Luna destaca, em seu livro *Capítulos de Direito Penal* que “a finalidade das penas privativas de liberdade, quando aplicadas, é ressocializar, recuperar, reeducar ou educar o condenado, tendo uma finalidade educativa que é de natureza jurídica (LUNA, Everaldo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: ed. Saraiva, 1985, p. 270)

(...) distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador (...). A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e de outro pretende que esse regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.⁸⁹

O modelo progressivo consubstancia-se na fiscalização e análise do comportamento do presidiário pelos funcionários do estabelecimento prisional em que se encontra que, depois de transcorrido o lapso legalmente previsto, é avaliado e, possuindo ele uma conduta adequada para o retorno à sociedade, gradativamente é reinserido nela, sendo promovido a um regime mais brando, até a recuperação total de sua cidadania.

Essa progressão gradativa é obtida pelo preso desde que preenchidos requisitos legais de caráter objetivo e subjetivo.

O *requisito objetivo* é o tempo de pena cumprido pelo condenado, e está disciplinado pelo art. 112 da LEP, que foi modificado pela Lei n.º 13.964/19 (Pacote Anticrime), e leva em consideração a espécie de crime (comum, hediondo ou equiparado), a violência perpetrada contra a pessoa, a condição do executado em ser primário, reincidente, chefe de organização criminosa ou participante de milícia privada:

Requisitos objetivos para a progressão de regime de acordo com as alterações do “Pacote Anticrime” – Lei n.º 13.964/19				Disciplina legal anterior
Crime comum cometido SEM violência ou grave ameaça à pessoa	Primário	16% - art. 112, I da LEP		1/6 de cumprimento da pena (art. 112 da LEP)
	Reincidente	20% - art. 112, II da LEP		
Crime comum cometido COM violência ou grave ameaça à pessoa	Primário	25% - art. 112, III da LEP		1/6 de cumprimento da pena (art. 112 da LEP)
	Reincidente	30% - art. 112, IV da LEP		
Crime hediondo ou equiparado	Primário	40% - art. 112, IV da LEP		2/5 –art. 2º, §2º da Lei 8072/90
		Se houver morte: 50%, vedado o livramento condicional Art. 112, VI, “a” da LEP		
		60% - art. 112, VII da LEP		

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2011, pag. 79

	Reincidente	Se houver morte: 70%, vedado o livramento condicional Art. 112, VIII, da LEP	3/5 – art. 2º, §2º da Lei 8072/90
Comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado		50% - art. 112, VI, “b” da LEP	1/6 – art. 112 da LEP
Milícia privada		50% - art. 112, VI, “c” da LEP	1/6 – art. 112 da LEP

A Lei n.º 13.964/19 (Pacote Anticrime) também alterou o tempo máximo de prisão no cumprimento das penas privativas de liberdade, elevando-o para 40 (quarenta) anos, o que ensejou um significativo aumento de tempo de prisão para a obtenção de progressão de regime e vedação ao livramento condicional, construção legislativa que contrariou, diretamente, a força normativa da decisão prolatada em 09/09/2015 pelo STF, nos autos da *ADPF 347*, de relatoria do Min. Marco Aurélio, que declarou o *estado de coisas inconstitucional* no sistema penitenciário brasileiro⁹⁰, pois a elevação do tempo para a obtenção de progressão de regime, e o aumento do tempo máximo de prisão para 40 anos, certamente resultará em piora no quadro de superlotação carcerária, indo na contramão da decisão do STF.

Nesse diapasão, a Lei n.º 13.964/19 ao estender o período de encarceramento previsto no art. 75 da LEP, também violou a Constituição Federal, especificamente o artigo 113, da ADCT, introduzido pela EC n.º 95 de 2016, a qual expressamente prevê que “*A proposição legislativa que crie ou altere despesa*

⁹⁰ Na ADPF 347, diante do inegável quadro de superlotação carcerária existente no país e das desumanas condições de encarceramento, a decisão liminar do STF reconheceu que “Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 347 MC. Ementa: “CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.” Rel. Min. Marco Aurélio. julgado em 09/09/2015 – disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador>>. Acessado em 18.11.2019).

obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.”

A data base para a elaboração do cálculo pode ser a partir da prisão em flagrante (quando não houver interrupções), da prisão após o fato (quando da prisão preventiva), da prisão definitiva (após o trânsito em julgado), ou após a última interrupção.

Já o *requisito subjetivo*, previsto também no art. 112 da LEP, exige do reeducando boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento. Caso o juiz entenda necessária uma avaliação mais apurada acerca da personalidade do preso, determinará a elaboração de exame criminológico.

Todavia, a despeito do sistema de reabilitação do condenado ser progressivo, existem situações em que a pena privativa de liberdade sujeitar-se-á à regressão de regime (art. 118 da LEP), ou seja, o condenado será transferido para um regime mais gravoso de cumprimento de pena nas seguintes hipóteses:

I – *praticar fato definido como crime doloso ou falta grave*: não é necessária a existência de sentença condenatória, tampouco o trânsito em julgado, conforme entendimento jurisprudencial majoritário⁹¹. As condutas que caracterizam falta grave estão elencadas no art. 50 da LEP e, neste caso, conforme prevê o §2º, o executado deverá ser previamente ouvido antes da regressão (audiência de justificação);

II – *sofrer condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime* (artigo 111).

III – *o condenado será transferido do regime aberto se frustrar os fins da execução*.

O *sistema progressivo*, na verdade, constitui-se em importante forma de estímulo para a ressocialização do preso, mas obviamente que o mero preenchimento de requisitos para a progressão não são suficientes para a eficácia da ressocialização, a qual exige do Estado a prática de ações de integração que se subsumam em intervenções técnicas, políticas e gerenciais que surtam efeito ressocializador eficiente durante o cumprimento da pena.

⁹¹ O Superior Tribunal de Justiça deu provimento a recurso interposto pela Procuradoria de Recursos Constitucionais e reiterou entendimento de que basta o cometimento de fato definido como crime doloso para que seja reconhecida a falta grave do apenado, sendo prescindível o trânsito em julgado da condenação para a aplicação de sanções disciplinares. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp n.º 439978 – GO 213/0390866-1, Ementa: “AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. REGRESSÃO DE REGIME E PERDA DE DIAS REMIDOS. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA. MANUTENÇÃO DOS DIREITOS.” Decisão Monocrática. Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP). julgado em 07/05/2015 – disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188907343/agravo-em-recurso-especial-aresp-439978-go-2013-0390866-1>>. Acessado em 18.11.2019.

2.2 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

2.2.1 Breve contexto histórico das penas alternativas

Como visto no primeiro capítulo:

As sanções criminais na Idade Média estavam submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função do *status* social a que pertencia o réu. Referidas sanções podiam ser substituídas por prestações em metal ou espécie, restando a pena de prisão, excepcionalmente, para aqueles casos em que os crimes não tinham suficiente gravidade para sofrer condenação à morte ou as penas de mutilação⁹²

Já na metade do século XVIII, os juristas e filósofos passaram a criticar a legislação penal vigente, passando a defender a dignidade do homem e a liberdade do indivíduo, destacando-se a publicação da obra de Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria, intitulada de *Dos delitos e das penas*. O autor postulava a distribuição da “mínima felicidade dividida pelo maior número”, advertindo que: “*Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade. [...] A certeza de um castigo, mesmo moderado sempre causará mais intensa impressão do que temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade*”.⁹³

A partir dessa nova consciência acerca dos direitos humanos, surgiram as correntes iluministas representadas por Voltaire⁹⁴, Montesquieu⁹⁵ e Rousseau⁹⁶, com críticas severas aos excessos da legislação penal, atingindo seu ápice com a Revolução Francesa quando surge a ideia de igualdade, fraternidade e solidariedade.

No Brasil, durante a vigência da Constituição de 1937 (Constituição Polaca) entra em vigor, no dia 1º de janeiro de 1942, um novo Código Penal originado do

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2011, p.32.

⁹³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: ed. Martin Claret, 2007, p. 87.

⁹⁴ VOLTAIRE era o pseudônimo de François-Marie Arouet. Voltaire foi um importante ensaísta, escritor e filósofo iluminista francês, sendo que a defesa do livre pensamento foi o pilar de sua filosofia, que pode ser encontrado nas principais obras como *Tratado sobre a Tolerância*; *Cândido ou O Otimismo*; *A Princesa da Babilônia*; *Cartas Filosóficas*.

⁹⁵ Charles-Louis de Secondat, mais conhecido por MONTESQUIEU, foi um filósofo político francês de formação iluminista e importante crítico da monarquia absolutista, bem como do clero católico. Sua obra mais importante foi o tratado político *O Espírito das Leis*, de 1748. Nesta obra Montesquieu defende um sistema de governo constitucional, a separação dos poderes, a preservação das liberdades civis, manutenção da lei e o fim da escravidão.

⁹⁶ O pensamento do filósofo iluminista francês Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi polêmico na filosofia moderna. Os aspectos principais que definiram o pensamento social de ROUSSEAU foram: a concepção de que a natureza humana é boa e de que, derivada dessa concepção, a sociedade é quem a corrompe. A principal obra de Rousseau que expressou seu pensamento social foi o *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, publicada em 1755.

Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940, projeto do jurista Alcântara Machado e revisto por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra.

O mencionado Código era qualificado como eclético, pois mesclava o pensamento clássico e o positivista, e tinha como princípios: a reserva legal; o sistema duplo binário em que se cumulava medida de segurança, durante o período da inimputabilidade, e pena após a cessação da periculosidade; penas principais e acessórias e sanção pecuniária; o dualismo das penas privativas de liberdade com a distinção no cumprimento entre as penas principais que eram a detenção, reclusão e multa; a consideração da personalidade do criminoso; e excepcionalmente a responsabilidade objetiva.⁹⁷

Como evidência do autoritarismo da época, o Código de 1940 restringe o princípio do *in dubio pro reo* em nome do interesse público e da maior eficácia da ação repressiva, como consta em sua Exposição de Motivos: “*não se pode continuar a contemporizar com direitos individuais em prejuízo do bem comum*”.

A despeito da promulgação da Constituição de 1946, que restaurou a democracia no país com a queda do Estado Novo, a Nova Carta não conseguiu reformar as ideias penais autoritárias e desumanas.

Em 1984 a Lei n.º 7.209 reformulou toda a Parte Geral do Código de 1940, e humanizou as sanções penais com a criação do sistema vicariante e das penas alternativas à prisão. O jurista Francisco de Assis Toledo faz o seguinte comentário sobre o novo paradigma da pena:

Elaborou-se um rol de penas que vai desde a multa e a simples restrição de direitos até a privação da liberdade em regime fechado. Estabeleceu-se a escalada de aplicação dessas penas, reservando-se as não privativas de liberdade para as infrações de menor importância, as privativas de liberdade para os crimes mais graves e para os delinquentes perigosos ou que não se adaptem, por rebeldia, às outras modalidades da pena (...). Penso, portanto, que nos textos legais recentemente editados, a pena criminal adquire, para o direito brasileiro, um novo sentido ao qual estará indissolavelmente ligada a mencionada exigência da “necessidade de pena”, ou de “desnecessidade de uma certa pena”, com as significativas consequências daí decorrentes.⁹⁸

A reforma de 1984 extinguiu as penas acessórias, e as penas principais passaram a ser as privativas de liberdade (reclusão e detenção), as restritivas de direitos nas

⁹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: ed. Atlas, 2001, p. 43.

⁹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Crimes Hediondos* in *Revista Fascículo de Ciências Penais*, v. 5, 1992, Porto Alegre: ed. Sergio Antônio Fabris, p.16.

modalidades prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, e a multa, sendo que a culpabilidade passou a ser o critério individualizador da pena.

O mundo constatava que a pena privativa de liberdade não alcançava mais o seu fim precípua, isto é, a ressocialização do infrator, por isso os juristas passaram a refletir sobre os sistemas punitivos existentes e vigentes, buscando criar novas maneiras de punição diversas da pena de prisão, que viessem a alcançar o objetivo primordial.

Neste contexto e a par dos ideais contidos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, organizações internacionais deram início a um projeto de estudos para implementarem a aplicação efetiva de medidas não privativas de liberdade.

No primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, que aconteceu na Suíça em 1955, debateu-se sobre as Regras Mínimas para o tratamento dos criminosos condenados com o escopo de implementar eficiência na recuperação do delinquente submetido ao cárcere.

A ONU, no Sexto Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento do Delinquente, diante dos altos índices de criminalidade e reincidência, reconheceu a necessidade de implantação de alternativas para a pena privativa de liberdade.⁹⁹

Posteriormente, no oitavo Congresso das Nações Unidas para prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente realizado em Havana (Cuba), em 1990, nasceu a Resolução nº 45/110 de 14 de dezembro de 1990, que estabeleceu as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre medidas não-privativas de liberdade, as quais ficaram conhecidas como *Regras de Tóquio*.

As *Regras de Tóquio* são um manual de instruções sobre a operacionalização de medidas não-privativas de liberdade em todas as fases processuais da Justiça Penal, com normas norteadoras das políticas de aplicação de penas e medidas alternativas à prisão. Assim, ao lado da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, as *Regras de Tóquio* também passaram a

⁹⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. Princípios Orientadores de Riade*, p. 68. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acessado em 06.11.2019.

ser consideradas dentro deste contexto, como instrumentos internacionais sobre direitos humanos.

No Brasil, sob a influência das *Regras de Tóquio*, foi promulgada a Lei nº. 9.714, de 25 de novembro de 1998, chamada de Lei das Penas Alternativas, que alterou os artigos 43 e seguintes do Código Penal, implementando outras penas alternativas à prisão, quais sejam, prestação pecuniária em favor da vítima, perdas de bens e valores, proibição de frequentar determinados lugares e prestação de outras naturezas, além de modificar as condições de aplicabilidade.

Diante desse novo panorama foram criadas Centrais de Penas Alternativas em todos os Estados em 2000 e 2001, vinculadas às Secretarias Estaduais, e contratadas equipes técnicas compostas por profissionais de psicologia e serviço social.¹⁰⁰

Ultrapassada esta breve análise histórica, cumpre esclarecer que o Código Penal Brasileiro, desde a reforma de 1984, estabelece três espécies de pena: a pena privativa de liberdade (art. 32, I), a restritiva de direitos (art. 32, II), e a multa (art. 32, III) e, de acordo com Shecaira, as três espécies restringem direitos do jurisdicionado: “*uma atinge, de forma taxativa, a liberdade; outra o patrimônio; por fim as restritivas de direito conduzem a uma limitação parcial, a um estreitamento de direitos*”¹⁰¹ Assim, não há que se falar que apenas a pena privativa de liberdade revela a verdadeira repressão Estatal.

2.2.2 Natureza jurídica, conceito e os princípios constitucionais que fundamentam as penas restritivas de direitos

O modelo clássico de Justiça Penal fundado na crença de que a pena privativa de liberdade seria suficiente para, por si só, resolver a questão da violência, cedeu espaço para o novo modelo de pena alternativa à prisão, e esta deverá ser utilizada apenas como *extrema ratio*, isto é, última opção, justificando-se apenas aos casos de efetiva gravidade.

¹⁰⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Relatório de gestão da CGPM*. Brasília/DR, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/Depen/reintegração/penas/relatório/Penas2006.pdf>>. Acesso em 06.11.2019.

¹⁰¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena restritiva de direitos*. in *Penas Restritivas de Direitos: Críticas e Comentários às Penas Alternativas - Lei 9.714 de 25.11.1998*. René Ariel Dotti et al (organizadores). São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.151-262.

O Direito Penal passou gradativamente de uma política *paleorrepressiva*¹⁰² ou de *hard control*, para outra de penas alternativas que não privilegia o cárcere e tampouco se coaduna com a impunidade.

Vale ressaltar o brocardo jurídico *Nulla lex poenalis sine necessitate*, ou seja, “Não há lei penal sem necessidade”, sendo certo que o Direito Penal deve primar pelo princípio republicano da dignidade da pessoa humana com a intervenção mínima do Estado na vida do indivíduo, estando autorizado a exercer o seu poder máximo regulador apenas quando indispensável à manutenção da ordem social.

Ensina Ingo Wolfgang Sarlet sobre a tão reverenciada “dignidade da pessoa humana”:

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunidade com os demais seres humanos.¹⁰³

E foi diante desse contexto de intervenção mínima do Estado na vida do indivíduo que surgiram as alternativas penais, que alguns doutrinadores denominam de *penas alternativas* e outros de *medidas alternativas*.

Luiz Flávio Gomes salienta que o termo *alternativas penais* consiste no gênero do qual as medidas alternativas e penas são espécies. Salienta, ainda, que as *penas alternativas* são aquelas elencadas no art. 43 do CP, e as *medidas alternativas* são os instrumentos que impedem que o autor da infração seja submetido à privação de sua liberdade.¹⁰⁴

Nessa linha de raciocínio é possível afirmar que a pena restritiva de direitos é uma pena alternativa, ou seja, uma sanção penal imposta em substituição à pena privativa de liberdade consistente na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do

¹⁰² “.... esse modelo de política criminal, paleorrepressiva, baseada na vingança, só sabe dar resposta aparente a esse tormento (inevitável) que se chama delito.” BIANCHINI, Alice, GOMES, Luiz Flávio. *O Direito Penal na era da Globalização*. São Paulo: RT, 2002, p.22.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pag. 91.

condenado dentro de uma política de Direito Penal Mínimo, a qual se propõe a diminuir os usuários do sistema carcerário.¹⁰⁵

Para o Ministério da Justiça as penas restritivas de direito são conhecidas como: “*penas e medidas alternativas, cuja sanção penal é de curta duração (0 a 4 anos de condenação), para crimes praticados sem violência, nem grave ameaça*” e, pelos motivos retro expostos, a pena restritiva de direito acabou sendo apelidada no Brasil como “pena alternativa”. Todavia, por questões metodológicas, faz-se necessária a distinção entre as penas e as medidas alternativas.¹⁰⁶

A *pena alternativa* é uma intervenção penal que constrange o indivíduo por intermédio de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, desde que não implique no aprisionamento. Para a aplicação da pena restritiva, o juiz deve concretizar a pena privativa de liberdade na sentença e, sendo possível optar pela alternativa, substituí-la por uma restritiva de direitos.¹⁰⁷

Por sua vez, as *medidas alternativas* “*são institutos destinados a evitar a aplicação ou a execução de uma pena, previstos pela Lei n.º 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais*”¹⁰⁸ É uma intervenção penal que se caracteriza pela imposição de uma restrição de liberdade sem um julgamento prévio, mesmo que se entenda ser uma pena, deve ser tratada como uma alternativa consensual, diversamente da pena restritiva de direitos.

Outro exemplo desta tendência de Direito Penal mínimo, com a aplicação de medidas alternativas, é o *acordo de não persecução penal* previsto no art. 28-A na Lei n.º 13.964/19, que alterou o Código de Processo Penal. O legislador entendeu que, em não sendo caso de arquivamento da investigação e se o investigado tiver confessado a prática da infração penal cometida sem violência ou grave ameaça, bem como se a pena mínima cominada ao delito for inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor

¹⁰⁵ “O Direito Penal não é um meio apto a motivar comportamentos no sentido do comando da norma penal, ou seja, no sentido de agir positivamente no processo motivacional de formação da vontade de delinquir, vez que o delito deriva de um sem-número de causas – psicológicas, sociais, culturais – não neutralizáveis pelo mero temor da pena” (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um Direito Penal Mínimo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.90)

¹⁰⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (MJ). *Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, novembro, 2002, p.2. <<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/manuais/MANUALDEPENASALTERNATIVAS.pdf>>. Acessado em 06.11.2019.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. Porto Alegre: ed. Livraria do advogado, 1995, pag. 102.

¹⁰⁸ ILANUD - Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, SPOSATO, Karyna Batista (Coord.), TEIXEIRA, - 143 - Alessandra (Coord.). *Levantamento nacional sobre execução de Penas Alternativas: relatório final de pesquisa*. São Paulo: ILANUD, 2006. <<http://www.institutoelo.org.br/site/files/arquivos/0fd18d6254539298f4103bea76fe4e90.pdf>> Acessado em 06.11.2019

acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

As medidas alternativas fizeram surgir um sistema de justiça pactual, não conflitiva, que tende a estabelecer o consenso para a composição dos litígios, sempre mediante o efetivo acordo entre as partes processuais, com mediação judicial.

É possível afirmar, enfim, que as penas restritivas de direitos podem ser divididas em *medidas alternativas*, previstas na Lei n.º 9099/95 e art. 28-A do Código de Processo Penal, sendo competente para a sua aplicação, respectivamente, o Juízo dos Juizados Especiais Criminais e Comuns, e *penas alternativas*, disciplinadas na Lei n.º 9.714/98, cujo Juízo competente para a sua aplicação é exclusivamente o Comum das Varas Criminais.

A pena restritiva de direitos, portanto, é uma medida punitiva de caráter educativo e socialmente útil, imposta ao autor de uma infração penal de baixo ou médio potencial ofensivo, sem excluí-lo do convívio social e familiar, desde que sua culpabilidade, antecedentes, personalidade e conduta social permitam, e a lei autorize a substituição.¹⁰⁹

As penas restritivas de direito têm por características principais a *autonomia*, pois não podem ser cumuladas com as penas privativas de liberdade e não são meramente acessórias, bem como a *substitutividade*, pois o juiz, somente após fixar a pena privativa de liberdade, deve substituí-la pela pena restritiva de direitos.¹¹⁰

Além disso, os mesmos princípios que regem a aplicação e a execução da pena privativa de liberdade devem ser observados às restritivas de direitos, quais sejam:

a) *Princípio da Personalidade* (ou da *responsabilidade pessoal*) – art. 5º, XLV, da CF: a pena não passa da pessoa do delincente.

b) *Princípio da Legalidade* – art. 5º, XXXIX, da CF: este fundamento principiológico assegura que não existe pena sem prévia cominação legal.

c) *Princípio da Inderrogabilidade* – o Estado-Juiz não pode deixar de aplicar e executar a pena ao culpado pela infração penal, com apenas uma exceção: o perdão judicial (art. 121, parágrafo 5º do CP).

¹⁰⁹ O art. 17 da Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06) veda a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, penas de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

¹¹⁰ A título de exemplo, o art. 28 da Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/06) prevê como autônoma a pena restritiva de direitos, e não substitutiva.

d) *Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade* – art. 5º, XLVI, da CF: a pena deve guardar proporcionalidade entre o crime e a sanção imposta.

e) *Princípio da Individualização da Pena* – art. 5º, XLVI, da CF: cada denunciado será condenado de acordo e na medida de sua participação no crime.

f) *Princípio da Humanidade* – art. 5º, XLVII e XLIX, da CF: a dignidade da pessoa humana é fundamento da República. O respeito à integridade física e moral, com a vedação de reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante, são garantias à pessoa submetida à aplicação e execução da lei penal.

g) *Princípio do Non Bis in Idem* – “ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato”¹¹¹, salientando-se que este princípio é o cerne deste trabalho.

Os mencionados valores constitucionais possuem uma tripla dimensão:¹¹²

a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora – metas ou fins pré-determinados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas.

O Direito Penal tem por fundamento os princípios próprios do Estado Democrático de Direito, os quais limitam a intervenção do Estado na vida do indivíduo, pois o ser humano não pode – em hipótese nenhuma – ser tratado como meio ou instrumento, mas somente como fim em si mesmo, conforme ensina Kant:¹¹³

(...) supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.

¹¹¹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*, 57ª edição, São Paulo: ed. Saraiva, 2019, pág. 12

¹¹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 4ª ed., Madrid: ed. Tecnos, 1991, p. 288.

¹¹³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: ed. Martin Claret, 2004, p. 52.

Kant buscou demonstrar que a dignidade da pessoa humana adviria da soma da autonomia do ente racional para a formulação de princípios morais universais e do fato de o ser humano não ter preço, eis que deve existir enquanto fim em si mesmo e jamais como instrumento para a satisfação dos interesses de outrem.

2.2.3 Espécies de penas restritivas de direitos

As espécies das penas restritivas de direitos estão elencadas no Título V – Das Penas, Capítulo I – Das Penas em Espécie, Seção II – Das Penas Restritivas de Direitos, artigos 43 e 47, IV do Código Penal, onde cinco espécies estão previstas: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana.

Passar-se-á à análise de cada uma das modalidades legalmente descritas.

2.2.3.1 Prestação pecuniária

Esta modalidade de pena restritiva de direito inserida pela Lei n.º 9.714/98¹¹⁴ consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social.

A importância fixada pelo juiz não deve ser inferior a 01 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos (art. 45, §1º, CP), podendo consistir ainda em prestação de outra natureza ou inominada (entrega de cesta básica a entidades) (art. 45, §2º).

Para a fixação do valor, o juiz deve tomar como base as informações disponíveis no processo acerca dos danos sofridos pelo ofendido, a condição financeira do condenado, e estimar a quantia em salários mínimos.

Assim, o destinatário primeiro desta prestação é a vítima ou seus dependentes, e somente na falta destes, ou no caso de não haver dano a ser reparado, é que o montante pecuniário será destinado à entidade pública ou privada com destinação social.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995, p. 81. Segundo BITENCOURT, esta modalidade de pena restritiva de direito não é nova, porque, segundo o autor, a prestação pecuniária é apenas um neologismo utilizado pelo legislador para uma pena que deveria chamar-se multa reparatória ou multa indenizatória, pois tem a finalidade de minimizar o dano sofrido pela vítima.

A finalidade da sanção é, portanto, indenizatória, ou seja, visa reparar o dano causado pela conduta criminosa, tanto que o artigo 45, §1º do Código Penal, em sua segunda parte, prevê a dedução do valor pago a título de prestação pecuniária do montante de eventual condenação do infrator em ação de reparação civil, caso os beneficiários sejam coincidentes.

O que se vê no artigo 45, §1º do CP é verdadeira aplicação transcendental do instituto da detração penal, com a extensão do desconto da pena cumprida na seara criminal a outras áreas do direito.

Por fim, o artigo 45, § 2º do CP prevê que a pena de prestação pecuniária pode ser convertida em prestação de outra natureza, caso haja a aceitação do beneficiário.

2.2.3.2 Perda de bens e valores

Segundo preceitua o art. 45, §3º do CP, a perda de bens e valores consiste na perda, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de uma quantia que tem como teto o valor que for maior: ou o prejuízo causado à vítima ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro, ressalvado o terceiro de boa-fé.

Não se pode confundir a perda de bens e valores com a pena de confisco. Esta constitui efeito da condenação e atinge os instrumentos e o produto do crime (*instrumenta e producta sceleris*). Na pena alternativa, os bens e valores são de natureza e origem lícitas.¹¹⁵ O art. 91 do CP dispõe que o instituto do confisco é um efeito secundário da condenação, ou seja, o produto ou proveito conquistado com um ato ilícito é subtraído em favor da União.

Essa modalidade de pena restritiva de direitos está prevista na alínea “b” do inciso XLVI, do artigo 5º da Constituição Federal, porém a norma constitucional trata só de perda de bens, e a Lei n.º 9714/98 trouxe uma inovação para acrescentar a pena também de perda de valores.

Os bens passíveis de constrição por tal sanção são todos os bens corpóreos, móveis ou imóveis, e incorpóreos que possuem conteúdo econômico, enquanto os valores são todos os papéis e títulos suscetíveis de valor econômico (título de crédito e ações, por exemplo).

¹¹⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas: anotações à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998*. 2ªed. São Paulo: ed.Saraiva 2000, pag. 47.

A despeito de o legislador prever o Fundo Penitenciário brasileiro como destinatário dos bens ou valores, o art. 45, §3º do CP fez uma ressalva quanto à legislação especial, de modo que o produto da perda de bens e valores, excepcionalmente, caso haja previsão em Lei Especial, será destinado a outras entidades legalmente indicadas.

2.2.3.3 Prestação de serviços à comunidade

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas – PSC (art. 46 do CP) consiste na atribuição de tarefas gratuitas a serem executadas pelo condenado em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres. Desta forma, afastaram-se do rol das entidades submetidas aos serviços comunitários, as entidades particulares que visam o lucro.

As tarefas são atribuídas ao apenado conforme suas aptidões, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas em dias e horários em que não prejudique a jornada normal de trabalho do condenado (art. 46, §3º do CP). Assim, as tarefas a serem realizadas têm uma duração de sete horas semanais.

O juiz só está autorizado a aplicar a pena de prestação de serviços à comunidade se a sentença condenatória fixar a pena privativa de liberdade em patamar superior a seis meses, de modo que, na hipótese de condenação inferior a este limite, a substituição é admitida, em tese, somente pelas demais espécies (artigo 43, I, II, V e VI do CP).

Caso seja imposta ao condenado uma pena privativa de liberdade superior a um ano, é facultado a ele cumprir a pena substituída em menor tempo, mas nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (artigo 46, § 4º do CP).

A entidade beneficiada com a prestação de serviços deve encaminhar mensalmente ao Juízo das Execuções Criminais relatório circunstanciado da frequência do prestador, seu comportamento, bem como das atividades por ele desenvolvidas (art. 150 da LEP).

Sem dúvida que esta sanção é a de maior caráter educativo e andragógico, pois possibilita ao apenado uma reflexão sobre a influência e importância de sua conduta na sociedade por meio da capacidade transformadora do trabalho prestado.

Na prestação de serviços à comunidade inexistente vínculo empregatício entre o condenado e o Estado, como ensina Luiz Regis Prado:

Prestação de serviços à comunidade não implica em trabalho forçado, dado que a gratuidade, *in casu*, constitui ônus para o condenado, assumindo aí o seu caráter retributivo ou expiatório, sem o qual a prestação de serviços à comunidade não seria uma pena propriamente dita. Demais disso, a pena de prestação de serviço é aplicada por tempo limitado, considerando a proporcionalidade entre a pena e o delito, bem como a aptidão do condenado, de sorte que o serviço a ser prestado como pena não se afasta da atividade exercida habitualmente, e também não prejudica o seu exercício, as penas de trabalhos forçados caracterizam-se, em geral, por serem perpétuas submetendo os condenados a atividades penosas.¹¹⁶

Importante salientar que a prestação de serviço prevista no art. 78 do Código Penal (*sursis*) é imposta única e exclusivamente como uma condição para a suspensão da pena, portanto, tem natureza diversa da prestação de serviço como pena alternativa.¹¹⁷

2.2.3.4 Interdição temporária de direitos

A pena de interdição temporária de direitos é uma espécie de pena restritiva de direitos (art. 47 do CP), com o escopo de inibir abusos e desrespeitos aos deveres funcionais e profissionais inerentes a atividade laboral com reflexo econômico.

É uma pena específica aplicada com o objetivo de impedir que o infrator continue a praticar a sua atividade profissional, por meio da qual delinuiu, evitando a possibilidade de reincidência. Nesse sentido, a aplicação desta pena resulta na:

I - *Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo*: o legislador buscou suspender temporariamente toda e qualquer atividade desenvolvida por quem usufrui da condição de funcionário público, pelo mesmo tempo da duração da pena privativa de liberdade substituída. Desse modo, cumprida a pena imposta, não estando o condenado impedido de exercer o seu cargo, função ou atividade por impedimento administrativo, poderá retornar às suas atividades.

A aplicação desta espécie de pena alternativa, conforme prevê o art. 56 do CP, é indicada nas hipóteses de violação do dever funcional relativo ao regular desempenho de cargo público (lugar instituído na organização do serviço público, com denominação

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 571.

¹¹⁷ Há entendimento contrário, entretanto, que confundem os institutos: ““(…) Ocorre que a pena fixada é inferior a seis meses de detenção, o que não autoriza exigir do sentenciado o cumprimento da condição do § 1º do artigo 78 do Código Penal (prestação de serviços à comunidade), vez que o próprio texto legal condiciona essa concessão ao quanto previsto no artigo 46, de referido ordenamento, que por sua vez somente autoriza essa fixação quando a pena for superior a seis meses, vetando, portanto, sua aplicação a pena inferior a esse montante, como aqui verificado (...).” (TJSP: Apelação Criminal 0000816-32.2017.8.26.0213, Julgamento: Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), GUILHERME DE SOUZA NUCCI e LEME GARCIA. j. 25/03/2019)

própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente), função pública (conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para execução de serviços eventuais) ou atividade pública (toda atividade remunerada ou não, desenvolvida em benefício do Estado e sujeita a nomeação, escolha ou designação pelo Poder Público).

Cezar Roberto Bitencourt afirma que para a aplicação desta modalidade de pena restritiva é indispensável que a infração penal tenha sido praticada com violação dos deveres e direitos inerentes ao cargo, função ou atividade que a qualidade de funcionário público lhe impõe, não sendo necessário, entretanto, que se trate de crime contra a Administração Pública.¹¹⁸

Ressalte-se que a interdição temporária para o exercício de cargo, função ou atividade pública, ou mandato eletivo, não se confunde com sua perda, já que esta é efeito da condenação (artigo 92, I, do CP), que advém quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração Pública, ou quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos.

II - *Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público*: do mesmo modo que o inciso I do art. 47 do CP, esta modalidade também só pode ser aplicada aos crimes cometidos no exercício da atividade (ocupação remunerada ou não), ofício (trabalho não especializado e remunerado, geralmente manual) ou profissão (trabalho especializado e remunerado de natureza intelectual) e se houver violação dos deveres a estas inerentes (art. 56 do CP).

Os profissionais de que trata este artigo são aqueles que para desenvolver a sua atividade precisam de autorização do poder público ou habilitação especial, isto é, devem possuir inscrição em Conselhos Regionais (advogados, médicos, engenheiros), cursos superiores ou técnicos, registros especiais, licenças, dado que devem ser rigorosamente fiscalizadas e controladas pelo poder público.

III - *Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo*: esta espécie de pena alternativa é uma sanção específica reservada exclusivamente aos delitos culposos de trânsito.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98*. São Paulo: ed. Saraiva, 1999, p. 104-130.

Saliente-se que o Código de Trânsito Nacional (Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997) também prevê a suspensão ou proibição de obter habilitação para dirigir veículo automotor como pena principal, isolada ou cumulada com outras penas (artigo 292 do Código de Trânsito Brasileiro).

A pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor prevista no CTB tem duração de 2 (dois) meses a 5 (cinco) anos (artigo 293, do Código de Trânsito Brasileiro) e, sendo o réu reincidente na prática de crime previsto no citado diploma, poderá o juiz aplicar a referida sanção sem prejuízo das demais que forem cabíveis (artigo 296 do CTB).

A intenção do legislador foi afastar do trânsito os motoristas negligentes ou imprudentes, que cometem delitos culposos, garantindo segurança aos demais motoristas e transeuntes.

IV - *Proibição de frequentar determinados lugares*: consiste na vedação do condenado em frequentar determinados lugares, obviamente de forma fundamentada sobre os motivos da proibição, devendo o lugar proibido ter relação direta com a conduta criminosa, não podendo ser indicados locais indeterminados e escolhidos de forma aleatória.¹¹⁹

V – *Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos*: esta modalidade de pena restritiva se deu com a Lei n.º 12.550/2011. O verbo nuclear da proibição contempla o ato de se inscrever em: a) concurso, que é o certame, a disputa realizada para classificar concorrentes em razão da qualificação individual de cada um, como são os processos seletivos para provimentos de cargos efetivos da Administração Pública ou as seleções vestibulares para ingresso em Universidades Públicas; b) avaliação que, no contexto da norma, pode ser considerada a simples apreciação da aptidão técnica do candidato, sem colocá-la à prova, como ocorre na análise de títulos; c) exame que, por seu turno, pode ser a mera verificação de conhecimentos sem caráter classificatório entre os participantes, o que ocorre, por exemplo, com o exame de ordem da OAB.

É possível estender a proibição também quanto à inscrição do condenado naqueles concursos previstos no § 4.º do artigo 22 da Lei n.º 8.666/93, voltados à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico pela Administração Pública. Saliente-se que em todas as hipóteses, a vedação só se opõe à inscrição em concurso, avaliação ou exame promovidos por órgão público, excluída a promovida por particular.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 148.

Finalmente, cumpre salientar que esta modalidade de interdição não alcança eventual substituição de pena por fato praticado antes da vigência da Lei n.º 12.250/11, justamente porque resultaria em aplicação retroativa de sanção não prevista anteriormente na norma penal (artigo 1.º do CP e artigo 5º, XXXIX, da CF).

2.2.3.5 Limitação de fim de semana

A pena de limitação de fim de semana prevista no art. 48 do Código Penal, consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 05 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, e tem a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, conforme disposição prevista no artigo 55 do Código Penal.

Tal pena alternativa objetiva fracionar as penas privativas de liberdade de curta duração, evitando que o condenado seja submetido ao ambiente carcerário, mantendo-o em casas de albergado ou estabelecimento adequado, durante dez horas do final de semana, sem prejudicar as atividades laborais e o seu convívio familiar e social.

O artigo 93 da Lei de Execução Penal dispõe que a casa de albergado consiste em prédio situado no centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, caracterizado principalmente pela ausência de obstáculos físicos contra fuga, e deve possuir aposentos para a acomodação dos condenados, local adequado para cursos e palestras e instalações para os serviços de fiscalização e orientação (artigos 94 e 95 da LEP).

A casa de albergado tem a incumbência de encaminhar relatório mensal ao Juízo das Execuções acerca da frequência, conduta e desempenho do condenado, para o acompanhamento da eficácia da pena imposta.

2.2.3.6 Outras penas restritivas de direitos estabelecidas em leis especiais

Há legislações extravagantes que preveem penas restritivas de direitos além daquelas dispostas no Código Penal, sendo importante destacar:

a) *Lei nº 9.605/98 (Lei Crime Ambiental)*: prevê duas figuras de penas alternativas: o recolhimento domiciliar e a suspensão parcial ou total de atividade da empresa. Posteriormente, a Lei n.º 5315/09 incluiu a participação em cursos de educação ambiental entre as penas alternativas por crimes ambientais.

b) *Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito)*: o art. 2º da Lei 13.281/16, entre outras providências, acrescentou um dispositivo ao Código de Trânsito Brasileiro, nos seguintes termos:

Art. 312-A. Para os crimes relacionados nos artigos 302 a 312 deste Código, nas situações em que o juiz aplicar a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, esta deverá ser de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, em uma das seguintes atividades: I - trabalho, aos fins de semana, em equipes de resgate dos corpos de bombeiros e em outras unidades móveis especializadas no atendimento a vítimas de trânsito; II - trabalho em unidades de pronto-socorro de hospitais da rede pública que recebem vítimas de acidente de trânsito e politraumatizados; III - trabalho em clínicas ou instituições especializadas na recuperação de acidentados de trânsito; IV - outras atividades relacionadas ao resgate, atendimento e recuperação de vítimas de acidentes de trânsito.

O que se observa da nova regra é que a pena restritiva de direito aplicada em substituição à privativa de liberdade será sempre uma pena de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV do CP), e com a fixação da atividade a ser desempenhada pelo condenado, de modo que o apenado cumpra a reprimenda em permanente contato com as vítimas de trânsito acidentadas.

c) *Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)*: no artigo 78 do CDC, a pena restritiva de direitos pode ser aplicada cumulada ou alternativamente com a pena privativa de liberdade, observado o disposto nos arts. 44 a 47, do CP: I - a interdição temporária de direitos; II - a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação; III - a prestação de serviços à comunidade.

2.2.4 Cominação e aplicação das penas restritivas de direitos

A cominação das penas restritivas de direitos está prevista no Título V – Das Penas, Capítulo I – Das Penas em Espécie, Seção II – Das Penas Restritivas de Direitos, artigo 44, I a III do Código Penal.

O art. 44 do CP dispõe que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, sendo necessário que o juiz, após mensurar a quantidade da pena privativa de liberdade a ser imposta, verifique a substituição desta pela alternativa.

Para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é necessário que o condenado preencha, de forma concomitante, requisitos objetivos

(referentes ao crime e a pena), e subjetivos (relacionados à pessoa do condenado), ambos estabelecidos no art. 44 do CP.

O artigo 44, I do CP disciplina os pressupostos de ordem objetiva, os quais dizem respeito ao crime em si considerado e a pena imposta:

a) *Quantidade da pena privativa de liberdade*: a pena imposta deve ser inferior a quatro anos em caso de crime doloso, independentemente do máximo da pena cominada abstratamente;

b) *Natureza da infração cometida*: qualquer crime culposos, independentemente do *quantum* de pena fixado na sentença;

c) *Modo de execução do crime*: na conduta criminosa não pode haver violência ou grave ameaça à pessoa. O legislador valora não só o resultado da ação, mas a própria ação delituosa;

Quanto aos requisitos subjetivos, estes são disciplinados pelo artigo 44, II e III do CP, os quais se relacionam à pessoa do condenado. São eles:

a) *Primariedade*: o réu não pode ser reincidente em crime doloso, ou seja, não pode ter cometido novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63 do CP);¹²⁰

b) *Circunstâncias judiciais*: culpabilidade, os antecedentes criminais, a conduta social, a personalidade do condenado e se os motivos e as circunstâncias indicarem que esta substituição é suficiente.

Presentes todos os requisitos necessários para a substituição, o juiz deverá procedê-la, por se tratar de um direito público subjetivo do sentenciado, existindo discricionariedade apenas quanto à escolha da pena restritiva de direitos a ser aplicada de acordo com a personalidade e habilidades do sentenciado.

Não há previsão legal de cominação das penas restritivas de direito de forma independente na parte especial do Código Penal, isto porque, a pena que deve ser aplicada originariamente é a privativa de liberdade e, somente preenchidos os requisitos essenciais para a substituição, ocorrerá a sua aplicação.

Como salientado anteriormente, a punição do infrator com as alternativas penais é adequada apenas para os crimes de média ou pequena gravidade, mas sem sombra

¹²⁰ Informativo 531 do STF de 1º a 5 de dezembro de 2008. “Ordem concedida para que o juízo monocrático profira nova decisão, desta feita, fundamentada, no que tange à reincidência genérica do paciente e, conseqüentemente, à eventual possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94990/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 2.12.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100198>>. Acessado em 11.05.2020).

de dúvidas possuem a mesma carga de reprovação da pena privativa de liberdade com respeito à proporcionalidade e equivalência entre o crime e a sanção, tanto que a pena substitutiva terá a duração do mesmo tempo da pena privativa de liberdade.

A sociedade, comumente, subestima a aplicação das sanções não encarceradoras como resposta penal, de modo a subjugá-las como antiéticas e ratificadoras da impunidade, ante a concepção de que a prisão é a única recompensa justa para o delinquente marginalizado socialmente.

Entretanto, as alternativas penais não são apenas ideais utilitaristas que proporcionam economia aos gastos do Estado com os presos custodiados, mas sim, formas mais racionais e eficazes de punição aos crimes de médio e pequeno potencial ofensivo, ou seja, as penas alternativas não perdem a sua natureza punitiva por sua suavidade de cumprimento.

René Ariel Dotti assevera que numa sociedade fundada na dignidade, justiça e segurança, a pena criminal é um dos instrumentos para enfrentar a criminalidade, mas não o único, pois dentro do sistema penal existem muitos tipos de sanções penais idôneas para o combate à violência e criminalidade, sem significar a renúncia ao poder de punir do Estado, num repertório diferenciado e melhor adequado a combater os crimes e prevenir a reincidência.¹²¹

Na verdade, o Direito Penal contemporâneo passou a ser visto como a solução para a crise do sistema econômico e da segurança pública. Porém, a utilização de leis penais em substituição às políticas públicas de proteção social, frente à crescente desigualdade social surgida em consequência da dessocialização do trabalho assalariado, pouca ou nenhuma oportunidade de formação intelectual/cultural, à pobreza extrema que marginaliza o indivíduo em comunidades excluídas, o aumento da criminalidade com a diminuição da segurança, demonstra um fim desvirtuado desse ramo da Justiça.

Juarez Cirino dos Santos, nessa linha de raciocínio, salienta que, muito embora as penas alternativas tenham sido acolhidas como consequência de uma suposta humanização do Direito Penal, a busca de alternativas à pena de prisão deve-se mais à alteração da estrutura econômica da sociedade capitalista, ampliando e redefinido o controle da população criminalizada com formas alternativas de penas e novas modalidades de controle social.¹²²

¹²¹ DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 318-319.

¹²² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia radical*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1984. p. 78-80.

Por sua vez, Baratta defende o papel humanizador da pena alternativa, tendo em vista a aplicação da pena de maneira proporcional, o que resguarda uma sociedade igualitária, garantindo espaço à expressão do diverso:

A diversidade é exatamente o que a igualdade garante, isto é, a expressão mais ampla da individualidade de cada homem e consequente maximização na contribuição criativa e crítica do homem para a edificação e para o enriquecimento de uma sociedade de livres produtores, na qual os homens não se encontrem disciplinados como simples portadores de papéis, mas sejam respeitados como portadores de capacidade e de necessidades positivas.¹²³

Diante da real efetividade da pena alternativa na ressocialização do delinquente, a execução desta pena exige não só a atuação estatal, mas também o envolvimento da comunidade em sua execução, a conscientização da sociedade em reconhecer que o criminoso não teve a formação intelectual necessária para agir socialmente de acordo com os princípios éticos, e que o seu acolhimento no seio social, em todos os aspectos, é imprescindível para resgatá-lo do poço marginal a que foi submetido.

Obviamente que a pena alternativa não é panaceia para a criminalidade, mas sem sombra de dúvidas, tanto pelo seu ideal humanitário, quanto pela adaptação da medida à personalidade do criminoso condenado, a sua aplicação se adequa ao anseio educativo e ressocializador da pena.

2.2.5 Execução da pena restritiva de direitos

Vários artigos da Lei das Execuções Penais disciplinam a execução da pena restritiva de direitos.

O art. 66, V, “a”, “b” e “c” da LEP assevera que compete ao juiz da execução criminal determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar a sua execução; a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A partir do art. 147 da LEP (Capítulo II – Das Penas Restritivas de Direitos), o legislador passou a disciplinar de modo tímido, o procedimento de algumas penas restritivas de direitos aplicadas pelo Juízo de Conhecimento.

¹²³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2ªed. Rio de Janeiro: ed. Freitas Bastos, 1999, p. 21.

O art. 180 da LEP dispõe que, mesmo o executado estando cumprindo a pena privativa de liberdade não superior a dois anos, esta poderá ser convertida em pena restritiva de direitos, desde que: I – o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; II – tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena; III – os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.¹²⁴

O art. 181 da LEP, por sua vez, trata da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade na forma do art. 45 do CP.

Finalmente, o art. 202 da LEP dispõe que cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Nesse contexto, a Resolução nº. 101/2009, do Conselho Nacional de Justiça definiu a política institucional do Poder Judiciário na Execução das Penas e Medidas Alternativas à Prisão adotando como política institucional do Poder Judiciário na execução das penas e medidas alternativas à prisão o modelo descentralizado de monitoramento psicossocial, mediante a aplicação conjunta ou isolada em cada Tribunal, de acordo com as peculiaridades locais, das seguintes medidas: 1) Criação de varas privativas ou especialização de varas em execução de penas e medidas alternativa; 2) Criação de centrais de acompanhamento e núcleos de monitoramento vinculados aos juízos competentes para a execução de penas e medidas alternativas, que podem ser criadas pelo Poder Executivo, e colocadas à disposição do Poder Judiciário por meio de convênio ou termo de cooperação.

Pois bem, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que impôs a pena restritiva de direitos, o Juízo determinará a expedição da guia de recolhimento, que será encaminhada ao Juízo das Execuções Criminais competente, segundo disciplinado pelo art. 65 da LEP.

