

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

Leonardo Brandão Amaral

MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO E A
(IM)POSSIBILIDADE DA DETRAÇÃO

Porto Alegre

2022

GRADUAÇÃO



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

LEONARDO BRANDÃO AMARAL

**MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO E A
(IM)POSSIBILIDADE DA DETRAÇÃO**

Dissertação de Mestrado, apresentada com requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira

Porto Alegre

2022

Ficha Catalográfica

A485m Amaral, Leonardo Brandão

Medidas cautelares pessoais alternativas à prisão e a (im)possibilidade da detração / Leonardo Brandão Amaral. – 2023.

129.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira.

1. detração. 2. cautelar. 3. alternativa. 4. atenuante. 5. pena. I. Oliveira, Rodrigo. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

RESUMO

Através do estudo da doutrina e jurisprudência, identificamos as teses que oferecem solução para o problema criado pelo legislador, ao incluir as cautelares alternativas à prisão sem dizer como o seu tempo de cumprimento deverá ser considerado na pena. Buscando similitudes ou identidade entre as cautelares alternativas e as penas, seus regimes de cumprimento e o livramento condicional, e depois observando se as respostas de cada tese respeitam todos os princípios que regulamentam a matéria, chegamos a conclusão que, naquele comparativo, encontramos várias similitudes e identidade. Porém, em razão do grau de restrição ao *status libertatis* que cada uma acarreta, acreditamos que deverá ser considerada na detração como atenuante ou critério do art. 59, CP, dependendo da cautelar e, em algumas situações, dependerá do caso concreto.

Palavras-chave: detração; cautelar; alternativa; atenuante; pena.

ABSTRACT

Through the study of doctrine and jurisprudence, we identified the theses that offer a solution to the problem created by the legislator by including precautionary alternatives to imprisonment without saying how their length of compliance should be considered in the sentence. Searching for similarities or identity between alternative precautionary measures and penalties, their compliance regimes and conditional release, and then observing whether the responses of each thesis respect all the principles that regulate the matter, we come to the conclusion that in that comparison we find several similarities and identities, however, due to the degree of restriction to the status libertatis that each entails, we believe that it should be considered in the detraction, as a mitigating factor or criterion of art. 59, CP, depending on the injunction and, in some situations, it will depend on the specific case.

Keywords: detraction; precautionary; alternative; mitigating; sentence.

SUMÁRIO

Introdução	06
Capítulo I- Alguns Princípios Aplicáveis às Cautelares e Vinculados ao Tema	
1.1 Princípio da Presunção de Inocência	08
1.2 Princípio da Individualização da Pena	14
1.3 Princípio da Culpabilidade	18
Capítulo II – Os Princípios Vinculados ao Tema de Acordo com a Doutrina e Jurisprudência	
2.1 Princípio da Legalidade ou Reserva Legal	22
2.2 Princípio da Proporcionalidade e Seus Três Subprincípios	28
2.3 Princípio da Igualdade ou Isonomia	36
2.4 Princípio da <i>Ne Bis In Idem</i>	40
Capítulo III- Teorias sobre o Reflexo das Cautelares Alternativas Pessoais na Pena, As Atenuantes Genéricas e a Detração Penal	
3.1 As Atenuantes Genéricas	45
3.2 A Detração Penal	49
3.3 Da impossibilidade da Detração das Cautelares e sua Exceção	62
3.4 Da possibilidade da Detração, Atenuante Genérica ou Critério do Art. 59, CP	70
Capítulo IV- As Cautelares Pessoais Alternativas vs Pena e seus Regimes	
4.1 Comparativo Material: Cautelares Alternativas, Penas e seus Regimes	78
4.2 A Aplicação dos Princípios, Os Direitos Humanos e Os Direitos Fundamentais	94
4.3 As teses e a (In)Observância dos Princípios	99
Conclusão	112

INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei nº 12.403/2011, os magistrados não estão mais restritos a decretar somente a prisão como medida cautelar pessoal ou manter o indivíduo livre sem qualquer restrição a sua liberdade. Esta novel legislação criou outras medidas cautelares pessoais diversas da prisão, as quais poderão ser decretadas isoladas ou cumulativamente, tudo no intuito de evitar ao máximo o encarceramento do indivíduo antes de decisão condenatória com trânsito em julgado.

Imaginemos que um indivíduo é suspeito de ter cometido um ilícito cujo tipo e situação autorizam a imposição de medida cautelar pessoal de recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga, e outro sujeito que, embora esteja sendo investigado pelo mesmo tipo penal, a situação não propicia a interposição de qualquer medida cautelar pessoal. Por fim, um terceiro indivíduo, também investigado pelo mesmo tipo penal, a medida cautelar pessoal determinada foi a de comparecimento periódico em juízo e uso de tornozeleira eletrônica. Três sujeitos, mesmo tipo, mas cada um com uma realidade diferente do ponto de vista das cautelares. Mas e a pena? Deveria ela também ser diferente em razão do cumprimento de uma medida cautelar?

Esta questão atualmente se vê em aberto, pois, diferente de quando vigia o binômio privação total da liberdade ou liberdade sem qualquer restrição, em que nossa legislação determinava expressamente a compensação na pena do tempo cumprido à título de recolhimento cautelar (na prisão ou em hospital psiquiátrico ou, na falta deste, outro estabelecimento adequado, conforme o caso) na proporção um dia por um dia, o legislador criou outras medidas cautelares pessoais intermediárias sem definir se, como e quando o tempo cumprido deverá ser considerado na pena.