Como salientado anteriormente, o procedimento executório das penas restritivas de direito está previsto no art. 147 em diante da LEP, o qual prevê que o Juízo das Execuções promoverá a execução podendo, quando necessário, requisitar a colaboração de entidades públicas ou solicitá-las a particulares.

¹²⁴ Fernando Capez entende que, com a vigência da lei 9.714/98, o prazo de dois anos foi ampliado para quatro anos. (CAPEZ, Fernando – *Curso de Direito Penal*, Vol. I. 19ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2014).

Na prática, distribuído o processo de execução, o Juízo das Execuções intimará o executado a cumprir a pena restritiva de direitos, considerando-se iniciada, quanto à modalidade imposta:

a) Prestação pecuniária: o início da execução da pena se dá com a real intimação pessoal do sentenciado;

b) Perda de bens e valores: em razão de não haver lei regulamentadora do procedimento de execução desta espécie de pena restritiva de direitos, na praxe forense, o início de cumprimento da pena ocorre com a efetiva intimação pessoal do executado a entrega de seus bens ou valores no montante fixado na sentença, dentro de um prazo fixado. Paralelamente, o Poder Judiciário efetua a quebra de sigilo fiscal para acesso a dados administrados pela Receita Federal (declarações de bens que acompanham a DIRPF e a DIPJ; declaração de importação (DI); Sped Fiscal NF-e; e os seguintes módulos do dossiê integrado: DOI e DIMOB – direitos reais sobre bens imóveis, loteamentos, incorporações, construções e aluguéis recebidos; ITR – posse, domínio útil e propriedade de imóveis rurais, lavouras, pastagens, semoventes e resultados da exploração extrativa; DECRED – despesas com cartão de crédito; e DIMOF – operações financeiras em bancos, cooperativas de crédito, associações de poupança e empréstimo e instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio, e outros órgãos que informem a existência de bens e valores de propriedade do executado. Escoado o prazo para o executado cumprir voluntariamente a pena, o juiz procede a constrição de quantos bens ou valores sejam necessários para o cumprimento da sentença condenatória;

c) Prestação de serviços à comunidade: inicia-se a partir do primeiro comparecimento do executado na instituição em que o serviço será prestado (art. 149, §2º da LEP). Na linha de precedentes do STJ, o simples comparecimento do paciente em cartório para retirada de ofício e cadastramento em Programa de Prestação de Serviços à Comunidade não configura início do cumprimento da condenação, não podendo ser considerado marco interruptivo do prazo prescricional da pretensão executória;¹²⁵

¹²⁵ “Ementa: EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PARTICIPAÇÃO EM GRUPO DE ACOHIMENTO E ORIENTAÇÃO DA VEPEMA/DF. CARACTERIZAÇÃO DO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA, DEVIDO AO CÔMPUTO DE 02 HORAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AFERIÇÃO DA PRESCRIÇÃO A SER REALIZADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, ANTE A SUPERVENIENTE CONSTATAÇÃO DE QUE O PACIENTE RESPONDE A OUTRO PROCESSO POR CRIME DE ROUBO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. “1. Não se desconhece o fato de que o início do cumprimento da pena restritiva de direitos ocorre na data de comparecimento do executado à instituição designada pelo juízo das execuções, configurando, então, marco interruptivo da prescrição. 2. Não obstante, a atividade realizada pelo sentenciado, referente a comparecimento a grupo de acolhimento e orientação na Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas do Distrito Federal, implicou no desconto de duas horas da prestação de serviços à comunidade, circunstância que, consoante orientação firmada por esta Corte, configura o efetivo início do cumprimento da pena, interrompendo a prescrição da pretensão executória. (...). 4. Agravo

d) Interdição temporária de direitos: segundo o art. 154 da LEP, a execução desta modalidade de PRD terá início conforme os itens a seguir explicitados:

d.1) proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (art. 47, I do CP): a Instituição Pública deverá baixar ordem de proibição em 24 (vinte e quatro) horas, contadas do recebimento do ofício judicial.

d.2) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público ou suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (art. 47, II e III do CP): após a comunicação da autoridade competente pelo Juízo da Execução, a Instituição Pública deverá apreender os documentos que autorizam o exercício do direito interditado.

d.3) proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, IV do CP): a partir da intimação do executado a não frequentar determinados lugares que guardam relação com o delito praticado, a fim de evitar a reiteração delitiva.

d.4) proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos (art. 47, V do CP): a partir da intimação do condenado acerca da vedação judicial de inscrição.¹²⁶

e) Limitação de fim de semana: dispõe o art. 151 da LEP que o Juízo das Execuções determinará a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena, e a execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

A fiscalização do cumprimento da PRD imposta ficará a cargo do Juízo das Execuções Criminais, nos termos do art. 66, V, “a”, da LEP, de acordo com a estrutura local, e tem por escopo vigiar e orientar o beneficiário a cumprir a pena alternativa nos moldes da lei e do título judicial, de modo a zelar pela sua efetividade. Esta fiscalização ocorre, na prática, nos seguintes termos:

a) Prestação pecuniária: após a intimação para o pagamento da prestação pecuniária dentro do prazo fixado pelo Juízo, o executado deve comprovar o adimplemento da obrigação com a apresentação do recibo de pagamento dentro do prazo fixado.

b) Perda de bens e valores: dentro do prazo fixado pelo Juízo, o condenado deve entregar os bens e valores no montante arbitrado na sentença condenatória.

regimental improvido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg HC 413.273/DF. Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20.02.18, DJe 26.02.18). Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551806730/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-413273-df-2017-0210027-2/inteiro-teor-551806740?ref=juris-tabs>>. Acessado em 20.11.2019.

¹²⁶ Por exclusão, não viola a norma aquele que, mesmo não inscrito na disputa, participa dela, por exemplo na hipótese em que o condenado é convidado ou sorteado a participar da concorrência.

Escoado *in albis* o prazo concedido, o Juízo fará pesquisa acerca dos bens e valores de propriedade do executado para a efetivação da perda.

c) Prestação de serviços à comunidade: as Centrais de Penas e Medidas Alternativas (CPMA) do Departamento de Penas e Medidas Alternativas são responsáveis por receber os condenados à PSC, pela execução e acompanhamento do Programa de Prestação de Serviço à Comunidade. Durante o período do cumprimento da pena, as CPMA monitoram a frequência, fazem visitas aos postos de trabalho (com ou sem agendamento), reuniões periódicas com as instituições e com os responsáveis diretos pelas atividades do prestador de serviço, comunicando periodicamente o Juízo das Execuções.

d) Interdição temporária de direitos: cumpre ressaltar que a fiscalização da interdição disposta no art. 47, IV do CP (proibição de frequentar determinados lugares), não é efetiva, dependendo de denúncia ou flagrante policial. Do mesmo modo, a interdição do art. 47, V do CP (proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos), a fiscalização foge do controle do Judiciário, que deverá anotar na folha de antecedentes a proibição imposta, a fim de que os órgãos públicos tenham ciência da ordem judicial.

e) Limitação de fim de semana: o estabelecimento designado pelo Juízo encaminhará, mensalmente, ao Juízo da execução, relatório acerca do cumprimento da pena, inclusive as ausências e/ou faltas disciplinares do condenado.

O Ministério da Justiça, ciente da necessidade de criar e operacionalizar mecanismos eficazes para a fiscalização das penas alternativas, no ano 2000 instituiu um órgão próprio para a execução do Programa Nacional de Apoio às Penas Alternativas, a CENAPA, subordinada à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ). Diante disso, foram criados convênios com os Estados, junto às Secretarias competentes e/ou Tribunais de Justiça, com a intenção de viabilizar a criação dessas Centrais.¹²⁷

Para tanto, o Ministério da Justiça baixou a Portaria nº 514, de 8 de maio de 2003, subscrita pelo Ministro Márcio Thomas Bastos, estabelecendo que o Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas, instituído no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça, tem os seguintes objetivos: I - estimular a aplicação e a fiscalização das penas e medidas alternativas em todas as unidades da federação; II - difundir as vantagens das penas e medidas alternativas como instrumentos eficazes de punição e responsabilização; III - desenvolver um modelo nacional de

¹²⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/pesquisas/diagnostico10anospoliticanacionalpenasmedi.pdf>>. Acessado em 22.11.2019.

gerenciamento para a aplicação das penas e medidas alternativas; IV - apoiar, institucional e financeiramente, com dotação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional, as iniciativas estaduais de criação de programas de penas e medidas alternativas; V - estimular as parcerias entre os operadores do Direito, a comunidade e as autoridades públicas, com vistas à criação de uma rede social de fiscalização das penas e medidas alternativas; VI - capacitar os operadores do Direito, serventuários da Justiça e parceiros sociais na aplicação do modelo de gerenciamento das penas e medidas alternativas; VII - divulgar as experiências bem sucedidas, fomentar sua aplicação em todas as unidades da federação e construir uma base de dados, por meio de um sistema gerencial de acompanhamento dos programas; VIII - estimular a realização de estudos científicos, com vistas ao aprimoramento das normas jurídicas sobre alternativas às medidas não privativas de liberdade; IX – estimular a realização de pesquisas de dados a nível nacional para o aprimoramento das intervenções; X - orientar a elaboração de convênios com os Estados para implementação de Centrais Estaduais e Varas de Execução de Penas Alternativas; XI – acompanhar e fiscalizar a execução dos convênios celebrados.

Esta mesma Portaria criou a Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas, composta de membros nomeados pelo Secretário Nacional de Justiça, indicados e coordenados pelo Gerente da Central Nacional, competindo-lhe: I - assessorar a Central Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas, do Ministério da Justiça, na implementação e aperfeiçoamento do Programa instituído por esta Portaria; II - assessorar a Central Nacional na fiscalização da execução do Programa nos diversos Estados da Federação; III - reunir-se, no Ministério da Justiça, conforme solicitação da Central Nacional para avaliar e propor novas diretrizes; IV - propor fóruns públicos sobre o Programa; V - orientar órgãos e entidades federais, estaduais e municipais, públicos ou privados, na efetivação do Programa, de acordo com as diretrizes definidas no âmbito da Central Nacional.

Como se não bastasse, o art. 67 da LEP dispõe que o Ministério Público tem como função primordial a fiscalização da execução da pena e da medida de segurança.

Todas estas medidas demonstram a importância da eficácia das penas alternativas para o Estado. Sem dúvida as penas alternativas dependem de órgãos de apoio e acompanhamento para a sua efetividade. Além disso, o acolhimento inicial do executado por um órgão especializado à execução da pena imposta dá ao indivíduo submetido à pena restritiva de direitos a sensação de misericórdia social, valor imprescindível à lapidação da personalidade.

2.2.6 Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade

Como visto anteriormente, ocorrendo a impossibilidade de cumprimento da pena restritiva de direitos pelo executado tal qual como imposta, nada impede que seja alterada pelo Juízo das Execuções, nos termos do art. 148 da LEP, ajustando-as às condições pessoais do condenado.

Já o descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos acarreta a sua conversão na pena privativa de liberdade originariamente imposta.

Embora o art. 44, §4º do CP utilize a expressão conversão, alguns autores asseveram que a expressão mais adequada seria *reconversão*, conforme ensina Cleber Masson.¹²⁸

Esclarece o autor que já houve uma primeira conversão com a substituição da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, e o não cumprimento destas ensejaria uma nova conversão, chamada de reconversão das penas restritivas de direitos para a privativa de liberdade.

Guilherme de Souza Nucci compartilha do mesmo entendimento¹²⁹ ao afirmar em seu livro que a reconversão das penas restritivas de direitos em pena privativa de liberdade é um incidente na execução penal.

Na verdade, a pena restritiva de direitos é autônoma e substitui a pena privativa de liberdade. Desse modo, quando o juízo decide pela substituição da PPL por PRD ele não está convertendo aquela em restritiva, mas substituindo-a. Portanto, o descumprimento da PRD acarreta a sua conversão na pena original, qual seja, PPL, não havendo que se falar em reconversão. Aliás, o retorno do cumprimento da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade pelo condenado é denominado pelo Código Penal de “conversão”.

Pois bem, ultrapassada esta discussão, passar-se-á às hipóteses de conversão da PRD em PPL.

O Código Penal prevê duas possibilidades no art. 44 do Código Penal:

¹²⁸ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral* - vol 1, 10ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: ed. Forense, 2016, p. 785.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 258.

a) O descumprimento injustificado da restrição imposta, dispondo que no cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão;

b) Condenação à pena privativa de liberdade por novo crime, podendo deixar de aplicar a conversão se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

A Lei de Execução Penal consagra, ainda, outras hipóteses de conversão em seu artigo 181:

I - à pena de prestação de serviços à comunidade quando o condenado: a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital; b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço; c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; d) praticar falta grave; e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

II - à pena de limitação de fim de semana quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo Juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras "a", "d" e "e" do art. 181, §1º.

III - à pena de interdição temporária de direitos quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras "a" e "e", do § 1º do art. 181.

Observa-se que a lei não disciplina o descumprimento específico de todas as modalidades de penas restritivas de direitos, o que dificulta eventual detração da pena cumprida no caso de conversão.

A conversão não ocorre de acordo com a vontade do condenado, mas somente se preenchidos os requisitos legais, tendo em vista que a aplicação da pena é função exclusiva e impositiva do Estado, não sendo possível transação acerca de sua modalidade.

Este é o entendimento do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Execução penal. Condenação transitada em julgado. Imposição de cumprimento de pena restritiva de direitos. Reconversão da pena consistente em prestação de serviços à comunidade por privativa de liberdade em regime aberto. Inadmissibilidade. Coisa julgada. A fixação de reprimenda, ainda que alternativa, consiste sanção penal, que só será alterada se comprovados motivos justificadores

de sua modificação. Inocorrência. Manutenção da pena imposta. Agravo improvido¹³⁰.

Há, ainda, a conversão facultativa das penas restritivas de direitos em penas privativas de liberdade quando sobrevém nova condenação a pena privativa de liberdade pela prática de outro crime. Obviamente que, mostrando-se impossível, na prática, o cumprimento conjunto das penas privativa de liberdade e restritiva de direitos, a conversão se torna necessária:¹³¹

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. - A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que o Juiz da execução pode converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando, sobrevindo nova condenação, o regime prisional anteriormente fixado for incompatível com o cumprimento de pena restritiva de direitos. Precedentes. - Assim, verifica-se no caso dos autos que, estando o paciente cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado, é totalmente incompatível a manutenção da pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade que sobreveio com a nova condenação. Habeas corpus não conhecido.

Quanto ao procedimento da conversão, há divergência jurisprudencial acerca da necessidade de realização de prévia audiência de justificação antes de converter a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade.

O Superior Tribunal de Justiça entende que é necessário dar ao sentenciado a oportunidade de justificar o descumprimento da pena, sem que, para isso, seja necessário designar audiência de justificação. A oportunidade consiste em apresentar justificativa, seja por escrito, mediante manifestação da defesa, ou perante o juízo da execução penal, não sendo necessária a realização de uma audiência específica para justificar o descumprimento das penas alternativas:

¹³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ag nº 990.10.525101-3, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Toledo, 22.02.2011. Disponível em <www.tjsp.jus.br>. Acessado em 20.11.2019

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 262.832/RS, Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE NO CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME FECHADO. NOVA CONDENÇÃO A PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA RESTRITIVA EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INCOMPATIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA ALTERNATIVA COM O REGIME ANTERIORMENTE IMPOSTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Rel. Min. Marilza Maynard (Des. conv. do TJ/SE), 6ª Turma, julg. em 17/12/2013, DJe 11/03/2014. In Agravo em Execução nº 0013065-72.2014.8.19.0000. TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Relatora: DES. SUIMEI MEIRA CAVALIERI. Julgado em 14.08.14. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B398A8A19D3A3E067BE4105C9108152BC503224F210D>>. Acessado em 02.12.2019.

(...) 4. Na hipótese dos autos verifica-se que o apenado foi devidamente intimado a iniciar o cumprimento da pena e além de não ter efetuado o pagamento da prestação pecuniária, ficou-se em silêncio, inclusive quanto à justificação pelo não cumprimento, demonstrando total descaso com os ditames da execução penal, motivo pelo qual a conversão em pena privativa de liberdade foi acertadamente realizada. 5. *Habeas corpus* não conhecido.¹³²

Finalmente, o incômodo que surge com o estudo da execução da pena é a falta de previsão legal de detração do período de efetivo cumprimento da pena alternativa no caso de conversão em privativa de liberdade, razão esta que impulsionou o presente trabalho.

A sentença condenatória que fixa o *quantum* da pena privativa de liberdade a ser aplicada representa a justa, necessária e suficiente medida para a reprovação e a prevenção da criminalidade.

O legislador permitiu que a pena privativa de liberdade fosse substituída por outra (restritiva de direitos), buscando uma melhor individualização da sanção penal, sem renunciar àquelas finalidades da pena.

Cumprida parcialmente a pena restritiva de direitos, ofende ao sentimento comum de justiça que o sentenciado cumpra integralmente a pena privativa de liberdade no caso de conversão, como se nenhuma pena tivesse sido anteriormente executada, passando a ser considerada, erroneamente, como benefício.

Após a conversão da pena restritiva de direitos, a pena privativa de liberdade deve cingir-se apenas à pena restante, sob pena de macular a execução pelo evidente excesso, e aí está a primeira forma de proteção deficiente da detração penal.

A pesquisa deste trabalho buscou encontrar resposta a este questionamento por meio de um processo reflexivo acerca do que seria a pena justa segundo as garantias constitucionais à pessoa condenada criminalmente.

2.3 PENA DE MULTA

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA QUESTÃO DE FUNDO, PORÉM, PARA VERIFICAR SE HÁ ILEGALIDADE FLAGRANTE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA - IN CASU AUSENTES. CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. ART. 44, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS. NÃO PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. HC 366.442/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 25/04/2017. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/218925445/stj-26-11-2018-pg-6220?ref=next_button>. Acessado em 20.11.2019.

2.3.1 Breve evolução histórica da pena de multa no Brasil

A pena de multa remonta à Antiguidade, sendo apontada por muitos como a forma de punição que se seguiu à composição. A pena de multa surgiu com as noções de proporcionalidade, assimiladas pela pena de talião, permitindo o aparecimento da composição em suas modalidades. Posteriormente, as diversas fases evolutivas da pena acompanharam o desenvolvimento histórico, social e político da humanidade.¹³³

A pena de multa já estava prevista no Código Criminal do Império do Brasil nos artigos 55, 56, 57 e 32:

Artigo 55 – A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo.

Artigo 56 – As multas serão recolhidas aos cofres das câmaras municipais; e os condenados que, podendo, as não pagarem dentro de oito dias, serão recolhidos à prisão, de que não sairão sem que paguem.

Artigo 57 – Não tendo os condenados meios para pagar as multas, serão para ganharem a importância delas. Terá lugar neste caso a disposição do art. 32.

Artigo 32 – Em todo o caso, não tendo o delinquente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assinados será condenado à prisão com trabalho pelo tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação.

Importante o registro do disposto no art. 65 do Código Imperial: “Art. 65 - *As penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum*”. (grafia original)

O Código Penal de 1890 (Decreto n.º 847 de 02 de outubro de 1890) também previa, em seus artigos 58 e 59, a multa como pena:

Artigo 58 – A pena de multa consiste no pagamento ao Tesouro Público Federal ou dos Estados, segundo a competência respectiva, de uma soma pecuniária, que será regulada pelo que o condenado puder ganhar em dia por seus bens, emprego ou indústria ou trabalho.

Artigo 59 – Se o condenado não tiver meios para pagar a multa, ou não a quiser pagar dentro de oito dias, contados da intimação judicial, será convertida em prisão celular, conforme se liquidar.

Parágrafo único – A conversão da multa em prisão ficará sem efeito, se o criminoso, ou alguém por ele, satisfizer ou prestar fiança idônea ao pagamento da mesma.

¹³³ BRAGA, Vera Regina de Almeida. *Pena de multa substitutiva no concurso de crimes*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 17.

Bento Faria assevera que à pena de multa, prevista no vetusto Código, não se aplicava o princípio da reserva legal previsto em seu art. 1º, pois era possível que leis especiais estabelecessem penas pecuniárias a fatos não tipificados como crimes:¹³⁴

Daí resulta que nenhum crime será punido com penas que não se acharem estabelecidas neste Código. Todavia, as disposições das leis e regulamentos de fazenda e comércio, de administração e polícia geral, e regimento dos auditórios, que decretam penas pecuniárias, continuarão a serem observada na parte em que não tiverem sido especialmente revogadas por este Código.¹³⁵

Finalmente, no Código Penal de 1940, contrapondo-se com a pena privativa de liberdade, complementando-a, e podendo substituí-la, também foi prevista a pena pecuniária:

Artigo 35 – A pena de multa consiste no pagamento, em selo penitenciário, da quantia fixada na sentença.

Artigo 36 – A multa deve ser paga dentro de dez dias, depois de transitar em julgado a sentença; todavia, a requerimento do condenado, e conforme as circunstâncias, o juiz pode prorrogar esse prazo até três meses.

Parágrafo único – Excedendo a mil cruzeiros a importância da multa, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em quotas mensais, dentro do prazo de um ano, prorrogável por seis meses, desde que metade da quantia tenha sido paga ou o condenado ofereça garantia de pagamento.

Artigo 37 – Em caso de insolvência, a multa cumulativamente com pena privativa de liberdade, é cobrada mediante desconto de quarta parte da remuneração do condenado (art. 29 § 1º).

§ 1º – Se o condenado cumpre a pena privativa de liberdade ou obtém livramento condicional, sem haver resgatado a multa, faz-se a cobrança mediante desconto em seu vencimento ou salário.

§ 2º – Aplica-se também o disposto no parágrafo anterior, se concedida a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, ou imposta exclusivamente a pena de multa.

§ 3º – O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis à manutenção do condenado e de sua família (art. 39).

Artigo 38 – A multa converte-se em detenção quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança. Parágrafo único – A conversão da multa em detenção é feita à razão de um centavo por dia, até o máximo de um ano, não podendo, porém, ser ultrapassado o mínimo da pena privativa de liberdade, cumulativa ou alternativamente cominada ao crime.

Artigo 39 – Não se executa a pena de multa se o condenado é absolutamente insolvente; procede-se, porém, à execução, logo que sua situação econômica venha permiti-lo.

Parágrafo único – Se, entretanto, o condenado é reincidente, aplica-se o disposto no artigo anterior.

Artigo 40 – A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, o condenado paga a multa ou lhe assegura o pagamento mediante caução real ou fidejussória.

¹³⁴ “Art. 1º - Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar lhe penas.” (grafia original)

¹³⁵ FARIA, Bento de Antonio. *Anotações theorico-praticas ao Código Penal do Brazil*. Rio de Janeiro: ed. Papelaria União, 1906, p. 111.

Artigo 41 – É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.

Posteriormente adveio a Reforma Penal com a Lei n.º 7209, de 11 de julho de 1984, que trouxe em seu bojo importantes institutos que integraram o vigente Código Penal de 1940: a) a reintrodução do *sistema dia-multa*; b) a multa substitutiva aplicada nas apenações não superiores a seis meses de detenção, evitando-se, assim, as auguras do cárcere; c) critérios mais científicos para a aplicação dessa espécie de pena.

Antes da mencionada Reforma Penal de 1984, o pagamento da multa se dava mediante o denominado *selo penitenciário*, fixando-se valor específico como transgressão aos tipos penais afetos à pena pecuniária, sem vinculação a patamares mínimo ou máximo, diversamente do sistema de dia-multa.

Toledo consignou importante reflexão sobre a reforma:

A reforma penal, presentemente, como em outras épocas, decorreu de uma exigência histórica. Transformando-se a sociedade, mudam-se certas regras de comportamento. Isso é inevitável. E que a fisionomia da sociedade contemporânea não é a mesma daquela para a qual se editaram as leis penais até aqui vigentes, é coisa que não deixa margem a dúvidas. A inteligência do homem contemporâneo parece, cada vez mais, compreender que a sociedade humana não está implacavelmente dividida entre o bem e o mal. Mas sim parece estar predominantemente mesclada de pessoas que, por motivos vários, observam, com maior ou menor fidelidade, as regras estabelecidas por uma certa cultura, e de pessoas que, com maior ou menor frequência, contrariam essas mesmas regras. Não há dúvida, porém, que tanto os primeiros como os últimos fazem parte, dentro de uma visão mais ampla, de um certo modo de ser e viver prevalecente em determinada época, modo esse que talvez explique, senão todos, pelo menos um bom número de desvios de comportamento[...]¹³⁶

Carnelutti, depois de definir a pena de multa como a “obrigação de pagar uma soma de dinheiro”, considerando que esta tem maior função preventiva ou reparatoria do que repressiva, chega a considerá-la como medida de segurança pecuniária, argumentando que:

A extração de uma parte do patrimônio não opera, mas inflige ao acusado um sofrimento capaz de constituir um contra-estímulo e, portanto, exercer sobre o acusado e, eventualmente, sobre terceiros, uma ação preventiva de novos crimes, que denota a medida de segurança, mas não vale a pena.¹³⁷

¹³⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: ed. Editora Saraiva, 1994, p. 71.

¹³⁷ Texto original: “la extracción de una parte del patrimonio no opera sino infligiendo al reo un sufrimiento apto para constituir un contraestímulo y, por eso, para ejercitar sobre el reo, y eventualmente sobre los terceros, una acción preventiva de nuevos delitos, lo que denota la medida de seguridad pero no la pena”. CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1947, p. 31 e 43-44

Entretanto, repise-se, o fato de uma sanção ter menor efeito repressivo não a descaracteriza como pena, sendo certo que a pena pecuniária conserva inequívocos efeitos de retribuição e de prevenção, mormente em relação à pequena criminalidade, restando patente nesta espécie de pena a retributividade. Há autores que se posicionam contrariamente, *data venia* de modo desarrazoado, identificando na pena pecuniária um *deficit* de eficácia preventiva.¹³⁸

Em defesa dos benefícios da pena pecuniária, Eugenio Cuello Calón leciona que a multa é uma espécie de sanção que apresenta diversas vantagens:

A multa é sempre aflitiva, sempre causa sofrimento; adapta-se como nenhuma outra sanção à situação econômica do condenado; não degrada nem desonra a sua família; não é um obstáculo à sua reabilitação social; o condenado não se afasta de seus entes, nem perde seu emprego ou clientela; é também recomendável do ponto de vista econômico, pois constitui fonte de receita para o Estado e não lhe acarreta despesas, como ocorre com a pena de prisão.¹³⁹

A multa traz vantagens substanciais em detrimento da privação de liberdade e, somando-se às restritivas de direitos, constitui arcabouço punitivo de real eficácia, desde que bem aplicada e perfeitamente executada.

2.3.2 Princípio da responsabilidade pessoal da pena de multa

O princípio da *responsabilidade pessoal*, ou ainda, *incontagibilidade* ou *intransmissibilidade da pena* ou da *personalidade* ou da *intranscendência*, pode ser considerado o mais relevante na regência da aplicação da pena de multa.

Depreende-se da leitura do art. 5º, XLV da Constituição Federal que o constituinte não ressaltou a pena de multa quando descreve a intranscendência das demais penas ao garantir que: “*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*”, mas nem por isso há dúvida de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e, por isso, o princípio da intranscendência também se aplica à pena pecuniária.

¹³⁸ MOLINARI, Francesca. *La pena pecuniaria e sua problematica in una prospettiva di riforma*. Milano: ed. Giuffrè, 1982, p. 187.

¹³⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. v. 1. 11ª ed. Barcelona: ed. Bosch, 1953, pag. 805

O princípio da personalidade de qualquer pena é basilar em qualquer Estado Democrático de Direito. Conforme magistério de Eugenio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar,

O Estado de polícia estende a responsabilidade a todos que cercam o infrator, pelo menos por não terem denunciado sua atividade, e considera sua família perigosa, porque seus membros podem vingá-lo. Tais características se acentuam nos delitos que afetam a existência do estado, que no estado de polícia se confunde com o governo. Por isso, por meio do terror incentiva a delação e consagra a corrupção de sangue. No estado de direito a responsabilidade penal deve ser individual e não pode transcender a pessoa do delinquente. [...] Entretanto, essa transcendência do poder punitivo na direção de terceiros é, de fato, inevitável: a comunicação, o conhecimento, a estigmatização, a queda dos rendimentos etc., são todos efeitos que inevitavelmente alcançam a família do simples acusado e mesmo outras pessoas. Nossa legislação contém poucos dispositivos no sentido de atenuá-los, como, por exemplo, o auxílio-reclusão, de natureza previdenciária (art. 80, Lei nº. 8213, de 24.jul.91). Um efeito transcendente de prisionização – sem embargo da tímida previsão legal da visita íntima (art. 40, inc. X, LEP), na prática subordinada à maior ou menor liberalidade da administração – é a privação de relações sexuais, que deixa ao cônjuge ou companheiro não-institucionalizado a opção entre abstinência ou dissolução do vínculo afetivo.”¹⁴⁰

Obviamente que depois de uma condenação criminal sempre haverá terceiros direta ou indiretamente prejudicados e atingidos, mas o que o princípio impõe é que o cumprimento da pena, inclusive a pecuniária, nunca poderá ser exigido de terceira pessoa.

É indubitável, portanto, que a aplicação da multa não pode passar da pessoa do delincente. A pena, conforme magistério de Giulio Battaglini, “*não pode ser cumprida por representação, nem são admissíveis, em Direito Penal, fatos que modificam a relação jurídica quanto ao sujeito – cf., ao invés, em matéria civil, o endosso, a sucessão etc.*”¹⁴¹ Assim, falecendo o infrator, a multa em nenhuma hipótese poderá atingir os seus sucessores, sob pena de violação ao princípio da personalidade da pena e à própria Constituição Federal.

2.3.3 Conceito e natureza jurídica da pena pecuniária

¹⁴⁰ BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2003, pag. 232.

¹⁴¹ BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal: parte geral*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. 2. vol. São Paulo: ed. Saraiva, 1973, pag. 628

A pena de multa ou pecuniária consiste na condenação, em determinada soma em dinheiro, pela transgressão a um tipo penal.

Inicialmente a multa se tratava apenas de preceito secundário do tipo penal, pois se referia unicamente à pena cominada a determinados tipos penais de gravidade menos expressiva no contexto social.

Posteriormente o legislador deu dimensão mais abrangente à pena de multa, que deixou de ser considerada apenas pena comum para passar à condição de pena substitutiva ou multa substitutiva (art. 60 do CP).

Assim, a multa atualmente pode sobrevir como sanção principal e única, alternativa ou cumulativa com a pena privativa de liberdade, podendo, também ser aplicada como substitutiva da pena de prisão.

A Lei nº 9714/98 que cuida das denominadas “penas alternativas” inovou, segundo disposto no artigo 44, §2º: *“As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: § 2º - Na condenação igual ou inferior a um ano a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.”*

Cumpre ainda mencionar a multa reparatória previstas no art. 297 da Lei n.º 9503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)¹⁴², que não está subsumida às espécies de penas previstas nos incisos I a III do art. 32 do Código Penal. Apesar de denominada multa reparatória, sua natureza é eminentemente indenizatória, imposta pelo Juízo Criminal às vítimas de alguns delitos de trânsito, nos casos em que comprovadamente houve prejuízo material.

Havia também dúvidas quanto à natureza da pena de multa, se civil ou penal.

Carrara sempre defendeu que a multa tem a natureza de pena criminal: *“A lei pode exigir do delinquente, como sanção do delito, ou todo o patrimônio, tomando a pena o nome de confisco, ou apenas uma parte dele, recebendo aquela, conforme os casos, o nome de ammenda ou multa”*¹⁴³

¹⁴² Art. 297-A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime. § 1º- A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo. § 2º- Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal. § 3º- Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.

¹⁴³ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal – parte geral*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 136.

A multa sem sombra de dúvidas é uma pena pecuniária de natureza criminal, regida pelos princípios publicísticos da matéria.

O artigo 49 do CP traz a definição legal da multa *in verbis*: “*consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa*”.

O artigo 51 do CP, com a redação dada pela Lei n.º 7.209/84, previa que a “*multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução*”.

O referido dispositivo foi alterado pela Lei n.º 9.268/96, que passou a dispor: “*Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*”, impedindo, desse modo, a conversão da pena de multa em prisão.

Pois bem, o problema quanto à natureza jurídica da pena de multa surgiu com a nova qualidade dada a esta pena pela Lei n.º 9268/96 ao tratar-lhe como dívida de valor, o que levaria a crer que sua natureza seria civil, e não penal.

Entretanto, mesmo com a qualidade de dívida de valor, a natureza da pena de multa continuou sendo penal, pois esta característica apenas agregou à multa penal a obrigatoriedade de correção monetária na sua cobrança.

Assim, uma vez aplicada a pena de multa, o juiz da execução criminal não podia recusar-se a executá-la por nenhum motivo, e devia aguardar o seu pagamento pelo prazo prescricional previsto no art. 114 do CP: “*A prescrição da pena de multa ocorrerá: I – em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada; II – no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada*.”, o que corrobora a sua característica de sanção penal, e somente após o ajuizamento da execução, as causas interruptivas e suspensivas seriam aquelas previstas na Lei n.º 6830/80.

Finalmente, a Lei n.º 13964/19 (Pacote Anticrime), fez uma pequena alteração no art. 51 do CP ao dispor que “*Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*”.

Esta última alteração legislativa ratificou a identidade da pena pecuniária a fim de confirmar a sua natureza jurídica de sanção penal, e não civil.

Pois bem, diante da característica de dívida de valor que lhe foi atribuída pelo legislador penal, outra dúvida poderia surgir: a pena de multa executada no Juízo das Execuções Criminais, regida pela Lei n.º 6830/80, estaria submetida ao princípio da intranscendência da pena?

Segundo Soler, a resposta é positiva como se o princípio estivesse arraigado na natureza do débito:

A penalidade da multa consiste na obrigação de pagar uma quantia em dinheiro, imposta pelo juiz. É uma verdadeira vergonha, cujo objetivo é ferir o delinquente em seu patrimônio; consequentemente, como todas as outras penalidades, é pessoal. O pagamento da multa por terceiros é inaceitável; Não há solidariedade entre vários devedores, nem a obrigação de pagá-lo pode ser rebanho. Se o autor do crime morre antes de a sentença ter passado a autoridade de caso julgado, a ação criminal é extinta; se ele morrer mais tarde e a multa não tiver sido paga ou não tiver sido integralmente paga, essa obrigação será extinta e não afetará os herdeiros, como resulta claramente do disposto no art. 70, C. P., que autoriza a execução dos bens da pessoa condenada, mesmo após a morte, para o pagamento da compensação pecuniária inerente à sentença. A multa não tem esse caráter. Por outro lado, para que a multa se torne um crédito comum, seria necessária uma provisão específica, pois é evidente que, quando se torna efetiva contra os herdeiros, perde o caráter da sentença, uma vez que não pode ser convertida em prisão. O objetivo do Estado, ao aplicar uma multa, não é aumentar sua renda ou criar uma fonte de recursos, mas reprimir um crime na pessoa de seu autor.¹⁴⁴

Saliente-se que o STF, no julgamento da ADI 3150, em 13 de dezembro de 2018, entendeu que a legitimação prioritária para a execução da pena de multa é do Ministério Público e não da Fazenda Pública, ratificando o caráter penal da sanção, entendimento esse consolidado pela Lei n.º 13964/19.¹⁴⁵

2.3.4 Sistema de aplicação da pena de multa: dias-multa

Dentre os sistemas de aplicação da multa, destacam-se:

¹⁴⁴ Texto original: “La pena de multa consiste en la obligación de pagar una suma de dinero, impuesta por el juez. Es una verdadera pena, cuyo fin es herir al delincuente en su patrimonio; en consecuencia, al igual que las demás penas, es personal. Es inaceptable el pago de la multa por un tercero; no hay solidaridad entre varios obligados, ni puede herdarse la obligación de pagarla. Si el autor del delito muere antes de que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, queda extinguida la acción penal; si muere después, y la multa no ha sido pagada o no lo ha sido totalmente, tal obligación queda extinguida, y no afecta a los herederos, según se desprende de la disposición del art. 70, C. P., que autoriza la ejecución de los bienes propios del condenado, aun después de muerto, para el pago de las indemnizaciones pecuniarias inherentes a la pena. La multa no tiene ese carácter. Por otra parte, para que la multa se transforme en un crédito común sería preciso una disposición específica, ya que es evidente que, al hacerse efectiva contra los herederos, pierde su carácter de pena, pues no puede ser convertida en arresto. El fin del Estado, al imponer una multa, no es el de aumentar sus rentas o crear-se una fuente de recursos, sino reprimir un delito en la persona de su autor.” SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992, p. 445-446.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3150 DF, Distrito Federal 0000552-37.2004.1.00.0000. Ementa: “EXECUÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PENA DE MULTA. LEGITIMIDADE PRIORITÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.” Plenário. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 31.12.2018 – disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768171224/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3150-df-distrito-federal-0000552-3720041000000/inteiro-teor-768171233> >. Acessado em 02.12.2019.

a) *Sistema clássico* ou *sistema de multa total ou global*: é aquele em que o juiz, em uma única operação, condena o réu a um determinado valor, proporcionalmente à gravidade da infração e a sua situação econômica. É um sistema que atribui ao magistrado o dever de fixar o *quantum*, de forma objetiva, do valor devido. Por constarem, em abstrato, de valores especificados, em países de economia inflacionária e intenso *déficit* da moeda nacional, tal sistema se torna inócuo ante a consequente defasagem, conforme ensina Alberto Silva Franco:

Tal sistema possui, sem dúvida, diversos inconvenientes. Os valores da pena pecuniária, prefixados em abstrato, mostram-se rapidamente desatualizados nos países de estrutura econômica instável. O processo inflacionário corrói, com extrema velocidade, tais valores, de forma que a carga aflitiva, que deve estar ínsita na pena pecuniária, perde, a curto prazo, todo e qualquer significado, transformando-a numa sanção inteiramente desmoralizada. O apelo ao critério de atualização monetária ofende ao princípio da legalidade e a única fórmula salvadora para o sistema seria a de uma contínua e vigilante atuação legislativa - o que não ocorre na realidade - para efeito de não descaracterizar as finalidades precípua da pena pecuniária. Por outro lado, o próprio critério de limitar abstratamente, no mínimo e no máximo, a quantidade-e de pena pecuniária pode conduzir à determinação de pena socialmente injusta. O máximo pode representar-se ridículo em relação às pessoas de rendas altíssimas ou de patrimônio avantajado e o mínimo, um exagero absurdo, no que tange a pessoas de escassos ou mínimos recursos e de nenhum patrimônio [...]¹⁴⁶

A aritmética correspondente à denominada multa global é fixada em pecúnia, e não em valores referenciais, por isso a maior crítica a este sistema diz respeito à impossibilidade de atualização.

b) *Sistema temporal* ou *sistema da multa escalonada*: é aquele em que a pena de multa é fixada em um número preciso de dias, semanas ou meses correspondentes a cada delito. Além disso, o sistema estabelece a pena de multa adotando-se critérios relacionados ao padrão de vida econômico do condenado, o que ensejará dilação probatória para a correta fixação da base pela qual a pena de multa deve incidir.

Referida dilação probatória, porém, se torna incompatível com os fins supremos do processo penal, a par da sua grande relatividade, e o resultado final poderá ser iníquo, e esta é a maior crítica a este sistema.

c) *Sistema de dias-multa*: é uma criação brasileira, não obstante haja quem atribua à sua existência inspiração ou sucessão do sistema nórdico ou escandinavo.

¹⁴⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal – breves anotações sobre a Lei 7. 209/84*. São Paulo: ed. Saraiva, 1986, p. 165-166.

O Código Criminal do Império, registre-se, publicado sob a vigência da Constituição de 1824, de forma rudimentar, já previa o sistema do dias-multa no artigo 55: *“A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniária que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou industria, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo.”* (texto original)

O valor do dia-multa deve refletir a situação econômico-financeira do réu e, de outra feita, a gravidade do tipo penal violado, o que demonstra a deficiência do art. 60 do Código Penal: *“Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu”*.

O advérbio utilizado pelo legislador – principalmente – faz crer que a fixação da multa não pode ter em vista apenas a condição econômica do sentenciado sem atender a gravidade do crime por ele praticado, pois, se assim fosse, infringiria os princípios de ideais da justiça.

Fernando Capez aponta três posições a respeito do critério ideal para a fixação do dia-multa¹⁴⁷:

a) a primeira, deve-se levar em conta a capacidade econômica do condenado: quanto maior o poder econômico do réu, maior o número de dias fixado (art. 60 do CP);

b) a segunda, utiliza-se o mesmo critério para a fixação da pena privativa de liberdade, previsto no art. 68, *caput*, do CP: partindo do mínimo, o juiz levará em consideração as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP; em seguida, as agravantes e atenuantes genéricas; e, numa última fase, fará incidir as causas de aumento e diminuição (critério trifásico);

c) a terceira, o número de dias-multa é fixado de acordo com a culpabilidade do agente, mas levando em conta apenas o art. 59, *caput*, do CP, que equivaleria à primeira fase de fixação da pena.

O sistema de dias multa é o adotado pelo legislador brasileiro, conforme reza o art. 49 do Código Penal:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

¹⁴⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - parte geral*. Vol. I. São Paulo: ed. Saraiva, 2000, p. 381.

§1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

Depreende-se do referido artigo, que a multa deve ser aplicada em duas etapas:

1) Fixação da quantidade de dias-multa, variável, segundo o art. 49 do CP, entre 10 e 360 dias-multa: a quantidade de dias-multa deve ser proporcional à pena privativa de liberdade efetivamente imposta, segundo a utilização do método trifásico previsto no art. 68 do CP. Há doutrinadores que preconizam “*deve-se levar em conta a gravidade do delito, as circunstâncias judiciais, as circunstâncias legais e, inclusive, as majorantes e minorantes*”¹⁴⁸

2) Fixação do valor do dia-multa, levando-se em conta, principalmente, a situação econômica do réu (art. 60 do CP).

Como vimos anteriormente, a fixação da pena de multa pode ocorrer como sanção principal, alternativa ou cumulativa com a pena corporal (privativa de liberdade), podendo, também, ser aplicada como substituição à pena de prisão.

Aplicada a multa na sentença penal condenatória, após o trânsito em julgado, o condenado será intimado para pagá-la, dentro do prazo fixado pelo juiz, em favor do FUNPEN - Fundo Penitenciário Nacional¹⁴⁹, Fundo esse que foi instituído pela Lei Complementar nº 79/1994 para os fins de custear o sistema de cumprimento de pena no país.

Os Estados membros podem instituir, mediante a edição de legislação própria e específica, Fundo Estadual para a gestão das multas criminais aplicadas pela Justiça Criminal Estadual.

Este Fundo Estadual foi criado na grande maioria dos Estados membros da Federação a exemplo dos Estados de São Paulo (Lei Estadual nº 9.171/1995), Paraná (Lei Estadual nº 17.140/2012), Goiás (Lei Estadual nº 17.616/2012) e Minas Gerais (Lei Estadual nº 11.402, de 14 de janeiro de 1994).

A seguir propõe-se apresentar a execução da pena pecuniária.

¹⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p.200.

¹⁴⁹ O Fundo Penitenciário Nacional - Funpen foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, instituído no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional.

2.3.5 Execução da pena de multa

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, o réu condenado, agora denominado executado, será intimado para efetuar o pagamento da multa em prazo estipulado pelo Juízo.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o procedimento para a execução da pena de multa foi disciplinada pelo Provimento da Corregedoria Geral de Justiça n.º 04/20.

O magistrado poderá, de acordo com as circunstâncias, e a requerimento do condenado, permitir que o pagamento seja realizado em parcelas mensais, iguais e sucessivas, ouvindo o Ministério Público previamente à decisão, ou descontado diretamente de sua folha de pagamento (art. 168, I da LEP).

Efetuada o pagamento integral do valor fixado na sentença, a pena será extinta, devendo o Juízo comunicar a extinção tanto o Tribunal Regional Eleitoral, como o Juízo das Execuções competente pela execução da pena privativa de liberdade.

Caso o sentenciado, após a sua intimação para o pagamento da multa, mantenha-se inerte quanto ao adimplemento do valor, a execução da pena pecuniária ficará a cargo do Ministério Público, conforme disciplinado pela Lei n.º 13.964/19 que alterou o art. 51 do Código Penal, o qual, após a expedição de certidão da sentença (art. 164 da Lei nº 7.210/84), ajuizará a ação de execução que deverá ser distribuída à Vara das Execuções Criminais do domicílio do executado, e tramitará sob o rito previsto na Lei nº 6.830/80, especialmente no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Ressalte-se que, no caso de recolhimento de fiança, o valor da multa será abatido do valor recolhido.¹⁵⁰ E neste ponto surge importante indagação envolvendo o instituto da detração penal.

Como será visto mais adiante, a fiança é uma medida cautelar em forma de caução, substitutiva da prisão provisória, com a finalidade de garantir a aplicação da lei penal, bem como garantir as despesas processuais, e dar cumprimento a futura pena pecuniária.

¹⁵⁰ Provimento 04/20 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, que alterou o art. 479 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça. “Art. 479 - Nas condenações com trânsito em julgado à pena de multa, aplicada cumulativa ou isoladamente, antes da intimação do réu para pagamento, deverá o juízo de conhecimento verificar eventual recolhimento de fiança em favor do condenado, oportunidade em que deverá atualizar os valores recolhidos e proceder ao eventual abatimento da quantia aplicada a título de multa, nos termos do artigo 336 do Código de Processo Penal.”

Pois bem, a fiança paga pelo acusado é uma medida cautelar que serve como garantia à efetividade do processo penal, como veremos no tópico 2.4.2. Findo o procedimento acusatório, o mesmo objeto da medida cautelar (dinheiro ou bens) é também utilizado no procedimento executório, e isto é aplicação da detração.

Assim, não sendo a fiança perdida ou cassada, ela será utilizada também ao final do processo para abater a pena imposta.

O legislador, portanto, entendeu que o sacrifício inicial do acusado de pagar determinada quantia no início do processo, durante seu presumido estado de inocência, antes do trânsito em julgado, deve ser considerado na execução penal.

Se o contrário fosse, o acusado pagaria a fiança para responder ao processo solto, perdendo a quantia paga com o trânsito em julgado da sentença condenatória, pois esgotada a finalidade da fiança, e, se condenado a pena pecuniária, novamente despenderia de outro valor para o cumprimento da pena.

Diante desta análise, porque o mesmo raciocínio não é utilizado para as demais medidas cautelares?

O que se observa no caso do Provimento 04/20 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao determinar que o Juízo faça o abatimento da fiança na quantia aplicada a título de multa, é uma visão garantista da execução penal para a aplicação da pena justa.

A previsão normativa do Órgão Judiciário Estadual pretendeu rechaçar a deficiência legislativa de falta de previsão legal de detração neste caso específico, o que demonstra a tendência garantista de impedir o excesso de execução.

Poder-se-ia asseverar que o Provimento 04/20 teria o viés de ativismo judicial, em razão da atuação proativa do Poder Judiciário interferindo no Poder Legislativo. Por outro lado, diante de uma Constituição Federal garantista como a nossa, obviamente que as leis infraconstitucionais demandam, por vezes, de uma interpretação criativa para o aprimoramento do sistema.

2.4. MEDIDAS CAUTELARES CONSTRITORAS DE LIBERDADE: prisão provisória e outras medidas cautelares

2.4.1 Prisão Provisória

Segundo o Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça, no dia 17.07.2019 o Brasil contava com 812.564 presos. Os dados mostram que, do total da população carcerária, 41,5% (337.126) são presos provisórios – pessoas ainda não condenadas. E que há em todo o país 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento, dos quais a grande maioria (94%) de procurados pela Justiça¹⁵¹.

Os dados do CNJ apontam para o aumento da população prisional brasileira num ritmo de 8,3% ao ano e, nessa marcha, o número de presos pode chegar a quase 1,5 milhão em 2025.

No julgamento da ADPF 347¹⁵², cujo objeto era o sistema carcerário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal concluiu que as condições carcerárias do país violam preceitos fundamentais dos presos e reconheceu o chamado “estado de coisas inconstitucional”, uma figura jurídica que surgiu na Corte Constitucional da Colômbia e pode ser reconhecida diante de três situações: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; superação das transgressões ao exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades¹⁵³.

A decisão da ADPF 347 faz concluir, conforme defendido na Tribuna pelo advogado do pólo ativo da referida Ação, que desde a abolição da escravidão, não há maior violação de direitos humanos no Brasil do que o sistema prisional.

E, em ratificação à defesa do advogado, o Ministro Relator Marco Aurélio afirmou:

A maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de

¹⁵¹ G1. GLOBO (17.07.19). *CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação*. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Consultado em 17 de outubro de 2019

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 347 MC/DF, Ementa: “CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.” Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015 – disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acessado em 18.11.2019.

¹⁵³ Magalhães, Breno Baía (15 de julho de 2019). *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. Revista Direito GV. 15 (2). ISSN 2317-6172. doi:10.1590/2317-6172201916. Consultado em 17 de outubro de 2019.

doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.¹⁵⁴

Concluiu o Ministro que no sistema prisional ocorre a violação generalizada de direitos fundamentais daqueles que estão submetidos a ele.

2.4.1.1 Breve contexto histórico da prisão provisória no Brasil

No Brasil, a histórica centralização do poder político, que se inicia com o modelo colonial de base exploratória, mantém-se após a independência, e estende-se até a República, exigia um poder punitivo igualmente concentrado e forte, o qual fundou as bases para o desenvolvimento de uma cultura penal autoritária, centrada na prisão provisória como mecanismo central do processo penal e imediato instrumento de controle social.

Durante o Império, sob a égide da Constituição de 1824, influenciada pelos ideais iluministas e fundada no direito de liberdade, a regra prevista na legislação infraconstitucional era a obrigatoriedade da prisão processual, exceto para crimes de menor gravidade, em que o réu se livrasse solto ou nas infrações penais em que se admitisse fiança.

A Constituição Republicana de 1891, intensamente influenciada pelo sistema norte-americano, atribuiu aos Estados-membros a competência para legislar sobre Direito Penal, pulverizando a legislação processual penal. Já a Constituição de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, voltou a unificar e sistematizar as normas penais e processuais penais por meio do Código de Processo Penal de 1941, com o objetivo de facilitar a administração de um aparato legal que se direcionava para a proposta política autoritária do governo.

O Código de 1941, tendo como norte o modelo italiano, admitia modalidades de prisão provisória obrigatória, onde se dispensava o juiz de justificar a necessidade do encarceramento (crime com pena máxima igual ou superior a dez anos de reclusão, decisão de pronúncia após a sentença condenatória recorrível), e a prisão

¹⁵⁴ STF. Notícias STF 27.08.205. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acessado em 17.05.2020.

preventiva facultativa, que exigia a fundamentação judicial baseada na garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal.

Em 1967 o Decreto-lei n.º 314 autorizou o acirramento de práticas antidemocráticas e violentas, por meio da Lei de Segurança Nacional, que permitia a prisão provisória a qualquer tempo, em nome da necessária perseguição dos inimigos do Estado.

Com a Lei n.º 5941/73, o Código de 1941 sofreu novas alterações com a redução do rigor no tratamento da prisão provisória e, posteriormente, a Lei n.º 6416/77 trouxe mudanças importantes ao ampliar a possibilidade de concessão de liberdade provisória.

Finalmente, com o advento da Constituição Republicana de 1988 consolidou-se a transição democrática inaugurando um modelo de matriz principiológica, com extenso rol de direitos fundamentais e opções valorativas, com significado profundo para a política e para o direito. Juntamente com este rol de direitos, a Constituição de 1988 consagrou o princípio da presunção de inocência, o que representou uma mudança paradigmática na concepção de prisão provisória dentro de um processo garantista.

De acordo com o retro denominado processo garantista, como ensina Luigi Ferrajoli, a prisão processual é uma medida essencialmente ilegítima, pois subverte completamente os dois sentidos atribuíveis ao princípio da presunção de inocência – como regra de tratamento do imputado e como regra de juízo – os quais estão estreitamente vinculados. O autor define ambos os sentidos como garantias da liberdade e da verdade.

O princípio da presunção de inocência é, antes de tudo, um critério de justiça em favor da liberdade dos inocentes e da garantia de que os acusados da prática de infração penal não sofrerão as consequências de uma pena enquanto não fora devidamente comprovada a sua culpabilidade.¹⁵⁵

Desse modo, é flagrante que após o advento da Constituição Federal de 1988 surgiu um grande disparate entre o modelo constitucional e o tratamento da prisão provisória previsto no Código de Processo Penal de 1941. Entretanto, a despeito da modificação de paradigma imposto ao processo penal brasileiro pela Carta de 1988, os operadores do direito ainda insistiram na vinculação ao paradigma autoritário anterior, com a decretação desmedida (sem tempo certo) da prisão preventiva, mormente para a garantia

¹⁵⁵ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Presuncion de inocência e prisión sin condena*. In: *Revista de la Asociación de Ciências Penales de Costa Rica*, año 9, n.º 13, agosto de 1977, p.01.

da ordem pública, que se consolidou como verdadeira cláusula aberta para o decreto prisional.

Somente no final da década de 90 e notadamente nos anos 2000, que o STF passou a não aceitar a gravidade do delito como critério idôneo a justificar, por si só, a prisão preventiva, também a afastar o clamor público como fundamento válido para decretação da prisão provisória¹⁵⁶, e rejeitar decisões de prisão sem fundamentação idônea.¹⁵⁷

Finalmente, a Lei n.º 12.403/11 previu medidas cautelares, as quais serão posteriormente analisadas, em substituição à pena de prisão, que efetivamente se tornou medida excepcional. A excepcionalidade da prisão está prevista no art. 282, §6º do CPP ao dispor que *“As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...] §6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”*.

2.4.1.2 Finalidades e características da prisão provisória

No ordenamento jurídico brasileiro impera, atualmente, a regra de que o transgressor da norma penal responde ao processo a ele imputado em liberdade, devendo ser conduzido à prisão somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

De modo divergente à mencionada regra, a prisão cautelar/processual possibilita ao Estado restringir a liberdade do acusado pela prática do injusto penal antes do término do processo criminal, sempre com o fim de resguardar a investigação e/ou o processo, garantindo, assim, a eficácia da sentença definitiva.

A prisão provisória ou prisão processual é a prisão sem-pena ou cautelar, conforme ensina, de forma pragmática, Fernando Capez:

¹⁵⁶ Informativo 545 do STF. Ementa: “Prisão Cautelar - Gravidade do Delito - Reforço de Argumentação pelo Tribunal – Inadmissibilidade (Transcrições). Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm>>. Acessado em 19.11.2019.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 132615/ São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello. EMENTA: “Entorpecentes. Tráfico. Quantidade: cocaína (10,61g) e maconha (6g). Associação criminosa para o tráfico. Posse irregular de munição de uso permitido. Condenação penal ainda não transitada em julgado. Interposição de apelação criminal pela paciente. Denegação do direito de recorrer em liberdade. Inconstitucionalidade da cláusula legal que, fundada no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, veda, aprioristicamente, a concessão de liberdade provisória. Precedente (Plenário). Inexistência de obstáculo jurídico à outorga de liberdade provisória. Sentença que, no capítulo referente à manutenção da prisão cautelar da paciente, apoia-se em fundamentos que se mostram divorciados dos critérios adotados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ausência, no caso, de requisitos mínimos de cautelaridade. Insubsistência da prisão cautelar da paciente. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela concessão do “writ” constitucional. Reconhecimento, em favor da paciente, do direito de aguardar em liberdade a conclusão da causa principal até que nela sobrevenha o trânsito em julgado da decisão que a encerrar.” Julgado em 01.07.2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC132615ministroCelsodeMello.pdf>>. Acessado em 25.11.2019.

Prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. Depende do preenchimento dos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. É a chamada prisão provisória, compreendendo as seguintes espécies: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente da pronúncia, prisão em virtude de sentença condenatória recorrível e prisão temporária.¹⁵⁸

Luiz Regis Prado interpreta a expressão “prisão provisória” de modo extensivo, abrangendo todas as modalidades de privação de liberdade antes da sentença transitada em julgado que podem ou não ter caráter cautelar:

É preciso esclarecer, por oportuno, que a prisão provisória mencionada pela lei é prisão processual, ou seja, a prisão que pode ocorrer previamente à sentença condenatória irrecorrível. Esse termo – “prisão provisória” – deve ser interpretado de modo amplo, abarcando todas as medidas cautelares de restrição da liberdade. Engloba, pois, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e também a prisão decorrente de sentença de pronúncia e de decisão condenatória recorrível.¹⁵⁹

Para a adoção da prisão provisória é imprescindível a presença de dois pressupostos: o *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*. O primeiro requisito consiste na verificação da existência de risco para o processo ou para a sociedade se o averiguado ou acusado permanecer em liberdade. A segunda condição para a sua decretação é a plausibilidade do direito substancial, ou seja, a existência de comprovação fática do delito e indícios suficientes de autoria. A falta dos pressupostos delineados inviabiliza a decretação da prisão cautelar, tornando-a ilegal.

Verificada a presença dos pressupostos necessários à decretação da prisão provisória, é relevante a análise de suas principais características: jurisdicionalidade, acessoriedade, instrumentalidade, provisoriedade e proporcionalidade.

A *jurisdicionalidade* está consagrada no art. 5º, LXI da Carta Magna, princípio que demanda prévia apreciação das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto pelo juiz. A *acessoriedade* depreende-se do fato de a prisão cautelar subsistir apenas durante o trâmite processual, perdendo a sua eficácia após a superveniência de decisão revogadora ou de sentença penal condenatória. Nesse contexto, surge o princípio da *provisoriiedade*, vez que, desaparecendo a situação que legitimou a decretação da medida excepcional, deverá haver revogação da mesma ou a sua transformação em pena de prisão.

¹⁵⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Vol. I. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pag. 76.

¹⁵⁹ PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. 16ª. ed. São Paulo: ed. RT, 2018, pag. 102.

Por fim, destaca-se a *proporcionalidade* do qual se depreende que o julgador deverá sempre valorar os interesses em conflito, ponderando os pressupostos legitimadores da cautelar com os prejuízos que sua adução acarretará ao réu.

Como vimos anteriormente, a restrição à liberdade do réu antes do término definitivo do litígio processual constitui elevado prejuízo aos seus direitos fundamentais, por isso a medida extrema deve ser adotada como *ultima ratio*. Dessa forma, a custódia preventiva não pode em hipótese alguma ser decretada com suporte em meras especulações e presunções abstratas.

2.4.1.3 Espécies de prisão provisória

Há no Brasil duas espécies de prisão: **prisão penal**, que é aquela que decorre de sentença condenatória transitada em julgado; **prisão provisória** ou **processual** ou **cautelar**, a qual é a decretada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória penal, nas hipóteses permitidas pela lei.

Neste tópico abordaremos apenas a prisão processual, tendo em vista que a prisão penal já foi amplamente debatida no subtítulo *PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE*.

Prisão provisória, como anteriormente salientado, é toda medida privativa de liberdade que não seja decorrente de uma sentença penal condenatória definitiva, portanto, é uma prisão excepcional, podendo ser denominada prisão processual, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como exceção ao princípio da presunção de inocência (art. 5º LVII da Constituição Federal).

São hipóteses de prisão provisória ou processual: a) *prisão em flagrante*; b) *prisão preventiva* e c) *prisão temporária*. Além destas, considerar-se-á como prisão processual também a *prisão administrativa*, a *prisão em virtude da pronúncia* e a *prisão em razão de sentença condenatória recorrível*¹⁶⁰, e a *prisão domiciliar* (art. 317 do CPP), instituída pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.

A *prisão em flagrante* é aquela realizada quando o agente está praticando o delito ou logo após a prática criminosa, de acordo com o art. 302 do CPP.

¹⁶⁰ Nada obstante não mais exista a prisão automática pela pronúncia ou pela sentença penal condenatória recorrível, que devem ser impostas ou mantidas quando presentes os requisitos da prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CÓDIGO PENAL), sempre de forma fundamentada, não deixam de ser prisões provisórias.

Segundo a doutrina são espécies de flagrante: *impróprio* ou *quase flagrante* (art. 302, III do CPP), *presumido* ou *ficto* (art. 302, IV do CPP), *flagrante em crime permanente* (art. 303 do CPP), *preparado*¹⁶¹ ou *provocado* (ilegal), *esperado*¹⁶² ou *forjado* (ilegal)¹⁶³.

Não podem ser sujeitos de prisão em flagrante os menores de 18 anos, diplomatas estrangeiros e o Presidente da República, bem como o agente que presta pronto e integral socorro à vítima de acidente de trânsito, em face do art. 301 da Lei n.º 9.503/97.

Podem ser presos em flagrante apenas nos crimes inafiançáveis (elencados no art. 323 do CPP), os Membros do Congresso Nacional (art. 53, §2º da CF/88), Deputados Estaduais, Magistrados (art. 43 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LC n.º 35/79) e Membros do Ministério Público (art. 40, III da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LC 35/79).

A *prisão preventiva* é aquela decretada pelo juiz, por conversão, nas 24 horas que sucedem o flagrante, ou no curso do inquérito policial ou do processo judicial, tanto de ofício, quanto a requerimento das pessoas elencadas no art. 311 do CPP (Ministério Público, querelante ou assistente de acusação ou ainda delegado).

A prisão preventiva se sujeita a dois requisitos obrigatórios e a três alternativos, conforme determina o art. 312 do CPP. Os *requisitos obrigatórios* são a existência de indícios veementes da existência de delito e suficientes de autoria. Já os *requisitos alternativos* dizem respeito aos pressupostos de necessidade da prisão: garantia da ordem pública (ou econômica) ou por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Saliente-se que a decretação da prisão preventiva somente será cabível nos crimes dolosos: a) punidos com reclusão; b) punidos com detenção, quando havendo dúvida sobre identidade do indiciado, este não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la¹⁶⁴; c) se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; d) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a

¹⁶¹ Segundo Damásio de Jesus, **flagrante preparado ou provocado** “[...] ocorre crime putativo por obra do agente provocador quando alguém de forma insidiosa provoca o agente à prática de um crime ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consuma.” JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*. 57ª Ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2019, p. 179.

¹⁶² O **flagrante esperado ou forjado** ocorre quando uma autoridade policial ou terceiro previamente informado acerca de um crime, trata de promover diligências a fim de prender o agente que poderá praticar o crime, sendo a prática da autoridade policial ou de terceiro apenas a espera da ocorrência do crime, sem qualquer provocação. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 14ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1993.

¹⁶³ Súmula 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

¹⁶⁴ A Lei n.º 11.983/09 revogou o art. 60 da Lei das Contravenções Penais (“Mendigar por ociosidade ou cupidez”). Desse modo, restou abolida a prisão preventiva no caso de vadiagem ou mendicância.

mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

No Brasil, ninguém pode ser preso preventivamente em decorrência de crime culposos, salvo a exceção disposta no art. 366 do CPP - o caso do réu citado por edital e que não comparece ao processo (neste caso ocorre a prisão preventiva tanto nos crimes culposos quanto dolosos)¹⁶⁵.

A *prisão temporária* é decretada por tempo determinado, durante o inquérito policial, destinada a possibilitar as investigações de crimes considerados graves, e está prevista na Lei n.º 7.960/1989.

Segundo o art. 1º da referida norma, a prisão temporária tem cabimento quando: I - imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes homicídio doloso; b) sequestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante sequestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento; i) epidemia com resultado de morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; l) quadrilha ou bando; m) genocídio; n) tráfico de drogas; o) crimes contra o sistema financeiro, p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

O Código Penal (Decreto Lei nº 2848/40), cuja Parte Geral foi alterada em 1984 pela Lei n.º 7209/84, previa a *prisão administrativa*, consoante o Código de Processo Penal (Decreto Lei n.º 3689/41). A prisão administrativa prevista no CPP era aquela decretada por autoridade administrativa para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação, todavia, tal instituto foi abolido pela Constituição Federal de 1988, conforme previsão do art. 5º LXI. Assim, fica sem efeito a expressão “de prisão administrativa” descrita no artigo 42 do substantivo penal por expressa previsão constitucional.

Ainda segundo o inciso LXI do mencionado art. 5º, ainda hoje há prisão administrativa decorrente de infração disciplinar e hierárquica, por violações aos Códigos

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 1038925/SP. Número único 0060448-91.2014.3.00.0000. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. Ementa: “Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.) Julgado em 31.07.2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312754415&ext=.pdf>>. Acessado em 18.05.2020.

de Disciplina da Polícia e do Corpo de Bombeiros Militar¹⁶⁶, ou mesmo de infrações praticadas por particulares, nacionais ou estrangeiros, contra a Administração Pública¹⁶⁷.

Importante salientar que a prisão administrativa não se confunde com a prisão civil *stricto sensu*. Assim, apesar de o artigo 319 do CPP¹⁶⁸, que disciplinava a prisão administrativa, ter sido revogado, esta prisão continua existindo nos casos de transgressão militar, bem como durante o processo de extradição em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁹.

Em relação à *prisão decorrente do processo extradicional*, ela é considerada administrativa porque a sua finalidade é apenas garantir a entrega da pessoa do extraditando ao Estado receptor, na hipótese de procedência do pedido de extradição, e, mediatemente, satisfazer a pretensão punitiva acusatória ou executória do Estado requerente.

Entretanto, para o STF trata-se de verdadeira medida cautelar para fins penais como condição de procedibilidade da fase judicial do procedimento extradicional passivo: “*A prisão preventiva é condição de procedibilidade para o processo de extradição e, tendo natureza cautelar, ‘destina-se, em sua precípua função instrumental, a assegurar a execução de eventual ordem de extradição’*”.¹⁷⁰

É certo que as leis e tratados sobre extradição não têm por finalidade direta a punição, mas sim propiciar meios e formas necessárias à entrega dos criminosos que escapam à jurisdição do Estado competente para puni-los. Por isso, para a extradição atingir seu objetivo, faz-se necessário a existência de um tratado internacional ou de uma

¹⁶⁶ As punições disciplinares militares têm duas finalidades: a) prevenção especial, pois visa evitar a reincidência da transgressão, ou seja, a reeducação do transgressor; b) retributiva, que objetiva o restabelecimento da ordem administrativa violada pela infração e o fortalecimento da disciplina, na medida em que a pena deve ser proporcional à transgressão cometida.

¹⁶⁷ A lei 6815/80 (Estatuto dos estrangeiros), prevê a prisão administrativa para fins de deportação no artigo 61 pelo período máximo de 60 dias com possibilidade de prorrogação de acordo com o parágrafo único. Já o artigo 69 permite também a prisão para fins de expulsão pelo período máximo de 90 dias prorrogáveis por igual prazo.

¹⁶⁸ Art. 319 do Código Penal – A prisão administrativa terá cabimento: I – contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam; II – contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional; III – nos demais casos previstos em lei.

¹⁶⁹ Artigos 67 e 69 do Estatuto do Estrangeiro, os quais foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. A autoridade competente para a decretação da prisão é a autoridade judiciária.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Extradição 1216. Rel. Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Ementa: “Extradição instrutória. Governo dos Estados Unidos da América. Pedido instruído com os documentos necessários à sua análise. Atendimento aos requisitos da Lei n.º 6815/80 e do Tratado bilateral. Roubo circunstanciado. Prescrição. Não ocorrência, tanto sob a ótica da legislação alienígena quanto sob a ótica da legislação penal brasileira. Reexame de fatos subjacentes à investigação. Impossibilidade. Sistema de contenciosidade limitada. Precedentes. Excesso de prazo na formalização do pedido. Questão superada com apresentação dos documentos que instruem a extradição. Precedentes. Existência de família constituída no Brasil. Causa não obstativa da extradição segundo a Súmula n.º 421 desta Suprema Corte (...). Revogação da prisão. Não ocorrência de situação excepcional que justifique a revogação da medida constritiva da liberdade do extraditando. Legitimidade constitucional da prisão cautelar para fins extradicionais. Precedentes. Pedido deferido na condição de que o Estado requerente assumia formalmente o compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade que não ultrapasse o limite máximo de 30 anos (art. 75 do Código Penal), assegurando-se a detração do tempo de prisão ao qual ele foi submetido no Brasil (art. 91, II da Lei n.º 6815/80)...”. Julgado em 02.03.2011. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18865708/extradicao-ext-1216/inteiro-teor-104175269?ref=juris-tabs>>. Acessado em 18.05.2020.

promessa de reciprocidade de tratamento (por exemplo, detração do tempo em que o extraditando esteve preso), por isso a sua natureza poderia ser considerada administrativa.

O acervo normativo a regular, de forma geral, o procedimento extraditório brasileiro, qual seja o Título IX, da Lei n.º 6.815/80, subordina o início da fase judicial, pelo disposto no seu artigo 84, à prisão do extraditando, impondo a manutenção da custódia até decisão final, pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, sem a admissão de qualquer espécie de liberdade provisória, vedando, expressamente, a prisão domiciliar e a prisão albergue. Na mesma linha, seguiu o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal nos artigos 208 e 213, respectivamente.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em voto em processo de relatoria do Ministro Marco Aurélio assevera a natureza de prisão processual: “*desde logo assento, também, que a prisão para fins de extradição tem a natureza de uma prisão cautelar e, portanto, submete-se não só ao princípio da necessidade, mas da razoabilidade e da proporcionalidade.*”¹⁷¹

Evidente que o controle de legalidade dessa espécie peculiar de prisão preventiva não poderia escapar aos requisitos e aos fundamentos exigidos para a prisão provisória que permeiam a incidência de qualquer medida cautelar penal no ordenamento brasileiro, quais sejam, a fumaça do direito a ser exercido pela pretensão extradicional e a fumaça do perigo de frustração do provimento jurisdicional pretendido, decorrente da liberdade da pessoa perseguida.

Neste mesmo sentido posicionou-se o Ministro Gilmar Mendes, no ano de 2007, em sede de *habeas corpus*, ao colocar como imperiosa a norma processual penal brasileira, sob o prisma do artigo 312, do Código de Processo Penal, a ele agregado um parágrafo único após a reforma da Lei n.º 12.403/2011, como norte para o controle de legalidade da prisão preventiva para extradição, conforme o excerto a seguir colacionado:

Prisão Preventiva Para Extradição (PPE). Apesar de sua especificidade e da necessidade das devidas cautelas em caso de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, é desproporcional o tratamento que vem sendo dado ao instituto. Necessidade de observância, também na PPE, dos requisitos do art. 312

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição 1.054-QO/EUA. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Ementa: “EXTRADIÇÃO – PEÇAS – DEFICIÊNCIA – PRISÃO DO EXTRADITANTO – RELAXAMENTO. Uma vez configurada a inércia do Governo requerente no cumprimento de diligência visando a instruir o pedido de extradição e projetada a prisão do extraditando no tempo, incumbe o relaxamento, expedindo-se alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas próprias.” Julgado em 29.08.2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=510467>>. Acessado em 18.05.2020

do CPP, sob pena de expor o extraditando a situação de desigualdade em relação aos nacionais que respondem a processos criminais no Brasil.¹⁷².

Finalmente, quanto à *prisão preventiva disciplinar militar* cumpre salientar que ela poderá ser decretada pela autoridade policial militar do posto de Capitão ao posto de Coronel aos seus policiais subordinados, quando houver indício de autoria de infração penal e for necessário para o bom andamento das investigações e para a preservação da ordem e da disciplina policial-militar, tratando-se de uma providência administrativa acautelatória.

2.4.2 Medidas Cautelares diversas da prisão

Importante o estudo das medidas cautelares que, apesar de não serem doutrinariamente consideradas penas, serão tratadas neste trabalho como “forma de sanção antecipada”, em razão do cerceamento do gozo de direitos fundamentais da pessoa investigada ou processada criminalmente, cujo cumprimento exige o sacrifício destes direitos de valor imensurável.

Nessa linha de pensamento, o estudo das medidas cautelares diversas da prisão se faz necessário, pois se pretende demonstrar com este trabalho que o tempo de cumprimento da medida cautelar, do mesmo modo que a pena provisória, também deve ser objeto de detração penal, sob pena de *bis in idem* e excesso de execução, daí a importância da análise.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 91657/São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 13.09.2007. Ementa: “Habeas corpus. 1. Pedido de revogação de prisão preventiva para extradição (PPE). 2. Alegações de ilegalidade da prisão em face da instrução insuficiente do pleito extradicional; nulidade da decisão que decretou a prisão do extraditando por falta de manifestação prévia da Procuradoria-Geral da República (PGR); e desnecessidade da prisão preventiva, sob o fundamento de que a liberdade do paciente não ensejaria perigo para a instrução criminal desenvolvida pelo Governo do Panamá. 3. Suposta insuficiência da instrução do pedido extradicional. Informações prestadas pelo Relator da Extradição no 1091/Panamá indicam que o pleito está sendo processado regularmente. 4. Alegação de nulidade da decisão que decretou a prisão do paciente por falta de manifestação prévia da PGR. Providência estranha ao procedimento da PPE, pois não há exigência de prévia manifestação da PGR para a expedição do mandado de prisão. 5. Alegação de desnecessidade da PPE. A custódia subsiste há quase quatro meses e inexistente contra o paciente sentença de condenação nos autos do processo instaurado no Panamá. 6. PPE. Apesar de sua especificidade e da necessidade das devidas cautelas em caso de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, é desproporcional o tratamento que vem sendo dado ao instituto. Necessidade de observância, também na PPE, dos requisitos do art. 312 do CPP, sob pena de expor o extraditando a situação de desigualdade em relação aos nacionais que respondem a processos criminais no Brasil. 7. A PPE deve ser analisada caso a caso, e a ela deve ser atribuído limite temporal, compatível com o princípio da proporcionalidade; e, ainda, que esteja em consonância com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. 8. O Pacto de San José da Costa Rica proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana (Art. 7º,5). 9. A prisão é medida excepcional em nosso Estado de Direito e não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos (Art. 5º, LXVI). Inexiste razão, tanto com base na CF/88, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não seja também aplicado às PPE’s. 10. Ordem deferida para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Extradição no 1091/Panamá.”. Precedentes: Ext. no 1008/Colômbia, Rel. DJ 17.8.2007; Ext 791/Portugal, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.10.2000; AC n. 70/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.3.2004; Ext-QO. no 1054/EUA, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 14.9.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>>. Acessado em 25.11.2019.

Pois bem, assim como a prisão cautelar, as medidas cautelares diversas da prisão igualmente reclamam o *periculum libertatis*, e a sua imposição também só se justifica quando presente o binômio necessidade/utilidade.

Todas as medidas cautelares, indistintamente, se destinam a enfrentar uma situação de crise processual representada pelo *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, e somente a presença dessa situação extraordinária, nos casos expressamente previstos em lei, autoriza o recurso a esse meio também excepcional, de modo a romper-se a inviolabilidade da liberdade individual.

O ministro do STF Dias Toffoli, nos autos *Habeas corpus* 138.453/PR, por decisão proferida em 14.12.16, concluiu que “a imposição de qualquer medida cautelar pessoal exige a indicação dos pressupostos fáticos que autorizam a conclusão de que o imputado, em liberdade criará riscos para os meio ou o resultado do processo, sob pena de lhe falta justificação constitucional.”¹⁷³

Na verdade, as medidas cautelares não são substitutivas da prisão, mas sim, alternativas à prisão, por isso os mesmos requisitos exigidos para a decretação da prisão preventiva devem estar presentes para a imposição de medidas cautelares e, desse modo, não há motivos para os réus que se submetem a tais medidas não serem beneficiados com a detração penal do período e na proporção do sacrifício antecipado.

Sendo a medida cautelar um meio de cerceamento do direito do acusado de gozar de seus direitos fundamentais, a sua imposição deve estar consubstanciada em verdadeira garantia processual conferida constitucionalmente quanto ao princípio da proporcionalidade da pena e o mal cometido.

Desse modo, aplicada a medida cautelar diversa da prisão, o jurisdicionado passa a sofrer, antes do decreto de culpa, uma sanção proporcional ao mal cometido para que não responda o processo preso. Esta dita sanção antecipada, mesmo exigindo do jurisdicionado um sacrifício menor do que a perda da liberdade, também cerceia os seus direitos fundamentais em detrimento à garantia do princípio da presunção de inocência.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 138453/Paraná. Autos 0061824-12.2016.1.00.0000. Relator Ministro Dias Toffoli. Ementa: “... FAZ SE NECESSÁRIO SALIENTAR QUE O PARQUET NÃO TROUXE NENHUMA PROVA SEQUER PARA COMPROVAR QUE O PACIENTE PODERIA FUGIR, APENAS FEZ AS ILAÇÕES EM 02 (DOIS) PARÁGRAFOS, CONFORME SE VERIFICA NO FRAGMENTO ACIMA. E, EM ESPECIAL, QUE A ÚNICA RAZÃO DA ADOÇÃO DA FIANÇA FOI O FATO DESTA VIR A COIBIR POSSÍVEL EVSÃO DO PACIENTE O QUE, VERDADEIRAMENTE, NÃO SE MOSTRA PALUSÍVEL E PERTINENTE, TORNANDO O ATO FLAGRNTEMENTE ILEGAL E SANÁVEL VIA ESSE REMÉDIO CONSTITUCIONAL.” Julgado em 14.12.2016. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416470942/habeas-corpus-hc-138453-pr-parana-0061824-1220161000000?ref=serp>>. Acessado em 25.11.2019.

2.4.2.1 Contexto histórico das medidas cautelares diversas da prisão

Em 1941 o Código de Processo Penal tinha inspiração claramente fascista, por isso, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade e, além disso, era o único meio de o Estado assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

À época, como analisado no tópico anterior, a prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem a necessidade de o juiz ratificá-la para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão, e poucas eram as possibilidades de liberdade provisória.”¹⁷⁴

Com a chegada da Constituição Federal de 1988 surgiu o princípio constitucional da presunção de inocência e, a partir daí, nenhuma medida com o fim punitivo podia ser imposta ao averiguado ou acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, qualquer medida coativa imposta ao réu no trâmite do processo não deveria ter um caráter de satisfatividade, não poderia se transformar em antecipação da tutela penal ou execução provisória da pena.¹⁷⁵

Entretanto, o princípio da presunção da inocência tem sido reiteradamente ignorado, ante o clamor público por segurança e punição exemplares, fazendo surgir um sistema penal repressor e distante dos objetivos de um Estado Democrático de Direito¹⁷⁶, em que a prisão cautelar é utilizada sem a natureza conservativa, mas como verdadeira antecipação da condenação penal, com evidente natureza satisfativa.

A fim de consolidar os princípios constitucionalmente previstos da presunção de inocência, do devido processo legal, e da exigência da ordem judicial escrita e fundamentada para a decretação da prisão cautelar, o legislador criou a Lei n.º 12.403/11, a fim de dar alternativas para que o magistrado assegure o escopo processual sem necessidade de decreto prisional.

¹⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. 2.ª ed., São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1997, pag. 91.

¹⁷⁵ Daí a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, que tem sido reiterada em diversos julgados, no sentido de que se revela absolutamente inconstitucional a utilização, com fins punitivos, da prisão cautelar, pois esta não se destina a punir o suspeito, o indiciado ou o réu, sob pena de manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, com a consequente (e inadmissível) prevalência da ideia – tão cara aos regimes autocráticos – de supressão da liberdade individual, em um contexto de julgamento sem defesa e de condenação sem processo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Precedentes: HC 93.883/SP, Rel. Min. Celso de Mello/ HC 96.219-MC/SP. Rel. Ministro Celso de Mello/ HC 85.531/SP. Rel. Ministro Celso de Mello/ HC 15971/SP Rel. Ministro Celso de Melo / HC 96.095/SP Ministro Celso de Mello).

¹⁷⁶ O Supremo Tribunal Federal em Habeas Corpus relatado pelo decano ministro Celso de Mello já assentou que o “clamor público”, bem como o “estado de comoção social” e a “indignação popular”, não bastam por si só para decretação da medida extremada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 96.483-4/ ES - Relator: Ministro Celso de Mello)

2.4.2.2 Finalidades e características das medidas cautelares diversas da prisão

As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas, por isso não podem ser consideradas penas, existindo para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação, ou ainda para evitar novas infrações penais.

Como visto anteriormente, todas as medidas cautelares devem ser aplicadas fundadas em duas premissas: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, com três finalidades principais:

- a) aplicar a lei penal;
- b) assegurar a investigação ou a instrução criminal;
- c) neutralizar o risco de prática de infrações penais (garantia da ordem pública).

E suas principais características são:

a) *provisoriedade*: aspecto temporal da medida cautelar, que é sempre temporária. Porém, não há previsão legal acerca do tempo máximo de duração da medida (exceto a prisão temporária), bem como imposição de responsabilidade ao Estado em caso de excesso de tempo razoável;

b) *revogabilidade* e *substitutividade*: o art. 282, §5º do CPP prevê que o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. O §6º do mesmo artigo dispõe que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 do CPP.

c) *excepcionalidade*: em nosso sistema jurídico a liberdade (em seu sentido amplo) é a regra, sendo considerada direito fundamental do indivíduo. Paralelamente a tal direito, ao indivíduo é garantido a sua presunção de inocência. Portanto, excepcionalmente, e só quando autorizado legalmente, o averiguado ou acusado pode ter o seu direito de liberdade cerceado, lembrando-se que a medida cautelar só é cabível quando presentes os requisitos para a prisão preventiva. Em alentada monografia assevera Rodrigo Capez¹⁷⁷:

¹⁷⁷ CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal*. São Paulo: ed. Quartier Latin, 2017, pag. 358.

Por outro lado, afirmar-se que a prisão cautelar seja a *ultima ratio* não significa que a imposição de qualquer outra medida dela diversa constitua desdobramento ordinário da marcha processual, haja vista que, em maior ou menor grau, sempre haverá intervenção em um direito fundamental. Todas as medidas cautelares, indistintamente, se destinam a enfrentar uma situação de crise processual, representada pelo *periculum libertatis*, e somente a presença dessa situação extraordinária, nos casos expressamente previstos em lei, autoriza o recurso a esse meio também excepcional, de modo a romper-se a inviolabilidade da liberdade individual.

Em suma, as cautelares diversas da prisão reclamam, para se revestirem de justificação condicional e fundamentação idônea, o *periculum libertatis*.

2.4.2.3 Espécies de medidas cautelares

As medidas cautelares estão elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, e podem ser *reais*, *probatórias* (ou instrutórias) e *pessoais* (ou subjetivas).

Medidas cautelares reais são aquelas previstas nos artigos 124 a 144 do CPP (inutilização, confisco, caução, sequestro, hipoteca legal, arresto), as quais têm por finalidade garantir a eficácia dos efeitos civis da condenação.

Medidas cautelares probatórias ou instrutórias são aquelas que visam manter a integridade do material probatório e possibilitar sua eficiente coleta. Nos artigos 240 a 250 do CPP estão previstas aquelas que versam sobre a busca e apreensão. A mesma natureza possui a medida constante na norma do artigo 217 do CPP, que autoriza a retirada do réu da audiência quando puder causar temor ou constrangimento à testemunha. Há ainda a medida cautelar de interceptação telefônica (art. 5º, XII, da CF).

Medidas pessoais ou subjetivas dividem-se em *prisão provisória e cautelares diversas da prisão*. A prisão provisória foi amplamente debatida em tópico anterior. As medidas cautelares diversas da prisão objetivam atenuar os rigores da prisão, mas não deixam de ser limitadoras da liberdade de quem está submetido a um processo penal.

A fim de delinear a pesquisa, neste tópico apenas as medidas cautelares pessoais diversas da prisão são as que interessam para o estudo da detração.

Há a previsão legal de nove medidas cautelares pessoais:

a) O comparecimento em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar as atividades;

b) A proibição de frequência ou acesso a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

c) A proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado dela permanecer distante;

d) A proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução, bem como do país (art. 320 do CPP);

e) O recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos;

f) A suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para prática de infrações penais;

g) A internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do CP), e houver risco de reiteração;

h) A fiança nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

i) A monitoração eletrônica, que não é uma medida cautelar autônoma, sendo acessória às demais previstas no art. 319 do CPP. Portanto, é um procedimento com o condão de controlar o cumprimento de outras medidas cautelares ou mesmo executivas¹⁷⁸;

Observa-se que em todas elas o Estado intervém na vida do indivíduo cerceando a sua liberdade individual, limitando seus direitos fundamentais, determinando que faça ou deixe de fazer algo que tinha plena liberdade antes da imposição da medida constritora. Aliás, o cerceamento de liberdade com a aplicação de medida cautelar diversa

¹⁷⁸ “Como medida cautelar diversa da prisão, ela apenas pode ser aplicada cumulativamente com a medida de recolhimento domiciliar (art. 319, V, CÓDIGO PENAL) ou de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II, Código Penal). Reconhecendo o monitoramento como meio de controle e não como modalidade de medida cautelar, ele também pode ser aplicado no caso de prisão domiciliar (art. 318, Código Penal)”. BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do Processo Penal*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2011, p 167.

da prisão é tão evidente, que a jurisprudência reconhece o cabimento de *habeas corpus* contra a decisão que aplica tais medidas.¹⁷⁹

2.4.2.4 Aplicação das medidas cautelares diversas da prisão

A prisão preventiva e qualquer outra medida cautelar pessoal exige justa causa, isto é, alto grau de probabilidade da materialidade e autoria do delito (*fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*), a fim de justificar a mitigação do princípio da inocência.

Além disso, a aplicação das medidas cautelares exige o preenchimento de dois requisitos (artigo 282, I e II, Código de Processo Penal): necessidade e adequação, que estão intrinsecamente ligados ao princípio da proporcionalidade.

O requisito da *necessidade* existe quando a medida cautelar for imprescindível para a situação fática delineada, é o chamado *periculum in mora* ou *periculum libertatis*. Já a *adequação* é a aplicação da medida específica para a situação concreta determinada, verificando-se as circunstâncias do fato para a escolha da medida perfeitamente aplicável à hipótese.

E não é só. A Lei n.º 12.403/11 passou a considerar a prisão cautelar como medida excepcional (art. 282, §6º do CP), adotando o princípio da subsidiariedade, pois com a nova redação do artigo 310, II do CPP, a prisão cautelar, que atenda seus requisitos e condições de admissibilidade, só se justificará quando não houver a possibilidade de ser imposta medida menos onerosa ao direito de liberdade, ou seja, as chamadas medidas cautelares diversas da prisão, levando-se em consideração as condições particulares do sujeito e a natureza da infração do crime (art. 282, II do CP).

Como se observa, a aplicação de qualquer medida cautelar diversa da prisão exige a presença de todos os requisitos para a prisão provisória e, em caso de ausência de algum deles, deve ser concedida a liberdade provisória apenas com os ônus a ela inerentes (manter o endereço atualizado e comparecer a todos os atos do processo).

Não se pode tratar as cautelares diversas do encarceramento como um “favor” ao investigado ou acusado ou, noutra perspectiva, como “preço mínimo” a ser por

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 262.103/AP. Quinta Turma. Rel. Ministro Jorge Mussi. Ementa: “[...] AFASTAMENTO DOS PACIENTES DAS SUAS FUNÇÕES PÚBLICAS. MEDIDA CAUTELAR CUJO DESCUMPRIMENTO PODE ACARRETER A PRISÃO DO ACUSADO. [...] 1. Conquanto o afastamento do cargo público não afete diretamente a liberdade de locomoção do indivíduo, o certo é que com o advento da Lei 12.403/2011 tal medida pode ser imposta como alternativa à prisão preventiva do acusado, sendo que o seu descumprimento pode ensejar a decretação da custódia cautelar, o que revela a possibilidade de exame da sua legalidade na via do habeas corpus. [...]” Julgado em 09.09.2014. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25267184/habeas-corpus-hc-262103-ap-2012-0271685-0-stj/inteiro-teor-25267185?ref=juris-tabs> >. Acessado em 18.05.2020

ele necessariamente pago para livrar-se da prisão em flagrante, independentemente da ausência do *periculum libertatis*.

Nesse contexto é possível concluir que a medida cautelar diversa da prisão pode ser considerada pena antecipada assim como a prisão provisória, e sem sombra de dúvidas ambas (prisão e medida cautelar diversa) são limitadoras de direitos humanos fundamentais e devem ser consideradas pelo Juízo das Execuções Criminais quando do cumprimento da pena definitiva.

A Constituição Federal adotou em seu Título II a expressão “direitos fundamentais”, ao invés de qualquer outro sinônimo existente (direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, direito público subjetivo, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos humanos fundamentais, direitos fundamentais etc.), porque optou o constituinte por adotar uma expressão que dê a máxima amplitude a todos os direitos do homem, abrangendo os individuais, sociais, de nacionalidade e políticos.¹⁸⁰

Vejamos a liberdade. Primeiro há que se distinguir o princípio da liberdade do direito de liberdade.

O princípio não tem divisão e pode ser considerado um fundamento da vida, uma prerrogativa natural do ser humano. Já o direito de liberdade se manifesta por meio de várias espécies: liberdade de pensamento, liberdade de expressão, liberdade de ir, vir e ficar etc., e são outorgados por regras (art. 5º, II da Constituição Federal).

Na verdade, o direito à liberdade, a despeito de não se confundir com o princípio, nasce também junto com o ser e é anterior à sociedade, ao Direito e ao Estado¹⁸¹. José Afonso da Silva aduz que liberdade consiste na “*possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*”¹⁸², portanto, o direito a liberdade desdobra-se em várias possibilidades, as quais são regulamentadas ante a existência de uma sociedade.

O direito à liberdade ainda pode ser subdividido diante da seguinte dicotomia: liberdade interna e liberdade externa. A primeira é subjetiva, a liberdade moral, “*é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem*”, é a liberdade de pensar; e a outra liberdade é objetiva, e consiste na reprodução externa do

¹⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: ed. Malheiros, 2002, p. 24.

¹⁸¹ ENGELS, Friedrich. Anti-Düring, São Paulo: Paz e Terra, 1976 in in Silva, José Afonso. A liberdade no mundo contemporâneo. Artigo publicado em 23.08.2016 na Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, vol 08. N.º 14.

¹⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42ª. ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2019, pag. 232

querer pessoal, é a liberdade de “poder fazer” e “*implica no afastamento de obstáculo ou coações, de modo que o homem possa agir livremente*”¹⁸³.

Obviamente que a manifestação da liberdade interna não pode causar dano a outrem, por isso poderia, em tese, ser compreendida como ilimitada. Já a liberdade externa ou objetiva, que é aquela que dá ao sujeito a possibilidade de poder fazer tudo o que deseja para a busca de sua realização pessoal, de sua felicidade, é delimitada por normas indispensáveis à ordem social.

Rivero conceitua “*a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal*”¹⁸⁴, porém a limitação se faz necessária para que haja um equilíbrio entre as felicidades pessoal e coletiva, pois como o homem vive em sociedade, a qual é necessária à consecução de seus desideratos, e sendo a sociedade a união de muitos em busca de um fim comum, a felicidade do homem é tão mais autêntica quanto mais em consonância estiver com esse fim social.

Pois bem, esta breve análise acerca do direito fundamental à liberdade nos leva a refletir sobre o efetivo cerceamento das liberdades interna e externa quando o Estado intervém na vida do indivíduo com a imposição de uma medida cautelar pessoal.

A imposição da medida cautelar no início de uma investigação criminal aprisiona a liberdade de pensamento do investigado (liberdade interna), pois, além do evidente abalo psicológico afluído pelo trâmite de um inquérito policial, o jurisdicionado tem seus pensamentos voltados diuturnamente ao cumprimento da sanção imposta pelo Estado, sob o temor de punição por eventual falha.

Além disso, não há dúvida de que a imposição de obrigações ao investigado ou acusado lhe traz constrangimento moral e pessoal, pois os comportamentos a que está obrigado a cumprir em razão da medida cautelar aplicada, jamais seriam realizados caso tivesse sua liberdade plena, como por exemplo, a proibição de frequentar determinados lugares que lhe dão prazer e satisfação.

Desse modo, qualquer medida cautelar pessoal recai sobre as liberdades interna e externa do jurisdicionado, restringindo ou suspendendo direitos fundamentais que se antepõem à realização de sua personalidade.

¹⁸³ *Ibidem*, pag. 230-231.

¹⁸⁴ RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques: I - Les Droits de l'Homme*. Paris: PUF, 1973, pag. 52 in Silva, José Afonso. A liberdade no mundo contemporâneo. Artigo publicado em 23.08.2016 na Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, vol 08. N.º 14.

Portanto, havendo limitação na liberdade de exercício dos direitos fundamentais do homem por decisão judicial, sem sombra de dúvida, tal medida é sentida pelo investigado/acusado como uma punição antecipada ante o princípio de seu estado de inocência, e esta sanção prévia deve ser considerada quando do cumprimento da pena definitiva.

CAPÍTULO 3 – DETRAÇÃO

A detração é, segundo dispõe a legislação, o abatimento, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo que o agente ficou preso antes da prolação da sentença condenatória definitiva, seja por prisão provisória decorrente de prisão em flagrante, preventiva, temporária, bem como em virtude de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, visando impedir o abuso do poder-dever de punir do Estado, a fim de que o criminoso não sofra punição além da necessária.

Desse modo, o escopo da detração penal é impedir o excesso de execução, a fim de que o jurisdicionado, condenado criminalmente, cumpra uma pena justa, nos moldes assegurados pela Constituição Federal.

O presente trabalho se justifica ante a imprescindível reflexão acerca da possibilidade e necessidade da aplicação do instituto da detração penal em situações não previstas em lei, mas que, sob a luz da Constituição Federal, deveriam ter sido consideradas pelo legislador infraconstitucional.

Assim, o tempo em que o condenado cumpriu sanções que restringiram a sua liberdade ou direitos fundamentais antes da sentença penal condenatória (medidas cautelares), bem como o tempo de cumprimento de qualquer espécie de pena durante o trâmite da execução penal, deveriam ser sempre considerados e abatidos da pena a ser executada, a fim de garantir ao condenado a execução de uma pena justa, que não viole o princípio do *ne bis in idem*.

Ressalte-se que o princípio *ne bis in idem*, no aspecto criminal, é sem sombra de dúvida um direito fundamental, a despeito de não haver previsão constitucional expressa entre os 78 incisos que consubstanciam o elenco dos “direitos e deveres individuais e coletivos” constantes do art. 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, serve de base ao aspecto substancial do princípio *ne bis in idem*, concretizando os valores da justiça e certeza a ele inerentes.¹⁸⁵

¹⁸⁵ REVISTA DE DIREITO DA UNIGRANRIO. MASCARENHAS, Marcella Alves. *O Princípio “Ne Bis In Idem” nos Âmbitos Material e Processual sob o Ponto de Vista do Direito Penal Interno*. Volume 2 – Número 2 – 2009. [on line]. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br>> Acessado em 19.11.2019.