Em vista disso, o objetivo geral deste trabalho foi identificar quais os reflexos o tempo cumprido em razão das medidas cautelares exerce sobre a pena sanção através da realização de uma análise da doutrina e jurisprudência e, além dos referidos reflexos, identificar quais os princípios são aplicáveis *in casu*, discorrendo primeiro sobre aqueles que entendemos pertinentes, embora não abordados pela doutrina e jurisprudência, e depois aqueles utilizados como fundamento para a forma que a doutrina e jurisprudência solucionam a questão. Começamos apontando os princípios não analisados pela doutrina e jurisprudência estudadas porque compreendemos que a simples leitura deles será suficiente para entender o porquê do nosso posicionamento de que uma decisão que também não observa tais princípios deverá ser taxada de inconstitucional. Discorreu-se, depois, ainda que apuradamente, sobre a atenuante

genérica e a detração, falando de seus conceitos e alcances conforme a doutrina pesquisada, para então ingressarmos nos posicionamentos que encontramos sobre o tema.

Com isso, através do estudo da literatura e decisões de nossos Tribunais, identificamos na doutrina e jurisprudência pátria algumas alternativas que podem ser divididas em dois posicionamentos: os que defendem que não é possível a detração de nenhuma das medidas cautelares alternativas ou que é possível a detração somente do período que o indivíduo esteve efetivamente recolhido em domicílio, no caso da cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga; e aqueles que afirmam que o tempo cumprido deverá ser detraído, ou considerado no momento da definição da pena base, ou como atenuante genérica. Discorreremos, então, sobre os fundamentos e argumentos utilizados por cada um destes posicionamentos.

Após a revisão da literatura e primeiros achados, a partir de uma análise dos posicionamentos que identificamos na doutrina e jurisprudência, para que possamos entender se, como e quando as medidas cautelares deverão refletir na pena, realizamos um comparativo material entre as características de cada uma das medidas alternativas com as características das penas previstas em nossa legislação, dos seus regimes de cumprimento e do livramento condicional, e encerramos o capítulo verificando se os posicionamentos que encontramos especificamente observaram todos os princípios que entendemos pertinentes ao debate (aqueles citados no primeiro e segundo capítulos deste ensaio).

Com isso cremos que o leitor está suficientemente instruído para acompanhar o raciocínio que desenvolvemos na conclusão, momento em que sugerimos as formas de suprir a desídia de nosso legislador que causou o problema aqui debatido.

Desta feita, entendemos que o presente ensaio vem contribuindo para a superação deste problema, visto que buscamos concatenar os argumentos encontrados em nossa pesquisa doutrinária e jurisprudencial, realizando uma observação pontual de cada um dos princípios elencados no primeiro e segundo capítulos e um comparativo material entre as características cada uma das medidas cautelares alternativas com as características das penas previstas em nossa legislação, dos regimes de seu cumprimento e do livramento condicional. Encerramos sugerindo que todas as cautelares deverão ser consideradas na aplicação da pena. Porém, a depender do caso, o abatimento poderá ser feito em medida diferente e/ou ser aplicada quando o condenado alcançar determinado regime de cumprimento de pena.

CAPÍTULO I

Alguns Princípios Aplicáveis às Cautelares e Vinculados ao Tema

Como dito alhures, acreditamos necessário identificar e entender os princípios que oferecem regramentos a serem seguidos quando falamos em reflexo das cautelares alternativas na pena sanção, o que nos levou a enumerar, além daqueles já utilizados como fundamento pela doutrina e jurisprudência estudados, os que compreendemos ser indispensáveis para alcançar as soluções que indicamos ao final deste estudo.

Ressaltamos, por oportuno, que além daqueles referidos neste capítulo e no próximo, outros princípios deverão ser observados quando o juiz for decidir se irá ou não decretar uma das cautelares, bem como, em caso positivo, na escolha de qual(ais) cautelar(res) irá escolher, como, por exemplo, o Princípio do Contraditório, da Excepcionalidade, da Provisionalidade ou Situacionalidade, da Provisoriedade ou Temporaneidade, da Motivação e Princípio da Jurisdicionalidade, os quais não incluímos no presente trabalho por entender que eles não interferem diretamente no objeto investigado.

1.1 O Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência, direito fundamental e garantia da pessoa humana¹, vem prescrito no art. 5º, LVII, CF/1988, quando prescreve que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”².

O princípio remonta aos escritos de Trajano, no Direito Romano, mas foi finalmente consagrado com a Declaração dos Direitos do Homem (1789). No entanto, na Idade Média sofreu ataques e até mesmo uma inversão. Em posição diametralmente oposta ao princípio da inocência, na época da inquisição a dúvida não gerava absolvição, mas uma "semi culpabilidade" e uma "semi condenação" de uma pena leve³.

A Carta Magna de 1215, assinada pelo João sem Terra (onde era previsto a proibição da liberdade ou da propriedade, salvo nos casos previstos em lei, sem antes ter ocorrido um julgamento por seus pares) e a Constituição da Virgínia (1776 – Seção 8) faziam referência ao

¹ WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e Prisões Cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*.

² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal**. Texto compilado até a Emenda nº 107 de 02/07/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 02/07/2020.