3.1 Breve contexto histórico do instituto da detração penal

Os romanos já se preocupavam com o cômputo do tempo da prisão cautelar na execução da pena privativa de liberdade, conforme previa expressamente o Digesto: *“se alguém estiver em acusação durante longo tempo, a sua pena deve ser algum tanto moderada; pois está decidido que não devem ser punidos do mesmo modo aqueles que estiverem em acusação durante muito tempo e aqueles que tiverem pronto julgamento.”*¹⁸⁶

Com a queda do Império Romano, e mais tarde na Idade Média, o instituto da detração penal foi esquecido ante a judicatura arbitrária do magistrado medieval que não velava pela proporcionalidade entre o delito e a pena.

Posteriormente, com a Revolução Francesa, em razão dos ideais liberais, as penas cominadas aos delitos passaram a ser fixas, e a partir de 15.11.1892 o instituto da detração passou a ser aplicado na França.

Grande entusiasta do instituto, Francesco Carrara discorria que as leis toscanas, desde 1786, sancionaram o direito à indenização do Estado em favor do absolvido por motivo da prisão sofrida e, ao compará-la com o Código Francês, assim dispôs: *“Parece impossível que na França seja tampouco sabido que a Toscana já há noventa anos computa na pena a prisão preventiva”*, pois lhe causava espécie o fato de que a França não previsse a detração.¹⁸⁷

Da mesma forma Dupin, em 1821, manifestou-se questionando *“ver que a prisão sofrida por um acusado durante a instrução de seu processo não entra em atenuação da duração do aprisionamento que se segue à condenação...”* e concluiu: *“eu acho esta legislação injusta”*.¹⁸⁸

Realmente, não obstante os ventos de liberdade que bateram na Europa do século XVIII tenha tido seu auge na Revolução Francesa, que derrubou a monarquia

¹⁸⁶ DIGESTO, LIVRO 48, TÍTULO 19, “DE POENIS”, LEI 25 (tradução livre).

¹⁸⁷ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal – Parte Geral*. Tradução de José Luiz V. de Franceschini e J. B. Prestes Barra, 1957. v. II. São Paulo: Editora Saraiva. R. – reproduzido no Artigo – Da Detração Penal – EPM – Escola Paulista de Magistratura – Autora Leila Hassem da Ponte, publicado em 16.02.2012. Disponível em <<https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/Acervo/12872?pagina=12>>. Acessado em 02.11.019

¹⁸⁸ DUPIN. André-Márie. Observations sur plusieurs points de notre législation criminelle, apud Grassi, Roberto Joacir, Detração Penal. Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 24 – reproduzido no Artigo – Da Detração Penal – EPM – Escola Paulista de Magistratura – Autora Leila Hassem da Ponte. Publicado em 16.02.2012. Disponível em <<https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/Acervo/12872?pagina=12>>. Acessado em 02.11.019.

absolutista de Luís XVI e instituiu a República, fato é que a França somente em 1882 passou a subtrair a prisão processual do total da pena cominada ao sentenciado.¹⁸⁹

Carnelutti, legislador italiano, em 1930, incorporou tais ideias ao Código Penal (art. 137), ditando a equivalência legal entre a prisão processual e a prisão para se aplicar a sanção penal: “*O encarceramento preventivo é considerado, pelos efeitos da detração, como reclusão ou detenção*”¹⁹⁰.

Já no Brasil, as Ordenações Filipinas nada dispuseram a respeito da detração penal, silenciando-se.

O Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830, previa no art. 37, a prisão preventiva antes do julgamento como forma de garantir a instrução processual: “*Art. 37. Não se considera pena a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fuga, nem a suspensão dos magistrados pelo Poder Moderador, na forma da Constituição.*” Porém, o Código era omissivo quanto à detração da prisão provisória na execução da pena aplicada.

Posteriormente, o Código Criminal do Império, em consonância com o artigo 179, §8º da Constituição Federal e artigo 175 do Código de Processo, inspirado na legislação francesa – CP de 1810 – que, como dito acima, não previa o instituto da detração, foi expresso ao vedar o cômputo da prisão preventiva na duração das penas.

Não obstante a vedação expressa, em 15 de setembro de 1869 foi promulgada a Lei n.º 1.696, que admitiu, em seu art. 7º, que nos casos de condenação à “prisão com trabalho” deveria haver o cômputo do tempo posterior à sentença de primeira instância, reduzido de 1/6.

Transcreve-se, *in verbis*, mencionado dispositivo:

Artigo 7º - O réu preso, que for condenado à pena de prisão com trabalho, não será obrigado a este, pendente a apelação. Confirmada, porém, a sentença, será levada em conta o tempo de prisão simples que o réu tiver sofrido desde a sentença de 1.º instância, descontada a sexta parte. O dispositivo n'este artigo não terá lugar si o réu preferir o cumprimento da pena de prisão com trabalho, não obstante a apelação. (texto original)

Por fim, o instituto da detração penal foi adotado efetivamente no Brasil com o governo provisório da República, após o advento do art. 3º do Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890, que revogou o art. 37 do vigente Código Penal de 1830: “*A prisão*

¹⁸⁹ Desde a reforma legislativa francesa de 1832, a prisão provisória do indiciado passou a ser parcialmente aceita no cômputo final.

¹⁹⁰ Art. 137: “*La carcerazione preventiva è considerata, agli effetti della detrazione, come reclusione ou arresto*”.

preventiva será computada na execução da pena, sendo posto em liberdade o réu que, contado ou adicionado o tempo da mesma prisão, houver completado o da condenação”.

O Código Penal de 1830 não previa a detração penal porque o legislador entendia que a prisão cautelar não era uma pena em sentido *stricto*, mas apenas um método de prevenção de fuga do sentenciado que pretendia se furtar à aplicação da lei penal. Tanto que, se o réu preso provisoriamente fosse absolvido, nenhuma indenização lhe seria devida pelo Estado.

Em 14 de dezembro de 1890, o Decreto lei nº 22.213 foi promulgado (Código Penal de 1890), sendo a detração, já adotada no governo provisório da República, expressamente prevista: *"Art. 60. - Não se considera pena a suspensão administrativa, nem a prisão preventiva dos indiciados, a qual, todavia, será computada na pena legal"*.

O Código Penal de 1940, no art. 34, disciplinou o instituto da detração: *"Art. 34. Computa-se na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio"*.

Finalmente, o Código Penal de 1940 teve em 1984, com a Lei nº 7.209/84, nova redação aos seus artigos 40, 41 e 42.¹⁹¹ O Código de Processo Penal também complementou o instituto com seus artigos 672 e 680.

A Lei nº 7.210/84, que regulamentou a Execução Penal, em seu artigo 111 dispôs: *"Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição"*.

Posteriormente, em 30 de novembro de 2012 foi publicada a Lei n.º 12.736/12, que inovou o sistema jurídico processual penal com a inclusão do §2º ao art. 387 do Código de Processo Penal, o qual passou a prever a possibilidade de detração inclusive para os casos em que seja possível alterar o regime inicial de cumprimento de pena.

O legislador não previu a aplicação do art. 387, §2º do Código de Processo Penal como mera liberalidade, mas sim como obrigação, o que faz concluir que o instituto da detração penal é de suma importância no procedimento da aplicação de pena justa.

¹⁹¹ "Legislação especial - Art. 40 - A legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções"; "Superveniência de doença mental - Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado"; "Detração - Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior".

3.2. Conceito de detração e natureza jurídica

A palavra detração tem origem etimológica do latim *detractio* e possui dois significados distintos: ação de difamar, depreciar e abater, computar.

De acordo com a previsão legal do art. 42 do CP, a detração é definida como o cômputo, na pena privativa de liberdade ou da medida de segurança imposta, do tempo em que o indivíduo condenado, permaneceu custodiado pelo Estado, em regime de prisão cautelar ou provisória, ou internado em hospital de tratamento psiquiátrico ou manicômio. Esta é a definição doutrinária de detração penal.

Por outro lado, o conceito de detração não é tão simples. Partindo-se da premissa de que “conceito” é uma palavra originária do latim *conceptus*, que significa “coisa concebida” ou “formada na mente”, a compreensão, definição, concepção, ideia acerca de uma realidade, o conceito de “detração penal” é muito mais amplo do que a sua definição técnico-jurídica descrita no art. 42 do CP.

Alberto da Silva Franco, ao conceituar o supracitado instituto, dispõe restritivamente que:

A detração penal é a operação matemática por meio da qual é computada, no tempo de duração da condenação definitiva, a parcela temporal correspondente à concreta aplicação de uma medida cautelar ou à efetiva internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.¹⁹²

Na mesma linha ensina René Dotti acerca do conceito de detração penal:

Consiste a detração no abatimento na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo em que o sentenciado sofreu prisão provisória, prisão administrativa ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou mesmo em outro estabelecimento similar.¹⁹³

Entretanto, *data venia*, tais autores, apesar de informar em suas obras que conceituaram o instituto da detração penal, apenas definiram-no, de modo a não conseguir fazer o leitor compreender que se trata de um benefício legal que ultrapassa os limites da norma penal que o prevê.

¹⁹² FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, pág. 23.

¹⁹³ DOTTI, Rene Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2013, pag. 104.

Detração penal pode ser conceituada, de forma mais ampla, como o cômputo, na pena final, de toda situação jurídico-penal ou processual que cerceou qualquer ato ou direito de liberdade do indivíduo durante o processo penal. Esta situação jurídico-penal ou processual não se restringe à prisão provisória ou internação, mas atinge toda e qualquer situação imposta ao indivíduo não só pela lei, mas pelo Estado, que suprima a sua liberdade.

Se a detração tem o escopo de evitar excessos por parte do Estado, impedindo o abuso do poder-dever de punir, sujeitando o sentenciado a uma fração desnecessária de pena (e não aplicada na sentença), a detração penal deve alcançar todas as situações que restrinjam a liberdade do jurisdicionado dentro do processo, e não apenas aquelas expressamente previstas em lei.

Restritivamente, o Código Penal define a detração como o desconto do tempo de: a) prisão provisória; b) prisão administrativa; c) internação. E daí se depreende que pelo menos duas omissões legais maculam o real conceito de detração penal:

a) O desconto do tempo de cumprimento das medidas cautelares pessoais diversas da prisão;

b) O desconto do tempo de cumprimento das penas restritivas de direito antes da conversão em pena privativa de liberdade na fase da execução criminal;

Obviamente que a omissão destas duas hipóteses de detração, as quais são, respectivamente, situações jurídico-processual e penal, enseja a dupla punição do condenado pelo mesmo fato, contrariando a natureza jurídica do instituto.

Quanto à sua natureza jurídica ensina Rodrigo Roig:

A detração ostenta natureza jurídica de indiscutível benefício ao jurisdicionado, não comportando as suas regras, portanto, interpretação restritiva. Na qualidade de instituto benéfico ao acusado, todo o seu regramento deve ser interpretado de maneira extensiva e ampliativa de direitos.¹⁹⁴

A detração é instituto benéfico ao réu, cuja aplicação está respaldada pelo princípio do *favor rei*, segundo explica Giuseppe Bettiol¹⁹⁵:

(...) o princípio do favor rei é a base de toda legislação penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério

¹⁹⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: ed. Saraiva, 2014, pag. 71.

¹⁹⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Tradução de Manuel da Costa Andrade. 1974, Coimbra: ed. LDA, pag. 295.

superior de liberdade. Não há, efetivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento (...) No conflito entre o *jus puniendi* do Estado por um lado e o *jus libertatis* do arguido por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade.

A questão já foi objeto de julgado específico do Supremo Tribunal Federal, no qual restou consignado que “a custódia cautelar necessariamente deve ser computada para fins de obtenção de progressão de regime e demais benefícios da execução (...)”¹⁹⁶. E extrai-se dos fundamentos do voto:

“(...) mostra-se desproporcional, sob a vertente da proibição do excesso (*übermassverbot*), no caso concreto, a aplicação da detração penal tão somente para excluir-se do período de cumprimento de pena o interregno em que o reeducando passou preso preventivamente à sua condenação, porquanto, em verdade, a sentença condenatória criminal (...) não encerra uma modificação fática na situação do réu. (...) é inarredável a necessidade de cômputo do tempo de custódia cautelar para fins de obtenção de progressão de regime e demais benefícios da execução (...), não se podendo limitar o período de prisão provisória apenas ao efeito imediato da detração.”

Assim, nas hipóteses em que o sentenciado tem a sua liberdade cerceada judicialmente, em qualquer âmbito (não somente a de ir e vir, mas também de escolhas em sua vida pessoal), esta situação jurídica deve ser considerada no cálculo da pena a ser efetivamente cumprida com a aplicação da detração penal, ante a garantia do princípio do *favor rei*.

Diante do conceito de detração penal, conclui-se que a sua aplicação deve ocorrer: a) sempre que houver cerceamento de direitos no decorrer do processo penal; b) sempre que acarretar algum benefício concreto e imediato ao acusado por ocasião da sentença condenatória (art. 387, § 2º, do CPP); c) sempre que sejam maximizados os benefícios executacionais a que fizer jus o condenado (art. 66, III, c da LEP).

3.3 Legislação atual sobre o momento de aplicação da detração penal e o entendimento jurisprudencial

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 142.463/Minas Gerais. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Ementa: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. MARCO TEMPORAL PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS. EXECUÇÃO POR CONDENÇÃO EM ÚNICO CRIME. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE O CASO PRESENTE E AS HIPÓTESES NAS QUAIS SE CONSIDERA A DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA CONDENÇÃO COMO DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. DISTINÇÃO. CONSIDERAÇÃO DA DATA DA PRISÃO PREVENTIVA COMO TERMO INICIAL, DESDE QUE INEXISTA O COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. EXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA. ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO”. Julgado em 12.09.2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13710599>>. Acessado em 25.11.2019.

Os artigos 42 do Código Penal e 111 da Lei de Execução Penal preveem o instituto da detração apenas por ocasião da execução da pena privativa de liberdade e para a medida de segurança, ou seja, a aplicação do instituto sempre foi exclusiva do Juízo das Execuções Criminais. Tanto é assim que o art. 66, III, “c”, da Lei de Execução Penal dispõe que compete ao juiz da execução decidir sobre detração da pena.

Como dito anteriormente, tal entendimento ganhou nova interpretação em 03.12.12, com o advento da Lei n.º 12.736/12, que dispôs sobre a possibilidade da detração penal ser realizada pelo Juízo de Conhecimento no momento em que é prolatada a sentença condenatória.

Apesar de o enunciado da Súmula 716 do STF admitir a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado na sentença condenatória, a lei concedeu ao Juízo de Conhecimento a competência para realizar a detração antes conferida apenas ao Juízo da Execução.

O § 2º acrescentado ao art. 387 do Código de Processo Penal dispõe que: *“O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”*, e deve ser interpretado como exigência de um novo capítulo da sentença condenatória, *a posteriori* da fase da dosimetria da pena, onde o magistrado reconhecerá ou não o direito do réu à progressão de regime, caso este tenha tempo de prisão processual suficiente para tanto, nos casos em que a pena será cumprida de modo progressivo.

Depreende-se dos citados dispositivos que, com a edição de Lei n.º 12.736/2012, redundante do PL n.º 2.784/11, passou a existir dois momentos em que o juiz pode aplicar a detração: antes da sentença penal condenatória e depois dela. Obviamente que a ampliação da aplicação do instituto tem como base o princípio do *favor rei*.

Segundo a Exposição de Motivos da Lei n.º 12.736/12, pretendeu o legislador, no afã de proclamar mais uma solução paliativa para o descuidado sistema prisional, outorgar ao Juízo de Conhecimento uma competência que era exclusiva do Juízo das Execuções Criminais, qual seja, a análise e aplicação da detração penal.

A ampliação dos momentos para a aplicação da detração é assim justificado na Exposição de Motivos da supra referida lei:

(...) 3. Comumente ocorre que após a sentença condenatória ter sido proferida tenha o réu que aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nesta espera alguns meses em regime mais gravoso ao que pela lei faz jus, em razão de não existir previsão expressa no Código de Processo Penal conferindo ao juiz do processo de conhecimento a possibilidade de, no momento da sentença, realizar o desconto da pena já cumprida. 4. Tal situação, ademais de gerar sofrimento desnecessário e injusto à pessoa presa, visto que impõe cumprimento de pena além do judicialmente estabelecido, termina por aumentar o gasto público nas unidades prisionais com o encarceramento desnecessário. Ademais, atualmente, essa realidade acaba por gerar uma grande quantidade de recursos aos tribunais superiores com a finalidade de se detrair da pena aplicada ao réu o período em que esteve preso provisoriamente. 5. Atualmente, o CP em seu art. 42, expressamente prevê que será computada na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, administrativa e o de internação no Brasil e no estrangeiro sendo necessário que tal previsão, também conste no Código de Processo Penal. 6. O que se almeja com o presente projeto, portanto, é que o abatimento da pena cumprida provisoriamente possa ser aplicada, também, pelo juiz do processo de conhecimento que exarar a sentença condenatória conferindo maior celeridade e racionalidade ao sistema de justiça criminal, evitando a permanência da pessoa presa em regime que já não mais corresponde à sua situação jurídica concreta. (grifado)

A diferença nos momentos de aplicação da detração está na finalidade do instituto: a detração do período de prisão cautelar pelo Juízo de Conhecimento é um critério para a fixação do regime inicial do cumprimento de pena ao lado das já previstas no artigo 59 do CP; a detração pelo Juízo da Execução é o abatimento do período em que o sentenciado esteve preso cautelarmente, a fim de impedir o excesso de execução.

Além da legislação infraconstitucional, também a jurisprudência regula o momento de aplicação do instituto da detração da pena que, segundo entendimento majoritário, não pode ser utilizado para fins de prescrição da pretensão punitiva, tampouco para delitos que não tenham relação com o tempo de prisão provisória a ser detraída.

Quanto à utilização da detração para fins de prescrição, importante salientar, preliminarmente, que o instituto da prescrição emerge com o objetivo de reprimir a inércia do Estado em punir os infratores dentro do lapso temporal fixado pelo legislador tanto para aplicar a punição (prescrição da pretensão punitiva) como para, efetivamente, executar o título punitivo aplicado ao agente (prescrição da pretensão executória).

Os prazos da prescrição da pretensão punitiva estão elencados no art. 109 do CP, dispondo que *“a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no §1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime [...]”*, e o início do prazo para a sua contagem está previsto no art. 111 do CP.

Por sua vez, a prescrição da pretensão executória, também chamada de prescrição da pena, da condenação, ou da execução da pena, ocorre quando, transitada em

julgado a sentença condenatória para ambas as partes, o título penal a ser executado pelos órgãos estatais não é exercido dentro de um certo lapso temporal.¹⁹⁷

O STF, desde 2010, decidiu que “a detração apenas é considerada para efeito da prescrição da pretensão executória, não se estendendo aos cálculos relativos à prescrição da pretensão punitiva”¹⁹⁸, bem como para o cálculo referente ao art. 113 do CP¹⁹⁹.

Tal entendimento escora-se no art. 110 do CP que dispõe que “A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena aplicada ...” e, portanto, não há falar no cômputo do tempo de prisão provisória para fins de prescrição, haja vista a ausência de sustentação legal. Os julgadores fundamentam que, se o legislador compartilhasse de tal entendimento, teria previsto tal possibilidade expressamente na legislação infraconstitucional, assim como determinou o cômputo da prisão provisória no art. 387, §2º do CPP, conforme será posteriormente explicitado.

Este entendimento, portanto, revela que a detração do período em que o agente permaneceu preso provisoriamente pode ser aplicada apenas sobre a pena *in concreto*, calculando-se a prescrição sobre o restante de tempo de pena a ser cumprido²⁰⁰ e, a competência para apreciação dessa benesse seria exclusivamente do Juízo da Execução, consoante o artigo 66, inciso III, alínea c, da Lei de Execuções Penais.²⁰¹

Por outro lado, vários outros julgados foram proferidos no sentido de que “não é descontável, para efeito de cálculo da prescrição da pretensão executória do Estado, o tempo de prisão provisória já cumprido no curso do processo penal de conhecimento”.²⁰²

¹⁹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, 34ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2018, p. 424.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 100001/Rio de Janeiro. Ementa: “PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA VERSUS PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA – DETRAÇÃO”. Relator Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma. Julgado em 11.05.2010. Disponível em <<http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14352280/habeas-corpus-hc-100001-rj/amp>>. Acessado em 03.12.2019.

¹⁹⁹ Art. 113 do Código Penal – “No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.”

²⁰⁰ “Deve ser descontado da pena total para efeito do cálculo prescricional, período de tempo equivalente a parte da pena carcerária que o condenado cumpriu preso, em face do disposto no art. 42 do Código Penal, já que a detração aplica-se também para fins prescricionais” (TACRIM – SP – HC – Rel. Gomes de Amorim – RJD 8216). Contra: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 77470-2. 1ª Turma. Rel. Sydney Sanches. Julgado em 15.09.1998 <<http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14698215/habeas-corpus-hc-77470-rj?ref=legal-quote-trigger>>. Acessado em 03.12.2019..

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 75.119-9 (23). EMENTA: “HABEAS CORPUS- DETRAÇÃO PENAL (CÓDIGO PENAL, ART. 42) - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA - APELAÇÃO QUE MANTEVE REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PERTINENTE AO EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DE ORDEM SUBJETIVA (CÓDIGO PENAL, ART. 59) – PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE.” Relator: MIN. Celso de Melo - 1ª Turma, 13.05.97. <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=4709712&ext=.pdf>>. Acessado em 18.11.2019.

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ARE 938.056-Agr/SP. Ementa: “PRISÃO PROVISÓRIA. CONTAGEM PARA EFEITO DA PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O tempo de prisão provisória não pode ser computado para efeito da prescrição, mas tão-somente para o cálculo de liquidação da pena. O artigo 113 do Código Penal, por não comportar interpretação extensiva nem analógica, restringe-se aos casos de evasão e de revogação do livramento condicional. Recurso ordinário em ‘HC’ a que se nega provimento.” (RHC

Assim, segundo o STF, o instituto da detração penal viabiliza, tão somente, o desconto do tempo de prisão cautelar para fins de sua consideração ou inclusão no cálculo de liquidação das penas, por isso, a norma inscrita no art. 113 do CP – de aplicabilidade restrita aos casos de evasão do sentenciado ou de revogação do livramento condicional – não admitiria interpretação analógica ou extensiva.

Para a Suprema Corte, trata-se, na realidade, de preceito legal de caráter excepcional, que só abrange as hipóteses nele previstas:²⁰³

Admitir-se o desconto da pena ‘in concreto’ do tempo em que o réu esteve provisoriamente preso, visando a beneficiá-lo pela diminuição do prazo prescricional (...), foge ao espírito da norma, e o eventual acolhimento de tal princípio, para estender efeitos ou aplicar analogia, representaria, nada mais, nada menos, que mudar o texto legal, por onde estaria o juiz legislando, o que lhe é defeso.

Importante é esta reflexão acerca do duplo entendimento sobre a detração no cálculo da prescrição retroativa, prevista no art. 110, §1º, do CP.

O primeiro deles é a aplicação da detração por analogia ao art. 113 do CP, que dispõe: “*No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena*”, ou seja, realiza-se a detração do período em que o réu permaneceu preso cautelarmente ou internado e a pena remanescente serviria de base para o cálculo da prescrição.

Tal entendimento demanda, da mesma maneira, técnica de integração do ordenamento jurídico que supra a omissão legislativa e possibilite o tratamento equânime pelo operador do direito de situações similares em sua essência. Desse modo, ainda que a norma mencione, expressamente, tão somente a fuga e a revogação do livramento

85.217/SP, Rel. Min. EROS GRAU) “Agravos regimentais em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Penal e Processual Penal. 3. Crimes de extorsão mediante sequestro e quadrilha ou bando. Condenação. Pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão executória com base na pena residual (artigo 113 do CÓDIGO PENAL). 4. Ausência de prequestionamento. Incidência das súmulas 282 e 356. 5. O tempo de 3 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 1FA3-935A-D9F8-02F6 e senha B704-2BFE-4B2C-B0BA RHC 161069 / ES prisão provisória não pode ser computado para efeito da prescrição. Precedentes. (...). 7. Agravo regimental a que se nega provimento”. Rel. Min. GILMAR MENDES. 2ª Turma. Julgado em 08.03.16. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10658249>>. Acessado em 03.12.2019. No mesmo sentido: (RTJ 65/348 – RTJ 76/711 – HC 77.470/RJ, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RHC 84.177/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE)

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 69.865/Paraná. Relator Celso de Mello. 1ª Turma. Julgado em 02.02.1993. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708207/habeas-corpus-hc-69865-pr>>. Acessado em 03.12.2019. No mesmo sentido: HC 74.071/SP, Rel. Min. FRANCISCO REZEK; RHC 44.021-AgRg/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Recurso Ordinário em HC 161.069, Rel. Min. Celso de Melo

condicional para determinação da contagem da prescrição pelo remanescente da pena, sua *ratio* deve ser estendida a hipóteses similares não cuidadas pelo legislador.

Ademais, se pela interpretação literal do art. 113, depreende-se que ao réu que foge não perde o benefício por sua conduta, ou seja, é assistido o direito de valer-se da detração para fins prescricionais, computando-se o prazo prescricional apenas pelo restante da pena a ser cumprida, com muito mais razão deve o mesmo direito assistir ao réu que, desde o início do processo permaneceu compelido a dispor de seus direitos cautelarmente, não causou embaraços à instrução processual e nem furtou-se à aplicação da lei penal.

Se a finalidade da norma em destaque é tratar dos casos em que já foi cumprida parte da reprimenda, obviamente que a sua intenção é abranger o tempo de expiação de pena sob título executivo judicial provisório, respeitada, portanto, a detração.

Por fim, o segundo entendimento emana da Suprema Corte, que assevera que a prescrição retroativa deve observar a pena aplicada, sem a possibilidade de considerar o período em que o réu permaneceu preso preventivamente ou internado, ou seja, a detração seria irrelevante para o cálculo da prescrição retroativa.²⁰⁴

Já em relação ao nexo de causalidade entre a prisão provisória e a pena privativa de liberdade, segundo Damásio de Jesus, há necessidade de que haja uma relação entre esta prisão e a decisão definitiva²⁰⁵, ou seja, “*para a aplicação do princípio da detração penal deve existir o nexo de causalidade entre a prisão provisória (...) e a pena privativa de liberdade*”²⁰⁶, entendimento este que veda o que se chama de “conta corrente”.

Nesse mesmo sentido, o STJ decidiu que é inviável a aplicação da detração penal em relação aos crimes cometidos posteriormente à custódia cautelar.²⁰⁷

O STJ pacificou o entendimento no sentido de ser inviável a aplicação da detração penal em relação aos crimes cometidos posteriormente à custódia cautelar. Entender de maneira contrária seria como conceder possível “crédito” para que o indivíduo

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 85217. Ementa: “[...] O tempo de prisão provisória não pode ser computado para efeito da prescrição, mas tão-somente para o cálculo de liquidação da Pena. O artigo 113 do Código Penal, por não comportar interpretação extensiva nem analógica, restringe-se aos casos de evasão e de revogação do livramento condicional. [...]”, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 02/08/2005. Disponível em <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763747/recurso-em-habeas-corpus-rhc-85217-sp?ref=legal-quote-trigger> Acessado em 03.12.2019. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 938056. Ementa: “[...] o tempo de prisão provisória não pode ser computado para efeito da prescrição”, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 08/03/2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10658249>. Acessado em 03.12.2019.

²⁰⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*. 57ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 546/547.

²⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. V. 1, 16ª ed. São Paulo: ed. RT, 2018, p. 551.

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 197112/RS. Ementa: “HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. CRIME COMETIDO EM MOMENTO POSTERIOR À CUSTÓDIA CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO EVIDENCIADO”. Rel. Min. Og Fernandes, Julgado em 23.02.2011, DJe 28.02.2011. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18335136/habeas-corpus-hc-197112>. Acesso em 02.12.2019.

praticasse futuros delitos, já ciente do abatimento da pena, entendimento esse chancelado pelo STF.²⁰⁸

Em sentido contrário é o magistério de Rene Dotti²⁰⁹:

Não colhe a objeção fundada no argumento de que em tal hipótese haveria um tipo de conta corrente pela qual o réu absolvido em um processo teria um crédito contra o Estado relativamente à prática de uma infração futura. Com efeito, se a imputação pelo fato anterior tenha sido julgada improcedente, por falta de justa causa ou por outro fundamento, ou se, antes mesmo da denúncia, o inquérito for arquivado pela demonstração da inocência ou causa diversa, a prisão cautelar caracterizou um erro judiciário que obriga o Estado a pagar uma indenização (CF, art. 5º, LXXV). Essa responsabilidade objetiva é fiadora da admissibilidade da detração, não houvesse outros argumentos a justificá-la, como o precedente do STF relatado pelo Min. Rodrigues de Alkmin e colecionado por Silva Franco (CP, p. 787). Também o STJ, em decisão relatada pelo Min. Vicente Leal, abriga o mesmo entendimento (RT 733/537)²¹⁰

Independentemente da divergência de entendimentos acerca da necessidade de relação entre o motivo da prisão processual e a condenação que demanda detração, a prisão provisória é tratada de modo extensivo, ou seja, abrangendo todas as modalidades de privação de liberdade antes da sentença transitada em julgado que podem ou não ter caráter cautelar.

Segundo Luiz Regis Prado:

Esse termo – “prisão provisória” – deve ser interpretado de modo amplo, abarcando todas as medidas cautelares de restrição da liberdade. Engloba, pois, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e também a prisão decorrente de sentença de pronúncia e de decisão condenatória recorrível.²¹¹

Mirabete assevera que a medida de segurança provisória também admite detração ao afirmar que:

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 61.195/São Paulo. Ementa: “Detração Penal. Não é possível creditar-se ao réu qualquer tempo de encarceramento anterior a prática do crime que deu origem e a condenação atual. Precedentes do STF”. Rel. Min. Francisco Rezek, Julgamento em 02.09.1983. DJ 23.9.1983. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14686512/recrso-em-haeas-corpus-rhc-61195-sp?ref=legal-quote-trigger>>. Acessado em 06.12.19; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 93979, Primeira Turma. Ementa: “Habeas corpus. Detração penal. Cômputo do período de prisão anterior à prática de novo crime: impossibilidade. Precedentes. Habeas corpus. Indeferido.” Relator Ministra Cármen Lúcia, Julgado em 22.04.2008. DJe de 19.6.08.

²⁰⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2013

²¹⁰ Também é o entendimento de ZAFFARONI e PIERANGELLI: “O texto vigente nada diz a respeito, mas a lógica indica que quando uma pessoa está privada da liberdade, em razão de uma cautelar decorrente de um crime, e ao mesmo tempo sujeita a processo por outro crime, sem estar neste submetida a uma cautelar, desde que a submissão a processo por um dos delitos e a medida cautelar pelo outro sejam coetâneos, total ou parcialmente, deve-se computar esse tempo na pena privativa de liberdade fixada no processo em que não estava submetido a cautelar, se absolvido no outro. Isto decorre do fato de que, em um momento, o sistema penal está exercendo uma ação coetânea sobre a pessoa que, embora responda por dois delitos diversos, estes não podem ser considerados inteiramente independentes, porque a pessoa é única”. (in. Manual de Direito Penal brasileiro. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 794).

²¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 16ª ed. Vol.1, São Paulo: ed. RT, 2018, p. 551.

Computa-se, também, por razões humanitárias, o tempo em que o condenado esteve internado em estabelecimento destinado ao desconto de medida de segurança, inclusive quando a transferência para este estabelecimento decorreu da superveniência de doença mental. Quando, todavia, a doença mental ou a perturbação da saúde mental eclodir durante a execução da pena privativa de liberdade, o juiz poderá determinar a substituição dessa pena por medida de segurança (art. 183 da LEP). Nessa hipótese, o prazo do recolhimento do sentenciado passará a ser regulado de acordo com as normas que regem a medida de segurança e não mais de acordo com os dispositivos relativos à execução da pena.²¹²

Nesse contexto, o prazo a ser computado referente à prisão anterior ou internação provisória à medida de segurança decretada pela sentença, deverá ser descontado para a perícia inicial de verificação da periculosidade, em que o magistrado estabelece de acordo com a regra do artigo 97 e parágrafos da Lei Penal.

3.4 Possibilidades de aplicação do instituto da detração penal

O art. 42 do CP prevê três possibilidades de detração na pena privativa de liberdade e na medida de segurança: a) do tempo de prisão provisória, no Brasil e no estrangeiro; b) do tempo de prisão administrativa; c) do tempo de internação.

O que se pretende neste trabalho é demonstrar que as possibilidades não se limitam, e nem poderiam ante o princípio do *favor rei*, àquelas elencadas no art. 42 do CP.

A detração deve ser aplicada em todos os casos em que o jurisdicionado tem o seu direito a liberdade – em sentido amplo – cerceado, impedindo-se, desse modo, o excesso de execução por evidente *bis in idem*, o que amplia sobremaneira o leque de possibilidades de sua aplicação.

3.4.1 Detração do tempo de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro, de internação provisória e de prisão administrativa

Tratar-se-á neste tópico da detração do tempo de prisão provisória antes da sentença definitiva, seja ela condenatória ou absolutória imprópria.

Como vimos anteriormente, há no Brasil duas espécies de prisão no âmbito criminal, quais sejam, a prisão penal (decorrente de sentença condenatória

²¹² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 34ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2018, p. 263.

transitada em julgado) e prisão processual ou provisória (decretada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória penal, nas hipóteses permitidas pela lei).

Pois bem, a detração consiste na consideração, na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo em que o apenado permaneceu preso provisoriamente ou internado. A aplicação do benefício pode ser feita tanto pelo Juízo das Execuções, de acordo com a previsão do art. 66, III, “c”, que afirma competir ao Juiz da Execução Penal decidir sobre a detração da pena, e pelo Juízo de Conhecimento, conforme dispõe o art. 387, §2º, do CPP, ao autorizar a antecipação da análise da detração na sentença, a fim de definir o regime inicial mais justo e adequado ao início de cumprimento de pena.

O tempo de internação provisória para tratamento psiquiátrico também deve ser descontado da sanção imposta na sentença condenatória/absolutória definitiva.

Assim, se a sentença condenar o acusado a pena privativa de liberdade, o tempo de internação provisória deverá ser descontado da pena imposta. Do mesmo modo, se a sentença definitiva decretar a absolvição imprópria do denunciado, o tempo em que este ficou preso ou internado provisoriamente também deverá ser descontado para fim de antecipação da realização obrigatória do exame de verificação de cessação de periculosidade.

Ensina Mirabete:

Computa-se, também, por razões humanitárias, o tempo em que o condenado esteve internado em estabelecimento destinado ao desconto de medida de segurança, inclusive quando a transferência para este estabelecimento decorreu da superveniência de doença mental. Quando, todavia, a doença mental ou a perturbação da saúde mental eclodir durante e a execução da pena privativa de liberdade, o juiz poderá determinar a substituição dessa pena por medida de segurança (art. 183 da LEP). Nessa hipótese, o prazo do recolhimento do sentenciado passará a ser regulado de acordo com as normas que regem a medida de segurança e não mais de acordo com os dispositivos relativos à execução da pena.²¹³

E continua:

Também consagra a lei a detração, quanto ao prazo da prisão provisória e de internação, quando o sentenciado for submetido à medida de segurança, para a contagem do lapso de um a três anos, fixados em lei para a duração mínima desta. Nesse caso, a contagem do prazo de prisão provisória é computada não para o fim

²¹³ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 34ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2018. Vol. 1, p. 263.

de cessar a medida de segurança, mas no prazo mínimo necessário à realização obrigatória do exame de verificação de cessação de periculosidade.²¹⁴

Extraí-se dessas assertivas que o prazo a ser computado, referente à prisão anterior ou internação provisória, na medida de segurança decretada pela sentença, deverá ser descontado para a perícia inicial de verificação da periculosidade, a qual o magistrado estabelece de acordo com a regra do artigo 97 e parágrafos da Lei Penal.

Quanto à Prisão Preventiva Disciplinar Militar, decretada pela autoridade policial militar quando houver indício de autoria de infração penal, ou se necessário para o bom andamento das investigações ou para a preservação da ordem e da disciplina policial-militar, por ser prisão provisória deveria ser do mesmo modo alcançada pelo instituto da detração, porém não há previsão do referido instituto no Código de Processo Penal Militar, e o fundamento para a aplicação da detração é o princípio *ubi eadem ratio, ibi eadem jus*, ou seja, onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito.

Em relação à prisão civil por débito alimentar, parece ser óbvia a existência de nexos causal entre ela e o fato ensejador da tipificação do crime de abandono material (art. 244 do Código Penal), assim, na execução da sentença condenatória pelo referido crime, haveria a possibilidade de abatimento do tempo em que o réu sofreu a prisão civil decorrente do mesmo fato²¹⁵. Segundo o entendimento de René Dotti:

Apesar da omissão do texto legal, a detração também opera no caso da prisão civil, i.e., a decretada contra o devedor de alimentos ou o depositário infiel, admitida pela CF (art. 5º, LXVII). A lacuna tem sido resolvida favoravelmente pela doutrina. Em consequência, na execução da sentença condenatória pelo crime de abandono material ou de apropriação indébita, deve ser abatido o tempo em que o réu sofreu a prisão civil decorrente do mesmo fato.²¹⁶

Em sentido contrário, em pesquisa realizada por Marcelo Nucci, afirmou o autor que não se admite detração penal pelo tempo que o executado ficou sob custódia civil.²¹⁷

²¹⁴ *Ibidem*, p. 266.

²¹⁵ Precedente do STJ em decisão relatada pelo Min. Vicente Leal abriga o mesmo entendimento (RT 733/537). Também é o entendimento de ZAFFARONI e PIERANGELLI: “O texto vigente nada diz a respeito, mas a lógica indica que quando uma pessoa está privada da liberdade, em razão de uma cautelar decorrente de um crime, e ao mesmo tempo sujeita a processo por outro crime, sem estar neste submetida a uma cautelar, desde que a submissão a processo por um dos delitos e a medida cautelar pelo outro sejam coetâneos, total ou parcialmente, deve-se computar esse tempo na pena privativa de liberdade fixada no processo em que não estava submetido a cautelar, se absolvido no outro. Isto decorre do fato de que, em um momento, o sistema penal está exercendo uma ação coetânea sobre a pessoa que, embora responda por dois delitos diversos, estes não podem ser considerados inteiramente independentes, porque a pessoa é única”. (in. Manual de Direito Penal brasileiro. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 794).

²¹⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2013, p. 604.

²¹⁷ NUCCI, Marcelo. *Artigo: Abandono material*. Revista Jusbrasil. Publicado em 2014. Disponível em <<https://marcelonucci.jusbrasil.com.br/artigos/118674743/abandono-material>>. Acessado em 26.05.2020.

Para o pesquisador, a pena cominada ao crime de abandono material, prevista no art. 244 do CP, não se confunde com a prisão civil voltada à inadimplência de prestação alimentícia por dois motivos: a) a prisão civil independe da imputação de crime de abandono material, tendo em vista que a configuração do delito exige a recusa reiterada do alimentante de não prover o necessário ao dependente; b) a tutela criminal é afastada se comprovado que o réu, apesar de não suprir todas as necessidades materiais do filho, arque parcialmente com a sua subsistência, fato este que não impede a prisão civil.²¹⁸

No tocante à prisão decorrente do processo extradicional, ela também é considerada administrativa, pois a sua finalidade é apenas garantir a entrega da pessoa do extraditando na hipótese de procedência do pedido de extradição, e, mediatamente, a satisfazer a pretensão punitiva acusatória ou executória do Estado requerente.

Por outro lado, o STF trata esta modalidade de prisão como verdadeira medida cautelar para fins penais como condição de procedibilidade da fase judicial do procedimento extradicional passivo, e autoriza a aplicação da detração penal.²¹⁹

EXTRADIÇÃO PASSIVA DE CARÁTER EXECUTÓRIO – PRÁTICA DE HOMICÍDIO – PEDIDO DEVIDAMENTE INSTRUÍDO – OBSERVÂNCIA, NA ESPÉCIE, DOS CRITÉRIOS DA DUPLA TIPICIDADE E DA DUPLA PUNIBILIDADE – SÚDITO ESTRANGEIRO QUE ALEGA POSSUIR VÍNCULO DE UNIÃO ESTÁVEL COM BRASILEIRA – CAUSA QUE NÃO OBSTA A ENTREGA EXTRADICIONAL – SÚMULA 421/STF – RECEPÇÃO DESSE ENUNCIADO SUMULAR PELA VIGENTE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ALEGAÇÃO DE FALTA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – IRRELEVÂNCIA, PORQUE ADMITIDA, ATÉ MESMO, A EXTRADIÇÃO MERAMENTE INSTRUTÓRIA – LEGISLAÇÃO DO ESTADO REQUERENTE QUE COMINA, NO CASO, A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA – INADMISSIBILIDADE DESSA PUNIÇÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (CF, ART. 5º, XLVII, “ b”) – NECESSIDADE DE O ESTADO REQUERENTE ASSUMIR , FORMALMENTE, O COMPROMISSO DIPLOMÁTICO DE COMUTAR, EM PENA DE PRISÃO NÃO SUPERIOR A 30 (TRINTA) ANOS, A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA E, TAMBÉM, DE AFASTAR A NOTA DE PERPETUIDADE IMPOSTA À INTERDIÇÃO DE DIREITOS – EXIGÊNCIA, AINDA, NA ESPÉCIE , DE DETRAÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE DE EXECUTAR, NO BRASIL, À FALTA DE ACORDO BILATERAL, A PENA DE PRISÃO IMPOSTA PELA JUSTIÇA BELGA – EXTRADIÇÃO DEFERIDA, COM RESTRIÇÃO.

(...)O período de duração da prisão cautelar que se decretou, no Brasil, para efeitos extradicionais, deve ser integralmente computado na pena a ser cumprida, pelo súdito estrangeiro, no Estado requerente.(...)

²¹⁸ “Configura-se o abandono material na sua primeira figura quando há permanência na omissão, não havendo o crime por ato transitório, em que há ocasional omissão por parte do devedor” (RESE nº 0012210-16.2011.8.26.0223, TJSP, 16ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 13/08/13)

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição 1343/Distrito Federal. Rel. Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 21.01.14. Disponível em <<https://http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7809487>>. Acessado em 26.05.2020

Assim, por qualquer ângulo de análise da prisão decorrente de processo extradicional, conclui-se pela necessidade de aplicação do instituto da detração.

Finalmente, convém também abordar a detração da prisão cumprida no estrangeiro (extraterritorialidade – art. 7º do CP).

O artigo 8º do CP trata da atenuação da pena cumprida no estrangeiro: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”. Este artigo dispõe sobre a não incidência do *bis in idem*, ou seja, o agente não pode cumprir a pena de mesma natureza duas vezes, mesmo que tenha sido iniciada e/ou concluída no estrangeiro.

Aquele que praticou um crime no estrangeiro e outro no Brasil, sendo condenado à pena de mesma natureza, a pena cumprida no estrangeiro será descontada no Brasil. Assim, caso a pena cumprida pelo agente seja maior do que a pena a ser cumprida no Brasil, nada restará a cumprir. Caso as penas sejam de natureza diversa, a pena cumprida pelo agente no estrangeiro atenua, a critério do juiz, a pena que deve ser cumprida no Brasil.

O que se observa até aqui, portanto, é que a possibilidade de detração não se restringe às constantes do art. 42 do Código Penal.

A detração vai além de um rol taxativo. Ela é um instituto para a garantia do direito fundamental do cumprimento da pena justa em qualidade e quantidade.

3.4.2 Detração do tempo de internação provisória por aplicação de medida sócio educativa

Ainda sob o enfoque da possibilidade de detração, passar-se-á à análise do cômputo do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias de internação provisória ao prazo estabelecido pelo art. 121, §§2º e 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (medidas sócio educativas), em analogia ao disposto no art.42 do Código Penal.

As medidas socioeducativas privativas de liberdade são a semiliberdade e a internação, as quais estão definidas nos artigos 112, incisos V e VI, 120 e 121 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança do Adolescente – ECA). Tais medidas serão aplicadas ao adolescente, sujeito de direitos, entre 12 e 18 anos incompletos, por ocasião da prática de ato infracional, o qual é definido pelo Estatuto-Juvenil como crime ou contravenção penal (art. 103 do ECA).

A internação provisória é disciplinada pelos artigos 108, 174, 183 e 184 do ECA, nos quais está previsto o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias como limite máximo para seu cumprimento, bem como definidas as hipóteses para a sua decretação, sob a observância dos princípios da excepcionalidade, da brevidade e do respeito à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Parte da jurisprudência²²⁰ entende ser inaplicável o instituto da detração penal ao sistema infanto-juvenil, sob os argumentos de que: a) as medidas de internação provisória e definitiva possuem natureza diversa da prisão; b) que não há previsão legal de aplicação do instituto da detração penal no campo socioeducativo; c) que não existe um prazo prefixado para as medidas definitivas aplicáveis a cada tipo de ato infracional, as quais estão, ainda, sujeitas à constante possibilidade de reavaliação.

Nesse sentido:

EMENTA AÇÃO CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE INIMPUTÁVEL, SENTENCIADO POR ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TIPIFICADO NO ARTIGO 157, § 2º, I E II DO CÓDIGO PENAL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO, COM REAVALIAÇÃO DESIGNADA PARA 13/03/2012. PLEITO DE CÔMPUTO NESSE PRAZO DO PERÍODO DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NATUREZA DA DETRAÇÃO PREVISTA NO CÓDIGO PENAL (ARTIGO 42). DISTINÇÃO ENTRE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. OBJETIVOS E FINS. LEI Nº 12.594/2012, DE 18 DE JANEIRO DE 2012, AINDA EM PERÍODO DE VACATIO LEGIS. INOVAÇÃO LEGISLATIVA SOBRE EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA QUE NÃO DISPÕE SOBRE O TEMA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE LACUNA INVOLUNTÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM QUE SE DENEGA.

Porém, o STJ vem admitindo a aplicabilidade da detração do tempo de internação provisória na medida sócio educativa:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ECA. INTERNAÇÃO. FUGA DO MENOR. MAIORIDADE PENAL. RESTABELECIMENTO DA MEDIDA SÓCIOEDUCATIVA. CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Ajustada a execução da medida sócio-educativa de internação ao artigo 122, parágrafo 5º, da Lei 8.069/90, não há falar em constrangimento ilegal, devendo, contudo, ser computado no seu tempo,

²²⁰ TJ-RJ - HC: 00511408820118190000 RJ 0051140- 88.2011.8.19.0000, Segunda Câmara Criminal. Relator: DES. JOSE MUINOS PINEIRO FILHO, Data de Julgamento: 31/01/2012. Data de Publicação: 29/05/2012. < <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/54542268/lacuna-involuntaria>> Acessado em 29.12.19

aquele em que o infrator esteve privado de sua liberdade. 2. Recurso parcialmente provido.²²¹

No mesmo sentido:

EMENTA - *HABEAS-CORPUS* - ECA.- ATO INFRACIONAL ANÁLAGO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.- IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SÓCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO.- HIPÓTESE NÃO ELENCADE NO ARTIGO 122, DO ECA.- DESCONSIDERAÇÃO DO PRAZO DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA.- CONSTRANGIMENTO ILEGAL.- A impetração parte de falsa premissa, pois, se mostra perfeitamente possível, na hipótese dos autos, a aplicação da medida de internação, visando afastar o adolescente do convívio com traficantes da localidade e, via de consequência impedir a reiteração da conduta.- A imposição de medida sócio-educativa mais branda certamente não atenderia ao objetivo maior do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é o de preservar o adolescente, impedindo que permaneça e conviva num ambiente permissivo e que venha favorecer a degradação de sua personalidade.- A exemplo do que ocorre com a detração penal, o período de internação provisória deve ser computado para a reavaliação da medida socioeducativa, visto que não se pode dar tratamento mais severo ao adolescente infrator do que aquele dispensado ao imputável, submetido à pena restritiva de liberdade - Ordem parcialmente concedida.²²²

Ora, a restrição de liberdade imposta provisoriamente (cautelaramente) ao adolescente tem o mesmo peso sacrificial do que a um adulto (talvez peso maior ante a perspectiva de vida do adolescente), para que se negue tal benefício.