³ LOPES JR., Aury. *Idem*. *E-book*.

princípio⁴, mas foi somente em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem, que ocorreu a consagração do princípio da inocência. A Declaração Universal dos Direitos Humanos –DUDH (12/1948) acolheu a presunção de inocência como uma das garantias de um processo justo, acreditando que as violações ocorridas aos direitos humanos durante a Segunda Guerra Mundial poderiam ser evitadas através de um “efetivo sistema de proteção internacional”⁵. Já a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental (Roma, 4/11/1950) ao mesmo tempo em que reconhece o princípio da inocência como fundamental para a “construção e desenvolvimento das garantias processuais”⁶, art. 6.2, cria a Corte Europeia dos Direitos do Homem (art. 19), servindo para dar-lhe efetividade. Reiterado este princípio no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (16/12/1966), art. 14.2, neste instrumento há, ainda, um detalhamento das garantias processuais (art. 14.3). A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948), inserindo-a no tópico *Direito a um Processo Regular*, consagra a presunção de inocência em seu art. 26. Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (22/11/1969), a qual foi depositada pelo Brasil em 25/09/1992 e promulgada em 06/11/1992 através do Decreto n° 678, em seu art. 8.2 estabelece, dentre outras, a presunção de inocência como uma das garantias judiciais⁷.

Em que pese este princípio tenha sido consagrada na Constituição Brasileira pela primeira vez na Carta de 1988, vale lembrar que as constituições anteriores não previam expressamente este princípio, mas, embora se restrinja a especificar os direitos e garantias inscritos na constituição, não excluíam os “[...] outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios nelas adotado”⁸.

Uma vez consagrado na DUDH (1948), não mais se discutia que a igualdade, proteção à liberdade e dignidade da pessoa humana são valores indispensáveis para uma convivência humanitária, o que alcançou a discussão sobre o princípio da inocência e estruturação do processo penal⁹. No julgamento do *Habeas Corpus* n° 45.232, em que se discutiu a constitucionalidade do art. 48, do Decreto-Lei n° 314/1967, em confronto com o art. 150, §35, da Constituição Federal de 1967, o STF entendeu por sua inconstitucionalidade. Aquele artigo previa a possibilidade de suspensão simultânea do cargo ou função na administração pública, autarquia, em sociedade de economia mista, empresa pública e suspensão do exercício da

⁴ WEDY, Miguel Tedesco. *Op. Cit. E-book*.

⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Idem*. Pág. 22.

⁶ *Ibidem*. Pág. 22.

⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Idem*. Pág. 22/23.

⁸ *Ibidem*. Pág. 21/23.

⁹ LOPES JR., Aury. *Idem. E-book*.

profissão ou emprego em entidade privada, em razão da prisão em flagrante ou recebimento da denúncia¹⁰. Em seu voto o Ministro Themístocles Cavalcanti afirma que a proibição das atividades liberais e emprego em entidade privada “[...] grita contra a essência dos princípios humanos que se resumem no direito de sobrevivência, que somente a condenação pode limitar o direito ao trabalho [...]”, que a proibição impossibilita os meios de subsistência, que é “[...] garantia implícita na Constituição, [...] que assegura a todos a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, e dos princípios implícitos a que se refere o § 35 do art. 150. É, portanto, um direito que decorre também do regime adotado pela Constituição”¹¹.

Na doutrina é possível encontrar debates se há ou não diferença entre os termos princípio da inocência ou princípio da “não-culpabilidade”. Para alguns autores (GIACOMOLLI e LOPES JR, etc.), não há que se fazer tal diferenciação, pois se equivalem, “[...] independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual.” Aceitar que a Carta de 1988 recepcionou somente o princípio da “não-culpabilidade” seria uma visão reducionista¹², afastando a presunção de inocência, a qual possui presunção *iuris tantum*, pois há diferença entre dizer que alguém não é culpado ou dizer que ele é inocente. O primeiro traz dúvidas quanto a inocência do sujeito, “é dizer que o sujeito é semi-inocente”, negando, assim, o total alcance do princípio¹³.

A nossa Constituição de 1988, seguindo as Constituições portuguesa e italiana, vai além do previsto nos diplomas internacionais de direitos humanos. Nela a presunção de inocência prevalece até o trânsito em julgado de decisão condenatória (art. 5, LVII, CF/88), não podendo nem mesmo o STF reduzir seu alcance¹⁴.

No recurso de *habeas corpus* nº 126.292/SP, que modifica o entendimento anterior do STF, e que hoje novamente é vigente, autorizando a execução provisória da pena, o Ministro Relator Teori Zavascki lembra que aquela Suprema Corte entendia, já sob a égide da Constituição de 1988, que era possível a execução provisória da pena sem que isso infringisse o princípio da presunção de inocência, entendimento este que fora modificado quando do julgamento do HC nº 84.078/MG (2009). Em seu voto argumenta, dentre outros, que o princípio da inocência evolui durante o processo, representando a sentença um juízo de culpabilidade e, uma vez esgotada a análise das instâncias ordinárias, onde não é mais possível rever os fatos e

¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Idem*. Pág. 24

¹¹ COSTA, Alexandre Araújo. O princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF no século XX, HC 45.232, julgado em 21.2.1968, rel. min. Themístocles Cavalcanti. Disponível em: <https://arcos.org.br/o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf-o-seculo-xx/#4-hc-45232-1968>. Acesso em 02 ago. 2021.

¹² LOPES JR., Aury. *Idem*. *E-book*.

¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Idem*. Pág. 24.

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Idem*. *E-book*.

a prova, mas ainda pendente recurso para instâncias extraordinárias (cuja destinação é manter a higidez do sistema normativo), deve o princípio sofrer, no caso concreto, uma relativização e até mesmo uma inversão. O Ministro falou, ainda, que a proibição da execução provisória da pena, quando pendente somente recurso para as instâncias extraordinárias, vem servindo de mecanismo para evitar a efetiva jurisdição penal, pois são interpostos recursos fadados ao insucesso com único intuito de alcançar a prescrição, já que o último marco interruptivo é a publicação da sentença condenatória.