Fazendo-se um paralelo entre a internação provisória e a prisão provisória, depreende-se que as espécies de segregação cautelar se assemelham, pois são de cunho excepcional e somente nas hipóteses elencadas pela lei de regência devem ser aplicadas. Vejamos:

A internação provisória será decretada quando: a) existirem indícios suficientes de autoria e materialidade, devendo restar demonstrada a imprescindibilidade da medida; b) exigirem a garantia da segurança pessoal do adolescente ou a manutenção da ordem pública, em função da gravidade do ato infracional e de sua repercussão social.

Já a prisão provisória poderá decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

²²¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 12924 RS 2002/0068769-5. Sexta Turma. Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 01/10/2002. Data de Publicação: DJ 04.08.2003. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/232168/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-12924-rs-2002-0068769-5>> Data de Publicação: DJ 04.08.2003.

²²² BRASIL. TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Habeas corpus 0035836-49.2011.8.19.0000 – 8ª Câmara Criminal. Relator Des. Valmir Ribeiro - Julgamento: 05/10/2011. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115018006/habeas-corpus-hc-309864920118190000-rj-0030986-4920118190000>>. Acessado em 26.05.20.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing) cuidam da Internação Provisória na Regra 13, sob o título Prisão Preventiva, estabelecendo que:

13.1. Só se aplicará a prisão preventiva como último recurso e pelo menor prazo possível. 13.2. Sempre que possível, a prisão preventiva será substituída por medidas alternativas, como a estrita supervisão, custódia intensa ou colocação junto a uma família ou em lar ou instituição educacional. 13.3. Os jovens que se encontrem em prisão preventiva gozarão de todos os direitos e garantias previstos nas Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros, aprovadas pelas Nações Unidas. 13.4. Os jovens que se encontrem em prisão preventiva estarão separados dos adultos e recolhidos a estabelecimento distintos ou em recintos separados nos estabelecimentos onde haja detentos adultos. 13.5. Enquanto se encontrarem sob custódia, os jovens receberão cuidados, proteção e toda assistência – social, educacional, profissional, psicológica, médica e física – que requeiram, tendo em conta sua idade, sexo e características individuais.

Na mesma tônica, o fundamento de ausência de previsão legal não pode e não deve ser um entrave à aplicação do benefício da detração penal ao adolescente privado de sua liberdade pela imposição da medida de internação em caráter definitivo, porquanto, o ordenamento jurídico traz em seu arcabouço a analogia como uma das formas de integração do direito, o que será aprofundado mais adiante, que é perfeitamente aplicável por ser *in bonam partem*.

Ademais, conforme prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu art. 226, aplicam-se aos crimes nele definidos as normas da Parte Geral do Código Penal, e quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal. Assim, o sistema de proteção juvenil e as normas legais aplicadas ao imputável interagem e se complementam.

Desse modo, tendo a internação provisória o prazo máximo de quarenta e cinco dias, poder-se-á, depois de aplicada a medida socioeducativa de internação definitiva, subtrair-se o tempo de cumprimento da internação provisória, tomando como ponto de referência o prazo de avaliação da medida constritiva da liberdade do adolescente sentenciado, que será de no máximo seis meses.

Em suma, proferida a sentença, o Juízo, desde logo, deve fixar a data de reavaliação da medida constritiva imposta e do prazo que entender adequado e razoável à reavaliação da medida aplicada, com a subtração do tempo de internação provisória sofrido pelo adolescente infrator.

3.4.3 Detração na pena de multa

Um ponto importante na análise do instituto da detração, mormente em relação à pena de multa, é a interpretação constitucional do Código Penal sob o viés dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Quanto à aplicação da detração em relação à pena pecuniária, pacífico é o entendimento da doutrina e da jurisprudência em inadmiti-la²²³, ante a proibição da conversão da multa em detenção pela Lei nº 9268/96.

Consoante o entendimento de Celso Delmanto “a pena pecuniária não pode ser alcançada pela detração, já que não mais existe a conversão da pena de multa em privativa de liberdade (detenção) em face do atual art. 51 do CP”.²²⁴

Este é também o entendimento da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo²²⁵:

Extinção de pena de multa - Detração analógica - Impossibilidade. Extinção da pena de multa. Aplicação analógica do instituto da detração, previsto no art. 42, do CP. Impossibilidade. Multa que, apesar da sua natureza penal, é dívida de valor (art. 51, do CP), passível apenas de execução, vedada a conversão em privação da liberdade. Recurso ministerial provido para cassar a decisão que julgou extinta a pena de multa.

Entretanto, tal entendimento não se afigura razoável.

Ora, se o acusado ficou preso preventivamente por longo período e, ao final, foi condenado apenas à pena de multa, o magistrado deve se valer do princípio da proporcionalidade para compensar o tempo em que o acusado esteve preso, a fim de evitar evidente *bis in idem*.

Nesse sentido foi o entendimento da 16ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Detração analógica. Pena de multa detraída de tempo de prisão cautelar. Possibilidade. Analogia autorizada pela lógica do razoável e pela detração especial prevista no art. 8º do CP. Recurso não provido.”²²⁶

No mesmo sentido: “Detração analógica. Condenada que cumpriu em excesso a pena privativa de liberdade - se é possível, por analogia, o desconto na pena de

²²³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, 34ª ed. São Paulo; ed. Atlas, 2018, p.270; TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo - Ap. 314015-3/4, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Gonçalves Nogueira, Julgado em 08/08/2000, RT 783/627-629.

²²⁴ DELMANTO, Celso. *et al. Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pag. 83.

²²⁵ BRASIL. TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - RESE nº 0433592-24.2010.8.26.0000/SP, Rel. Des. WILSON BARREIRA, J. 03.02.2011. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/141085407/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-iii-24-03-2017-pg-2827/pdfView>>. Acessado em 26.05.2020.

²²⁶ BRASIL. TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo em Execução nº 990.08.023732-2/SP, 16ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Galvão Bruno, Julgado em 30.09.2008. Disponível em <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3089548/agravo-em-execucao-penal-agepn-990080237322-sp/inteiro-teor-101267470>>. Acessado em 26.05.2020.

*multa do tempo de prisão provisória, admite-se a detração da multa pelo tempo de prisão cumprido. Apelo ministerial improvido.”*²²⁷

Vale trazer à baila a previsão do art. 59 do Código Penal Espanhol, o qual determina que na hipótese em que a medida cautelar seja de distinta natureza (heterogênea) da pena imposta, é cabível a compensação judicial reparadora considerando-se executada a pena imposta naquela parte que estime compensada.²²⁸

A detração do tempo de prisão na pena pecuniária, denominada “compensação” pela legislação espanhola, é a medida mais coerente sob a ótica do princípio constitucional da proporcionalidade, aqui entendido como proibição de excessos²²⁹, à medida que, tendo o réu permanecido encarcerado mais tempo do que o necessário, a exigibilidade da multa pelo Estado caracterizaria *bis in idem*.

Ademais, como visto no item 2.3.5, sendo possível abater da pena de multa o valor recolhido a título de fiança, com muito mais justiça deveria ser descontado um dia de prisão por um dia-multa, tendo em vista o peso sacrificial da sanção imposta como medida cautelar.

3.4.4 Detração em caso de aplicação do *sursis*

*“Sursis é a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, na qual o réu, se assim desejar, se submete durante o período de prova à fiscalização e ao cumprimento de condições judicialmente estabelecidas.”*²³⁰

O *sursis* é uma medida de política criminal em que o legislador autorizou o condenado a ter a pena privativa de liberdade suspensa de 02 a 04 anos, sob o cumprimento de algumas condições, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 77 do Código Penal.

O *sursis* pode ser classificado como: simples; etário; humanitário; *sursis* especial da Lei de Segurança Nacional; e *sursis* especial da Lei de Contravenções Penais, e o critério das espécies é o preenchimento de requisitos de ordem subjetiva e objetiva e o período de prova.

²²⁷ BRASIL. TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo em Execução nº 990.10.366979-7. 16ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Borges Pereira, Julgado em 11/1/2011. Disponível em < file:///C:/Users/najme/Downloads/46-Texto%20do%20artigo-587-2-10-20180507.pdf> Acessado em 26.05.2020.

²²⁸ RUBIO, J. de Lamo. *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*. Barcelona: Bosch, 1997, p.49 e 228-234.

²²⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do Processo Penal – Lei nº 12.403/2011*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2011, pag. 38

²³⁰ MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. Ed. Forense: Rio de Janeiro; Método: São Paulo, 2014, p. 713

O procedimento para a suspensão condicional da pena tem início com a aplicação da pena privativa de liberdade, oportunidade em que o Juízo, desde que preenchidos os requisitos necessários, concede o benefício ao condenado que passar a ter a obrigação de cumprir algumas condições durante o período de suspensão.

Os questionamentos acerca da possibilidade de aplicação do instituto da detração penal envolvendo o benefício do *sursis* surgem em dois momentos: a) o desconto na pena privativa de liberdade do período de cumprimento da medida cautelar, antes da concessão do benefício; b) o desconto do período do cumprimento das condições do *sursis* da pena privativa de liberdade, em caso de revogação do benefício.

Quanto ao primeiro momento, ao proferir a sentença condenatória, o Juízo deveria analisar o direito do sentenciado de ter o tempo de cumprimento de medida cautelar (prisão provisória, por exemplo) detraído do montante da pena privativa de liberdade originariamente imposta e, posteriormente, caso fosse ainda necessário e conveniente, concederia o benefício do *sursis*.

O motivo do primeiro questionamento se dá em razão da divergência de entendimentos quanto à possibilidade de aplicação da detração do período de prisão provisória na pena privativa de liberdade, para posteriormente se proceder à análise da concessão do benefício da suspensão da pena.

Segundo Fernando Capez, a detração não é admitida ao sentenciado que faz jus ao benefício do *sursis*:

O *sursis* é um instituto que tem por finalidade impedir o cumprimento da pena privativa de liberdade. Assim, impossível a diminuição de uma pena que nem sequer está sendo cumprida, por se encontrar suspensa. Observe-se, porém, que, se o *sursis* for revogado, a consequência imediata é que o sentenciado deve cumprir integralmente a pena aplicada na sentença, e nesse momento caberá a detração, pois o tempo de prisão provisória será retirado do tempo total da pena privativa de liberdade.²³¹

Na mesma linha é o raciocínio de Victor Gonçalves:

Em relação ao *sursis* também é incabível a detração porque se trata de pena substitutiva que não guarda proporção com a pena privativa de liberdade aplicada na sentença. Com efeito, o *sursis* é aplicado por um período de 2 a 4 anos para substituir pena privativa de liberdade não superior a 2 anos. Assim, se alguém é condenado a 1 ano de reclusão e o juiz concede o *sursis* por 2 anos, não pode ser descontado o tempo de prisão provisória. Veja-se, entretanto, que se o *sursis* for

²³¹ CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 19ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2014, p. 363.

revogado, a consequência será o cumprimento da pena originariamente imposta na sentença (1 ano). Nesse caso poderá ser feita a detração.²³²

Entretanto, tal entendimento não se mostra o mais adequado.

O *sursis* é uma medida descarcerizadora que tem por finalidade evitar o aprisionamento daqueles que foram condenados à pena privativa de liberdade.

Ora, se o condenado já ficou preso cautelarmente por tempo superior, igual ou inferior à pena privativa de liberdade imposta na sentença condenatória, e, em razão de fazer jus ao *sursis* penal por dois anos, não tem o direito à aplicação do desconto do tempo em que esteve preso provisoriamente (medida mais gravosa), sendo-lhe impingida condições (menos gravosas) pelo período de 02 a quatro anos, redundaria em evidente desproporcionalidade, além de *bis in idem*.

Ademais, este raciocínio descaracterizaria por completo o *sursis* como benefício penal, pois caso não lhe fosse concedido, o condenado teria o direito de ter a sua pena extinta pelo integral cumprimento antecipado.

Não admitir a aplicação da detração antes da concessão do *sursis*, acarretaria a suspensão de uma pena já extinta, o que seria desproporcional, além de injusto.

Parece óbvio que negar a detração em razão da concessão do *sursis* afigura-se abuso do poder-dever de punir do Estado, sujeitando o jurisdicionado a um excesso de execução.

Quanto ao segundo questionamento, qual seja, o desconto do período de prova do *sursis* em caso de revogação do benefício, também há divergência de entendimento.

Guilherme de Souza Nucci afirma que a detração não incide sobre o período probatório da suspensão condicional da pena. Se porventura revogado o ‘*sursis*’, nenhum desconto terá o período de prova em razão de anterior tempo de prisão provisória.²³³

No mesmo sentido, o entendimento do STF de que o período de prova do *sursis* não deve ser considerado como cumprimento de pena, pois não o é²³⁴:

²³² GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. *Direito Penal Parte Geral*. 24ª. Ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2019, p. 113.

²³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19ª edição. São Paulo: ed. Forense, 2019, p.299.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 123.827/Rio de Janeiro. Ementa: “Habeas corpus. Penal e Processual Penal Militar. Suspensão condicional da pena (CPM, art. 84) por 2 (dois) anos. Cumprimento de 1/4 (um quarto) do período de prova. Superveniência de indulto natalino (Decreto nº 8.172/13). Pretendido reconhecimento dessa causa extintiva da punibilidade. Descabimento. Paciente que não cumpriu pena nem permaneceu preso provisoriamente. Requisito temporal não preenchido.

Sobre a matéria, os precedentes da Primeira Turma são no sentido de que “o *sursis* não ostenta a categorização jurídica de pena, mas, antes, medida alternativa a ela; por isso que não cabe confundir o tempo alusivo ao período de prova exigido para a obtenção desse benefício com o requisito temporal relativo ao cumprimento de $\frac{1}{4}$ da pena privativa de liberdade para alcançar-se o indulto natalino e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade” (HC 124102, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 26-11-2014). Na mesma linha de compreensão: HC 117855, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 19-11-2013; HC 123425, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 07-11-2014; HC 123230, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 14-11-2014; HC 123147, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 17-11-2014; HC 124102, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 26-11-2014.

Em contrapartida, não se pode negar que o *sursis*, apesar de ser conceituado como suspensão da pena, é evidentemente uma forma de execução do título executivo judicial.

O período de prova a que se submete o beneficiário, cumprindo condições judicialmente fixadas por período, por vezes, maior do que a PPL imposta, não tem outra natureza senão a de pena.

Nesse diapasão, se cada dia de cumprimento da pena privativa de liberdade é considerado para a contagem do tempo de pena imposta, ignorar o cumprimento das condições do *sursis* para efeito de detração no caso de revogação do benefício, sob a singela alegação de ausência de previsão legal, feriria obviamente o princípio da isonomia, bem como caracterizaria excesso de execução.

3.4.5 Detração envolvendo as penas restritivas de direitos

Os dois problemas levantados e que buscam solução neste tópico relacionam-se às penas restritivas de direitos. Vejamos:

- a) O juiz profere sentença condenatória a pena privativa de liberdade e detrai o tempo de prisão provisória. É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão do montante remanescente autorizar o benefício?
- b) O juiz profere sentença condenatória a pena privativa de liberdade e a substitui por restritiva de direitos. Sobrevindo a conversão da pena substitutiva em

privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos efetivamente cumprida deve ser abatida da pena privativa de liberdade?

Passa-se a análise do primeiro problema.

Faz-se imprescindível, primeiro, a análise dos requisitos necessários à substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, a fim de demonstrar o grau de influência do instituto da detração penal na fixação da pena inicial.

São os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, segundo o art. 44 do CP: **a)** Se o crime for doloso, a pena imposta não pode ser superior a 04 anos, bem como o crime deve haver sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e, com relação ao crime culposo, sempre será possível a substituição, não importando o montante da pena aplicada; **b)** Não reincidência em crime doloso; **c)** A substituição deve ser suficiente para retribuir o crime e prevenir futura reincidência.

Depreende-se do mencionado artigo que o tempo de pena imposta é o primeiro requisito que define a possibilidade de substituição (critério objetivo). Desse modo, não há que se falar em possibilidade de concessão de restritiva de direitos em razão da pena remanescente após a detração da pena privativa de liberdade, porque para a substituição o magistrado deve basear-se na pena imposta.

Também o parágrafo 2º, acrescentado ao artigo 387 do Código de Processo Penal, é claro ao dispor que: *“O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”*, não dando azo à interpretação à modalidade de cumprimento (restritiva de liberdade ou de direitos).

Por outro ângulo de análise, seria possível a substituição da PPL por restritiva de direitos após a detração do art. 387 do CPP com base no art. 180 da LEP, que prevê a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos quando preenchidos os requisitos objetivos ou extrínsecos (pena privativa de liberdade não superior a dois anos, cumprimento em regime aberto e cumprimento de, no mínimo, um quarto da pena).

O art. 180 da LEP não deixa claro se a pena de dois anos precisa ser fixada na sentença condenatória, ou simplesmente, ser o montante atual do cumprimento pelo condenado. Para Guilherme de Souza Nucci, pela aplicação direta do princípio *in*

dubio pro reo, a segunda interpretação é a mais adequada por ser mais favorável ao condenado, desde que presentes os demais requisitos²³⁵.

Obviamente que qualquer das posições adotadas prescinde do preenchimento dos requisitos subjetivos ou intrínsecos previstos tanto no Código Penal (a pena restritiva deve ser suficiente para retribuir o crime e prevenir futura reincidência), quanto na Lei das Execuções Penais (levar em conta a personalidade do sentenciado, favorecendo-se aqueles de boa índole, merecedores do afastamento de qualquer forma de prisão, ainda que aberta).

Passa-se à análise do segundo problema, qual seja, sobrevindo a conversão da pena substitutiva em privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos efetivamente cumprida deve ser abatida da pena privativa de liberdade?

Como foi visto anteriormente, a redação do artigo 42 do CP, pela sua interpretação literal, dispõe que a detração deve ser aplicada apenas nos casos de penas privativas de liberdade e medida de segurança.

Assim, muito embora a lei não faça referência à possibilidade de detração das penas restritivas de direitos, a doutrina majoritária tem o entendimento de que é perfeitamente cabível esse instituto. Neste sentido ensina Fernando Capez:

Como nosso Código Penal somente fala em detração na hipótese de pena privativa de liberdade, a interpretação literal do texto poderia levar à conclusão de que o benefício não deveria ser estendido à pena restritiva de direitos. Deve-se considerar, no entanto, que, se a lei admite o desconto do tempo de prisão provisória para a pena privativa de liberdade, beneficiando quem não fez jus à substituição por penalidade mais branda, refugiria ao bom senso impedi-lo nas hipóteses em que o condenado merece tratamento legal mais ténue, por ter satisfeito todas as exigências de ordem objetiva e subjetiva. Quando se mantém alguém preso durante o processo, para ao final, aplicar-lhe pena não privativa de liberdade, com ainda maior razão não deve ser desprezado o tempo de encarceramento cautelar. Além disso, a pena restritiva de direitos substitui a privativa de liberdade pelo mesmo tempo de sua duração (CP, art. 55), tratando-se de simples forma alternativa de cumprimento da sanção penal, pelo mesmo período. Assim, deve ser admitida a detração.²³⁶

Desse modo, por analogia, na hipótese de cumprimento das penas restritivas de direitos também deverá recair o instituto em estudo, pois não haveria motivo para possibilitar a detração da pena privativa de liberdade, e negar a aplicação às penas que a substituem.

²³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 12ª edição. Vol. 01 São Paulo: Ed. Forense, 2019, pag. 127.

²³⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. I. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pag. 362.

Paulo Lúcio Nogueira entende improcedente a interpretação literal do artigo sob comento, “*pois seria exigir mais do que foi fixado na sentença e haveria até uma conversão prejudicial, não só quanto à pena, mas também quanto ao tempo, que se prorroga além do devido.*”²³⁷

De acordo com o art. 45 do CP, a pena restritiva de direitos imposta em substituição à pena privativa de liberdade terá a mesma duração desta, ou seja, a substituição se opera pelo tempo da PPL aplicada. Desse modo, não há motivos para não detrair o cumprimento da pena restritiva de direitos no caso de sua conversão em privativa de liberdade.

Mesmo que o legislador não tenha disciplinado o desconto do período de cumprimento da pena alternativa no caso de conversão desta em privativa de liberdade, é certo que todos os períodos de pena cumprida, prisão ou internação, devem ser detraídos da pena total em reverência ao princípio do *no bis in idem*.

No caso das penas restritivas de direitos, substitutivas da pena privativa de liberdade, elas são aplicadas proporcionalmente ao lapso de duração das penas originárias, e o não desconto do período em que o sentenciado cumpriu a restritiva de direitos seria *bis in idem* executório acarretando evidente excesso de execução.

Há quem possa afirmar que a detração da pena restritiva de direitos, por falta de amparo legal, violaria o princípio da legalidade penal, levando ao absurdo de impor ao sentenciado que cumpra novamente a PPL o período já cumprido na forma de restritiva de direitos.

Entretanto, o art. 45 do CP deve ser interpretado tanto à luz do disposto no art. 55 do CP, que estabelece que “*As penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade*”, havendo a necessidade de compatibilização dos dois artigos com o próprio título da matéria que trata “Das Penas”, quanto à luz do art. 3º da LEP, que garante ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, trazendo assim maior resguardo a dignidade do condenado e, por fim, à luz da Constituição Federal, que garante uma pena mais humanizada e em conformidade com o Estado Democrático de Direito, isto é, a pena deve estar pautada sempre em princípios informadores e humanizadores dos direitos fundamentais de cada cidadão.

Desse modo, cumprida parte ou a totalidade da pena restritiva de direitos, do mesmo modo cumprida estará a mesma quantidade da pena privativa de liberdade

²³⁷ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pag. 102.

correspondente, conforme disciplina o art. 109, parágrafo único do Código Penal, ao prever que “*Aplicam-se às penas restritivas de direitos os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade*”, a despeito de o legislador, no item 41 da Exposição de Motivos, asseverar que “*Para dotar de força coativa o cumprimento da pena restritiva de direitos, previu-se a conversão dessa modalidade de sanção em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, se injustificadamente descumprida a restrição imposta*”.

Não se pode interpretar o art. 45 do CP de forma literal ou sintática, sem a análise do sistema e sua logicidade.

Como dito anteriormente, o art. 180 da LEP estabelece que “*A pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos*” desde que presentes os requisitos de seu três incisos”, e esta nova substituição, obviamente, deverá cingir-se à pena restante, isto é, a detração penal deve ser aplicada *mutatis mutandis*.

Na verdade, a detração da pena restritiva de direitos exige um critério de interpretação extensiva, mais abrangente, devendo ser levado em consideração os vetustos princípios *in dubio pro reo* e da analogia *in bonam partem*.

Este tema acerca da admissibilidade do desconto do tempo cumprido de pena restritiva de direitos na quantidade da pena privativa de liberdade (originalmente imposta, substituída e reconvertida) que o condenado terá que cumprir, é bastante polêmico entre os estudiosos e aplicadores do Direito Penal.

Depreende-se da pesquisa sobre o assunto que não há um entendimento uniforme sobre a detração no caso das penas restritivas de direito. Muitos são os julgados, como se verá adiante, que admitem e os que não admitem o desconto do tempo de execução da pena substitutiva (restritiva de direitos) na pena convertida (privativa de liberdade).

É preciso ter em mente que a sentença condenatória que fixa o *quantum* da pena privativa de liberdade a ser aplicada representa a justa composição da lide penal e, toda a operação lógica que vai desde a fixação da pena base, dentro dos limites cominados em abstrato e com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, passando pela análise das circunstâncias atenuantes e agravantes e das causas de aumento e de diminuição da pena, visa obter uma reprimenda justa quantitativa e qualitativamente, necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção da criminalidade.

Pois bem, se o legislador permitiu que a pena privativa de liberdade fosse substituída por outra mais branda (restritiva de direitos), é porque entendeu ser a melhor solução para que a individualização da sanção penal fosse atingida. Assim, repise-se, não é

pelo fato de ser uma pena substitutiva da privação de liberdade, que a restrição de direitos pode ser considerada uma reprimenda de categoria ou dignidade inferior, pois o que o legislador levou em conta foi a eficiência da sanção para a repressão do crime e ressocialização do condenado.

Desse modo, não há porque desconsiderar o lapso de tempo em que o condenado teve restringidos os seus direitos quando da conversão da pena substitutiva em privativa de liberdade. Aliás, entendimento contrário, sem sombra de dúvida, ofende o sentimento comum de justiça, vez que o condenado receberá dupla punição pelo mesmo fato caso tenha que cumprir a pena privativa de liberdade, originalmente imposta, em sua inteireza, pois já cumpriu parcialmente a reprimenda.

Este, porém, não é o entendimento do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo²³⁸:

(...) DETRAÇÃO – pena restritiva de direitos – impossibilidade – ausência de previsão legal – analogia inaplicável – situações não semelhantes – pena de multa – impossibilidade – dívida de valor – extinção pelo pagamento – ausência de previsão legal (...).

A fim de demonstrar este equivocado entendimento jurisprudencial, ratifica-se a possibilidade de detração do tempo de cumprimento da pena restritiva de direitos, pela leitura do art. 44, §4º do Código Penal que determina “*A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.*”

Ultrapassado o debate de possibilidade da detração do período cumprido de restritiva de direitos no tempo fixado de pena privativa de liberdade, outro obstáculo surge, qual seja, a dificuldade do cálculo da detração de acordo com cada espécie de pena restritiva de direitos.

Em relação às penas restritivas de direitos de prestação pecuniária e perda de bens e valores, nas quais não existe período de tempo determinado a ser abatido, deve-se

²³⁸ BRASIL. TJSP – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação. 6ª Câmara de Direito Criminal. Relator Des. Lauro Mens de Mello. Autos 0003409-09.2015.8.26.0050 SP 0003409-09.2015.8.26.0050. Julgamento 12.04.2018. Disponível em < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566665136/34090920158260050-sp-0003409-0920158260050?ref=serp> > Acesso em 03.06.2020

abater da pena privativa de liberdade o percentual do pagamento já efetuado pelo sentenciado.

A sugestão para que se proceda tal abatimento seria a dedução em porcentagem proporcional à pena cumprida. Por exemplo, se a pena privativa de liberdade foi fixada em 1 (um) ano e substituída pela pena restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), tendo o condenado pago somente a metade (50%), determina-se a conversão com o cumprimento de apenas metade do tempo imposto para a pena privativa de liberdade.

Há entendimento jurisprudencial no sentido da impossibilidade de detração da pena de prestação pecuniária, sob o fundamento de que esta, mesmo integralmente adimplida, não figura entre as causas de detração previstas no art. 42 do CP, porque possui natureza diversa da pena alcançada pela detração, qual seja, pena corpórea²³⁹.

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PEDIDO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE DE O JUIZ ENCARGADO DA EXECUÇÃO PENAL DECIDIR SOBRE O PEDIDO DE ISENÇÃO. MÉRITO. EXECUÇÃO DA PENA. DESCUMPRIMENTO POR PARTE DO APENADO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. CONVERSÃO DE DITA PENA PELA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DETRAÇÃO PENAL. ART. 42 DO CP. PROCEDIDA DETRAÇÃO EM RELAÇÃO AO TEMPO DE CUMPRIMENTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO EM RELAÇÃO À PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA CUMPRIDA. NATUREZA DIVERSA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA. PRECEDENTE DESSA CORTE. PEDIDO DO AGRAVANTE INACOLHIDO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Ainda inconformada, a defesa do apenado interpôs recurso especial, fundado no art. 105, III, a, da Constituição Federal. Nas razões, suscitou violação do art. 42 do Código Penal, aduzindo que o rol de causas de detração é meramente exemplificativo, sendo que rigor a detração da pena de prestação pecuniária do tempo remanescente de cumprimento de pena (fls. 65/76) (...). AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 42 DO CÓDIGO PENAL. RECONVERSÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. PEDIDO DE DETRAÇÃO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA DIVERSA. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER MALFERIMENTO À LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL INVOCADA. CONHECIMENTO DO AGRAVO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1178.683 SE 2017/0251790-6. Decisão Monocrática. Terceira turma. Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR. DJe 03.08.2018. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608388671/agravo-em-recurso-especial-aresp-1178683-se-2017-0251790-6/decisao-monocratica-608388686?ref=serp> > Acessado em 03.06.2020

Ao contrário do entendimento do STJ, com diferente e melhor senso afigura-se a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região²⁴⁰:

CONVERSÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DETRAÇÃO. ABATIMENTO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EQUIDADE. 1 Para que seja concedido o indulto, nos termos do art. 1º XIII, do Decreto n.º 8172/2013, é necessário que o condenado tenha cumprido o requisito objetivo relativamente a cada uma das penas restritivas de direito aplicadas. 2. No caso de conversão de pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, no cálculo da pena privativa de liberdade a executar deduzir-se-á o tempo cumprimento da pena restritiva de direitos, inexistindo ressalva legal acerca da possibilidade de detração da pena de prestação pecuniária. 3. Reconhecido o direito do agravante ao abatimento da pena de prestação pecuniária.

Aliás, o art. 336 do CPP autoriza que o Juízo da Execução se utilize do valor pago a título de fiança para a quitação da pena de prestação pecuniária imposta, o que, inclusive, prescindiria a intimação do condenado para a o cumprimento da pena, ou seja, nenhum ônus lhe seria imposto em decorrência da sentença penal.

Desse modo, incompreensível o rigor legal e judicial em inadmitir a detração da pena de prestação pecuniária ou perda de bens e valores no caso de conversão da pena substitutiva em PPL como medida de equidade.

Já quanto à pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, o art. 46, §3º do CP prevê a possibilidade de detração, e preceitua que a substituição da pena privativa de liberdade se dará à razão de uma hora de prestação de serviços à comunidade para cada dia de condenação. Em caso de conversão, o cálculo deve ser feito com a mesma lógica, porém em sentido contrário, ou seja, para cada hora de serviço prestado, deve-se detrair um dia de pena privativa de liberdade.

Ao analisar o direito à detração da prestação de serviços, no Agravo à Execução 70074028739, que tramitou perante o Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Julgador entendeu pertinente asseverar que outras sanções substitutivas também

²⁴⁰ BRASIL. TRF4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 – Sétima Turma. Relator Des. Gilson Luiz Inácio. Agravo de Execução Penal. EP 5005675-19.2015.404.7004 PR 5005675-19.2015.404.7004. Julgado em 15.12.15. Disponível em <<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/26937775/agravo-de-execucao-penal-ep-50056751920154047004-pr-5005675-1920154047004?ref=serp>> Acessado em 03.06.20.

devem ser abrangidas pelo benefício da detração, em razão do princípio da proporcionalidade²⁴¹:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. DETRAÇÃO. RESTRITIVA DE DIREITOS CONVERTIDAS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. ABATIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. O artigo 46, §3º, do Código Penal, preceitua que a prestação de serviços à comunidade se dará na razão de uma hora de tarefa por dia de condenação. Depreende-se daí que, do mesmo modo, o desconto pelo cumprimento das sanções substitutivas, deve, necessariamente, ser contabilizada de forma proporcional – cada hora de serviços comunitários prestados permite o abatimento de um dia de pena privativa de liberdade. AGRAVO EM EXECUÇÃO PROVIDO. (grifado)

O que se vê é que não há coerência do legislador em autorizar a detração no caso de prestação de serviços, e omitir-se em relação as demais modalidades de penas restritivas de direitos.

Não se evidencia qualquer incompatibilidade entre o instituto da detração e todas as penas restritivas de direitos, portanto, tal benefício pode ser aplicado na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, que se apresentam como medidas mais severas, bem como em relação às restritivas de direitos que substituem a PPL pelo mesmo período.

Quando da análise da restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade é possível vislumbrar-se um problema em relação ao art. 44, §2º do Código Penal, que dispõe “*se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por ... duas restritivas de direitos*”, ou seja, a aplicação da detração no caso de o magistrado substituir a pena privativa de liberdade por uma pena de prestação de serviços e outra de prestação pecuniária.

Neste contexto, tendo o condenado cumprido integralmente a pena de prestação de serviços ou a prestação pecuniária, porém falhado no cumprimento da segunda pena alternativa, a restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade. Procedendo-se a detração, por exemplo, da pena de prestação de serviços (uma hora de serviço por um dia de privativa de liberdade), a pena estaria integralmente cumprida, não havendo a necessidade de conversão da outra pena alternativa.

²⁴¹ BRASIL. TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AGV 70074028739. Oitava Câmara Criminal. Relator Des. Naele Ochoa Piazzeta. Julgamento em 18.10.2017. Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514210068/agravo-agv-70074028739-rs/inteiro-teor-514210115?ref=amp> > Acessado em 03.06.2020

A solução para o cumprimento da pena restritiva que foi convertida estaria no art. 44, §4º, segunda parte do Código Penal, ao determinar que “*No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.*” Assim, restaria ao sentenciado apenas o cumprimento de trinta dias de pena privativa de liberdade.

No que diz respeito à interdição temporária de direitos, a qual possui cinco modalidades, segundo o Código Penal Brasileiro, quais sejam, proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos, o cálculo para a detração do período cumprido deve ser a subtração do tempo em que o condenado teve o seu direito interditado.

Finalmente, quanto à pena de limitação de final de semana, consistente na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou em outro estabelecimento adequado e, durante a permanência, assistir cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas, o cálculo de detração deverá levar em conta os finais de semana em que o sentenciado teve seus direitos restringidos por 05 horas e, para cada dia de restrição, detrai-se um da pena privativa de liberdade imposta.

Da previsão legal de detração apenas quanto à pena restritiva de direitos de prestação de serviços, faz emergir o questionamento acerca dos motivos que levaram o legislador a omitir-se quanto às demais PRD. Se as PRDs substituem a PPL, significa que a aplicação daquelas possui o mesmo efeito corretor e ressocializador destas e, portanto, devem ser consideradas, a cada dia, como “pena cumprida”, devendo ser alcançadas pelo instituto da detração após eventual conversão em PPL.

3.4.6 Detração das medidas cautelares diversas da prisão

Como visto anteriormente, as medidas cautelares no processo penal estão elencadas no art. 319 do CPP, e podem ser *reais*, *probatórias* (ou instrutórias) e *pessoais* (ou subjetivas). Interessam para o estudo da detração as medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Pelo princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da Constituição Federal, corolário do Estado Democrático de Direito, “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de*

fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Daí depreende-se que apenas a lei cria direitos e deveres, ou seja, somente os comandos legais disciplinam a liberdade dos indivíduos.

O indivíduo nasce livre, porém a sua liberdade é limitada pelo Estado quando ele é inserido no contexto social, porém esta limitação estatal está alicerçada em garantias constitucionais que protegem a dignidade da pessoa humana e, uma delas é o chamado princípio da legalidade, que garante ao indivíduo que o Estado não poderá ser arbitrário de modo a cercear a sua liberdade sem um fundamento legal.

No Direito Penal o princípio da legalidade se manifesta pela locução latina *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, ou seja, igualmente ao que dispõe o art. 1º do CP “*Não há crime sem lei anterior que o define, nem há pena sem prévia cominação legal*”, que traz consigo dois princípios o da legalidade e da anterioridade, ratificando o texto constitucional exposto no art. 5º inciso XXXIX.

Seguindo por esta linha de raciocínio chegamos ao princípio da inocência, previsto no art. 5º, LXII da Constituição Federal que prevê: “*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.*”, o qual fortalece a tese garantista da proteção da liberdade. E para que se chegue até a fase do trânsito em julgado é preciso o desenvolvimento de um processo penal que também tem suas garantias previstas no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

Portanto é garantido a todos que o Estado não irá intervir no direito à liberdade individual sem a prévia cominação legal (cerceamento da liberdade ou direitos), sem o devido processo legal com o trânsito em julgado.

Entretanto, é possível que o indivíduo sofra a privação de direitos e/ou liberdade no curso do devido processo legal com a imposição de medidas cautelares que garantam a tranquilidade, eficácia e efetividade do procedimento penal.

É certo que nem a prisão, nem as medidas cautelares, segundo a doutrina, constituem antecipação do cumprimento da pena, ou seja, a natureza de tais medidas não é penal, mas processual. Por outro lado, as referidas medidas atingem a vida do indivíduo como verdadeira punição, pois há uma intervenção do Estado no direito à liberdade individual, e esta intervenção, mesmo não sendo considerada antecipação de pena, não pode ser desconsiderada após a sentença definitiva.

O cerceamento da liberdade com a submissão do acusado à medida cautelar diversa da prisão é tão evidente que a jurisprudência reconhece o cabimento de

habeas corpus contra a decisão que aplica tais medidas.²⁴² Diante de tal entendimento, por óbvio que o tempo de cumprimento da medida cautelar diversa da prisão deve ser descontado da pena final.

Ora, se a detração da prisão tem por fundamento o princípio da equidade e a vedação do *bis in idem*, este instituto deve ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer.²⁴³ Porém, mais uma vez houve omissão legislativa neste ponto quando foi editada a Lei nº 12.403/11, que modificou o Código de Processo Penal, mas manteve intacto o art. 42 do CP.

Mesmo ausente qualquer determinação legal acerca da aplicação da detração em razão do cumprimento das medidas cautelares pessoais diversas da prisão no cômputo do prazo de eventual sentença penal condenatória, a partir de uma interpretação favorável ao réu, tal instituto pode sim ser aplicado, atendendo, portanto, aos fins que a detração se propõe ... Não é cediço que um dos fundamentos da pena é a ressocialização do sentenciado logo, se ele, ainda durante o inquérito ou o processo, se submeteu e cumpriu medidas cautelares (diversas da prisão) que lhe foram impostas, nítido está a sua mudança de comportamento no sentido de agora atuar conforme ao ordenamento jurídico, devendo tal ato ser computado na detração penal, eis que se filiaram aos objetivos da pena.²⁴⁴

Interessante uma análise comparativa de sistemas jurídicos estrangeiros no que diz respeito às medidas cautelares. Para tanto é necessário que se compreenda a sua lógica e, principalmente, se valore seus instrumentos processuais levando em consideração a realidade sócio-política e cultural do país objeto do estudo.

Pois bem, observa-se no direito brasileiro muitos pontos similares às medidas cautelares do sistema espanhol e português, levando-se em consideração que este último sofreu recentemente profundas e qualificadas alterações legislativas.

²⁴² BRASIL. TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo em Execução 1027586, 20170020116363RAG - 2ª Turma Criminal. Ementa: “RECURSO DE AGRAVO. DETRAÇÃO. PERÍODO DE CUMPRIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO NO ARTIGO 42 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A prisão domiciliar, prevista no inciso III do artigo 318 do Código de Processo Penal, é espécie de prisão provisória, e não medida cautelar diversa da prisão (artigo 319), de modo que o seu cumprimento autoriza a detração da pena. 2. Recurso conhecido e provido para determinar ao Juízo a quo que proceda à detração do período em que a recorrente permaneceu em prisão domiciliar.” Rel Des. Roberval Casemiro Belinati, julgado em 22/06/2017. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2017/informativo-de-jurisprudencia-n-353/periodo-de-prisao-domiciliar-2014-detracao-da-pena>> Acessado em 03.06.2020.

²⁴³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *MEDIDAS CAUTELARES PENAS (LEI 12.403/11) Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas*. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, [S.l.], ano 1, v. 1, n. 1, Jun. 2013. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7152>>. Acesso em: 14.01.2020.

²⁴⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do Processo Penal – Lei nº 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 220).

A estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição²⁴⁵, e a construção das medidas cautelares pessoais no sistema processual espanhol, por exemplo, parte do respeito ao direito a liberdade consagrado no art. 17.1 de sua Constituição. Por essa razão, segundo Sara Aragonese Martinez, a restrição ao direito à liberdade é excepcional, não automática, condicionada sempre às circunstâncias do caso e proporcional a finalidade que persegue²⁴⁶.

As medidas cautelares coercitivas, segundo a mencionada jurista, são produto da tensão entre dois deveres próprios do Estado Democrático de Direito – a proteção do conjunto social e a manutenção da segurança coletiva dos membros da comunidade frente à desordem provocada pelo injusto típico com uma eficaz persecução dos delitos, e de outro lado, a garantia e a proteção efetiva das liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos que a integram.

E quanto à compensação entre o tempo cumprido de medida cautelar e a pena definitiva, o direito comparado de Espanha e Portugal demonstra razoabilidade em sua legislação.

Em Portugal, segundo a doutrina de Carlota Pizarro²⁴⁷, a detração neste caso está assim sistematizada:

A detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação sofridas pelo arguido no processo em que vier a ser condenado são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão que lhe for aplicada. Se for aplicada pena de multa, a detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação são descontadas à razão de 1 dia de privação da liberdade por, pelo menos, 1 dia de multa. Se a pena imposta por decisão transitada em julgado for posteriormente substituída por outra é descontada nesta a pena anterior, na medida em que já estiver cumprida. Se a pena anterior e a posterior forem de diferente natureza é feito na nova pena o desconto que parecer equitativo. É descontada, qualquer medida processual ou pena que o agente tenha sofrido, pelo mesmo ou pelos mesmos factos, no estrangeiro.

Na Espanha, os artigos 58 e 59 do Código Penal pátrio, estabelecem que a detração ou abono deve incidir sobre as medidas cautelares diversas da prisão, inclusive, quando possuírem natureza distinta, ficando a cargo do juiz a operação aritmética de compensação.²⁴⁸

²⁴⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 67.

²⁴⁶ ARAGONESES MARTINEZ, Sara. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1996, p. 387.

²⁴⁷ ALMEIDA, Carlota Pizarro de [et al.]. *Código Penal Português anotado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 103-104.

²⁴⁸ Artículo 58. *El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En*

Artigo 58. O tempo de privação de liberdade sofrido provisoriamente será pago integralmente pelo juiz ou pelo tribunal de sentença pelo cumprimento da penalidade ou penalidades impostas no caso em que a referida privação tenha sido acordada, exceto se coincidir com qualquer privação de liberdade. Liberdade imposta ao prisioneiro em outro caso, que foi pago ou é pago nele. Em nenhum caso o mesmo período de privação de liberdade pode ser pago em mais de uma causa. As regras anteriores também se aplicarão à privação de direitos acordados em caráter preventivo.

Artigo 59 Quando as medidas cautelares sofridas e a sentença imposta forem de natureza diferente, o juiz ou tribunal determinará que a sentença imposta na parte considerada compensada seja executada.

No Brasil, por sua vez, não há legislação que autorize e discipline a detração do tempo de cumprimento de medida cautelar, o que deixa dúvida quanto ao critério a ser adotado para o cálculo do desconto do tempo. E a jurisprudência tem caminhado com timidez no sentido de reconhecer o direito à detração do período de cumprimento das medidas cautelares prevendo alguns critérios esparsos.²⁴⁹

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, em decisão monocrática, já determinou que o juízo *a quo* considerasse, para fins de detração da pena, o cumprimento da medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, o que demonstra que o entendimento está em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), da proporcionalidade e do *non bis in idem*.²⁵⁰

Damásio de Jesus, sobre o assunto, defende, ao contrário da legislação espanhola, que somente será possível ocorrer a compensação das medidas cautelares diversas da prisão se houver identidade entre estas e a pena definitivamente imposta:

ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa. 4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente. Artículo 59 Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

²⁴⁹ HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. DETRAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Inexiste previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, Código Penal) para fins de detração da pena, cujas hipóteses estão elencadas no artigo 42, do Código Penal. Entretanto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do *non bis in idem*. 2. Habeas corpus não conhecido, mas concedido de ofício para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do DF, que deferiu o pedido apresentado pela defesa do paciente para que o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno fosse computado para fins de detração da pena. (HC 380.369/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017)

²⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 92660 SC 2017/0318635-2. Ementa: “HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO INDEFERIU PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE CUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, CONSISTENTES EM RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO E EM FOLGAS E FINAIS DE SEMANA, PARA EFEITOS DE DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE A SER CONHECIDA DE OFÍCIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DIANTE DO CARÁTER EXCEPCIONAL DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MATÉRIA A SER DISCUTIDA EM RECURSO PRÓPRIO. ORDEM NÃO CONHECIDA. Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus para que o Juízo das execuções considere em favor do recorrente, para fins da detração da pena, o recolhimento domiciliar noturno e o recolhimento domiciliar nos finais de semana (medidas cautelares diversas da prisão). Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 26/3/2018. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562303872/recurso-em-habeas-corpus-rhc-92660-sc-2017-0318635-2>> Acessado em 04.06.2020.

A imposição das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, como regra, não enseja detração penal (art. 42, do CP), salvo quando existir entre a providência instrumental e a pena imposta absoluta identidade (por exemplo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, prevista no art. 319, II, do CPP e a pena de proibição de determinados lugares, estipulada no art. 47, IV, do CP).

Para o autor, se no curso do processo foi decretada medida cautelar de restrição de direitos, somente haverá detração caso a pena final ensejar, também, restrição de direitos. No mesmo sentido ensina Bottini:

Assim, aplicada a cautelar de proibição de frequência a determinados lugares, haverá desconto no tempo da pena final se esta for da mesma espécie. Da mesma forma, se a cautelar aplicada for de recolhimento domiciliar, o tempo será descontado na hipótese de fixação do regime aberto na sentença.

Já em sentido contrário afirma Pereira e Silva que “*não há motivos para que diante do fiel cumprimento às cautelas impostas com base no art. 319 do CPP, o juiz da execução criminal deixe de proceder à detração na pena, uma vez que as restrições à liberdade impostas foram respeitadas*”.²⁵¹

Ora, partindo-se do princípio de que toda medida cautelar redunde em cerceamento de direitos, não há coerência na exigência de que a constrição cautelar seja idêntica à pena aplicada para viabilizar a sua detração, como se medida diversa não tivesse qualquer importância. Na verdade, o que realmente importa para esta justa e necessária compensação é uma interpretação cautelosa sobre a proporção do desconto da medida cautelar na pena definitiva, seja ela de qualquer espécie.

Assim, no caso de similitude entre a medida cautelar e a restritiva de direitos imposta na sentença, a detração poderá ser aplicada na proporção de um para um, entendendo a medida cautelar como se prisão provisória fosse. Nesse sentido, afirma Oliveira:

Se houver privação da liberdade de locomoção do réu, ainda que somente em período noturno e nas folgas do trabalho (art. 319, V, do CPP), a detração deverá ser aplicada na proporção de 1 por 1 – conforme anteriormente demonstrado, trata-se de medida extrema em que a casa do acusado torna-se o seu cárcere, e deve ser interpretada como autêntica prisão provisória.²⁵²

²⁵¹ PEREIRA, Pedro Henrique Santana; SILVA, Fabíola de Melo. *O instituto da detração da pena e sua aplicabilidade em face das novas medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10921&revista_caderno=22 . Acesso em 02.03.2020.

²⁵² OLIVEIRA, Filipe Costa. *Detração nas Medidas Cautelares Pessoais: é possível?* Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n.36bi, abril 2013, pag. 76.