Para LOPES JR, “Não pode o STF, como fez no HC 126.292 [autorizando a execução antecipada da pena] reinventar conceitos [trânsito em julgado] processuais assentados em – literalmente – séculos de estudos e discussão”¹⁵. Encerra, adiante, afirmando que “O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador de Direito Processual Penal”¹⁶.

Nosso entendimento é na mesma linha de LOPES JR., e de tantos outros, que a execução da pena só poderá ocorrer após o trânsito em julgado, visto que este é o marco constitucional (cláusula *pétrea*), e não é dado ao judiciário poderes para modificar este marco através de qualquer tipo de “interpretação” (conceitual ou não).

Para CRUZ, o princípio da inocência funciona como “norma probatória (ou regra de juízo)” ou como norma de tratamento. A primeira garante que o acusado não seja condenado baseado em probabilidade (exige a certeza, pois a dúvida acarreta a absolvição), atribuindo ao acusador a obrigação de demonstrar através da prova a culpa do acusado (esta prova deverá ser adquirida através de “meios lícitos e legítimos e sob o crivo do contraditório”¹⁷). Verdadeiro princípio informador no processo penal da valoração da prova que é, alcança todas as suas fases, pré-processual e processual, tendo por objetivo proteger o acusado de um julgamento (pelo juiz, poderes públicos e meios de comunicação) baseado em suspeitas¹⁸. A dúvida causará o mesmo efeito no tocante aos elementos fáticos, aos elementos normativos do tipo, participação e culpabilidade. Entretanto, com as excludentes, o raciocínio deverá ser o inverso, existindo dúvidas quanto a sua existência, ela deverá ser reconhecida. Este princípio também deverá ser aplicado na individualização da pena: havendo dúvidas deverá o juiz reconhecer ou excluir o direito do acusado, conforme o caso¹⁹.

A segunda, norma de tratamento, determina que o respeito a dignidade do acusado deve

¹⁵ LOPES JR., Aury. *Idem. E-book*.

¹⁶ *Ibidem*. Prisões Cautelares. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

¹⁷ CRUZ, Rogério Schietti. *Idem*. Pág. 74. No mesmo sentido, WEDY, Miguel Tedesco. *Op. Cit. E-book*.

¹⁸ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pág. 190.

¹⁹ MAIER, Júlio B. J. Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos. 2 ed. Buenos Aires : Del Puerto, 1996. Pág. 500.

ser preservado por todos que estiverem envolvidos na investigação ou processo, e proíbe que seja dispensado ao acusado o mesmo tratamento dado a quem já possui condenação com trânsito em julgado²⁰. Todavia, “por sua natureza de verdade provisória”, ela não impede a decretação de medidas cautelares pessoais, o que levaria a um processo penal “[...] desarmado, inoperante e estéril para alcançar seus fins”, mas exige que a medida cautelar seja necessária e sirva como instrumento do processo (“limites teleológicos”), bem como fundamentada na prova da culpabilidade apresentada pelo acusador ou que tenha surgido durante o processo²¹.

A eficácia do princípio da inocência, para MORAES, atinge três dimensões: como norma de tratamento (nos mesmos moldes da doutrina antes citada), como norma probatória e como norma de julgamento. Ele entende que a divisão feita desta forma esclarece que no primeiro deve haver “[...] uma atividade probatória lícita, incriminadora e atribuída ao órgão da acusação”, sendo estes os aspectos objetivos que não possuem relação com a “[...] subjetividade inerente às noções de suficiência, probabilidade, dúvida, entre outras, peculiares ao âmbito da presunção de inocência como ‘norma de juízo’”²².

No âmbito da “norma probatória”, há determinação de quem é a responsabilidade de realizar a prova (acusador), por quais meios e o que deve ser provado. A mera convicção do juiz não é suficiente para um édito condenatório, é indispensável a existência de provas que leve a certeza do fato e culpabilidade do acusado. Portanto, as meras suspeitas ou opiniões emitidas pelos meios de comunicação, ou mesmo quaisquer elementos que não façam parte do processo (inclusive a prova inquisitorial quando não confirmada durante a formação da culpa no processo), não podem ser consideradas para a prolação de uma sentença²³.

Como “norma de juízo” está voltada à análise do material probatório, seja para decidir por sua suficiência ou insuficiência, seja para determinar qual a norma melhor aplicável ao caso concreto. A diferença entre “norma de juízo” e “norma probatória” reside na objetividade desta (verifica-se se foi produzida prova incriminadora e lícita, considerado desde a sua procura), sem questionar de sua suficiência, enquanto aquela, “norma de juízo”, é a análise da prova já produzida, sob a égide da presunção de inocência, para identificar se ela é suficiente ou não para uma condenação (subjetividade que reside no conceito de suficiência)²⁴. Nos dizeres de LOPES JR, é uma norma “[...] diretamente relacionada à definição e observância do ‘standard

²⁰ LOPES JR., Aury. *Idem. E-book*.

²¹ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pág. 191/192.

²² MORAES, Maurício Zanóide de. *Op. Cit.* Pág. 464

²³ *Ibidem.* Pág. 466.

²⁴ *Ibidem.* Pág. 466.

probatório”²⁵.

Parte da doutrina utiliza o termo “ônus da prova” no processo penal, referindo-se à responsabilidade do acusador, à exemplo de NICOLITT: “[...] além de distribuir o ônus da prova, o princípio se irradia orientando a conduta do juiz no momento o julgamento quando preceitua a regra *in dubio pro reo*”²⁶). Acreditamos, seguindo MAIER, que o ônus é bem utilizado no direito processual civil, onde as partes deverão provar os direitos alegados e o magistrado irá sentenciar de acordo com a prova mais satisfatória. Em sede de processo penal o acusado não tem responsabilidade de realizar a prova, é mais um direito seu, potestade, faculdade de produzir ou não. A inocência do acusado não precisa ser comprovada, ela já existe em razão da presunção de inocência, por isso a obrigação de realização da prova de culpa recai inteiramente sobre o acusador. Não se desincumbindo de tal obrigação, ainda que o acusado não tenha produzido provas, o magistrado não poderá emitir um juízo condenatório²⁷.

Em razão do princípio da inocência as medidas cautelares somente poderão ser decretadas se a serviço/instrumento do processo penal, jamais como antecipação de uma pena²⁸, ou nos dizeres de WEDY, “[...] só pode ser admitida a prisão e a violação da garantia constitucional da presunção de inocência em caso extremo, [...] na qual a medida cautelar seja de fato o instrumento do instrumento chamado processo”²⁹. Para afastar a ideia de antecipação da tutela penal material e manter seu caráter instrumental, o decreto da medida cautelar (qualquer uma das previstas no art. 319, CPP), deverá observar todos os princípios atinentes às cautelares e requisitos legais. Portanto, não mais se admite a decretação da prisão cautelar fundada na espécie ou gravidade do delito imputado, na credibilidade das instituições, em nome da defesa social ou como consequência imediata do *quantum* da pena a ser aplicada, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência³⁰.

Até a edição da Lei n° 5.349/ 1967, que modificou os art. 311 a 316, CPP então vigente, com modificação posterior do art. 313, CPP, pela Lei n° 6.416/1977, a regra era a prisão preventiva para os crimes em que a pena de prisão prevista era igual ou superior a dez anos, era a chamada custódia obrigatória ou compulsória.

²⁵ LOPES JR., Aury. *Idem. E-book*.

²⁶ NICOLITT, André. *Op. Cit.* Pág. 47-48.

²⁷ MAIER, Júlio B. J. *Op. Cit.* Pág. 505/506.

²⁸ “Destarte, se a presunção da inocência não chega a ser totalmente incompatível com o instituto da prisão preventiva, contém uma regra de tratamento do imputado que desempenha a função de *limite teleológico* da prisão preventiva: a legitimidade da prisão provisória depende da legitimidade dos fins que lhe são atribuídos. Somente há incompatibilidade quando essa medida cautelar for aplicada com autonomia em relação ao processo, isto é, com a finalidade de antecipação da pena. [...]” (SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pág. 192).

²⁹ WEDY, Miguel Tedesco. *Op. Cit. E-book*.

³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Idem.* Pág. 26. Neste sentido: AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Op. Cit.* Pág. 31-32.

Além desta prisão ser baseada em argumento insustentável, atingia a autonomia do magistrado e o princípio da reserva legal, pois o juiz não podia decidir quanto à conveniência ou não da medida, mas simplesmente decretá-la em razão de dispositivo legal³¹. Reconhecendo o avanço e importância desta exclusão legal, da prisão compulsória, NORONHA afirma que “Louvores merece, pois, a Lei nº 5.349 por haver dado nova redação ao art. 312”³².

Atualmente a prisão preventiva só poderá ser aplicada se insuficiente a aplicação das medidas menos gravosas, de forma individual ou conjugadas com outra ou outras medidas, relegando-a à *extrema última ratio*³³. Com a reforma de 2011, restaram superadas as prisões decorrentes da sentença de pronúncia e da sentença condenatória recorrível, recebendo, agora, conforme os art. 413, §3º, e art. 387, §1º, ambos do CPP, o mesmo tratamento das prisões provisórias³⁴. Entretanto, o art. 492, “e”, CPP, determinou o decreto da prisão provisória (disfarçada de execução provisória) para os crimes com pena igual ou superior a 15 (quinze anos) em sentenças proferidas pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, o que fere o princípio da presunção de inocência, visto que o Brasil adota a “culpabilidade normativa”, ou seja, somente há que se falar em culpado após o trânsito em julgado de decisão condenatória, não servindo como argumento válido a invocação do direito comparado, pois desconsidera a especificidade de cada sistema recursal, ou da impossibilidade de revisão dos fatos e da prova nos recursos extraordinários, já que o número de reversão de efeitos é alarmante (em torno de 46%, conforme LOPES JR)³⁵.

1.2 Princípio da Individualização da Pena

Há que se entender, *ab initio*, o que é individualização da pena, o que fazemos ao recorrer o conceito sustentado por BOSCHI quando afirma que “Individualizar a pena é torná-la única, singular, específica para o caso concreto e seu autor. A garantia previne o tratamento de massa em direito penal”³⁶.

Inscrito na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLVI (“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:”) e, dentre outros, no art. 59,

³¹ NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. Atual. por ARANHA, José Q. T. de Camargo. São Paulo: Saraiva, 1995, pag. 174.

³² *Ibidem*. pag. 174.

³³ MEDRADO, Wank Remy de Sena. A Detração Penal nas Medidas Cautelares Diversas da Prisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2016. Pág. 37-38.

³⁴ LOPES JR., Aury. *Idem*. E-book.

³⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Idem*. Pág. 24.

³⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Pág. 53.