Outro exemplo seria o da medida cautelar de “*recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos*”, a qual está prevista no artigo 319, inciso V, do CPP, em que a detração também pode ser aplicada na proporção de um por um, pois segundo Oliveira²⁵³, “*trata-se de medida extrema em que a casa do acusado torna-se o seu cárcere, e deve ser interpretada como autêntica prisão provisória.*” Esclarece o autor:

A medida de reconhecimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, por sua vez, não restringe, mas priva o direito de liberdade, revelando aqui sua concreta gravidade. Portanto para fins de detração penal, o art. 310, V, do CPP deve ser interpretado como autêntica prisão preventiva, pois o lar se transforma no próprio cárcere do agente, donde não se pode se ausentar sob pena de ter essa medida substituída pela prisão (art. 282, § 5º, do CPP).

Ante o exposto, repise-se, a detração da medida cautelar da pena definitiva é a observância e respeito aos princípios da igualdade – caso a medida cautelar e a pena definitiva sejam da mesma espécie -, proporcionalidade e razoabilidade, no caso de espécies diferentes, impedindo em todos os casos a ocorrência de *bis in idem*, como se verá no próximo capítulo.

²⁵³ *Ibidem* 191.

CAPÍTULO 4 – APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL EM CONSONÂNCIA COM A TEORIA DO GARANTISMO PENAL SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

4.1 Contexto histórico do garantismo penal

No princípio o direito provinha da razão ou da natureza, ou uma imposição divina, segundo Thomas de Aquino, e não se encontrava positivado. Posteriormente, o direito passou a ser positivado, mormente diante da necessidade de uma disciplina social.

No contexto da criação do Direito Penal como um método que se pretendia científico, a dogmática penal foi sendo construído no século XIII, a partir do surgimento das práticas criminosas analisadas casuisticamente no Direito Penal Público Romano, produto da atividade criativa dos pretores que julgavam ao alvedrio de parâmetros penais e processuais penais.²⁵⁴

Diante de inúmeros marcos históricos, iniciou-se a busca de um equilíbrio entre os poderes do Estado e o cidadão. Surgiu a doutrina do pacto ou contrato social, no qual os indivíduos deixariam seu estado de natureza e passariam a viver, vantajosamente em estado de sociedade com a limitação da vontade individual pelas regras ditadas pela vontade majoritária (*pactum societatis*).²⁵⁵

Baseado nessa premissa, Beccaria teve a visão de que somente a necessidade de um suporte coletivo para alcançar felicidade e vida digna levaria os indivíduos a abrirem mão de parcela de sua liberdade. Ainda sim, isso se daria apenas na medida mínima imprescindível à preservação dos valores sociais mais relevantes, conjuntamente denominados por ele de “depósito de salvação pública”. Este seria, portanto, o fundamento legitimador do poder punitivo estatal²⁵⁶, e este modelo se denominou Direito

²⁵⁴ BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 33.

²⁵⁵ Sobre o tema, confira-se o dizer de BARATTA, *verbis*: "A base da justiça humana é, para Beccaria, a utilidade comum; mas a ideia da utilidade comum emerge da necessidade de manter unidos os interesses particulares, superando a colisão e oposição entre eles, que caracteriza o hipotético estado de natureza. O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado. Foi, pois, a necessidade que constrangeu a ceder parte da própria liberdade; é certo que ninguém quer colocar senão a menor porção possível dela em depósito público, só o suficiente para induzir os demais a defendê-lo. A soma destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça, é fato e não direito." BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª edição. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41.

²⁵⁶ GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006, pag. 30.

Penal Liberal, que está intimamente relacionado às características essenciais do movimento de superação do autoritarismo medieval.

Durante o período do Direito Penal Liberal a sociedade percebeu a importância dos direitos sociais, clamando por uma reestruturação do poder estatal com a implementação de um sistema de garantias, em que o Estado passasse a gerir a sociedade, fazendo nascer desta ideia o Estado Social.

Essa evolução na reestruturação do poder estatal obteve seu fastígio com o sistema de garantias idealizado por Luige Ferrajoli, que passou a agregar de modo sistemático tudo o que havia sido idealizado no século XX no que diz respeito às limitações do *jus puniendi* do Estado.

Luige Ferrajoli, na sua obra criada em 1989, intitulada *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal*, reuniu pensamentos, ordenando-os em um diagrama metódico no sentido de estruturar uma teoria racional, exigindo do Estado a sua sujeição à dignidade da pessoa humana, à liberdade e a todos os outros princípios limitadores do *jus puniendi*.

O elemento conjectural-histórico que desencadeou o desenvolvimento de toda teoria garantista circunda o período compreendido entre as décadas de 60 a 80, denominado na Itália como “anos de chumbo”, caracterizado como uma onda crescente de ataques terroristas que infligiu o país naquele período. O governo italiano, no intuito de conter os ataques, decretou uma série de leis emergenciais que tinham como objetivo o combate ao terrorismo. Tais leis, que eram extremamente rígidas, acabaram colidindo com os direitos e garantias fundamentais conquistados anteriormente. Nessa conjuntura, Luigi Ferrajoli iniciou o combate a esse regime autoritário, resgatando princípios penais e processuais penais esquecidos, e durante esta luta foi por ele criada a Teoria do Garantismo Penal.

Ao se referir ao paradigma da democracia constitucional, Ferrajoli o toma como “filho da filosofia contratualista”, referindo-se ao fato de que as constituições são contratos sociais que visam permitir o convívio civil, de modo escrito e positivo e também no sentido de que a ideia de contrato constitui uma metáfora da democracia.²⁵⁷

A partir deste entendimento o autor diferencia os dois modelos de Estado, quais sejam, “*Estado de Direito ou Legislativo*”, onde os vínculos do poder estão restritos à legalidade formal, e o “*Estado Constitucional de Direito*”, em que as normas constitucionais que versam sobre os direitos e garantias fundamentais são dotadas de

²⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos direitos e dos Bens Fundamentais*. Porto Alegre: ed. Livraria do advogado. 2011, p. 28.

caráter vinculante, e não meramente descritivo, transformando a Constituição em um referencial hermenêutico acerca dos conteúdos suscetíveis às deliberações tanto do legislador como do poder constituinte, porque situada em nível superior ao próprio poder legiferante (ordinário ou originário)”²⁵⁸

E sobre a concepção de Estado Constitucional de Direito é que a teoria garantista está arraigada. Por isso, no *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, de Salvatore Battaglia, publicado em 1970, garantismo possui o seguinte significado “*Característica própria das mais evoluídas constituições democrático-liberais, consistente no fato de elas estabelecerem dispositivos jurídicos cada vez mais seguros e eficientes, a fim de garantir a observância das normas e do ordenamento por parte do poder político*”.

O autor verificou, ao longo de sua obra, que o modelo penal garantista, ainda quando recebido pela Constituição como parâmetro de racionalidade e legitimidade da intervenção punitiva, encontra-se desatendido na prática, causando divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e a ausência de efetividade nos níveis inferiores, o que transforma o modelo numa fachada e com função meramente ideológica.

Nesse diapasão, o garantismo jurídico nasceu voltado para área penal como uma resposta ao crescimento contínuo da referida divergência, bem como em oposição às culturas jurídicas e políticas que a têm avalizado, ocultado e alimentado, via de regra tendo como bandeira a defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático.²⁵⁹

Sergio Cademartori, em análise da obra de Ferrajoli, apontou as principais características acerca da teoria geral do garantismo jurídico:

Em nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. [...] Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos ao exercício do poder político. Propõe-se assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.²⁶⁰

²⁵⁸ CARVALHO, Salo de. *Garantismo e sistema carcerário: crítica aos fundamentos e à execução da pena privativa de liberdade no Brasil*. Tese de Doutorado. UFPR, Curitiba, 1999, p. 149

²⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 851

²⁶⁰ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, 1999, p. 72.

Segundo Ferrajoli, a teoria garantista busca soluções para a crise do Direito, a qual se desdobra em três aspectos²⁶¹:

a) crise de legalidade: do valor vinculante associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, com a ausência e ineficiência dos controles, sob a forma de crise constitucional;

b) crise do Estado Social: o qual não é efetivado em razão da inadequação estrutural das formas de Estado de Direito assinaladas por caracteres seletivos e desiguais;

c) crise do Estado Nacional: que se manifesta na troca dos lugares da soberania, com o seu deslocamento para fora do Estado nacional, na alteração do sistema de fontes e, por consequência, em um enfraquecimento do constitucionalismo;

Para Ferrajoli, os perigos para o futuro dos direitos fundamentais e da sua garantia dependem não só da crise do Direito, mas também da crise da razão jurídica, a qual erigiu o extraordinário paradigma teórico e normativo que é o Estado de Direito²⁶², e a superação desta crise jurídica demanda uma revitalização da confiança na razão jurídica moderna e no Estado de Direito.

4.2 Teoria geral do garantismo

A partir da Constituição da República em 1988, duas transformações paralelas ocorreram em campos diversos do Direito, as quais influenciaram não só o modo de compreensão, mas também as funções reservadas ao Estado contemporâneo.

A primeira transformação ocorreu na Filosofia do Direito, que admitiu a existência de um novo momento, o “pós-positivismo”, cuja essência reside no reconhecimento de que há um novo paradigma constitucional a merecer atenção, o qual tem como marca fundamental a superação do mero legalismo.

Diante da amplitude de direitos dispostos na Constituição Federal de 1988, sobreveio a necessidade de uma profunda e abrangente interpretação dos direitos constitucionais, a qual ultrapassa os limites do legalismo infraconstitucional de modo que se viabilize o alcance de todas as garantias concedidas ao resguardo da dignidade da pessoa humana.

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 15/16.

²⁶² FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. In OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 92.

A segunda transformação ocorreu na Teoria do Estado. Nela, em lugar de um Estado de Direito e da centralidade do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito vigente, surge um Estado Constitucional de Direito, que se apresenta como superação do primeiro.

Destacam-se na constituição contemporânea duas características fundamentais: supremacia e rigidez. Por isso, esse documento torna-se um elemento central para a realização e garantia dos direitos fundamentais.

Nos últimos dois séculos a palavra garantismo foi associada a vários significados, vez por outra ligados às exigências de segurança social, de tutela constitucional das liberdades fundamentais, de limitação do poder punitivo do Estado, porém encontrou a sua maior expressão teórica na reflexão de Luigi Ferrajoli, que correlacionou seu significado às diversas dimensões da democracia constitucional.

Nesse passo, Garantismo e Estado Constitucional de Direito são expressões que se identificam, podendo até mesmo afirmar-se que o segundo expressa a fórmula política do primeiro, de modo que, apenas por meio desse, aquele consegue realizar seu programa, conforme ensina Sanchís: *“Somente esse modelo político incorpora um rigoroso 'princípio de estrita legalidade', que implica a submissão de poder não apenas a limites formais, mas também a limites substanciais impostos por princípios e direitos fundamentais.”*²⁶³

É possível afirmar, portanto, que o garantismo é um sistema teórico e, segundo Ferrajoli, partindo de uma base de Direito Penal, em que se visualiza com perfeição a divergência entre a normatividade do modelo constitucional e a ausência de efetividade nos níveis normativos inferiores, sustenta-se a “Teoria Geral do Garantismo”, a qual deve obedecer determinados postulados denominados axiomas, os quais serão tratados no decorrer deste capítulo.

Além disso, Ferrajoli propõe que o significado do termo garantismo seja compreendido em três acepções, as quais estão correlacionadas: modelo normativo de direito, teoria crítica do Direito e como uma filosofia política.²⁶⁴

²⁶³ Texto original: *“solo este modelo político incorpora um riguroso ‘principio de estrita legalidad’, que supone el sometimiento del poder no únicamente a limites formales, sino también a los limites sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales”* SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y Garantismo. In: Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Org. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 41.

²⁶⁴ FRANZONI GIL, Lise Anne de Borba. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007. Disponível em < http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=36707 > Acessado em 07.11.2019.

4.2.1 Garantismo como modelo normativo de direito

Garantismo designa um modelo normativo de Direito, o que corresponde no Direito Penal ao princípio da estrita legalidade, atualmente previsto no art. 5º, II da nossa Constituição Federal, que dispõe “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, e este princípio da legalidade garante ao indivíduo a liberdade de praticar qualquer ato que a lei não proíba.

Para Ferrajoli a capacidade de agir de cada indivíduo pode e deve fomentar a garantia de seus direitos, pois, para tanto, a liberdade assegurada e os demais direitos lhe permitem condições de sobrevivência e efetivo exercício de seu papel social, logicamente que dentro dos limites da legalidade.

Importante salientar que qualquer cerceamento de direito fundamental do indivíduo (investigado, acusado ou condenado), ou seja, antes ou depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, configura a retirada desta capacidade de agir, vedando o livre exercício do papel social da pessoa, o que não pode simplesmente ser desconsiderado pelo Estado durante a execução da pena, mas sim considerado como vedação antecipada do desfrute dos direitos fundamentais, ou efetivo cumprimento da pena imposta.

É que o princípio da legalidade existe para conter a arbitrariedade do Estado frente aos cidadãos, e carrega em seu bojo dois aspectos: político e histórico. O aspecto político possui a finalidade de garantir ao homem a liberdade de praticar atos sem ser punido, salvo previsão legal prévia. O aspecto histórico tem sua origem em 1215, com a publicação da Magna Carta, imposta pelos barões burgueses do rei João Sem Terra, tendo a forte influência do iluminismo como contribuição para que os cidadãos pudessem lutar contra a arbitrariedade daqueles que julgavam.

Desta forma, o garantismo como modelo normativo de direito é entendido no plano epistemológico como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, já no plano político como uma técnica de tutela que pode minimizar a violência e maximizar a liberdade, e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Com relação ao último plano (jurídico), o autor difere os graus de garantismo, ou seja, pode-se dizer que um sistema jurídico é mais ou menos garantista

conforme o quanto suas práticas efetivas correspondem aos mandamentos da Constituição.²⁶⁵

O garantismo como modelo normativo, portanto, é o principal traço funcional do Estado de Direito, o qual, segundo a distinção feita por Norberto Bobbio, pode se referir a um governo *per leges* ou a um governo *sub lege*.²⁶⁶

Segundo o autor, o governo *per leges* tem como características: a generalidade da norma, quando está ligada a todos os sujeitos do ordenamento, reduzindo o risco de expressão desenfreada do poder; a abstração da lei, que impõe características que caibam a qualquer pessoa; e a proveniência da norma decorre da vontade geral, com fim de evitar que os governos absolutistas ou autoritários possam ser considerados Estados de Direito. Estes elementos conformam o potencial garantista da lei enquanto forma jurídica, uma vez que enquanto se apresenta de forma geral e abstrata respondem às exigências de igualdade, e enquanto fruto da vontade geral atende à exigência de liberdade como autonomia.

Quanto ao poder *sub lege*, que permite a superação da forma legislativa do Estado, ressalta Ferrajoli que:

Poder *sub lege* pode, por outro lado, ser entendido em dois sentidos diferentes: no sentido fraco, lato ou formal de que qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas ou procedimentos por ela estabelecidos; e no sentido forte, estrito ou substancial de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, que condiciona não somente suas formas senão também seus conteúdos. [...] No primeiro sentido são Estados de Direito todos os ordenamentos, inclusive os autoritários ou, pior ainda, os totalitários, nos quais em todo caso *lex fact regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal; no segundo sentido, que implica o primeiro, o são, pelo contrário, somente os estados constitucionais – e, em particular, os de constituição rígida como é tipicamente o italiano –, que nos níveis normativos superiores incorporam limites não somente formais senão também substanciais ao exercício de qualquer poder.²⁶⁷

Um *Estado Garantista*, segundo o modelo normativo de direito, nada mais é do que um Estado de Direito substancialmente democrático, ou seja, dotado de

²⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 851/852.

²⁶⁶ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 1999. p. 23.

²⁶⁷ Tradução: “Poder *sub lege* puede por otra parte entenderse em dos sentidos diversos: em el sentido débil, lato o formal de que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido em las formas u procedimientos por ella establecidos; y em el setido fuerte, estricto o sustancial de que cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos. [...] En el primer sentido son estados de derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso *lex fact regem* y el poder tiene una fuente y una forma legal; en el segundo sentido, que implica el primero, lo son por el contrario sólo los estados constitucionales – y, en particular, los de constitución rígida como és tipicamente el italiano –, que en los niveles normativos superiores incorporam límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 856.

garantias efetivas e baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade. O modelo normativo exige uma funcionalização dos poderes públicos para a efetivação dos direitos fundamentais.

O modelo normativo do garantismo penal evidencia a necessidade de se garantir a implementação de uma justiça constitucional, impondo a efetividade de suas normas, *in casu*, mormente na execução penal, pois ao contrário, a função primordial da Constituição, que é a de garantia, restará enfraquecida.

Diante de todo o exposto é possível afirmar que durante a execução da pena o Juízo não pode desconsiderar todos os direitos que foram cerceados do condenado durante a persecução penal, devendo levar em conta todas as limitações na pena definitivamente imposta, todo o sacrifício de direitos fundamentais sofridos antes da prolação do veredicto, a fim de evitar o excesso de punição como preservação do princípio da proporcionalidade.

4.2.2 Garantismo como teoria crítica do direito

Nesta visão, o garantismo designa uma teoria jurídica da validade, efetividade e eficácia das normas, termos diferenciados entre si e, também, no que diz respeito à existência ou vigência da norma. Tal diferenciação é imprescindível diante da fundamentação teórica garantista, que defende a legitimidade jurídica substancial das normas inferiores, ou seja, sua fidelidade às normas superiores não só quanto à forma, mas também em conteúdo.

Neste sentido, a expressão garantismo mantém separados o ser e o dever ser no Direito. Funda-se numa teoria da divergência entre normatividade e realidade, ou seja, entre Direito válido e Direito efetivo, ambos vigentes. Esta teoria compreende críticas internas, científicas e jurídicas, num universo limitado pelo Direito Positivo vigente, visando à legitimação ou deslegitimação interna do Direito, evidenciando suas antinomias ao invés de ocultá-las.²⁶⁸

Para uma profunda compreensão é imprescindível a diferenciação entre vigência, validade e eficácia das normas.

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. . 852.

Cademartori, como defensor da teoria garantista, conceitua e diferencia justiça, vigência, validade e eficácia de uma norma, esclarecendo que a mesma: é justa quando responde positivamente a certo critério de valoração ético-político; é vigente quando sua forma obedece ao procedimento prescrito, sendo isenta de vícios; é válida quando não contradiz nenhuma outra norma hierarquicamente superior; e é eficaz quando é de fato observada pelos seus destinatários e/ou aplicada pelos órgãos responsáveis.²⁶⁹

Caminhando em lado oposto, Hans Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito, entendia ser de somenos importância a diferenciação das definições de vigência e validade. O teórico alemão primava pela valorização da forma e fez das normas jurídicas o seu objeto de estudo na busca pela construção de uma teoria puramente formal, com o intuito de romper com o paradigma jusnaturalista.

Kelsen pretendia abstrair da Teoria Pura do Direito todos os aspectos morais, sociológicos, religiosos, afeitos à justiça, preocupando-se unicamente com o que dispunham as leis e as demais normas jurídicas formuladas e positivadas pelo Estado e, portanto, sendo fiel ao seu objeto e gozando, no desenvolvimento de seus estudos, de uma neutralidade pressuposta.²⁷⁰

Consoante à Teoria Pura do Direito, a norma que representa o fundamento de validade de outra norma é, em face desta, hierarquicamente superior, até que se chegue na norma fundamental (*Grundnorm*), que se encontra no topo da pirâmide representativa do sistema jurídico, servindo de fonte e fundamento de validade comum de todas as demais normas pertencentes ao sistema.

Para Kelsen não há que se confundir a Constituição com sentido jurídico-positivo, com Norma Fundamental, a qual tem um sentido lógico-jurídico, uma vez que esta última não é ela própria uma norma posta, mas pressuposta, ou seja, é o ponto de partida do processo de criação do Direito.²⁷¹ Ele explica:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido por uma via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.²⁷²

²⁶⁹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 1999, p. 79/80.

²⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: ed. Habitus, 2003, p. 42-44

²⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. 5ª tirag. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 217

²⁷² *Ibidem*, p. 221.

Conclui-se que o marco teórico da teoria kelseniana é verificado quando é enfatizado que a Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo em geral, e não de uma ordem jurídica especial, podendo transformar-se em instrumento de legitimação de inúmeras ordens político-jurídicas, desde os Estados do capitalismo liberal-burguês até os do socialismo burocrático. É, portanto, em princípio, uma teoria isenta de qualquer caráter ideológico, para a qual não interessa o conteúdo, as relações ou as contradições sociais que informam os padrões normativos.²⁷³

Por sua vez, a teoria garantista, como uma teoria crítica do Direito, procura redefinir as categorias tradicionais das normas jurídicas, superando a concepção de Direito típica do positivismo kelseniano no aspecto ressaltado, ou seja, puramente ou preponderantemente formal, que se abstém de separar vigência e validade como conceitos de conteúdos complementares, sendo o primeiro formal e o segundo material.

A concepção puramente formal da validade é fruto de uma simplificação, herdada de uma compreensão “*onipotente do legislador no Estado liberal e derivada de uma incompreensão da complexidade do termo legalidade no Estado constitucional de Direito*”.²⁷⁴

Com a constitucionalização de cadeias principiológicas, restaram estabelecidas normas referentes à produção legal, não reduzida apenas às suas condições formais, mas principalmente ao seu conteúdo. Nesse ínterim, é que se dá o distanciamento entre os conceitos de validade e vigência, os quais são assimétricos e independentes.²⁷⁵

Ferrajoli entende ser tarefa científica do jurista valorar a validade ou a invalidade das normas, conforme os parâmetros formais e substanciais estabelecidos pelas normas jurídicas de nível superior²⁷⁶, devendo realizar a interpretação da lei conforme a Constituição visando a defesa dos direitos fundamentais nela estabelecidos.

É exatamente esta interpretação garantista que o instituto da detração espera dos operadores do Direito. Ora, a interpretação é o mecanismo pelo qual é feita a

²⁷³ Wolkmer assevera que, não obstante a rígida crítica à ideologia presente na Teoria Pura do Direito, fruto de sua inegável preocupação em manter resguardado o objetivismo do discurso jurídico positivista, mais tarde Kelsen passa a admitir o *uso da noção de ideologia com diversos significados, não somente negativos como também positivos*. Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 162-164.

²⁷⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3ª ed. amp. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 22

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 874.

avaliação de um dispositivo legal, visando atingir a intenção que estava presente no momento de sua criação.

O art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, estabelece que “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”, o que pressupõe o garantismo como teoria crítica do direito com a interpretação de qualquer norma de acordo com a intenção do legislador constituinte quanto aos direitos fundamentais.

Diante dessa assertiva, o instituto da detração precisa de uma interpretação garantista acerca de seu alcance, baseado no princípio constitucional da proporcionalidade para a execução da pena justa, ou seja, sem excessos.

4.2.3. Garantismo como filosofia política

Por fim, garantismo pode designar também uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa de acordo com os bens e interesses discutidos, cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos.

Somente o desenvolvimento do pensamento sob um viés filosófico-político, ciente da temporalidade e finitude dos contextos sociais, iniciados sempre por novos marcos históricos, marcados por aberturas dialógicas do pensamento, é que o Direito poderá ser construído e aprimorado dentro da ordem constitucional democrática, buscando alcançar novos patamares.

Para esta teoria filosófica-política, garantismo pressupõe a distinção entre direito e moral²⁷⁷, entre validade e justiça, e entre os pontos de vista interno (jurídico) e externo (moral) na valoração do ordenamento, equivale apenas ao ponto de vista externo, característico do pensamento iluminista, e aos fins de legitimação e da deslegitimação ético-política do Direito e do Estado.²⁷⁸

Dentro da filosofia política, Ferrajoli ensina que tal distinção pode ser feita em maior escala, entre doutrinas *autopoiéticas* (que fundamentam o Estado e o direito

²⁷⁷ “A base filosófico-política do garantismo de Ferrajoli é constituída, em última instância, pela doutrina liberal da separação entre direito e moral. (...) Observa Guastini que o liberalismo de Ferrajoli é um liberalismo *sui generis*, já que: a) de um lado, as preferências de Ferrajoli dirigem-se àquilo que ele chama de ‘Estado Social de Direito’, ou seja, um ordenamento que confere e garante não somente direitos de liberdade, mas também direitos sociais (coisa estranha à tradição política liberal, em suma, ao liberalismo clássico; b) de outro lado, o garantismo de Ferrajoli é, por assim dizer, mutilado, dado que não se estende ao direito de propriedade nem portanto às liberdades econômicas (de mercado, de iniciativa econômica) que a pressupõem.” CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 1999, p. 74/75.

²⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 853.

em si mesmos) e *heteropoiéticas* (doutrinas políticas que fundamentam o Estado e o direito sobre finalidades sociais), expressões emprestadas de Niklas Luhmann:²⁷⁹

Para as doutrinas autopoiéticas, o Estado é um fim e assume valores éticopolíticos de caráter supra-nacional e supra-individual, e cuja instrumentalização e reforço têm de instrumentalizar-se o Direito e os direitos. Para as doutrinas heteropoiéticas, pelo contrário, o Estado é um meio legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, e politicamente ilegítimo se não os garantir ou, mais ainda, se o mesmo os viola.²⁸⁰

As doutrinas políticas autopoiéticas fundamentam os sistemas políticos em si mesmos, justificando o Direito e o Estado como bens ou valores intrínsecos, ou seja, o Estado e o Direito estão fundamentados sobre si mesmos. Sendo o Estado considerado um fim em si mesmo, que por este motivo tende a colocar o Direito a serviço de sua conservação, acaba havendo uma subordinação dos indivíduos e da sociedade como um todo à sua manutenção.

Autopoiéticas são, portanto, doutrinas de legitimação política que postulam princípios legitimadores de cima para baixo (*ex parte principis*), o que quer dizer que o princípio da legalidade não é considerado apenas um princípio jurídico interno, mas também como um princípio axiológico interno, representando uma perigosa redução da legitimidade política à legitimidade jurídica, e causando uma ausência de limites aos poderes políticos do Estado.²⁸¹

O garantismo, no seu sentido filosófico-político, consubstancia-se na fundação heteropoiética do direito, separado da moral.

A doutrina política heteropoiética entende que o Estado é apenas um meio que recebe legitimação enquanto tem por finalidade a preservação e promoção de direitos e garantias individuais e, como tal, utiliza-se das instituições jurídicas e políticas apenas por necessidade, para satisfação dos interesses vitais dos cidadãos.

Heteropoiéticas são, enfim, doutrinas de legitimação do Estado e do Direito de baixo para cima, partindo da sociedade e dos indivíduos que a compõem (*ex parte populi*), sendo eles próprios o fim, dignos do respeito do Estado, este sim considerado como meio instituído para tutela social. São exemplos desta doutrina o jusnaturalismo laico

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 880/881.

²⁸⁰ Texto original: “Para las doctrinas auto-poyéticas, el estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos. Para las doctrinas heteropoyéticas, por el contrario, el estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aun, si el mismo los viola.” *Ibidem*, p. 881.

²⁸¹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 1999, p. 162/163.

e o racionalismo iluminista, para os quais o Estado e o Direito foram criados pelo homem para proteção dos seus próprios interesses vitais.²⁸²

Assim ensina Cademartori:

O estado de direito é caracterizado politicamente pelo garantismo de Ferrajoli como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado por fins completamente externos, geralmente declarados em forma normativa por suas Constituições, mas sempre de forma incompleta, e a política é vista como dimensão axiológica (externa) do agir social, servindo de critério de legitimação para a crítica e a mudança do funcionamento de fato e dos modelos de direito das instituições vigentes. (...) A aferição de legitimidade dos poderes realizada pelo garantismo é sempre *a posteriori* e contingente, relativa a cada um dos seus atos singulares. Assim, a legitimidade política é sempre mensurável em graus, dependendo da efetiva realização das funções externas de cada um dos poderes.²⁸³

Portanto, o Estado Constitucional de Direito, segundo os preceitos garantistas, deve servir às finalidades externas a ele, mantendo seu caráter instrumental e fugindo de teorias que se concebem como fontes de legitimação do ser do Direito (democracia, liberalismo, socialismo), e que preterem o dever-ser Político, primordialmente defendido pelo garantismo.²⁸⁴

O garantismo pode ser assim entendido em seu sentido filosófico:

Consiste essencialmente nesta fundamentação heteropoiética do Direito (...) Precisamente, consiste, por um lado, na negação de um valor intrínseco do Direito somente por estar vigente e do poder somente por ser efetivo e na prioridade axiológica referente a ambos do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação; por outro lado, na concepção utilitarista e instrumentalista do Estado, dirigido unicamente à satisfação de expectativas ou direitos fundamentais.²⁸⁵

Depreende-se do estudo da teoria do garantismo como filosofia política que a doutrina autopoiética é otimista em relação ao poder, considerando-o bom e ético e, ao contrário, a teoria garantista, que está baseada na doutrina heteropoiética, tem como

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 881.

²⁸³ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Le* CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 1999, p. 164.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 165.

²⁸⁵ Texto original: “*Consiste esencialmente en esta fundamentación hetero-poyética del derecho (...) Precisamente, consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y, del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales.*”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 884.

pressuposto ser pessimista em relação ao poder, considerando-o um mal diante de sua extensão ilimitada por quem o exerce.

E aqui se identifica o ponto fundamental do garantismo como teoria filosófica política, qual seja, o caráter instrumental do Direito e do Estado frente às finalidades, aos interesses, às necessidades, aos valores e às vontades extra-estatais e meta-jurídicas. Já no contexto do garantismo jurídico, o objetivo é a tutela de todos os direitos fundamentais que representam a existência do Estado Democrático de Direito.

Além disso, diante do caráter universal dos direitos fundamentais, ligados indissociavelmente aos sujeitos, sem possibilidade de exclusão de qualquer natureza pessoal, alienação ou prescrição, é que os mesmos representam papel relevante no Estado constitucional, no qual estão acolhidos em constituições rígidas e são reclamáveis por todos e cada um.²⁸⁶

Pelos sentidos do Garantismo apontados por Ferrajoli, evidencia-se que a ampliação de seu campo de incidência é perfeitamente possível, já que a similitude de questões a ser superadas do antigo Estado de Direito aponta para a construção de estruturas para a plena vigência do Estado Constitucional de Direito.

Neste contexto, cabe ao intérprete dos dispositivos relacionados à detração penal, fazer com que a finalística garantista implícita na norma, venha à tona, em toda sua concretude, denunciando práticas tendencialmente antigarantistas dos legisladores, que atropelam garantias consolidadas pela Constituição em prejuízo do indivíduo criminalmente condenado.

4.3 Elementos da Teoria Geral do Garantismo Penal

Essas três formas de entendimento do Garantismo proporcionam a visualização dos elementos caracterizadores de uma Teoria Geral do Garantismo Penal, que tem como principal pressuposto metodológico a separação entre Direito e Moral, e entre ser e dever ser. São estes elementos:²⁸⁷

a) o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito;

²⁸⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: ed. Habitus, 2003, p. 32.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 854.

b) a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas, e certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior;

c) a distinção entre o ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico), e a correspondente divergência entre justiça e validade;

d) a autonomia e a precedência do “dever ser”, e certo grau irredutível de ilegitimidade política das instituições vigentes com respeito a ele.

A Teoria Geral do Garantismo, além de embasar uma crítica ao positivismo, lança também críticas às ideologias, sejam elas de caráter jusnaturalista ou ético-formalista, as quais confundem, no plano político externo, a Justiça com o Direito, bem como as ideologias jurídicas, tanto as normativistas quanto as realistas, que embarçam, no plano jurídico interno, a validade com a vigência ou, ainda, a efetividade com a validade²⁸⁸, e aí se insere o conceito de igualdade.

A igualdade depende da quantidade e da qualidade dos interesses protegidos como direitos fundamentais, a extensão da igualdade e com isso o grau de democracia de determinado ordenamento depende, conseqüentemente, da extensão daquelas classes de sujeitos identificadas pelo *status*.

Importante a diferenciação entre igualdade formal e substancial. A igualdade formal ou política consiste no “*igual valor destinado a todas as diferentes identidades que fazem de cada pessoa um indivíduo diferente dos demais, e cada indivíduo uma pessoa como todas as demais*”²⁸⁹, e é daí que surge a imprescindibilidade da tolerância entre as diversas identidades. Já, a igualdade substancial ou social ocorre quando este princípio não dá valor às diferenças sociais e econômicas.

O princípio da igualdade disposto na Carta Magna busca eliminar as discriminações e privilégios sociais que determinam as desigualdades entre as pessoas e, portanto, tornam-se intoleráveis quando ultrapassam certos limites.²⁹⁰

Assim, por um lado, as desigualdades formais ou políticas são denominadas diferenças, as quais devem ser reconhecidas para que possam ser respeitadas e garantidas, por outro lado, as diversidades substanciais ou sociais são chamadas de

²⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 855

²⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentele*. Madrid: Trotta, 2001, p. 20/22

²⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 906

desigualdades, que também precisam ser reconhecidas, mas para que sejam eliminadas ou compensadas no que for possível.²⁹¹

Os direitos de igualdade estão estreitamente ligados aos direitos de liberdade, uma vez que ambos evoluíram paralelamente, e o princípio de que os homens são iguais é o que vale no que se refere aos direitos de liberdade. O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que: “*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.*”

O grande inspirador da Declaração Universal dos Direitos do Homem, John Locke²⁹², descreve um Estado de Natureza em que todos os homens são iguais, e no qual por igualdade se entende que são iguais no gozo da liberdade, isto é, um indivíduo não pode desfrutar de maior liberdade do que o outro.²⁹³

É preciso diferenciar, entretanto, a igualdade valor da igualdade jurídica.

Quando se pensa em igualdade, somos remetidos ao pensamento da justiça na linha analítica aristotélica, retomada pela Escolástica e por todas as correntes posteriores, de Hobbes e Rousseau a Marx e Rawls, redefinindo as relações entre as pessoas e entre normas jurídicas, indagando a lei e a generalidade da lei.²⁹⁴ E ao pesquisar sobre este tema é impossível não refletirmos sobre a liberdade:

Existe uma tensão inelutável entre liberdade e igualdade. Levado às últimas consequências, um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal.²⁹⁵

A igualdade valor é, portanto, a existência de um mínimo de oportunidades para cada pessoa advindas com o seu nascimento, e este é o primeiro fator de

²⁹¹ *Ibidem*, p. 907

²⁹² John Locke, autor de obras importantes, entre elas o célebre “Segundo tratado sobre o governo”, publicado em 1690, foi um vanguardista nas idéias sobre igualdade e liberdade, em que pese o longínquo tempo e as diferenças conceituais que disto derivam – a liberdade de Locke admitia, por exemplo, a escravidão, mas apenas entre o cativo e o conquistador legítimo enquanto permanecesse o estado de guerra (p. 36) – por outro lado, apresentava uma inteligência adiante do seu tempo, como no trecho em que defende: “mesmo em se tratando de um estado de liberdade, não implica em licenciosidade; apesar de ter o homem naquele estado de liberdade incoercível para dispor da própria pessoa e posses, não a tem para destruir a si mesmo ou a qualquer criatura de sua posse, a não ser quando um fim mais nobre do que a mera conservação o exija. O estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses” (p. 24). Locke exerceu grande influência sobre o pensamento ocidental, doando suas teses às bases das democracias liberais: seu primeiro e segundo tratados sobre o governo civil justificaram a revolução burguesa da Inglaterra; no século XVIII, suas idéias inspiraram os iluministas responsáveis pela Revolução Francesa; suas teorias serviram de apoio a Montesquieu na formulação da teoria da separação dos três poderes; e também aos pensadores que colaboraram para a declaração da Independência Americana, em 1776. Ver LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003. pag. 176.

²⁹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 15ª tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 70.

²⁹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo IV Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Coimbra, janeiro de 2000, p. 221/224.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 224.

criação da democracia. A igualdade valor está ligada diretamente aos valores supremos da natureza humana de que cada ser humano nasce com um mínimo existencial.

A igualdade jurídica, por sua vez, pode ser definida como a igualdade dos direitos fundamentais, pois nestes a igualdade é perseguida tanto formal quanto substancialmente. Direitos fundamentais podem ser também definidos, então, como aqueles direitos cuja garantia é igualmente necessária para satisfazer o valor das pessoas e para realizar sua igualdade, formando-se uma relação de duplo sentido, ou seja, tanto a igualdade jurídica é constitutiva dos direitos fundamentais, quanto estes são constitutivos da igualdade jurídica.²⁹⁶

Quando, a partir desta concepção, se chega ao processo penal, é possível observar que o cerceamento de direitos fundamentais durante o trâmite processual desnivela a igualdade de direitos entre o sujeito processado criminalmente e o não processado, quanto ao gozo de seus direitos fundamentais. Essa desigualdade entre os seres humanos, por si só, fere o propósito constitucional, que garante igualdade entre todos e, portanto, deve ser restabelecido e nivelado pelo Juiz.

Qual a duração de uma pena? Se o Juiz não levar em consideração as medidas constritivas da liberdade impostas antes da sentença, a pena tem duração do início da persecução penal pelo Estado até a extinção da execução (sem contar que a pena imposta virá à tona além do termo final da vida da pessoa condenada, todas as vezes que alguém visualizar a sua folha de antecedentes, e novamente julgá-lo por não possuir uma vida imaculada).

Por isso, o cumprimento da pena imposta deve ser exatamente nos limites do montante e modo fixados na sentença, e o cerceamento de direitos que feriu o princípio da igualdade constitucionalmente previsto desde o início da persecução penal, deve ser considerado pelo Juiz da Execução para o nivelamento dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos a todos.

Pois bem, por tudo o que foi visto até aqui, se garantismo é a preocupação com os direitos do indivíduo, com a forma como a lei penal é criada e aplicada em relação ao cidadão, com a restrição indevida do direito de liberdade deste pelo Estado, o processo penal e a execução criminal é e devem ser garantistas.

Aliás, segundo Ferrajoli:

²⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 908.

Garantismo designa um modelo normativo de direito, um modelo de estrita legalidade, que se caracteriza, no plano político, como uma técnica capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade, e no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado em garantia dos direitos do cidadão.²⁹⁷

Mas não se trata aqui de um garantismo *hiperbólico monocular*²⁹⁸ (hiperbólico porque é aplicado de uma forma exagerada; monocular porque só enxerga os direitos fundamentais do réu), mas sim de um garantismo integral, que visa resguardar os direitos fundamentais não só dos réus, mas também das vítimas e da sociedade.

Ferrajoli baseou a sua teoria em dez princípios, os quais serão abordados posteriormente, e que serviram de fundamento para que Douglas Fischer afirmasse que a teoria do garantismo penal possui uma extensão ampla e profunda:

Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral.²⁹⁹

Nesse contexto, todos são alcançados pelo garantismo, inclusive os que sofrem uma execução criminal, devendo o magistrado fixar um olhar crítico sobre as leis e as suas formas de aplicação, mormente quanto à detração penal, sempre objetivando analisar a existência de divergências ou não entre o *ser* e o *dever-ser*.

A aplicação da lei deve levar em consideração valores maiores que devem ser considerados para a identificação de divergências entre o mundo do *ser* e do *dever-ser*, que causem falha na efetividade dos preceitos.

Ressalve-se que o fato de o Direito ter se tornado técnico, não elimina de sua aplicação perquirir os valores sociais vigentes, ou seja, a tecnicidade não exige um proceder mecânico, mas sim objetivo, embora, humano.

Assim, por não se tratar a interpretação jurídica de uma atividade mecânica, quando o caso concreto merece solução outra que o comando deôntico da regra,

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 851-852.

²⁹⁸ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Coord.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 48.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 48.

mormente quando ela é omissa (*in casu* a detração de situações não previstas em lei), cumpre ao aplicador satisfazer o seu elemento axiológico.

4.4 Detração penal como instituto de garantismo negativo e a proibição da proteção deficiente

Quando se fala em Teoria do Garantismo obviamente que a expressão nos remete à palavra GARANTIAS que, do ponto de vista jurídico, são direitos, privilégios e isenções que a Constituição de um país confere aos seus habitantes. Desse modo, o conceito basilar da Teoria Garantista reside na garantia dos direitos fundamentais de cada cidadão frente aos poderes do Estado.

Partindo-se do pressuposto da antítese entre a liberdade do homem e o poder do Estado, levando-se em conta o Estado Democrático de Direito, a saúde do Estado nesta briga de forças está na ampliação máxima da liberdade do homem e na redução do poder estatal, e é nesta afirmação que se evidencia o garantismo.

Cumprе salientar que o garantismo rechaça o abuso do direito de punir, ou seja, a atuação desmedida de um Estado Antiliberal, e também rechaça a liberdade anárquica dos cidadãos, que não teriam limites pela ausência de regras. Assim, o garantismo estaria no meio termo, como defendido por Aristóteles (condenação dos extremos - vícios), subsumindo-se numa liberdade regrada e equilibrada.

E aqui está a racionalidade do Direito Penal, com o afastamento do retribucionismo, que enxerga a pena como um fim em si mesmo, e estabelece limites ao poder de punir, reconhecendo o acusado como a parte mais frágil na relação processual, frente à magnitude do poder estatal, figurando em condição menos favorável.

Diante da Teoria Garantista o acusado está escudado de todas as garantias necessárias dentro da relação processual penal, mormente a paridade de armas, um julgamento aproximado do ideal de justiça, e uma execução da pena na exata medida em que foi imposta.

Luigi Ferrajoli foi o precursor da Teoria Garantista e, com coerência, apresentou técnicas de minimização do poder institucionalizado, e a estruturação do sistema se deu a partir de dez axiomas (ou princípios axiológicos fundamentais), os quais estão previstos no sistema jurídico brasileiro, que, segundo ele, definem, quando ordenados e

conectados sistematicamente, o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal³⁰⁰.

Ferrajoli elenca os axiomas, os quais estão interligados, em três grupos de garantias: a) relativas à pena; b) relativas ao delito; c) relativas ao processo.

São garantias relativas à pena:

a) *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;

b) *Nullum crimen sine lege*: princípio da legalidade, observando-se a necessidade do princípio da anterioridade, bem como da lei escrita, estrita (vedação da analogia incriminadora) e certa (sem ambiguidade).

c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal ou da intervenção mínima;

Já as garantias relativas ao delito são:

d) *Nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade ou da ofensividade do evento, isto é, não há necessidade de aplicação do Direito Penal sem lesão relevante ou concreto perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado;

e) *Nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exteriorização da ação. O Direito Penal deve preocupar-se exclusivamente com o fato praticado pelo autor, e não com a pessoa do autor³⁰¹;

f) *Nulla actio sine culpa*, princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;

Por fim, as garantias relativas ao processo:

g) *Nulla culpa sine judicio*: princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito. O Estado tem o monopólio de dizer o Direito Penal;

h) *Nullum judicium sine accusatione*: princípio acusatório (o juiz não age de ofício) ou da separação entre o juiz e acusação;

i) *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação. Necessidade de indícios de materialidade e autoria para que a acusação seja efetivada;

³⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pag. 74-75.

³⁰¹ Art. 59 da Lei das Contravenções Penais (Lei n.º 3688/41) – “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.” A Lei 11.983/09 revogou o referido artigo tendo em vista que o artigo punia o modo de vida da pessoa, cerceando a sua liberdade de viver.

j) *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade durante todo o processo penal.

Os princípios explicitados fundamentam a Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli, isto é, são os pensamentos diretores responsáveis pela constituição da teoria, as diretrizes de todo o Sistema Garantista Penal.

Tratando-se de princípios, esclarecedor é o conceito de princípios segundo Miguel Reale:

Princípios são verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.³⁰²

Princípios, portanto, são o alicerce de um sistema que lhe compõe o espírito e serve de critério para a sua exata compreensão e inteligência, pois define a lógica e a racionalização do sistema normativo harmônico.

Por isso é possível afirmar que a violação de um princípio é mais grave que a transgressão da norma, pois implica na ofensa do próprio sistema, pois “*os princípios são normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização.*”³⁰³

A ênfase da presente pesquisa está nos axiomas da Teoria Garantista de Ferrajoli relacionados à detração penal, quais sejam, *nulla poena sine crimine*; e *nulla lex (poenalis) sine necessitate*.

Tais axiomas demonstram que o garantismo tem íntima ligação com a interpretação da lei, aplicação da analogia e o princípio da proporcionalidade, este atuando como verdadeiro guardião dos direitos fundamentais e também como garantia e pressuposto da existência dos direitos fundamentais.

O que se pretende no presente trabalho é demonstrar que o acusado ou o sentenciado penal deve ter garantidos todos os seus direitos fundamentais, mesmo que limitados, diante da sua hipossuficiência frente ao Estado. E tais direitos devem ser

³⁰² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p 60.

³⁰³ ÁVILA, Humberto. *Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2004, pag. 72.

garantidos antes e depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, mesmo que seja em forma de compensação por sua limitação.

Assim, o cumprimento da pena prevista no preceito secundário do tipo penal (*nulla poena sine crimine*) deve ser no exato montante fixado na sentença condenatória, pois o legislador é quem define os patamares da pena adequada e necessária para o delito, e o juiz fixa com exatidão o suficiente montante.

Porém, a fixação de medidas cautelares penais pessoais necessárias, mesmo não tendo o caráter finalístico de pena, cerceia a liberdade do acusado, que se submete, sem sombra de dúvidas, a uma sanção antecipada sem prazo certo para terminar, e esta indefinição representa evidente excesso.

Este excesso de intervenção do Estado na vida do indivíduo, por sua vez, não se olvide, é um desvirtuamento das garantias asseguradas pelo Estado Democrático de Direito.

Nesses casos, a fim de alinhar a Teoria Garantista com o direito do sentenciado de cumprir a pena imposta na justa medida, como forma de garantia do direito de individualização da pena, sem que haja uma garantia expressa neste sentido, necessária tanto a reflexão acerca do espírito do legislador ao prever a possibilidade da detração penal para que a proteção das garantias constitucionais não seja deficiente, quanto a busca de soluções para que a deficiência seja sanada.

4.4.1 A interpretação da lei penal em relação à detração penal, à luz da Constituição Federal, e a utilização da analogia *in bonam partem*

Cesare Beccaria em sua obra dos Delitos e das Penas afirmava que a interpretação da lei devia ser vedada, ante a possibilidade de arbitrariedade pelos juízes, e por isso os legisladores deviam ser o mais preciso possível na elaboração das leis:

Os julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores. (...) As leis tomam sua força da necessidade de guiar os interesses particulares para o bem geral e do juramento formal ou tácito que os cidadãos vivos voluntariamente prestaram ao rei. Qual será, então, o legítimo intérprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e nunca o juiz (...)³⁰⁴

³⁰⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: ed. Martin Claret, 2007, pag. 21-22.

Posteriormente este pensamento foi flexibilizado, conforme ensina Germán Aller, “a ciência criminal apresenta desde muitas décadas uma grande evolução, por vezes incrível em termos de níveis de criatividade, inovação e abstração, mostrando uma verdadeira explosão de teoria e critérios interpretativos do direito positivo”³⁰⁵, ou seja, a interpretação passou a ser entendida como uma necessidade social.

A ciência que disciplina este estudo é a hermenêutica jurídica, e a atividade prática de interpretação da lei é chamada de *exegese*.

Hodiernamente a exegese é uma temática importante e reiterada nos julgados da Suprema Corte, sempre analisada de acordo com os postulados da Constituição Federal, ou seja, numa perspectiva plural.

A importância da interpretação constitucional aumenta quando ao Supremo Tribunal Federal, pela jurisdição constitucional, são outorgados amplos poderes para essa tarefa, inclusive diante da força vinculante de suas decisões. A ideia que origina e legitima essa vinculação é a de que todos devem observância à Constituição, bem como as decisões deverão refletir o conteúdo da Constituição.

Diante do dinamismo social, as normas não dispensam interpretação, restando superado o brocardo latino *in claris non fit interpretativo* (nas coisas claras não se faz interpretação)³⁰⁶, aliás a Constituição, por sua própria natureza, utiliza-se de termos amplos, cláusulas gerais como igualdade, dignidade da pessoa humana, moralidade, justiça, devido processo legal, tudo a alcançar situações que não puderam ser especificamente tuteladas no texto da lei maior. Ressalte-se que não se pode falar em lei clara sem se interpretar a sua clareza.

Aliás, especificamente quanto à interpretação da Lei Penal, sob a ótica da hermenêutica plural, Yuri Carneiro esclarece:

A hermenêutica Penal passa por um período de profundas alterações de perspectiva, de conteúdo, de direção, enquanto construção teórica e de aplicação, perpassando pelas alterações da hermenêutica constitucional que segue os passos de transformação concomitantes com as ocorridas na Teoria do Direito, no processo de superação do positivismo para o pós-positivismo. As bases de reformulação incluem a referência ao mundo da cultura e a uma Teoria da Constituição de conteúdo culturalista, refazendo-se, assim, o processo de compreensão das normas penais, enquanto realizadoras de valores constitucionais, agregando-se ao papel de integração entre os princípios e as regras, concedendo-se aos princípios um papel de fundamental importância nesta

³⁰⁵ ALLER, Germán. *La Democratización Del Derecho Penal*. In: *Conferencia dada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha* (UCLM), Toledo, 20 de diciembre de 2013, pag. 09.

³⁰⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 437.

reconstrução. (...) A interpretação no Direito Penal não pode mais ser realizada levando-se em consideração apenas um sistema Penal que privilegie exclusivamente o formalismo legal. É preciso se romper estas perspectivas, trabalhando-se dentro de uma perspectiva hermenêutica plural que privilegie a liberdade e a dignidade da pessoa humana.³⁰⁷

Feitas estas considerações, conclui-se que a interpretação jurídica das normas deve ser sistêmica, isto é, dotada de unidade e harmonia ditadas pela Constituição, cujo texto organiza, dita os pilares e dá coesão ao sistema.

Dirley da Cunha Junior assim conceitua a atividade interpretativa:

Interpretação é a atividade prática de revelar/atribuir o sentido e o alcance das disposições normativas, com finalidade de aplicá-las a situações concretas, pois interpretar é determinar o conteúdo e significado dos textos visando solucionar o caso concreto. Não se interpreta em vão, ou por diletantismo, mas para resolver os problemas jurídicos concretos.³⁰⁸

Interpretar, portanto, é uma tarefa mental que procura estabelecer a vontade da lei, e não do legislador, de acordo com o seu conteúdo e significado e do dinamismo que transforma a realidade social, e sempre à luz da Constituição Federal, ou seja, toda a interpretação normativa se assenta no pressuposto da superioridade jurídica axiológica da Constituição.

Em razão da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico incompatível com a Lei Maior pode ser considerado como válido³⁰⁹ e, do mesmo modo, os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão necessário substrato doutrinário, assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial de coerência.³¹⁰

Interessa-nos neste trabalho a interpretação da lei penal, mais especificamente as normas que tratam da detração penal à luz da Constituição Federal.

Pois bem, o estado social e legal dispõe da dogmática como instrumento essencial para manter o controle do Direito Penal, ou seja, fazer com que a punição não vá além de onde a lei propôs chegar, pois as leis são elaboradas, em relação às penas

³⁰⁷ COELHO, Yuri Carneiro. *Introdução ao Direito Penal*. Salvador: ed. Juspodivm, 2009, pag. 142/143.

³⁰⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, pag. 186.

³⁰⁹ NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008, pag. 114.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 159.103-00/SP. 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 11.10.1994. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3392673/apelacao-com-revisao-cr-7269415600-sp/inteiro-teor-101421690> > Acessado em 11.06.2020.

cominadas, de acordo com o cálculo do necessário, justo e seguro para a sociedade e o jurisdicionado.³¹¹

José Miguel Sánchez Tomás demonstra que a construção da dogmática penal tem fundamental importância para, por meio de um método precipuamente científico, “*fazer possível à delimitação da intervenção penal, definir seus conceitos e fazer previsível a reação punitiva. (...) a dogmática penal cumpre, portanto, uma função primordial de garantia para o cidadão em sua relação com o Estado, como titular do ius puniendi (...)*”³¹².

A dogmática penal, portanto, possibilita o exercício de uma função garantista pelo intérprete, diante da intrínseca ligação entre a produção legislativa penal e o pensamento dogmático de respeito às garantias constitucionais que, em uma relação simbiótica, limita o excesso do Estado dentro do Sistema de Direito Penal.

Na verdade o Direito Penal e o Direito Constitucional se vinculam de um modo formal pela supremacia constitucional. Nas palavras de Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni “*o saber do Direito Penal deve estar sempre sujeito ao que o saber do direito constitucional informar*”.³¹³

Assim, em um Estado Democrático de Direito há de se dizer que ambos os aspectos – garantistas e crítico-criadores -, são irrenunciáveis por parte do intérprete na sua tarefa de buscar a interpretação da lei penal, e aqui cabe a esclarecedora lição de Luigi Ferrajoli quanto à interpretação da lei:

A interpretação da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa segundo o grau de indeterminação da previsão legal, se esgota inevitavelmente no exercício de um poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados.³¹⁴

³¹¹ “A dogmática afirma-se, portanto, desde sua gênese histórica, como uma Ciência sistemática e eminentemente prática ao serviço de uma administração racional da justiça penal que teria como subproduto a segurança jurídica e a justiça das decisões judiciais. Podemos demarcar, pois, no discurso dogmático, uma função declarada e oficialmente perseguida que denominaremos de função instrumental racionalizadora/garantidora. Ela guarda, a rigor, duas dimensões que, embora umbilicalmente ligadas, podem ser analiticamente distinguidas. É que a dimensão orientadora, preparadora, programadora, ou prescritiva das decisões judiciais penais, nela contida, implica uma contribuição técnica do paradigma (interpretativa e conceitual) no reconhecimento da juridicidade e na decisão dos conflitos criminais, isto é, à operacionalidade decisória. Mas intrinsecamente conectada a esta dimensão técnica encontra-se uma base humanista que, ideologicamente vinculada à exigência de garantia dos Direitos Humanos individuais, confere àquela dimensão técnica um compromisso intrínseco com a gestação de decisões igualitárias, seguras e, além disso, justas”. ANDRADE, Vera Regina P. de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 123.

³¹² TOMÁS, José Miguel Sánchez. *Interpretación penal en una dogmática abierta*. ADPCP, Volume LVIII. 2005, pag. 29-55.

³¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2006, p.319.

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pag. 32

Luigi Ferrajoli divide a interpretação em *doutrinal*, em que o jurista interpreta com o objetivo de aflorar os conceitos próprios do direito no âmbito científico (artigos, livros etc.), e interpretação *operativa*, realizada pelos juízes e demais operadores do direito na aplicação da lei a fatos concretos, sempre levando em conta a imposição de limites do poder punitivo estatal.

A despeito da divisão doutrinária do referido autor, importante detalhar que para se alcançar o sentido semântico da norma, faz-se imprescindível reconhecer como de suma importância instrumental os métodos ou elementos de interpretação, os quais são divididos em três classes e métodos interpretativos:

a) interpretação quanto ao sujeito (autêntica, judicial e doutrinária): diz respeito à pessoa do intérprete. A *interpretação autêntica ou legislativa* é aquela realizada pelo próprio legislador, quando cria uma norma e em seguida traz outro dispositivo com o objetivo de esclarecê-la.³¹⁵ A interpretação autêntica subdivide-se em *contextual (ou simultânea)* e *posterior*. A *interpretação autêntica contextual ou simultânea* surge no mesmo instante do aparecimento do dispositivo incriminador, já a *posterior* surge depois da lei interpretada, a fim de sanar eventual insegurança jurídica (que é o que se sugere quanto ao instituto da detração). A *interpretação judicial ou jurisprudencial ou forense* é aquela realizada pelo magistrado quando da aplicação da lei ao fato concreto³¹⁶. Finalmente, a *interpretação doutrinária, privada ou científica* é a realizada pelos estudiosos do direito com livros e artigos jurídicos, sem qualquer força impositiva.

b) interpretação quanto aos meios ou métodos (gramatical e teleológica): os métodos utilizados para descobrir o significado da lei penal podem ser *gramatical* ou *literal* ou *sintático* ou *filológico*, os quais devem interagir harmoniosamente para a interpretação, de modo a compreender a função gramatical dos vocábulos. Já o *método lógico* ou *teleológico* se vale de elementos: a) histórico; b) histórico-evolutivo; c) sistemático; d) direito comparado e e) extrajurídicos, sendo uma forma mais profunda de interpretação, pois busca o verdadeiro sentido da norma.³¹⁷

³¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “Reconhecimento de interpretação autêntica”. AgRg 117.270. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 06.10.2015, 2ª Turma. Disponível em < file:///C:/Users/najme/Downloads/texto_190979630.pdf>. Acessado em 11.06.20.

³¹⁶ “Embora o ofício do juiz não se limite à interpretação da lei, sem dúvida é esse mister complexo que mais consome energia e tempo no exercício da função jurisdicional” BENJAMIN, Antônio Herman. *Hermenêutica do Novo Código Florestal*. O presente ensaio reúne em seu corpo palestras proferidas no I Encontro Internacional de Direito.

³¹⁷ “No direito brasileiro, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 5º, contém uma exigência teleológica: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” As expressões fins sociais e bem comum são entendidas como sínteses éticas da vida em comunidade. Sua menção pressupõe uma unidade de objetivos do comportamento social do homem. Os “fins sociais” são ditos do direito. Postula-se que a ordem jurídica, em sua totalidade, seja sempre um conjunto de preceitos para a realização da sociabilidade humana. Faz-se mister assim encontrar nas leis, nas constituições, nos decretos, em todas as manifestações normativas seu telos (fim), que não pode jamais ser antissocial. Já o “bem comum” postula uma exigência que se faz à

c) interpretação quanto ao resultado obtido (declaratória, restritiva e extensiva): a interpretação *declaratória* é a que apresenta coincidência entre o texto e a vontade da lei. Já a interpretação *restritiva* limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal. Por fim, a interpretação *extensiva* ou *ampliativa* é a interpretação de acordo com a verdadeira intenção da norma, ainda que para isso se amplie o conceito de suas palavras. A interpretação extensiva muito se aproxima da analogia. Há autores que defendem a inconstitucionalidade da interpretação extensiva, pelo fato de afrontar, entre outros, o princípio da estrita legalidade, porém o STF no julgamento do RHC 106.481 afirmou que “*A interpretação extensiva no Direito Penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis*”³¹⁸.

Em retorno ao método interpretativo de Ferrajoli, que tem como preocupação central, repise-se, a imposição de limites ao poder punitivo estatal, observa-se a sua busca em conceber hipóteses de interpretar o direito de modo a diminuir os espaços existentes na discricionariedade judicial, restringindo tal discricionariedade por meio dos parâmetros do controle de linguagem e no princípio da máxima taxatividade.

Nessa perspectiva, no tocante à interpretação dos artigos que dispõem sobre a detração penal, seria possível a extensão de sua aplicação com uma interpretação doutrinária, teleológica e extensiva de modo progressivo (adaptativo) à realidade atual dos meios de constrição de liberdades individuais dos acusados e condenados, com o fim precípuo de limitar a mão pesada do Estado.

Mesmo diante da tese defensiva acerca da interpretação extensiva da norma que disciplina a detração penal, poder-se-ia alegar a impossibilidade de se estender ou ampliar o “espírito do benefício da detração” aos casos não previstos legalmente com a interpretação por um simples motivo: a impossibilidade de uma interpretação extensiva do termo “prisão provisória”, previsto no art. 42 do CP, com o fim de abarcar todas as medidas cautelares e penas restritivas de direitos substitutivas da pena privativa de liberdade, diante do caráter restritivo de tais medidas.

Diante desse frágil argumento, outra solução seria possível: a utilização da analogia *in bonam partem*.

própria sociabilidade. Isto é, não se trata de um fim do direito, mas da própria vida social.” BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal – parte geral*. 8. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2010, pag. 75.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “Constitucional e Penal. Acessórios de celular apreendidos no ambiente carcerário. Falta grave caracterizada. Inteligência ao art. 50, VII, da Lei 7210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/07. Inexistência de Ofensa ao Princípio da reserva legal. Interpretação extensiva. Possibilidade. Precedente”. RHC 106.481/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgado em 08.02.11. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619969> > Acessado em 11.06.20.

4.4.1.1 Aplicação da analogia *in bonam partem* para a efetivação do instituto da detração de acordo com o espírito do benefício

Na analogia não há interpretação da norma, mas integração, paridade, servindo como suplemento, movendo a regra legal para outros casos não regulados na lei sob o argumento de similaridade, conforme ensina Cintra, Grinover e Dinamarco “*consiste a analogia em resolver um caso não previsto em lei, mediante utilização de regra jurídica relativa à hipótese semelhante*”³¹⁹.

A aplicação da analogia realiza a ideia de elevada igualdade jurídica pela identidade da *ratio legis*, ou seja, havendo uma mesma razão para decidir deve-se aplicar o mesmo dispositivo de lei: “*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo*”.

A analogia, segundo Nucci, “*é o processo de integração do sistema normativo, suprindo-se lacunas e aplicando-se norma existente a caso semelhante ao que seria cabível.*”³²⁰ Entendimento este ratificado por Damásio de Jesus, ao afirmar que “*é o primeiro recurso fornecido pela ciência jurídica na solução do problema da autointegração da norma penal. Consiste em aplicar uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.*”³²¹

Bobbio tem visão similar sobre o assunto:

O procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante. [...] a analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é o procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a expandir-se além dos casos expressamente regulamentados.³²²

A analogia, portanto, consiste no ato de aplicar a uma hipótese não prevista no ordenamento jurídico à legislação relativa a uma proposição similar, a fim de que se obtenha igualdade jurídica em situações semelhantes.

Para Andreucci “*Não consiste a analogia em fonte formal mediata do Direito Penal, mas, antes, em forma de integração da lei.*”³²³ Assim de acordo com o art.

³¹⁹ CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. PAG.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 20ª ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2004, pag. 102.

³²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2009, pag 87.

³²¹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*. 57ª. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2019, pag. 92.

³²² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: ed. Universidade de Brasília, 1997, pag. 151.

³²³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de Direito Penal*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 53.

4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na presença de uma lacuna do ordenamento jurídico, deve o juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Ante o exposto, analogia não se confunde com interpretação analógica ou *intra legem*, a qual ocorre quando o legislador fornece uma sequencia enumerada, seguida de uma formulação genérica, e esta deverá ser interpretada de acordo com sequência anteriormente enumerada.³²⁴ Sobre o tema, esclarece Damásio de Jesus que:

A analogia é forma de autointegração da lei. Omissa, parte-se da solução nela prevista para certo caso, chegando-se à validade dela para aquele não previsto. Na interpretação analógica (permitida pela própria lei), é o próprio dispositivo que determina se aplique analogicamente o preceito. Na primeira não é vontade da lei abranger os casos semelhantes, na segunda, a própria lei, após definir a fórmula casuística, menciona os casos que devem ser compreendidos por semelhança.³²⁵

Claus Roxin aduz que:

A analogia se distingue entre analogia legal e analogia jurídica, quando a regra jurídica que se vai utilizar tem por origem um preceito concreto (se trata de analogia legal) ou de uma ideia jurídica que se desenvolva de vários preceitos (se trata de analogia jurídica)³²⁶.

E aduz, ainda:

A analogia pode ainda ser dividida em: analogia *in bonam partem* (quando se utiliza de norma semelhante para preencher uma lacuna existente para beneficiar a parte) e analogia *in malam partem* (quando se utiliza de norma semelhante para preencher uma lacuna existente para incriminar ou piorar a situação do réu).

Diante do contexto do presente trabalho, apenas a analogia *in bonam partem* pode ser utilizada como forma de aplicação do instituto da detração nos casos de medidas cautelares diversas da prisão, e cumprimento das penas restritivas de direitos após a conversão.

Pois bem, tendo em vista que a integração da lei por meio da analogia *in bonam partem* beneficia o sujeito pela sua aplicação com a criação de uma norma benéfica pelo magistrado que, *in casu*, deverá ser guiado pelo espírito do benefício da detração para

³²⁴ Exemplo: o art. 61 do Código Penal traz uma fórmula genérica que autoriza interpretação analógica quando dispõe que “utilizar recurso que dificulta ou torna impossível a defesa do ofendido é considerada circunstância agravante”.

³²⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*. 57ª. São Paulo: ed. Saraiva, 2019, pag. 94

³²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos, La estructura de la teoria del delito*. 2ª ed. Madrid: ed. Cevitas, 1997, pag. 140.

suprir a lacuna legislativa, com o fim de garantir o direito do jurisdicionado de não sofrer *bis in idem*, passa-se à análise da aplicação da detração, em casos não previstos em lei, por meio da analogia *in bonam partem*.

Importante salientar que o instituto da detração não é norma excepcional, pois se encontra na Parte Geral do Código Penal, e, portanto, comporta aplicação analógica. Ademais, em um Estado Democrático de Direito, onde os postulados do Direito Penal devem ser orientados pelos princípios voltados à dignidade da pessoa humana e os princípios gerais de direitos humanos, em especial, para restringir a sanha punitiva estatal, muitos autores pactuam com a aplicação da analogia *in bonam partem* às normas penais não incriminadoras.³²⁷

Para entender a possibilidade da aplicação da analogia *in bonam partem* nos casos não previstos no art. 42 do CP, importante a reflexão sobre a vontade da lei em beneficiar o réu com a detração penal.

Quando o legislador prevê que será computada na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança o tempo de prisão provisória ou administrativa, e o de internação em hospital ou manicômio, pode-se afirmar que o espírito da lei era descontar da pena definitiva todo o período em que o acusado teve seus direitos limitados ou cerceados, a fim de que a execução da pena ocorresse em justa medida, impedindo os excessos estatais.

Ensina Nucci que “o sentido do mencionado benefício é provocar a compensação, sob o ponto de vista prático, entre o período em que o réu permaneceu detido, considerado inocente, em situação de prisão cautelar, e a prisão-pena, a ser cumprida em virtude da condenação”, obviamente a fim de evitar *bis in idem*.³²⁸ A intenção da lei parece ser considerar na pena definitiva todo o tempo em que o acusado esteve limitado de exercer os seus direitos fundamentais com total negação ao seu direito de presunção de inocência.

Ora, como dito ao longo do trabalho, não só a prisão cautelar ou internação provisória são formas de cerceamento da liberdade, mas todas as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, além do cumprimento das penas restritivas de direitos antes de sua conversão em privativa de liberdade.

³²⁷ Cita Damásio de Jesus os juristas que “são a favor o emprego da analogia *in bonam partem* em relação às normas penais não incriminadoras: Carrara, Binding, Mezger, Massari, Manzini, Rocoo, Scarano, Betiol, Delitala, Schmidt, Vassali, Santi Romano, Adolfo Shönke e Grispigni (...) José Frederico Marquesm Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz”. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte geral*. 57ª, São Paulo: ed. Saraiva, 2019.pag 47.

³²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19ª ed. São Paulo: ed. Forense, 2019, pag. 638.

Enfim, se o sentido do benefício é compensar todo o sacrifício antecipado a que o réu esteve submetido, pela analogia *in bonam partem* todos os meios antecipados de limitação da liberdade e/ou impedimento de fruição dos direitos fundamentais devem ser compensados na pena definitivamente imposta.

Explica Oliveira que:

Privar é suprimir um bem ou uma faculdade que normalmente se deveria ter; restringir, por sua vez, é limitar, impor uma condição limitativa, e não ter o caráter de generalidade. A diferenciação entre as medidas cautelares que privam a liberdade de locomoção do réu e aquelas que a restringem é essencial ao estudo da aplicação da detração penal às medidas cautelares pessoais distintas da prisão. Uma medida que prive a liberdade de ir e vir do agente faz com que seu *status libertatis* esteja espacialmente limitado ao cárcere. De outro lado, medidas que restringem a liberdade são aquelas que apesar de não manter o agente na prisão, impõem-lhe condições ao pleno gozo de seu *status libertatis*.³²⁹

Assim, com o uso da analogia *in bonam partem* no instituto da detração seria possível garantir a sua aplicação sempre que houvesse intervenção do Estado em direitos dos cidadãos, privando-os ou restringindo a sua liberdade de ir, vir e permanecer.

Repise-se, não havendo previsão legal para a detração nos casos de medida cautelar diversa da prisão e penas restritivas de direitos em casos de conversão, a solução para a aplicação da pena na justa medida seria o uso da analogia *in bonam partem* ao sentenciado, a fim de suprir a lacuna legislativa existente, tendo em vista que não há proibição legislativa para tanto.

Finalizada a explanação acerca da aplicação da detração por meio da analogia *in bonam partem*, cabe aqui outra reflexão sobre o fundamento primordial para a incidência do instituto nos casos omissos, qual seja, o princípio da proporcionalidade.

4.4.2 Princípio da proporcionalidade como fundamento da analogia *in bonam partem*

O Estado não pode utilizar o Direito Penal como meio de prevenção da violência, pois esta tarefa é do Estado-Administração e não do Estado-Juiz, tema que será abordado posteriormente. O Estado que combate as suas crises pelo Direito Penal não é um

³²⁹ OLIVEIRA, Filipe Costa. *Detração nas Medidas Cautelares Pessoais: é possível?* Revista SJRJ, Rio de Janeiro, vol. 20, nº.36, abril 2013, pag. 74.

Estado Democrático de Direito, pois ao Estado cabe primordialmente a proteção e não a punição (*ultima ratio*).

Conclui-se, daí, que a pesada mão do Estado com o uso do Direito Penal não é a responsável pelas transformações sociais.

O princípio da proporcionalidade deita as suas raízes no Direito Alemão e está ligado à missão fundamental do Direito Penal. Saliente-se que referido princípio está implícito no Direito Constitucional, mas possui grande força ativa no Direito, fixando limites aos aplicadores da lei, estabelecendo formas em que os meios e o fim sejam proporcionais.

É certo que não se pode estabelecer as dimensões das garantias, princípios e direitos fundamentais com uma singela formalidade, sob o prisma do princípio da proporcionalidade. Tal princípio, porém, inegavelmente serve de medida para a aplicação da pena justa, ou seja, como garantia de observância a este direito fundamental.

O princípio da proporcionalidade veio, desde a origem, com a intenção de não permitir que a aplicação fria da norma não esvazie os direitos fundamentais, isto é, surgiu com o escopo de consolidar, efetivar os direitos humanos e fundamentais.

Os americanos utilizam o princípio da proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade, já os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição de excesso. No Brasil, de acordo com Suzana de Toledo Barros, o Supremo Tribunal Federal empregou pela primeira vez a expressão princípio da proporcionalidade em sede de controle de constitucionalidade no ano de 1993.³³⁰

Chade Rezek afirma que o princípio da proporcionalidade é um princípio de interpretação constitucional, em virtude de contribuir para a orientação do hermeneuta, em busca das soluções concretas, nos casos de divergência de entendimentos acerca dos direitos fundamentais.³³¹

O autor assim conceitua o princípio da proporcionalidade:

O princípio construtivo e fundamental, implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, sendo sua função a de hierarquizar, em situações de conflito, os demais princípios buscando uma verdadeira ideia do Direito [...] tem grande relevância ordenando a aplicação dos princípios contidos na

³³⁰ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Brasília: ed. Brasília Jurídica, 2003, p. 75.

³³¹ REZEK NETO, Chade. *O princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: ed. Lemos & Cruz, 2004, p. 56.

Constituição Federal para que haja o maior atendimento possível de certos princípios, com a mínima desatenção dos demais.³³²

Explica o autor que o princípio da proporcionalidade é verdadeiramente um ordenador do direito, o princípio dos princípios, e não apenas um princípio de interpretação constitucional ou integração legislativa.

Na mesma linha de raciocínio, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam:

A proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, configurando um limite de seu poder limitador.³³³

Depreende-se desta análise que, para a aplicação do princípio da proporcionalidade na esfera penal, necessária extrema racionalidade e reflexão acerca da dignidade humana, a fim de que os meios soberanos utilizados nas intervenções do Estado na esfera privada respeite a proporção ao fim almejado, de modo que o ônus imposto seja necessário, justo e adequado.

Transportando esta reflexão acerca do princípio da proporcionalidade para o âmbito da execução penal, é possível concluir que este princípio constitucional deve estar presente na atuação do executor da pena, a fim de que esta seja cumprida na exata e justa medida de sua imposição, ou seja, nem aquém e nem além, pois a pena que ultrapassa a medida da culpabilidade atenta contra a dignidade do homem.³³⁴

Levando-se em consideração a necessidade da execução da pena em sua justa medida, obviamente que toda a pena cumprida pelo condenado no curso do trâmite processual, todo o ônus já sofrido pelo jurisdicionado desde o início de sua submissão ao processo penal, deve ser considerada para que a medida da constrição seja justa, ou seja, proporcional.

Para a cabal compreensão da necessária utilização do princípio da proporcionalidade no âmbito da execução penal, a fim de viabilizar a aplicação da detração

³³² *Ibidem*, p. 57

³³³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 191.

³³⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 100. Ainda, de acordo com Roxin, “*non hay objeción alguna contra una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la culpabilidad. Ciertamente, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo*.” (Ob. cit. p. 100-101)

penal pela analogia *in bonam partem*, faz-se imprescindível a análise de dois pressupostos básicos essenciais: a necessidade e a adequação.

A *adequação*, também denominada idoneidade ou subprincípio da pertinência, aptidão ou conformidade, revela que só será admitido o ataque a um direito do indivíduo, se o meio utilizado se mostrar idôneo à consecução do resultado pretendido, ou seja, deve haver uma relação de adequação entre meio e fim, baseada no interesse público.

Na prática, analisando as medidas cautelares diversas da prisão, a sua aplicação é um meio utilizado para supostamente garantir o efetivo trâmite processual (diga-se supostamente, porque o comparecimento mensal em Juízo ou a proibição de ausentar-se da Comarca, por exemplo, não garantem um processo sem embargo), pois o próprio magistrado não tem certeza de que o meio escolhido (restrição prévia de direitos) será adequado para atingir o resultado almejado, tampouco se é necessário.

Pois bem, obtendo-se o fim objetivado pela medida, ou seja, alcançado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – em razão da idoneidade do acusado em cumprir as restrições cautelares –, cabe ao Estado também demonstrar idoneidade reconhecendo a sua intromissão antecipada na vida do indivíduo. Este reconhecimento se dará com o desconto da sanção antecipada na pena final, de modo que todos os ônus impostos ao jurisdicionado guardem proporcionalidade com a pena final a ser executada.

Este é o entendimento jurisprudencial quanto à detração da medida cautelar de prisão domiciliar em razão do princípio da proporcionalidade:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. DETRAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Inexiste previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena, cujas hipóteses estão elencadas no artigo 42, do CP. Entretanto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do *non bis in idem*. 2. Habeas corpus não conhecido, mas concedido de ofício para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do DF, que deferiu o pedido apresentado pela defesa do paciente para que o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno fosse computado para fins de detração da pena³³⁵

³³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 262.832/RS. Rel. Min. Marilza Maynard (Des. conv. do TJ/SE), 6ª Turma, julg. em 17/12/2013, DJe 11/03/2014. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B398A8A19D3A3E067BE4105C9108152BC503224F210D>>. Acesso em 02.12.2019. Ressalte-se que a lição brilhante do mencionado julgamento foi a seguinte manifestação do Ministro Ribiero Dantas: [...] não desconhecer que essa Quinta Turma, na sessão de 7/3/2017, nos autos de Habeas Corpus n. 380.370/DF, decidiu, por unanimidade de votos, que “não cabe a detração do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares pessoais alternativas, no caso, ao recolhimento domiciliar noturno e à obrigação de comparecimento periódico em juízo, que, por expressa

Do mesmo modo o princípio da proporcionalidade deve estar presente na execução da pena restritiva de direitos após a sua conversão em pena privativa de liberdade, a fim de se evitar o excesso de execução.

Ao Juízo é autorizado substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos porque o legislador entende ser adequada a substituição, levando-se em conta a proporcionalidade entre a gravidade do delito e a pena imposta.

Ora, cumprida parcialmente a pena restritiva de direitos, o tempo de pena fixado na sentença continua sendo o adequado a uma pena justa, portanto, a pena mais branda efetivamente cumprida deve ser abatida da pena restritiva de liberdade remanescente, a fim de que a pena cumprida seja proporcional à pena imposta.

Por sua vez, o requisito da *necessidade* ou exigibilidade ou intervenção mínima exige que o meio utilizado seja necessário ao objetivo almejado, devendo ser utilizado aquele que trazer menores consequências negativas aos interessados.³³⁶

É certo que para a imposição de medidas cautelares o magistrado deve verificar a presença de relevância que justifique a limitação antecipada da liberdade do indivíduo, a despeito da presunção do estado de inocência. O mesmo ocorre com a substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos nos casos em que o legislador entende desnecessária pena mais gravosa.

Em ambos os casos a intervenção necessária do Estado deve ser levada em consideração, de modo que apenas a pena necessária seja cumprida. Verifica-se, aliás, que a consideração do cumprimento da medida cautelar ou da pena restritiva de direitos está intrinsecamente ligada ao princípio da proporcionalidade no quesito necessidade, esculpido na ideia de vedação de excesso.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes afirma que as concepções de justiça, liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição de penas cruéis e desumanas, devido processo legal, proporcionalidade do direito de resposta e proibição de arbitrariedade dos poderes públicos são decorrências do princípio da proporcionalidade contido implicitamente no texto constitucional.³³⁷

previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado". No entanto, refletindo mais sobre o tema, considero a detração inteiramente aplicável ao caso da medida cautelar de recolhimento noturno, por ensejar a privação de liberdade do apenado.

³³⁶ ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade. Significado e Aplicação Prática*, cit., p.62.

³³⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

Diante desta afirmação, a utilização do princípio da proporcionalidade é um excelente fundamento alternativo para suprir a deficiência legislativa, pois por óbvio que o sistema de leis não será capaz de atender todos os anseios dos jurisdicionados submetidos ao cumprimento de pena criminal.

De modo mais profundo, Miguel Reale destaca que os princípios não têm a mera função de preencher lacunas da lei, mas vai muito além, ao asseverar que “*Na realidade, a função integradora dos princípios é bem mais ampla, tendo razão Simonius quando afirma que o Direito vigente está impregnado de princípios até as suas últimas ramificações*”.³³⁸

Diante desta reflexão acerca do uso do princípio da proporcionalidade para a extensão da aplicação do instituto da detração penal por meio da analogia *in bonam partem*, outra indagação surge: Esta ampla garantia do direito fundamental individual de cumprimento da pena justa (adequada e necessária), colidiria com o direito fundamental social do cidadão à segurança? A extensão do benefício da detração penal traria privilégios ao perturbador da paz social, o que feriria o princípio da proporcionalidade?

A resposta é negativa, e para rechaçar eventual dúvida acerca da possibilidade de extensão da aplicação da detração penal com a analogia *in bonam partem*, tendo como base o princípio da proporcionalidade, necessária maior reflexão sobre as questões levantadas.

4.4.2.1 O uso da analogia *in bonam partem* em favor do apenado, com a extensão da detração penal para o cumprimento da pena justa X segurança da sociedade: direitos fundamentais colidentes?

Importante reflexão deve ser feita sobre eventual colidência entre o direito fundamental do preso, de ser submetido à execução de uma pena justa, inclusive com a aplicação da detração por analogia *in bonam partem*, e a segurança da sociedade.

A execução da pena justa é um direito fundamental do sentenciado, ante a garantia da individualização da pena, conforme prevê o artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal ao reza que “*a lei regulará a individualização da pena*”, sendo que a lei mencionada é a Lei das Execuções Penais (Lei n.º 7210/84).

³³⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 1999, p. 306.

Nessa toada, não havendo norma reguladora da compensação do tempo em que o acusado ou apenado teve a sua liberdade cerceada durante do trâmite processual, tampouco da pena restritiva de direitos cumprida parcialmente, imprescindível uma solução para esta deficiência, sendo a aplicação da analogia *in bonam partem* uma opção para concretização do direito fundamental à execução da pena justa.

O direito fundamental à execução da pena justa está intimamente atrelado ao princípio da individualização da pena, o qual consiste na aplicação de uma sanção justa (qualitativa e quantitativamente), e livre de qualquer padronização, respeitando a condição do ser humano conforme suas características individuais.

Em suma, pena justa é a oportuna, necessária e proporcional. Desse modo, a ausência de previsão legal de detração nos casos do cumprimento de medida cautelar ou de cumprimento parcial das penas restritivas de direito, evidentemente, enseja o excesso de execução, sendo o excesso, por injusto, desnecessário e desproporcional ao intuito do legislador e do julgador.

O princípio constitucional da individualização da pena é um valor jurídico que traduz uma experiência empírica da sociedade, qual seja, a sanção deve ser adequada aos fins a que se propõe, proporcional à agressão sofrida e realmente necessária, considerando que o Direito Penal, como visto anteriormente, é a *ultima ratio* em matéria de punição daquele que comete um ilícito.

Assim, a detração de todo o tempo em que o acusado ou sentenciado teve a sua liberdade cerceada nada mais é do que a adequação da pena para que seja justa, necessária e proporcional.

Por outro lado, o direito à segurança está previsto como direito social no art. 6º da Constituição Federal, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, e está ligado à ideia de dignidade da pessoa humana positivada no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito.

Segurança pública é o estado de estabilidade das relações e instituições sociais e jurídicas no qual as pessoas, em virtude de suas condutas e das dos demais, assim como da atuação estatal, sentem-se, segundo os valores éticos e jurídicos vigentes, vivendo de forma salubre, aceitavelmente segura e em paz.

Poder-se-ia alegar, portanto, que a acentuada violência que aflige nosso país exigiria maior atenção quanto à garantia da individualização da pena em sua efetividade, não podendo ser executada de maneira inadequada pelos responsáveis pela segurança pública, de modo a conceder privilégios aos perturbadores da paz social.

Daí, então, surge a absurda alternativa de que o Estado deveria dobrar-se ao clamor social, impondo penas mais rígidas com o fim de abolir a sensação de insegurança e impunidade. Partindo-se dessa ideia, nenhum instituto deveria ser aplicado por analogia *in bonam partem* para beneficiar do executado criminal, devendo ser preterido o seu direito fundamental à pena justa em preferência ao direito fundamental da segurança social.

O jurista Robert Alexy tem interessante pensamento sobre a colidência de direitos fundamentais com base no princípio da proporcionalidade, afirmando que o juiz deve sempre decidir, não podendo se limitar a demonstrar a existência do conflito normativo para se abster do exercício de seu ofício, sendo inevitável, para tanto, o uso da ponderação³³⁹. Esta fórmula acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de suposta colisão de direitos fundamentais será objeto de exposição no próximo tópico.

Partindo-se do pressuposto de que o único objetivo do processo penal é instrumentalizar o direito material e aplicar a sanção, seja por imposição das medidas cautelares, seja da pena, não se pode afirmar que ao processo penal cabe resguardar a paz social, mesmo porque o Direito Penal não restabelece a tranquilidade que já foi quebrada.

É verdade que o processo penal, o Direito Penal e segurança pública são elementos que podem ser atrelados a um sistema maior denominado Sistema Penal, mas suas funções são completamente distintas, com objetivos diversos e, por conseguinte, não ocupam a mesma pretensão e seus caminhos não produzem resultados iguais.

A segurança pública é um direito fundamental, e possui características próprias que a elevam a esta categoria, quais seja, a relatividade, complementariedade, indisponibilidade, universalidade, irrenunciabilidade, historicidade e aplicabilidade imediata. O Direito Penal, por sua vez, não representa um direito fundamental, sendo o seu objetivo único e exclusivamente sancionador.

O Direito Penal e o processo penal são apenas meios, e não fins, para os objetivos almejados pela segurança pública, por isso não se pode asseverar que a segurança pública pode ser alcançada com um *ajuste social* proporcionado pelo Direito Penal.³⁴⁰

Conclui-se a partir desta primeira reflexão que não há colidência entre o direito fundamental da individualização da pena pela detração ampla, e o direito

³³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011A, pag. 102.

³⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: ed. Jorge Zahar, 1998. p. 23

fundamental de segurança pública, porque Direito Penal e Segurança Pública não se confundem, além disso, a proteção do direito individual da pena justa em nada interfere o direito social à segurança.

Mas não é só. Em palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07.12.98, Robert Alexy asseverou:

A maioria das constituições contem hoje catálogo de direitos fundamentais escritos. A primeira tarefa da ciência dos direitos fundamentais, como uma disciplina jurídica, é a interpretação desses catálogos. Nisso, valem as regras tradicionais da interpretação jurídica. Estas, todavia, na interpretação dos direitos fundamentais, chocam-se logo com limites. Uma razão essencial para isso é a colisão de direitos fundamentais. O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente colisões nas quais direitos fundamentais tomam parte colisão de direitos fundamentais. Pode-se falar aqui de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.³⁴¹

In casu, a aplicação extensiva do instituto da detração penal a casos não previstos em lei poderia ensejar o entendimento de que há colisão de direitos fundamentais entre a execução da pena justa (norma infraconstitucional) e o direito da sociedade à segurança (norma constitucional).

Segundo Roxyn, o dever do Estado de proteger os direitos de seus cidadãos obriga-o a produzir uma medida tão ampla quanto possível deste bem, e isso só é possível com a intervenção na liberdade daqueles que prejudiquem ou ameacem a segurança pública.

Numa segunda reflexão conclui-se novamente que entre os direitos fundamentais aqui discutidos não há qualquer colisão.

A segurança pública não é responsabilidade do Judiciário, mas do Poder Executivo que deve desenvolver políticas públicas que são inerentes às suas atividades obrigacionais, para a consecução do direito fundamental social da segurança aos cidadãos.

Já a atividade jurisdicional deve preocupar-se com a retribuição do mal cometido pelo sentenciado, mas o peso de sua mão, diante da Teoria Garantista, não deve ser maior do que o afago de quem tem esperança num ser humano passível de mudança.

³⁴¹ ALEXY, Robert. *COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO*. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998.

Ambos os poderes (Executivo e Judiciário), no cumprimento de suas atividades, devem estar fundados na Teoria do Garantismo, a qual proíbe tanto o excesso no exercício de sua atividade, quanto à proteção deficiente dos direitos fundamentais, estabelecendo o conceito da proporcionalidade como essencial no exercício de suas funções.

Neste contexto de necessidade de equilíbrio tanto na atividade executiva quanto na judicial, Ferrajoli ensina que o princípio da proporcionalidade contempla duas noções frente ao garantismo:

a) a **proibição do excesso/Übermassverbot** (garantismo negativo), que proíbe medida excessivamente gravosa para o direito fundamental subordinado ao caso concreto, ou seja, o Estado (três poderes) não pode ir além do necessário. Saliente-se que a proibição do excesso penal é chamada de *garantismo negativo* porque o olhar do Estado deve estar voltado para o jurisdicionado, o alvo do Direito Penal, a parte hipossuficiente, e não só para a sociedade, que está continuamente protegida pelo Estado.

b) a **proibição da proteção deficiente/Untermassverbot** (garantismo positivo), ou seja, quando um ordenamento jurídico se predispõe a proteger determinado direito como fundamental, a proteção do bem jurídico defendido por esse direito não pode ser insuficiente. Aí sim, nessa vertente do garantismo, o olhar do Estado está voltado para a sociedade.

Ambos os institutos são corolários do princípio da proporcionalidade, que como salientado no item 4.2.2, teve espaço com o surgimento do Estado Democrático de Direito e a sua política integral de proteção aos direitos fundamentais. Saliente-se que o dever de proteção estatal (segurança pública) não se restringe aos limites do sistema punitivo (proteção negativa, face mais conhecida do garantismo), atuando também positivamente (em prol da sociedade).

Como bem expõe Zaffaroni, tem ocorrido frequente contradição entre a doutrina penal e a teoria política do Estado Constitucional de Direito:

Se, na realidade, o Direito Penal sempre aceitou o conceito de inimigo, e este é incompatível com o Estado de direito, o que na verdade seria adequado a ele uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que a acompanharam ao longo de quase todo seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste do Direito Penal que o compatibilize com a teoria política que corresponde

ao Estado constitucional de direito, depurando-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios.³⁴²

Nesse contexto, no caso das medidas cautelares, o Sistema Penal no Estado Democrático de Direito não pode identificar o inimigo, presumir a sua periculosidade ou desvirtuamento, impor medidas de contenção, condená-lo, e obrigá-lo a cumprir a pena sem considerar todos os seus direitos fundamentais que foram atingidos durante o trâmite processual, sob a alegação de que este posicionamento cumpre a finalidade estatal de garantia da segurança social.

Por isso, a imposição de medida constritiva antes da sentença condenatória, ou a mudança de pena no curso da execução (restritivas de direito em privativa de liberdade), e a desconsideração do período cumprido depois da prolação do veredicto ou da mudança da espécie de reprimenda, caracteriza evidente excesso de pena à pessoa condenada, infringindo o direito fundamental individual da pena justa, sem acarretar qualquer benefício à segurança social.

Alguns pensadores poderiam criticar o direito a detração como verdadeiro garantismo negativo, invocando o Direito Penal Máximo, modelo ideológico diretamente ligado ao garantismo penal.

Segundo o Direito Penal Máximo ou Maximalismo Penal ou Pan-penalismo todas as infrações devem ser punidas com o máximo de rigor, não havendo espaço para princípios oriundos de política criminal, o que descartaria a hipótese, por exemplo, de extensão do benefício da detração penal às hipóteses não previstas em lei.

Não se discute, porém, o rigorismo na aplicação da pena, que evidentemente deve existir, ou seja, a pena deve ser cumprida rigorosamente nos termos em que foi imposta para que não ocorra a tão famigerada impunidade. Também não se defende o modelo ideológico do abolicionismo penal, que segundo Ferrajoli, seria uma utopia regressiva, baseada na ilusão de uma “*sociedade boa*” ou de um “*estado bom*”. A bandeira do presente trabalho é pura e simplesmente a justiça na execução da pena, de modo a cumprir-se as premissas do garantismo penal (Direito Penal Mínimo, Minimalismo Penal ou Direito Penal do Equilíbrio).

Desta segunda reflexão depreende-se que o alvo do Direito Penal é o indivíduo, enquanto o da Segurança Pública é a sociedade.

³⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2007, p 25-26.

Outro argumento que comprova a ausência de colidência entre direitos fundamentais em razão da extensão do benefício da detração penal e a segurança pública é que a quebra da paz social pelo criminoso condenado não o faz perder a qualidade de sujeito de direitos, o qual continua sendo protegido e garantido pelo Estado, e aqui cabe a análise acerca do garantismo positivo.

O princípio da proporcionalidade dentro da doutrina do Garantismo poderia ser confundido com a origem da expressão “proibição de excesso de proibição”, tendo em vista que, inicialmente, era aplicado apenas para proteger os cidadãos dos excessos eventualmente cometidos pelo Estado. No decorrer da história, outra perspectiva despontou: o *garantismo positivo* - a proibição de proteção estatal deficiente.

Nesse sentido, extrai-se da obra de Streck:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*).³⁴³

A inconstitucionalidade na atuação do Estado pode decorrer de excesso no desenvolvimento de sua atividade, ferindo direitos fundamentais, como também por deficiência na proteção dos referidos direitos.

Ora, a omissão legislativa quanto ao direito de detração de qualquer medida constritiva dos direitos fundamentais do acusado antes do trânsito em julgado, bem como a detração de período de pena já cumprido, seja qual for a espécie, demonstra a deficiência do Estado na proteção dos direitos fundamentais da pessoa condenada.

Gilmar Mendes, ministro do STF, refletindo sobre o tema, apontou que “os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*).”³⁴⁴

³⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Fernanda Mambrini Rudolfo. Espaço Jurídico Joaçaba, v. 13, n. 2, pag. 243-268, jul./dez. 2012. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acessado em 10.01.20.

³⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Também em Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional, n. 8, 2004, pag. 131-142.

Tal concepção ratifica, como visto anteriormente, o ensinamento de Luigi Ferrajoli de que o acusado não é um objeto de investigação estatal, mas sim um sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que tem o poder-dever de protegê-lo, em qualquer fase do processo (investigatório, punitivo e executório).

Por isso, toda restrição de direitos fundamentais antes da sentença penal condenatória, ou depois dela, deve sempre ser considerada como uma grave violação de um direito humano conquistado ao longo da história, como meio de obtenção da fórmula da felicidade, sem que isso cause danos aos direitos fundamentais sociais.

Por isso, repise-se, toda intervenção estatal deve estar pautada no princípio da proporcionalidade, sob pena de ser inconstitucional, seja pelo excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; seja pela proteção insuficiente de um direito fundamental-social, caso em que o condenado cumpre pena além daquela imposta na sentença.

A observância do princípio da proporcionalidade no cumprimento da pena pela aplicação da detração penal em todos os casos, seja naquele em que houve uma antecipação da intervenção do Estado na liberdade, seja naquele em que houve o início de cumprimento da pena em outra modalidade, fomenta uma Execução Penal Humanitária.

Portanto, o excesso não pode ser visto como mera conveniência do Judiciário para uma resposta satisfatória ao sentimento de impunidade da sociedade, sob a alegação de, assim, garantir a proteção do direito à segurança.

Como ensina José Renato Nalini, “o juiz pode auxiliar a transformação do atual contexto [...] se vier a assumir uma consciência consistente a respeito da potencialidade de seu protagonismo transformador”, devendo ser “agente de transformação”, “capaz de detectar iniquidades” e ser “sensível às diferenças entre as pessoas”, como verdadeiro “destinatário das promessas da Constituinte de 1988 de edificação da sempre mencionada pátria justa, fraterna e solidária”,³⁴⁵

O papel do Judiciário foi modificado pelo constituinte, o qual dispôs sobre “sua presença concreta na história do país”,³⁴⁶ não podendo o magistrado conformar-se com a injustiça por omissão na legislação, como por exemplo, a falta de previsão legal de detração do período de prisão preventiva na pena de multa. Explica-se.

³⁴⁵ NALINI, José Renato (Org.). *Magistratura e ética: perspectivas*. São Paulo: Contexto, 2013, pag. 20-25

³⁴⁶ *Ibidem*, pag 17.

O legislador determina a multa como nítido meio de sanção criminal, e *a posteriori* transfere sua execução para o âmbito civil, confundindo o escopo e a natureza da sanção.

Pois bem, tendo a multa uma função ainda de repressão criminal, o tempo em que o acusado ficou preso preventivamente não pode ser abatido da pena de multa por falta de previsão legal. Entretanto, diante do princípio da proporcionalidade, obviamente que a detração deve ser aplicada neste caso, com base, ao menos, no senso de justiça, pois, é certo que não há como mensurar monetariamente quanto vale um dia de restrição da liberdade, mas, sem sombra de dúvida, muito mais do que um dia-multa.

Imprescindível, portanto, que o executado cumpra a pena aplicada na exata quantidade imposta na sentença condenatória, garantindo-lhe o direito à detração de toda sanção antecipada ou pena já cumprida, como forma de assegurar-lhe o seu direito fundamental de submeter-se a uma pena justa, e a garantia desse direito em nada colide com o direito à segurança pública.