CP, e no art. 5º, Lei nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal - LEP, ele possui alcance na fase legislativa (chamada de *cominação*, quando o legislador determina quais os bens que serão protegidos pela lei penal, atribuindo-lhes um marco qualitativo e quantitativo, mínimo e máximo, de pena possível a ser aplicada ao caso concreto, observando a gravidade e importância do bem protegido, não podendo atribuir pena menor ou igual para bens de importância superior –p. ex., um homicídio deverá ter previsão de sanção maior que àquela prevista para um crime contra a propriedade), na fase judicial (no momento em que o magistrado fixou a pena a ser aplicada) e na execução da pena imposta³⁷.

Materialmente falando, o princípio da individualização da pena significa que esta deverá atender às características do agente, do fato e da vítima, ou seja, levar em consideração todas as circunstâncias do delito. Embora o momento da fixação da pena seja um ato carregado de certa discricionariedade, não é ele um ato arbitrário do magistrado, pois este se mantém vinculado às funções da pena e determinações legais³⁸ (p. ex., art. 59, CP, apontando a culpabilidade do agente -aqui como pressuposto indispensável e limite inultrapassável da pena- como marco máximo de sanção que poderá ser aplicada, ou, em outras palavras, a pena nunca poderá ser definida além do grau de culpabilidade do agente, demonstrando o compromisso do Código Penal com o princípio da *nullum crimen sine culpa*)³⁹. Neste momento, de fixação da pena a ser arbitrada, o juiz deve se despir de todos os seus princípios, ideologias ou simpatias, devendo se ater exclusivamente a critérios objetivos, ou, como bem diz JESCHECK, “Em esa labor, el juez debe liberarse de los prejuicios persoanles, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente conforme a critérios objetivos de valoración”⁴⁰.

Devemos observar, ainda, lembrando o escólio do FRANCO, que cada uma das circunstâncias do art. 59, CP, deverá estar vinculada a um elemento fático constante dentro do processo, evitando que a prescrição legal não passe de palavras vazias de sentido ou alcance. Daí ser de suma importância o magistrado fundamentar e motivar sua decisão, pois só assim será possível transitarmos pela lógica utilizada para definir a pena *in concreto*⁴¹.

Nosso Código Penal vigente reza, em seu art. 59, que o magistrado irá considerar as circunstâncias judiciais ao fixar a pena suficiente para reprovação e prevenção do crime. Já no art. 60, CP, diz que, na fixação da pena de multa, o juiz deverá observar as condições

³⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. vol 1. 24 ed. São Paulo: Altas, 2022. *E-book*.

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Idem*. Pág. 82.

³⁹ FRANCO, Alberto Silva (org); *et al.* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Vol I. Parte Geral. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 1025.

⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tradução Dr. José Luis Manzanares Samaniego. 4 ed. Comares: Granada, 1993. Pág. 787.

⁴¹ FRANCO, Alberto Silva (org); *et. al.* *Idem*. Pág. 1025/1028.

econômicas do réu. No art. 29 (concurso de pessoas), art. 61, (circunstâncias agravantes), art. 62 (agravantes no caso de concurso de pessoas), art. 65 (circunstâncias atenuantes expressas) e no art. 66 (circunstâncias atenuantes não-expressas ou genéricas), todos do CP, também é possível identificar a obrigatoriedade de observação de critérios ligados ao réu que influenciam na individualização da pena. Porém, é no art. 68, CP, que vem determinado a forma que a pena será fixada: pena base de acordo com os critérios do art. 59, CP; após devem ser consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; e, por último, as causas de diminuição e de aumento da pena. Por fim, o art. 33, CP, estabelece que o regime inicial de cumprimento da pena será determinado de acordo com o previsto no art. 59, CP⁴².

Quando se trata da individualização da pena a apreciação de outros princípios se mostra obrigatório, pois, como afirma BOSCHI, “são como vasos comunicantes”⁴³, sendo eles: o princípio da legalidade (as penas deverão ser aquelas prescritas na lei, tanto na quantidade quanto na qualidade); culpabilidade (na concepção de pressuposto para a aplicação da pena, somente o agente que criou o risco proibido e tinha capacidade e possibilidade de agir conforme a lei poderá responder pelo crime⁴⁴, e como medida da pena, a pena não poderá ser aplicada, em sua qualidade e quantidade, além da culpabilidade do agente); da irretroatividade (a lei material não irá retroagir para regular fatos anterior a sua existência, salvo se em benefício do réu -princípio da retroatividade da lei mais benéfica); e; da proporcionalidade (a pena deverá ser proporcional ao dano causado, tanto em sua adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dito).

Individualizar a pena é respeitar também o princípio da igualdade. Como já vimos, para que haja igualdade de tratamento é necessário que se respeitem as desigualdades (tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual nos limites de sua desigualdade). Não seria diferente no campo da aplicação da sanção penal. Há que se observar as circunstâncias e características de cada caso, de cada agente e de cada vítima para que seja determinado qual a pena, qualitativa e quantitativamente, será a “*justa*” para a prevenção e reprovação do crime, não se admitindo o “*tratamento de massa*” pelo magistrado⁴⁵.

⁴² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* Pág. 576/577.

⁴³ BOSCHI, José Antônio Paganella. Individualização da pena. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul - AMPRS Porto Alegre, nº 44. Pág. 123/149, 20-?. Disponível em http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281015132.pdf. Acesso em 24 de out. de 2021.