4.4.3 Ativismo judicial como meio redutor dos danos causados pela execução penal ao jurisdicionado

Faz-se necessário avaliar o real papel do magistrado no processo de execução penal, tendo em vista a estrutura dos direitos e garantias fundamentais delineados na Constituição brasileira e dos princípios informadores do Direito Penal.

O que se pretende com este trabalho não é a defesa de uma atividade interpretativa criativa desmedida do juiz, em razão da carência de lei e doutrina sobre o assunto da detração penal, mas sim, uma postura ativa para a efetivação de direitos fundamentais vilipendiados na era da segurança, da vingança, da punição, do combate à criminalidade, com a total desproteção dos executados criminais sobremaneira hipossuficientes frente ao Poder Estatal.

Atualmente a concretização de objetivos político-criminais, baseados nas doutrinas como *Law and Order* ou *Broken Windows*³⁴⁷, tendem a causar graves danos sociais, pois o magistrado passa a ser idealizado, como dito no item 4.4.2.1, agente de

³⁴⁷ “Law and Order” é um movimento ideológico americano, que assim como a teoria “Broken Windows”, são percursores do Direito Penal Máximo. Ambos possuem contornos intimamente atrelados à problemática da violência urbana, cujos ideais recaem no constante questionamento a respeito da aplicação da lei penal, especialmente no que se refere aos fins da pena. Sobre tais teorias, ver o artigo de DUARTE, Mauro Duarte Tavares; CURI, Vinicius Fernandes Cherem. “Os Influxos do Movimento Law and Order e The Broken Windows Theory no Brasil”. Revista Liberdades, Edição 19, maio/ago de 2015, São Paulo/IBCCRIM, p. 35/44.

segurança pública frente aos seres humanos indesejáveis do sistema, conforme aduz Zaffaroni:

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos, identificada através de estereótipos que configuram um “eles” separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. O eles da criminologia midiática incomodam, impedem de dormir com as portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, sujam por todos os lados e por isso devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, para resolver todos os nossos problemas. Para tanto, é necessário que a polícia nos proteja de suas ciladas perversas, sem qualquer obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros e imaculados³⁴⁸

Este “magistrado combatente da criminalidade” hoje se vê refém do denominado, a título genérico, ativismo judicial combativo, que pouco se importa com a execução da pena em “*bis in idem*” ou excesso de execução penal. Ao que parece, o importante na atividade judicial criminal atual é mostrar à sociedade a aversão do Judiciário ao crime e à impunidade.

O ativismo judicial encontra suas raízes no direito estadunidense, em razão das dificuldades hermenêuticas na interpretação e aplicação da Constituição americana, sabidamente sintética e abstrata.³⁴⁹ A partir desta *judicial review* estadunidense, a interpretação constitucional passou a ter com o tempo contornos mais subjetivistas, deixando de lado a ideia de vontade da Constituição em prol da vontade criativa do próprio intérprete.³⁵⁰

O ativismo judicial pode ter duas definições, conforme ensina Anderson Teixeira: a primeira é descrita como aquela na qual o Poder Judiciário atua de forma patológica, em contrariedade à Constituição Federal. Este ativismo identifica-se pelas seguintes características: atuação como legislador positivo; ofensa ao princípio da separação dos Poderes; descon sideração por precedentes jurisprudenciais; e decisões judiciais viciadas por decisionismo político. A segunda, por outro lado, é definida pelos seguintes critérios: decisão que busque primordialmente assegurar direitos fundamentais;

³⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: ed. Saraiva, 2012, p. 307.

³⁴⁹ ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo – diálogos entre discricionariedade e democracia*. Revista de Processo, São Paulo, v. 242, a. 40, abr. 2015, p. 22.

³⁵⁰ “A fase tradicional (*tradicional era*) foi o período que decidiu a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, não implicando a supremacia da vontade judicial sobre a vontade legislativa, mas, sim, colocando a vontade fundamental popular (expressada pela e na Constituição e refletida na vontade de seus autores) sobre ambas, sendo repudiada qualquer forma de aplicação da vontade dos próprios julgadores. A fase de transição (*transitional era*) foi o período que teria por característica fundamental a invasão de elementos metajurídicos no processo interpretativo, no caso, a filosofia político-econômica do *laissez-faire* de não intervenção do Estado na economia, então, político-legislativas estavam sendo derrubadas pelo judiciário com base em uma questionável e ideológica interpretação da Constituição. A fase moderna (*modern era*) é o período que perdura até os dias atuais em que se abandonou a ideia de vontade do constituinte, conferindo caráter aberto a Constituição que passou a delegar aos intérpretes o poder de conferir ao texto constitucional o significado que melhor atendesse as necessidades de cada época. *Ibidem*, p. 22- 23.

decisão orientada à garantia da supremacia da Constituição; decisão fundamentada substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo em princípios constitucionais; decisão sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derroguem a *mens legislatoris* do ato normativo em questão.³⁵¹

Apenas a segunda acepção é considerada positiva, e ela é quem justifica a aplicação do ativismo no Brasil, com a qual é simpatizante o Ministro do STF Luis Roberto Barroso quando afirma que o ativismo surge de forma incisiva, procurando “*extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito*”.³⁵²

Ativismo judicial seria o papel criativo de tribunais ao contribuírem, de forma inovadora, para a construção do direito, decidindo sobre as peculiaridades do caso concreto e formando, por conseguinte, o precedente jurisprudencial, de forma antecipada à edição da lei.³⁵³

Há, no outro polo, estudiosos que negam a existência do positivismo judicial, sob o fundamento de que a amplitude da Constituição Federal, por vezes com termos genéricos, vagos e imprecisos, demandam uma leitura interpretativa pessoal do magistrado, e esta mera leitura para aplicação da lei é atividade natural do magistrado, não havendo que se falar em ativismo. Para estes negativistas, o ativismo judicial estaria maculado de ilegalidade e inconstitucionalidade, em razão do exercício de uma atividade legislativa do magistrado evidentemente prejudicial ao regime democrático.³⁵⁴

De qualquer modo, para fins didáticos, a esta interpretação extensiva acerca do benefício da detração penal, com a aplicação da analogia *in bonam partem*, dar-se-á o nome de ativismo judicial.

Retornando a análise do magistrado “combatente da criminalidade”, importante lição trouxe Garland ao afirmar que “*os excessos de liberdades e de garantias é que são vistos, cada vez mais, com desconfiança, fazendo com que o crime seja analisado sempre na perspectiva da defesa social*”.³⁵⁵ Por essa assertiva, vê-se que o indivíduo passa

³⁵¹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 037-057, Junho, 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em 09 de dezembro de 2019.

³⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar, 2009, p.77.

³⁵³ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012. p. 9

³⁵⁴ BERMAN, José Guilherme. *Ativismo judicial, judicialização da política e democracia*. Revista da Ajuris, Porto Alegre: Ajuris, v. 36, n. 116, 2009, p. 215-216.

³⁵⁵ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 16), p. 389.

a temer com muito mais veemência à violência individual que a violência estatal e, nesse caminho, as políticas criminais expansionistas e violadoras de garantias ganham cada vez mais apoio popular.

O Direito Penal atual adentra em uma perigosa senda, pois regula cada vez mais matérias sem, contudo, balizar sua intervenção por princípios e garantias limitadoras, tudo em prol da segurança social. Porém, as responsabilidades constitucionais do juiz não podem ser manipuladas pela sociedade para convergir aos objetivos da política criminal predominante.

O juiz atual não pode ser mais aquele definido por Montesquieu que, inserido no liberalismo, em nome da segurança jurídica e da certeza do direito, adotava uma atitude passiva – era, simplesmente, “a boca da lei”³⁵⁶.

No Estado Social, esse juiz passa a ser interventivo, adotando uma postura ativa, defendendo que os atos legislativos estejam subordinados não apenas formal e procedimental, mas também substancialmente à Lei Maior, fazendo respeitar em seus julgamentos o espírito e os valores que informam a ordem constitucional.³⁵⁷

Transportando-se este entendimento para o juiz da execução penal, resta claro que ele deve ter em mente que, se a norma não é suficiente para garantir os direitos fundamentais do executado, deverá emprestar novos significados a ela para alcançar uma teleologia democrática e justa em suas ações.

Caberá ao magistrado, portanto, posicionar-se sempre a favor da garantia dos direitos indisponíveis dos executados, nem que para isso tenha que realizar um papel ativista e utilizar-se da analogia *in bonam partem*, baseado no princípio da proporcionalidade, ainda que a sua ação contrarie a vontade da maioria.

O significado do verdadeiro ativismo judicial surge quando o juiz se depara com as variadas possibilidades interpretativas, seja em face do necessário fechamento de normas abertas, ou mesmo do preenchimento de espaços não legislados, para que sejam protegidos direitos fundamentais do executado que não foram amparados pelo legislador.

³⁵⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pag. 91.

³⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ªed. Coimbra: ed. Almedina, 2015, p. 59.

Para o juiz ativista, portanto, os textos legais lhe são úteis somente enquanto colaboram, e não quando dificultam a efetivação material dos direitos fundamentais dispostos na Constituição.³⁵⁸

Atualmente o instituto da detração penal, como legalmente disposto, autoriza o *bis in idem* da punição com evidente excesso de execução. Por isso necessária a distinção entre o direito legislado, que segue uma política criminal expansionista, e o direito aplicado pelos magistrados, que são agentes contramajoritários e devem cumprir o seu dever de manutenção do Estado Democrático de Direito, agindo, se preciso, como ativistas judiciais para fazer prevalecer a teleologia da Carta Constitucional e do próprio sistema penal.

Uma Constituição fortemente principiológica (com abertura axiológica), repleta de mandamentos de otimização, nos termos dos ensinamentos de Alexy e Dworkin, abre espaço a um maior ativismo dos julgadores que têm, como função precípua, a tutela da supremacia da Constituição como agente implementador, capaz de sair de seu estado de inércia, quando provocado pela ineficiência das demais Funções de Poder (Legislativa e Executiva).

Ademais, não haveria que se falar em ativismo judicial caso os direitos fundamentais restassem plenamente garantidos pelas instituições nos termos da Constituição, pois a Função Jurisdicional de Poder só se ativa quando provocada a partir da ineficiência dos poderes Executivo e Legislativo.

Assim, diante da negligência legislativa em salvaguardar todos os direitos da pessoa criminalmente condenada, o Judiciário funciona como remédio necessário para conferir eficácia aos mandamentos fundamentais.

4.4.4. Proposta de *lege ferenda* com previsão ampla da detração penal como garantia à execução da pena justa.

O Estado moderno, ao organizar-se, garantindo as liberdades, estabeleceu um sistema jurídico único, codificado, abrangente, que regulasse todas as situações jurídicas imagináveis.

Esse sistema tinha como base e fonte principal a **lei**, que, evidentemente, não podia, apesar da vontade idealizada pelos seus criadores, cobrir todo o universo das

³⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. 7ª reimp. Coimbra: ed Almedina, 2015, pag. 154.

relações sociais que tivessem ou viessem a ter relevância jurídica no tocante às liberdades. Assim, à medida que as leis eram elaboradas e aplicadas, regulando a vida em sociedade com a garantia das liberdades, iam-se revelando fissuras no sistema, espaços não legislados que requeriam providências dos órgãos públicos para resolver a situação criada.

A solução ideal para o sistema seria criar nova lei pelo órgão legislativo, mas a lei sempre se projeta para regular situações futuras, não para casuisticamente acertar inadequações passadas, aliás nisso reside todo o sentido de justiça do sistema: a edição da norma é impessoal, geral e abstrata. Portanto, a lei pode suprir lacunas para o futuro, mas não resolve a ausência atual.

Os métodos idealizados neste trabalho para a aplicação, de forma extensiva, da detração penal aos casos não previstos em lei, mormente em que houve o cumprimento de medidas cautelares, ou cumprimento parcial das penas restritivas de direitos, sugerem uma singela proposta de solução imediata, para o presente.

Porém, a lacuna legislativa aberta em relação ao instituto da detração penal é o tema de discussão deste tópico, e para a solução deste problema de padronização do referido instituto, no intuito de que seja alcançada a execução da pena justa fundada na Teoria Garantista para o respeito dos direitos fundamentais da pessoa condenada, necessário seja suprida a deficiência para a solução do caso concreto de modo isonômico.

A lacuna legislativa é uma incompleição do sistema e, por isso, o uso da analogia *in bonam partem* pelo ativismo judicial poderia ser considerada uma maneira imediata de solução. Por outro lado, certamente este método acarretaria falhas na concretização do objetivo constitucional da igualdade entre os jurisdicionados executados criminalmente que estejam em situação idêntica.

Celso Antonio Bandeira de Mello parece ter encontrado parâmetros sólidos e coerentes em sua clássica monografia sobre o tema “princípio da igualdade”, na qual estabelece três questões a serem observadas, a fim de se verificar respeito ou desrespeito ao aludido princípio, e o desrespeito a qualquer delas leva à inexorável ofensa à isonomia: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira

atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados”.³⁵⁹

Mais ainda, a solução sugerida para que seja sanada a incompletude do Sistema poderia ser considerada pervertida e desvirtuada pela intenção de romper o Sistema posto.³⁶⁰ Desse modo, apresenta-se projeto de lei ordinária com o fim de sanar a deficiência legislativa acerca do benefício da detração penal, com o escopo de suprir a lacuna legislativa com coerência e respeito ao Sistema.

PROJETO DE LEI N.º

Dispõe sobre a obrigatoriedade da detração penal em todos os casos em que a pessoa condenada criminalmente teve seus direitos fundamentais cerceados durante o trâmite processual, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo em que o condenado esteve submetido ao cumprimento de qualquer medida cautelar pessoal, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa, o de internação, e de cumprimento das penas restritivas de direitos.

Art. 2º O juiz, ao proferir a sentença condenatória, decidirá acerca da detração do tempo de cumprimento da medida cautelar, que será computado para fins de determinação de regime inicial de pena privativa de liberdade.

§1º O cálculo da detração, no caso de cumprimento das medidas cautelares pessoais, será elaborado da seguinte forma:

I - Na prisão provisória será descontado um dia de prisão por um dia de pena privativa de liberdade e, tratando-se de condenação à pena de multa, deverá ser descontado um dia de prisão provisória por um dia-multa, no caso de ser a pena pecuniária a única cominada ao delito.

a) No caso de cumulação de pena privativa de liberdade e pena de multa, apenas após a detração total da pena privativa de liberdade, passar-se-á a detração sobre a pena multa.

II - Nas medidas cautelares pessoais de comparecimento em juízo e recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, será descontado um dia de pena privativa de liberdade por dia de cumprimento da medida cautelar.

III - Nas medidas cautelares de proibição de frequência ou acesso a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da Comarca, a detração será de um dia de pena a cada 07 dias de cerceamento do direito.

IV - Na medida cautelar de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, será detraído:

a) 10 (dez) dias de suspensão por um dia de pena privativa de liberdade, caso não haja substituição por restritiva de direitos da mesma espécie;

b) um dia de suspensão por um dia de pena restritiva de direitos prevista non art. 47 I, II e III do Código Penal;

V - Na medida cautelar de internação provisória do acusado, será descontado um dia de internação por dia do período fixado para a realização do exame de cessação de periculosidade.

³⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: ed. Malheiros, 2017, p. 21.

³⁶⁰ Art. 4º do Código de Napoleão: “O juiz que se recusa a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser perseguido como culpado de denegação de Justiça”.

VI - Na medida cautelar de fiança será descontado o valor recolhido a título de fiança primeiro da pena pecuniária e, havendo remanescente, da prestação pecuniária.

§2º Não haverá detração da monitoração eletrônica, tendo em vista que esta restrição deve ser sempre acessória.

Art. 3º O juiz da execução da pena decidirá sobre a detração penal no caso de cumprimento parcial das penas restritivas de direitos após a sua conversão em pena privativa de liberdade.

§1º O cálculo da detração das penas restritivas de direitos será elaborado da seguinte forma:

I – No caso de prestação pecuniária e a perda de bens e valores, parcialmente cumpridas, será descontada da pena privativa de liberdade o mesmo percentual do valor pago.

II - Da prestação de serviços à comunidade será descontado na proporção de uma hora de prestação de serviços por um dia de pena privativa de liberdade.

III - As penas previstas no art. 47, I, II e III o desconto será feito a base de dez dias de cumprimento da pena constritiva por um dia de pena privativa de liberdade.

IV - A pena de limitação de final de semana será detraída a base de um final de semana (sábado e domingo) por um dia de pena privativa de liberdade.

§2º Nos casos de penas restritivas de direitos estabelecidas em leis especiais, o juiz da execução deverá aplicar a analogia *in bonam partem* para a sua detração, com base nos parâmetros estipulados nesta lei.

§3º No caso de cumulação de duas penas restritivas de direitos, deverá ser realizado o cálculo individual de detração referente a cada pena restritiva, sendo que o resultado final de cada uma deverá ser somado e diminuído em 50% para obtenção do tempo de pena privativa de liberdade a ser cumprido.

Art. 4º O juiz da execução deverá realizar a detração da medida cautelar em caso de omissão do juízo de conhecimento.

Art. 5ª A pena de multa deverá ser detraída a base de um dia-multa para cada dia de prisão.

Art. 6º Os critérios de detração dispostos nesta Lei deverão ser aplicados por analogia nos casos do cumprimento parcial das medidas alternativas previstas na Lei n.º 9.099/95 e no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Art. 7º A aplicação desta lei é obrigação funcional do juiz, que responderá, em casos de omissão por dolo ou negligência, nos termos do art. 143, II do Código de Processo Civil.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

São Paulo, data.

Do período pré-socrático até Aristóteles, a ideia de lei era ligada ao seu sentido material: “*as leis verdadeiras são as leis boas e justas dadas no sentido do bem comum*”.³⁶¹

³⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: ed. Almedina, 2015, p. 713.

Com John Locke surge a lei como instrumental típico do liberalismo. “A lei geral e abstrata é entendida como a proteção da liberdade e propriedade dos cidadãos ante o arbítrio do soberano.”³⁶²

Complementando essa noção, Montesquieu traça a teoria da separação dos poderes, remetendo as leis gerais ao Poder Legislativo e as ordens individuais e concretas ao Poder Executivo.

Caberá a Rousseau considerar a lei como instrumento de atuação da igualdade política. A lei é geral porque é a expressão da vontade do povo e ainda porque prescreve seus comandos não a um determinado caso ou a determinada pessoa, mas a todos os indivíduos. Assim, a lei é geral na sua formação e na sua aplicação.³⁶³

No Estado Democrático brasileiro, a lei representa o principal instrumento de expressão do Direito, pois ela emana de procedimento realizado em órgão constitucionalmente competente para representar a vontade dos cidadãos.³⁶⁴ O significado de soberania passa-se a confundir com a supremacia do Parlamento.

Entretanto, o ordenamento jurídico precisa da edição de normas com qualidade, ou seja, adequada ao escopo buscado pelo legislador de atender às necessidades sociais resguardando sempre as garantias constitucionais.

O projeto de lei apresentado busca suprir a lacuna legislativa quanto ao benefício da detração penal, de modo a atender os interesses e necessidades do jurisdicionado submetido à execução penal, que deve ter garantido o seu direito ao cumprimento de uma pena justa por qualquer dos poderes da República.

³⁶² *Ibidem*, fl. 713.

³⁶³ *Ibidem*, fl. 715.

³⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2010, p. 263.

CONCLUSÃO

A democracia tem como ponto fundamental a exigência da igual liberdade dos cidadãos em desfrutar de seus direitos, e a proteção desta liberdade só existe dentro de um Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus objetivos primordiais, portanto, zelar pelos direitos fundamentais do ser humano e, para tanto, deve agir de forma positiva na busca de sua efetividade, preservando ao máximo a liberdade das pessoas.

Para o desenvolvimento de sua atividade, o Estado Democrático de Direito utiliza-se de instrumentos de controle social com a imposição de regras mínimas (leis), dentre elas o Direito Penal.

O Direito Penal, no Estado Democrático de Direito, não é um meio de repressão ou opressão, mas possui apenas uma função regradora do convívio social, coibindo ações nocivas e estimulando condutas lícitas.

Conforme explicitado no estudo das teorias legitimadoras, o Direito Penal é utilizado pelo Estado para intervir como *ultima ratio* na liberdade constitucionalmente assegurada aos cidadãos, a fim de **re**criar uma coexistência social que satisfaça as necessidades vitais de todos os seus membros na busca do bem comum.

Ao aplicar o Direito Penal, o Estado impinge um mal à pessoa, denominado “pena”, tentando restabelecer o equilíbrio da paz social que foi quebrado. Engana-se, porém, quem acredita que esta pena surge apenas ao final do processo penal com a sentença condenatória. A pena, nesta forma de intervenção estatal, tem seus efeitos (benéficos e maléficos) evidenciados desde o início da submissão do jurisdicionado à persecução penal.

A dignidade do jurisdicionado penal é inicialmente atingida com a utilização de meios com efeitos meramente simbólicos como o indiciamento, a anotação da existência de um inquérito policial em sua folha de antecedentes, a busca e apreensão domiciliar de objetos de provas, com as operações policiais (sejam elas espetaculosas e exibicionistas ou não), que sem sombra de dúvidas geram constrangimento e angústia ao averiguado antes mesmo de ser criminalmente denunciado.

Este simbolismo alegórico de persecução criminal se dá não só com o fim preventivo ou repressivo das condutas criminosas, mas representativo de uma instituição

policial e/ou judiciária ativa, combativa, destemida e, mormente, eficiente. Instituição esta preocupada em mostrar a força e o poder do Estado dando ombros à fragilidade humana, a qual é protegida apenas pelo texto onde estão dispostas as garantias constitucionais do ser humano.

No curso do processo penal, a dignidade do jurisdicionado é novamente atingida com a imposição de medidas cautelares para a salvaguarda do trâmite processual, medidas estas que cerceiam as liberdades garantidas no texto constitucional. Nesta fase o Estado dá ombros ao princípio da presunção de inocência, sem qualquer garantia que sua intervenção prematura nas liberdades do indivíduo terá eficácia ou eficiência.

Finalmente, na fase final do processo penal, ou seja, na execução da pena, mais uma vez o jurisdicionado tem a sua dignidade ignorada pelo Estado: a) mormente no caso de cumprir a pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional, ante o tratamento despendido àqueles que estão sob a custódia do Estado, o qual é responsável por sua ressocialização; b) pela ausência de previsão legal acerca da detração do período em que cumpriu antecipadamente penas prévias impostas pelo Estado.

Ora, se a atividade estatal, mesmo com a aplicação do Direito Penal, deve estar limitada apenas à busca do bem comum, sem perder de vista a posição do indivíduo como elemento principal da existência do Estado, a dignidade da pessoa humana sempre deve ser garantida no desenvolvimento da atividade estatal.

Nesse contexto, ao Estado é vedado medir forças com o indivíduo por meio de uma Justiça Penal severa, desmedida, usurpadora, como se o Direito Penal fosse a panaceia para a obtenção da paz social (pampenalismo).

Atualmente é perceptível a utilização do Direito Penal pelo Estado de modo deformado, e não como *ultima ratio*, na tentativa de satisfazer demagogicamente o clamor popular por segurança e punição exemplar. Ao que parece, o Estado sente-se autorizado a praticar ações dominadoras e excessivas, ignorando a garantia constitucional de proteção aos direitos fundamentais, para suprir a sua deficiência e incompetência em desenvolver políticas públicas capazes de transformar a sociedade em uma massa educada e consciente.

Em contrapartida, essa mesma sociedade que desconhece o imensurável valor dos direitos fundamentais de uma sociedade integrante de um Estado Democrático de Direito, teme mais a diminuição do poder punitivo do Estado do que a perda dos direitos fundamentais do indivíduo, esquecendo-se dos princípios inerentes à sua própria dignidade.

O que se observa é que a sociedade brasileira atual prefere que o Estado-Juiz puna errado, com injustiça ou em excesso, do que profira uma sentença absolutória por falta de provas.

A partir desse insensato, irracional e trágico pensamento de que o Direito Penal é o garantidor da segurança pública, o Estado-Juiz, no desenvolvimento de sua função punitiva (deformada), não se preocupa em obedecer aos limites impostos na Constituição para preservar direitos que não precisam ser atingidos pela sua atividade jurisdicional processual penal, sentindo-se desobrigado a respeitá-los em prol da exigência da sociedade por segurança.

Nesse contexto, diante desta atual carga pesada e infamante do Sistema Penal no tocante à execução da pena, faz-se necessário a busca de solução à desídia do Estado, por ausência legislativa, à preservação dos direitos fundamentais da pessoa condenada, com um processo de reflexão sobre a necessidade da garantia da execução da pena justa.

No presente trabalho, a indignação da atividade estatal acerca da execução penal deficiente, cingiu-se especificamente a dois fatos que demonstram a inércia do Estado, os quais acarretam evidente excesso de execução: a) a falta de previsão legal da detração do tempo em que o jurisdicionado teve seus direitos cerceados, mesmo sendo inocente, em razão da imposição de medidas cautelares diversas da prisão; b) à falta de previsão legal da detração no caso do cumprimento parcial da pena restritiva de direitos, após a sua conversão em pena privativa de liberdade.

A ausência de previsão legal quanto à detração de pena nestes dois casos, deu ao Estado uma condição de conforto e comodidade quanto ao seu dever de executar a pena de modo justo, como se a deficiência legislativa servisse para eximi-lo de seu dever constitucional de proteger os direitos fundamentais da pessoa condenada.

Com foi visto, a sociedade, comumente, ante a falsa concepção de que a prisão é a única recompensa justa para o delinquente marginalizado socialmente, subestima a aplicação das sanções não encarceradoras como resposta penal, de modo a subjugá-las insignificantes ou até mesmo antiéticas e ratificadoras da impunidade.

Entretanto, restou demonstrado pela pesquisa realizada que as alternativas penais não são apenas ideais utilitaristas que proporcionam economia aos gastos do Estado com os presos custodiados, mas sim, formas mais racionais e eficazes de salvaguarda processual e punição aos crimes de médio e pequeno potencial ofensivo, isto é, as medidas cautelares diversas da prisão e penas alternativas não perdem a sua natureza punitiva por

sua suavidade de cumprimento, e por isso devem ser consideradas pelo Estado no cálculo da pena definitiva por meio da detração penal.

A detração penal tem o escopo de evitar excessos por parte do Estado, impedindo o abuso do poder-dever de punir, sujeitando o sentenciado a uma fração desnecessária de pena, a qual não foi imposta na sentença. Por isso a detração penal deve alcançar TODAS as situações que restrinjam a liberdade do jurisdicionado dentro do processo penal.

Obviamente que a omissão destas duas hipóteses de detração (das medidas cautelares diversas da prisão e da pena restritiva de direitos convertidas em privativa de liberdade), as quais são, respectivamente, sanções jurídico-processuais e penais, enseja a dupla punição do condenado pelo mesmo fato (*bis in idem*), contrariando a natureza jurídica do instituto.

Ora, um sistema científico requer coerência formal entre suas proposições. Assim, havendo demonstráveis ou verdadeiras teorias contraditórias, o sistema se torna inconsistente e exige revisão das proposições que funcionam como seus postulados. *In casu*, imprescindível a utilização de métodos para suprir a deficiência de abrangência do instituto da detração penal, que podem ser tanto o uso da analogia *in bonam partem*, tendo como base o princípio da proporcionalidade, corolário do garantismo penal, quanto uma proposta *de lege ferenda*.

Não havendo legislação garantidora do benefício penal, a deficiência deve ser suprida de forma imediata através com a atividade judicial interpretativa proativa, de modo a resguardar os postulados constitucionais. Ora, ostentando a detração penal natureza jurídica de indiscutível benefício ao jurisdicionado, as suas regras devem ser interpretadas de modo extensivo e ampliativo.

Técnicas processuais devem ser implantadas pelos julgadores para assegurar maior efetividade ao gerenciamento dos processos de execução penal, atribuindo-lhes celeridade e eficiência de modo a resguardar o direito fundamental do sentenciado de ser submetido a execução de uma pena eficaz, eficiente e suficiente (pena justa).

Diante deste postulado, o Juízo da Execução Criminal pode e deve buscar uma interpretação garantista acerca do instituto da detração, e esta interpretação está fundada na Teoria do Garantismo Penal.

Por outro lado, de forma mediata, a lacuna legislativa deve ser sanada com a correção do Sistema Penal por meio da atividade legislativa.

Com efeito, a restrição das liberdades do sentenciado – em sentido lato – por prazo superior àquele imposto na sentença penal condenatória, não infringe apenas a razoável duração do processo (pois amplia o tempo de cumprimento da pena definitiva), mas a dignidade da pessoa humana, pelo abuso do Estado, ante a inobservância dos direitos fundamentais do condenado, que tem o direito de cumprir a pena no exato limite do montante imposto na sentença.

O modelo penal atual, mesmo sendo recepcionado pela Constituição Federal como parâmetro de racionalidade e legitimidade da intervenção punitiva, encontra-se desatendido dos parâmetros garantistas, diante da divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e a ausência de efetividade nos níveis inferiores, o que transforma o modelo numa fachada e com função meramente ideológica, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

A postura do Estado Democrático de Direito frente à legislação penal, deve impor aos seus legisladores, operadores do direito e ao poder sancionador, o respeito e zelo pelos direitos fundamentais dos jurisdicionados condenados criminalmente, com a observância ao princípio da proporcionalidade, e a proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais, pois todos são protagonistas da concretização da promessa constitucional de uma pátria justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo – diálogos entre discricionariedade e democracia*. Revista de Processo, São Paulo, v. 242, a. 40, abr. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2011.

ALLER, Germán. *La Democratización Del Derecho Penal*. In: *Conferencia dada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha (UCLM)*, Toledo, 20 de diciembre de 2013.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de [et al.]. *Código Penal Português anotado*. Coimbra: Almedina, 2003.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: ed. Curitiba Juruá, 2013.

ANDRADE, Vera Regina P. de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de Direito Penal*. 9ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2013.

ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade. Significado e Aplicação Prática*. Campinas: ed. Copola, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., São Paulo: ed. Malheiros, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª edição. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do Processo Penal*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Brasília: ed. Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2007.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: ed. Revan, 2003.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal: parte geral*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. 2º vol. São Paulo: ed. Saraiva, 1973.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: ed. Jorge Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Vicente Sabino Jr. - São Paulo: ed. Martin Claret, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Tradução de Manuel da Costa Andrade. 1974, Coimbra: ed. LDA.

BIANCHINI, Alice, GOMES, Luiz Flávio. *O Direito Penal na era da Globalização*. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2007.

_____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2011.

_____. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*, Porto Alegre: ed. Livraria do advogado, 1995.

_____. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98*. São Paulo: ed. Saraiva, 1999.

_____. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 8ª edição, v.01. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 15ª tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *MEDIDAS CAUTELARES PENAIIS (LEI 12.403/11) Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas*. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, [S.l], ano 1, v. 1, n. 1, Jun. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7152>>. Acesso em: 14.01.2020.

BRAGA, Vera Regina de Almeida. *Pena de multa substitutiva no concurso de crimes*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1997.

BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp n.º 439978 – GO 213/0390866-1, Decisão Monocrática. Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP). Julgado

em 07/05/2015. Disponível em
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188907343/agravo-em-recurso-especial-aresp-439978-go-2013-0390866-1>>. Acessado em 18.11.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 92660 SC 2017/0318635-2. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 26/3/2018. Disponível em
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562303872/recurso-em-habeas-corpus-rhc-92660-sc-2017-0318635-2>> Acessado em 04.06.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg HC 413.273/DF. Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma. Julgado em 20.02.18, DJe 26.02.18). Disponível em
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551806730/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-413273-df-2017-0210027-2/inteiro-teor-551806740?ref=juris-tabs>>. Acessado em 20.11.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 262.103/AP. Quinta Turma. Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em 09.09.2014. Disponível em
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25267184/habeas-corpus-hc-262103-ap-2012-0271685-0-stj/inteiro-teor-25267185?ref=juris-tabs>>. Acessado em 18.05.2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ARE 938.056-AgR/SP. Rel. Min. GILMAR MENDES. 2ª Turma. Julgado em 08.03.16. Disponível em
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10658249>>. Acessado em 03.12.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 12924 RS 2002/0068769-5. Sexta Turma. Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 01/10/2002. Data de Publicação: DJ 04.08.2003. Disponível em
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/232168/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-12924-rs-2002-0068769-5>> Data de Publicação: DJ 04.08.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 197112/RS. Rel. Min. Og Fernandes, Julgado em 23.02.2011, DJe 28.02.2011. Disponível em

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18335136/habeas-corpus-hc-197112>>. Acesso em 02.12.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 262.832/RS. Rel. Min. Marilza Maynard (Des. conv. do TJ/SE), 6ª Turma, julg. em 17/12/2013, DJe 11/03/2014. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B398A8A19D3A3E067BE4105C9108152BC503224F210D>>. Acesso em 02.12.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 366.442/SC. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado. em 18/04/2017, DJe 25/04/2017. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/218925445/stj-26-11-2018-pg-6220?ref=next_button>. Acessado em 20.11.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 1038925/SP. Número único 0060448-91.2014.3.00.0000. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312754415&ext=.pdf>>. Acessado em 18.05.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1178.683 SE 2017/0251790-6. Decisão Monocrática. Terceira turma. Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR. DJe 03.08.2018. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608388671/agravo-em-recurso-especial-aresp-1178683-se-2017-0251790-6/decisao-monocratica-608388686?ref=serp>> Acessado em 03.06.2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF 27.08.205. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acessado em 17.05.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94990/MG , 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 2.12.20008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100198>>. Acessado em 11.05.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 106.481/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgado em 08.02.11. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619969> Acessado em 11.06.20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3150 DF, Distrito Federal 0000552-37.2004.1.00.0000. Plenário. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 31.12.2018 – disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768171224/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3150-df-distrito-federal-0000552-3720041000000/inteiro-teor-768171233> >. Acessado em 02.12.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 347 MC/DF. Plenário. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015 – disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acessado em 18.11.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1.054-QO/EUA. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 29.08.2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=510467>>. Acessado em 18.05.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1216 – QO/EUA. Rel. Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 02.03.2011. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18865708/extradicao-ext-1216/inteiro-teor-104175269?ref=juris-tabs>>. Acessado em 18.05.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1343/Distrito Federal. Rel. Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 21.01.14. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7809487>>. Acessado em 26.05.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 100001/Rio de Janeiro. Relator Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma. Julgado em 11.05.2010. Disponível em

<<http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14352280/habeas-corpus-hc-100001-rj/amp>>. Acessado em 03.12.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 61.195/São Paulo. Rel. Min. Francisco Rezek, Julgamento em 02.09.1983. DJ 23.9.1983. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14686512/recrso-em-haeas-corpus-rhc-61195-sp?ref=legal-quote-trigger>>. Acessado em 06.12.19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 69.865/Paraná. Relator Celso de Mello. 1ª Turma. Julgado em 02.02.1993. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708207/haeas-corpus-hc-69865-pr>>. Acessado em 03.12.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 85217, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 02/08/2005. Disponível em <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763747/recurso-em-habeas-corpus-rhc-85217-sp?ref=legal-quote-trigger> Acessado em 03.12.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 91657/São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 13.09.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>>. Acessado em 25.11.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 93979, Primeira Turma. Relator Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 22.04.2008. DJe de 19.6.08. Disponível: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14721478/habeascorpus-hc-93979-rs>> Acessado em 12.12.19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 123.827/Rio de Janeiro. Relator Ministro Teori Zavaski. Julgado em 17.11.2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006320>>. Acessado em 26.05.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 142.463/Minas Gerais. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 12.09.2017. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13710599>>.

Acessado em 25.11.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 138453/Paraná. Autos 0061824-12.2016.1.00.0000. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 14.12.2016. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416470942/habeas-corpus-hc-138453-pr-parana-0061824-1220161000000?ref=serp>>. Acessado em 25.11.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 132615/São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 01.07.2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC132615ministroCelsodeMello.pdf>>. Acessado em 25.11.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 159.103-00/SP. 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 11.10.1994. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3392673/apelacao-com-revisao-cr-7269415600-sp/inteiro-teor-101421690>> Acessado em 11.06.2020.

BRASIL. TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo em Execução 1027586, 20170020116363RAG - 2ª Turma Criminal. Rel Des. Roberval Casemiro Belinati, julgado em 22/06/2017. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2017/informativo-de-jurisprudencia-n-353/periodo-de-prisao-domiciliar-2014-detracao-da-pena>>. Acessado em 03.06.2020.

BRASIL. TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas corpus 0035836-49.2011.8.19.0000 – 8ª Câmara Criminal. Relator Des. Valmir Ribeiro - Julgamento: 05/10/2011. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115018006/habeas-corpus-hc-309864920118190000-rj-0030986-4920118190000>>. Acessado em 26.05.20.

BRASIL. TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AGV 70074028739. Oitava Câmara Criminal. Relator Des. Naele Ochoa Piazzeta. Julgamento em 18.10.2017. Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514210068/agravo-agv-70074028739-rs/inteiro-teor-514210115?ref=amp>> Acessado em 03.06.2020.

BRASIL. TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo em Execução nº 990.08.023732-2/SP, 16ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Galvão Bruno, Julgado em 30.09.2008. Disponível em <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3089548/agravo-em-execucao-penal-agepn-990080237322-sp/inteiro-teor-101267470>>. Acessado em 26.05.2020.

BRASIL. TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. 6ª Câmara de Direito Criminal. Relator Des. Lauro Mens de Mello. Autos 0003409-09.2015.8.26.0050 SP 0003409-09.2015.8.26.0050. Julgamento 12.04.2018. Disponível em < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566665136/34090920158260050-sp-0003409-0920158260050?ref=serp>> Acesso em 03.06.2020.

BRASIL. TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo em Execução nº 990.10.366979-7. 16ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Borges Pereira, Julgado em 11/1/2011. Disponível em < <file:///C:/Users/najme/Downloads/46-Texto%20do%20artigo-587-2-10-20180507.pdf>> Acessado em 26.05.2020.

BRASIL. TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ag nº 990.10.525101-3, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Toledo, 22.02.2011. Disponível em <www.tjsp.jus.br/jurisprudencia/33401929015/habeas-corpus-hc>. Acessado em 20.11.2019.

BRASIL. TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - RESE nº 0433592-24.2010.8.26.0000/SP, Rel. Des. WILSON BARREIRA, J. 03.02.2011. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/141085407/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-iii-24-03-2017-pg-2827/pdfView>>. Acessado em 26.05.2020.

BRASIL. TRF4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 – Sétima Turma. Relator Des. Gilson Luiz Inácio. Agravo de Execução Penal. EP 5005675-19.2015.404.7004 PR 5005675-19.2015.404.7004. Julgado em 15.12.15. Disponível em <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/269377755/agravo-de-execucao-penal-ep-50056751920154047004-pr-5005675-1920154047004?ref=serp>> Acessado em 03.06.20.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ªed. 7ªreimp. Coimbra: ed. Almedina, 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - parte geral*. Vol. I. 19ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2014.

CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal*. São Paulo: ed. Quartier Latin, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Buenos Aires: ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1947.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral*. Tradução de José Luiz V. de Franceschini e J. B. Prestes Barra, v. 2. São Paulo: ed. Saraiva, 1957.

CARVALHO, Amilton Bueno de; e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3ª ed. amp. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, Salo de. *Garantismo e sistema carcerário: crítica aos fundamentos e à execução da pena privativa de liberdade no Brasil*. Tese de Doutorado. UFPR, Curitiba, 1999.

_____. *Pena e Garantias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003.

CHRISTIE, Nils. *Los limites del dolor*. Traducción de Mariluz Caso. México: Fondo de Cultura Econômica, 1984.

CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 20ª ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2004.

COELHO, Yuri Carneiro. *Introdução ao Direito Penal*. Salvador: ed. Juspodivm, 2009.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. vol. 1. 11ª ed. Barcelona: ed. Bosch, 1953.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

DIGESTO, LIVRO 48, TÍTULO 19, “DE POENIS”, LEI 25 (tradução livre).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ª ed. São Paulo: ed. Revistas dos Tribunais, 1998.

_____ *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2013.

_____ *Penas Restritivas de Direitos: Críticas e Comentários às Penas Alternativas - Lei 9.714 de 25.11.1998*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1999.

FALCONI, Romeu. *Sistema presidencial: reinserção social?* São Paulo: ed. Ícone, 1998.

FARIA, Bento de Antonio. *Anotações theorico-praticas ao CP do Brazil*. Rio de Janeiro: ed. Papellaria União, 1906.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1ª. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2001.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

_____. *Por uma Teoria dos direitos e dos Bens Fundamentais*. Porto Alegre: ed. Livraria do advogado. 2011.

FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo (Coord.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1980.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

FRANZONI GIL, Lise Anne de Borba. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=36707> Acessado em 07.11.2019.

_____. *Temas de Direito Penal – breves anotações sobre a Lei 7209/84*. São Paulo: ed. Saraiva, 1986.

G1. GLOBO (17.07.19). *CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação*. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Consultado em 17 de outubro de 2019.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico, n.º 16).

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: ed. Revan, ICC, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Suspensão Condicional do Processo*. 2.ª ed., São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. *Direito Penal Parte Geral*. 24ª. Ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2019.

GONZAGA, João Bernardino. *O Direito Penal indígena: à época dos descobrimentos do Brasil*. São Paulo: Max Limona, s.d.

GOULD, Stephen Jay. *A Falsa Medida do Homem*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no sistema pena capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HIRECHE, Gamil Föppel El. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ILANUD - Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, SPOSATO, Karyna Batista (Coord.), TEIXEIRA, - 143 - Alessandra (Coord.). *Levantamento nacional sobre execução de Penas Alternativas: relatório final de pesquisa*. São Paulo: ILANUD, 2006.
<<http://www.institutoelo.org.br/site/files/arquivos/0fd18d6254539298f4103bea76fe4e90.pdf>> Acessado em 06.11.2019.

Informativo 545 do STF. Ementa: “Prisão Cautelar - Gravidade do Delito - Reforço de Argumentação pelo Tribunal – Inadmissibilidade (Transcrições). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm>>. Acessado em 19.11.2019.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*, 57ª Edição, São Paulo: ed. Saraiva, 2019.

_____. *Penas alternativas: anotações à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998*. 2. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1999.

_____. *Penas alternativas: anotações à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998*. 2ªed. São Paulo: ed. Saraiva, 2000.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. Ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Gulbenkian, 1997.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: ed. Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. 5ª tiragem. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. 1899, v. 2. Tradução e comentários de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet &C - Editores, Brasília: 2006. Disponível na Biblioteca Nacional do Senado Federal em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>>.

LOPES JÚNIOR, Aury; PRADO, Geraldo; CHIES, Luiz Antônio Bogo; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LUNA, Everaldo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: ed. Saraiva, 1985.

_____; BADARÓ, Gustavo. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. Revista Direito G*V. 15 (2). ISSN 2317-6172. doi:10.1590/2317-6172201916. Consultado em 17 de outubro de 2019.

MARTINEZ, Sara Aragonese. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1996.

MARTINS NETO, João Passos. *Noções preliminares de uma teoria jurídica das liberdades*. Revista Seqüência, n.º 53, 2006.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - vol 1*, 10ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: ed. Malheiros, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n.º 13, jun. 1999. Também em Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, n.º 8, 2004.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/pesquisas/diagnostico10anospoliticanacionalpenasmedi.pdf>>. Acessado em 22.11.2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas*. Brasília/DF, novembro, 2002. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/manuais/MANUALDEPENASALTERNATIVAS.pdf>>. Acessado em 06.11.2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal*. Princípios Orientadores de Riade, p. 68. Disponível em <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN Standards and Norms CPCJ - Portuguese1.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf)>. Acessado em 18.11.2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Relatório de gestão da CGPM*. Brasília/DF, dezembro, 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/Depen/reintegração/penas/relatório/penas2006.pdf>>. Acessado em 06.11.2019.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: B de F Ltda, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 34ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo IV Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Coimbra, janeiro de 2000.

MOLINA, Antonio García-Pablos de & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MOLINARI, Francesca. *La pena pecuniaria e sua problematica in una prospettiva di riforma*. Milano: ed. Giuffrè, 1982.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NALINI, José Renato (Org.). *Magistratura e ética: perspectivas*. São Paulo: Contexto, 2013.

_____. *Pode o juiz melhorar a execução penal?* In: Execução penal: visão do TACRIM-SP. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus (Org.). *Principales Problemas de la Prevención General*. Traducción por el Dr. Gustavo Eduardo Aboso y la Prof. Tea Löw. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2006.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19ª edição. São Paulo: ed. Forense, 2019.

_____. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 12ª edição. Vol. 01. São Paulo: ed. Forense, 2019.

_____. *Manual de Direito Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Marcelo. *Artigo: Abandono material*. Revista Jusbrasil. Publicado em 2014. Disponível em <<https://marcelonucci.jusbrasil.com.br/artigos/118674743/abandono-material>>. Acessado em 26.05.2020.

OLIVEIRA, Filipe Costa. *Detração nas Medidas Cautelares Pessoais: é possível?* Revista SJRJ, Rio de Janeiro, vol. 20, nº. 36, abril 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana; SILVA, Fabíola de Melo. *O instituto da detração da pena e sua aplicabilidade em face das novas medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10921&revista_caderno=22> . Acesso em 02.03.2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 4ª ed., Madrid: ed. Tecnos, 1991.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: ed. RT, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 16ª ed., São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2018.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Do caráter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um Direito Penal Mínimo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1986.

_____. *Lições preliminares de direito*. 24ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REVISTA DA EPM – ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PONTE, Leila Hassen. *Artigo – Da Detração Penal*. 2015. Disponível em <<https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/Acervo/12872?pagina=12>>. Acessado em 02.11.2019.

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIÊNCIAS PENALES DE COSTA RICA, año 9, n.º 13, agosto de 1977.

REVISTA FASCÍCULO DE CIÊNCIAS PENALIS, v. 5, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

REVISTA DE DIREITO DA UNIGRANRIO. MASCARENHAS, Marcella Alves. *O Princípio “Ne Bis In Idem” nos Âmbitos Material e Processual sob o Ponto de Vista do Direito Penal Interno*. Volume 2 – Número 2 – 2009. [on line]. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br>> Acessado em 19.11.2019.

REVISTA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. vol 08, n.º 14. Curitiba, 2016.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: ed. Lemos & Cruz, 2004.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: ed. Saraiva, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: ed. Habitus, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos, La estructura de la teoria del delito*. 2ª ed. Madrid: ed. Cevitas, 1997.

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: ed. Vega Universidade, 2004.

RUBIO, J. de Lamo. *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*. Barcelona: Bosch, 1997.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y Garantismo*. In: *Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Org. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia radical*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2001.

SHECAIRA, S. S.. Penas Alternativas In: Penas Restritivas de Direitos: Críticas e Comentários às Penas Alternativas – Lei n.º 9.714 de 25.11.1998. René Ariel Dotti *et al* (organizadores). São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42ª ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2019.

_____. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: ed. Malheiros, 2002.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.

SOUZA, Paulo S. Xavier, *Individualização da Penal: no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Fernanda Mambrini Rudolfo. Espaço Jurídico Joaçaba, v. 13, n. 2, pag. 243-268, jul./dez. 2012 Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acessado em 10.01.20.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Revista Direito GV, São Paulo , v. 8, n. 1, p. 037-057, Junho, 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?cript=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em 09 de dezembro de 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: ed. Editora Saraiva, 1994.

TOMÁS, José Miguel Sánchez. *Interpretación penal en una dogmática aberta*. ADPCP, Volume LVIII. 2005.

TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. Revista Consultor Jurídico, 8 de junho de 2013. < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>>, Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4.ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Acadêmica, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 3º edição. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2006.

_____, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2007.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.