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2 ed. rev. Tradução Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Pág. 138. A culpabilidade, para alguns autores, a exemplo de MARQUES, NORONHA, REALY JR. e FRAGOSO, faria parte do tipo, sendo o crime um fato típico, jurídico e culpável. Entretanto, para outros, aos quais nos filiamos, a culpabilidade é fundamento da pena, pois despida do dolo e da culpa, passa a ser um puro juízo normativo. Crime seria, então, fato típico e jurídico. Pág. 163/164.

⁴⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Idem*. Pág. 45-140.

Mas não só o princípio da igualdade é conjugado pelo magistrado para se alcançar a “*justa*” pena. O princípio da personalidade e o da proporcionalidade também deverão ser observados. Pelo princípio da personalidade (previsto na Declaração dos Direitos do Homem e no art. 5º, XLV, CF – “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”) o juiz está impedido de responsabilizar pessoa que não esteja ligada, ao menos culposamente, com o fato ou com o autor do fato. Fica vedada a transferência da responsabilidade a terceira pessoa⁴⁶. A proporcionalidade, ao seu turno, irá guiar o juiz na escolha da qualidade e quantidade da pena (para encontrar o “ideal da proporcionalidade entre a ação criminosa e a resposta penal”), dentre o mínimo e o máximo previsto abstratamente no tipo, tal qual na substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou multa e na concessão ou não dos sursis⁴⁷.

Encerrando o ponto, embora o princípio da individualização da pena tenha vigorado na Constituição de 1946 como uma norma programática, e somente em 1977, com a reforma penal e penitenciária tenha sido reconhecido como princípio, de acordo com BRITO, é na execução que o destino do condenado é realmente definido. Certo que na sentença constarão determinações que deverão ser cumpridas durante a execução, porém, conforme dita o art. 5º, Lei de Execuções Penais - LEP, “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”⁴⁸.

Contudo, é inegável que este princípio possui grande relevância também no momento da fixação da pena, com especial atenção, além do art. 59, CP, ao art. 387, § 2º, CPP, com a nova redação dada pela Lei nº 12.736/2012, que determina ao magistrado que aplique a detração com o fim de determinar o regime inicial (se não resultar na modificação do regime, o magistrado irá justificar e deixa que a aplicação seja realizada pelo juiz da execução).

A crítica lançada por LOPES JR ao critério “personalidade” como forma de definir a pena, o regime de cumprimento e a execução é de grande eloquência e relevância. De acordo com sua doutrina, não é possível que o juiz identifique qual a personalidade do agente, pois seria necessária uma série de estudos que não são realizados⁴⁹.

A personalidade, então, não poderia servir de juízo de desvalor, pois

[...] toda e qualquer avaliação sobre a personalidade de alguém é inquisitiva, visto estabelecer juízos sobre a interioridade do agente. Também é autoritária, devido às concepções naturalistas em relação ao sujeito autor do fato criminoso. Trata-se de

⁴⁶ BOSCHI observa que em várias situações este princípio é desrespeitado por nossa legislação. Citamos, à título exemplificativo, quando uma empresa é condenada por crime financeiro e seus cotistas ou acionistas acabaram sofrendo prejuízos patrimoniais sem que, muitas vezes, sequer soubessem dos fatos que não são imputáveis a eles, mas sim ao administrador ou gerente. *Ibidem*. Pág. 49/50.

⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 56-150.

⁴⁸ BRITO, Alexis Couto. Execução Penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Idem*. Pág. 186.

efetivar-se o superadíssimo direito penal do autor, [...] O diagnóstico acerca da ‘personalidade’ é praticamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal) e, não raras vezes, demonstra um psicologismo rasteiro e reducionista, até porque não possui o juiz conhecimento e condições de aferir a personalidade de alguém (existem mais de 50 definições diferentes sobre ‘personalidade’), menos ainda nessas condições⁵⁰.

Entendemos que a crítica seria somente em caso de valoração negativa, mas se em benefício do réu, não haveria nenhuma ilegalidade.

1.3 Princípio da Culpabilidade

Nullum crimen sine culpa. O princípio da culpabilidade, que embora não tenha previsão legal expressa em nossa Constituição, é retirado do texto constitucional e em especial do princípio da dignidade da pessoa humana⁵¹. Lembrando a lição de DOTTI, não é aceitável que uma pessoa responda por aquilo que é, mas somente por aquilo que fez, “A sua conduta é a base e a razão de ser da incriminação, máxima no sistema positivo que não admite a imposição de medida de segurança para o imputável”. Mais adiante recorda que o Código Penal adotou a teoria normativa pura da culpabilidade “porque exige do sujeito imputável e capaz de adquirir a consciência da ilicitude de seu proceder, uma conduta adequada aos comandos jurídicos-penais”⁵². Portanto, o juízo de culpabilidade irá recair sobre aquele que, tendo condições de alcançar ou entender o caráter ilícito, e se coordenar de acordo com este entendimento, agiu de forma contrária ao direito.

Este é, de acordo com ZAFFARONI, dentre os princípios que derivam do estado de direito, o mais importante, pois sua violação é prova do desconhecimento do conceito de pessoa. “Imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena baseada apenas na acusação) equivale a rebaixar o autor à condição de *coisa causante*”⁵³.

Três são as teorias que tratam do assunto: teoria psicológica (pura), teoria psicológica-normativa e teoria normativa (pura). De acordo com a teoria psicológica da culpabilidade, baseada na teoria causal ou naturalista da ação, dois seriam seus elementos: a imputabilidade (ou capacidade de culpabilidade) e a relação psicológica do autor com o fato. O primeiro é a capacidade do sujeito (geral ou abstrato) entender o valor do fato e de querer conforme essa compreensão. O segundo é a relação psicológica existente entre o autor e o fato, é a consciência

⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 864.

⁵¹ GRECO, Rogério. *Op. Cit. E-book*.

⁵² DOTTI, René Ariel. *Idem*. Pág. 510, 512.

⁵³ ZAFFARONI, E. Raul; *et al. Idem*. Pág. 245.

e a vontade do sujeito realizar determinada conduta típica ou quando o resultado é causado por negligência, imprudência ou imperícia. Esta teoria falha por não conseguir explicar a imprudência inconsciente (que não possui qualquer relação psicológica com o autor) e as hipóteses de inexigibilidade de conduta adversa, bem como se assim fosse, os inimputáveis também seriam responsáveis, pois são inteiramente capazes de agir com consciência e determinação⁵⁴. SANTOS leciona que “[...] por outro lado, a estrutura meramente psicológica do conceito é insuficiente para compreender e valorar situações de anormal motivação da vontade”, hoje chamada de inexigibilidade de conduta adversa⁵⁵.

Para a teoria psicológico-normativo (ou psicológica normativa pura como tratam alguns autores) o conceito de culpabilidade não poderia ser visto somente como um liame psicológico entre autor e o fato ou entre o autor e o resultado, mas sim um juízo de reprovabilidade/valoração de um fato culposo ou doloso. Portanto, culpa e dolo não são espécies da culpabilidade, mas seus elementos⁵⁶. Surge então a inclusão do elemento normativo fazendo com que a culpabilidade passe a ser composto da seguinte forma: “a) capacidade de culpabilidade; b) relação psicológica concreta do autor com o fato; c) exigibilidade de comportamento diverso, fundada na normalidade das circunstâncias do fato”⁵⁷.

Ao surgir a teoria finalista da ação, desloca-se o dolo e a culpa para o tipo, agora como seus elementos, restando para a culpabilidade somente elementos normativos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta adversa (ou exigibilidade de conduta conforme a norma). É a teoria normativa (ou normativa pura). Com isso a culpabilidade deixa de ser considerada como fundamento da pena e passa a ser vista como limitação do poder punitivo, garantindo a “liberdade do cidadão contra o poder do Estado”⁵⁸.

Entendemos que devem ser abandonadas as doutrinas que sustentam que a personalidade do autor deve ser mantida na atividade delituosa e aquelas que falam em “culpabilidade de caráter”, que é aquela ligada ao comportamento do agente que acaba criando traços de caráter voltados à delinquência, ou na lição de MARQUES, é aquela que se liga “[...] a culpabilidade ao fato de haver criado o agente, com seus próprios atos, qualidade de caráter de que provém um comportamento criminoso”⁵⁹. BRUNO esclarece, ao tratar da culpabilidade de caráter, que “[...] o agente seria culpado não pelo ato, mas pelo caráter que ele deixou que

⁵⁴ DOTTL, René Ariel. *Idem*. Pág. 511.

⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* Pág. 283/284.

⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 283.

⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 285.

⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 287/288.

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. O Delinquente, a Sanção Penal, a Pretensão Punitiva., Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1956. Pág. 67.

em si mesmo se formasse e do qual resulta a sua criminalidade"⁶⁰. Em ambos os casos o que ocorre é um verdadeiro direito penal do autor, o que não é admitido em nossa legislação.

A culpabilidade, então, para FRANCO, pode ser vista como pressuposto para a aplicação da pena ou como seu fundamento e medida⁶¹. Para aqueles que entendem que o crime é um fato típico, jurídico e culpável (teoria tripartida do tipo), a culpabilidade faz parte do conceito de crime e seria um pressuposto da pena. Já para aqueles que entendem que o crime é um fato típico e ilícito, a culpabilidade não passa de um puro juízo normativo (teoria normativa da culpabilidade), sendo, portanto, fundamento para a aplicação da pena e seu limite intransponível⁶².

DIAS aponta como de suma importância a culpa como medida da pena, responsável por garantir a “inviolabilidade da dignidade da pessoa humana”, e “condição necessária, mas não suficiente, de aplicação da pena.” Surge então, com este viés “[...] ‘unilateral’ de relacionamento da culpa com a pena, um direito penal de culpa [...] como instrumento político-criminal indispensável para o qual não se divisa hoje qualquer alternativa viável”⁶³.

A culpabilidade ainda poderá ser vista por três prismas: a) como terceira característica integrante do conceito analítico de crime: primeiro é feita a verificação se o fato é típico, sendo típico, se é ilícito e, se típico e ilícito, é feita a verificação se o autor é culpável (imputável); b) como medida da pena: concluindo o magistrado que o agente é imputável, estará ele, em tese, condenado. Neste momento o juiz deverá, observando os critérios do art. 59, CP, definir qual o tipo de pena e sua quantidade aplicável ao caso que sejam suficientes para reprovação e prevenção do crime, sempre com atenção à culpabilidade do autor, pois ela é que irá servir para determinar a pena adequada, tal qual o limite aplicável ao caso, impedindo a determinação de uma pena que exceda a culpabilidade da pena; c) como princípio que impede a responsabilidade penal objetiva: em razão do princípio da culpabilidade por este viés, ninguém poderá ser responsabilizado se não tiver agido, no mínimo, com culpa. GRECO assim resume o ponto: “Os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva”⁶⁴.

⁶⁰ BRUNO, Anibal. A Culpabilidade. São Paulo: Ver. Pernambucana de Direito Penal e Criminologia, 1954. Pág. 278 *apud* MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. O Delinquente, a Sanção Penal, a Pretensão Punitiva., Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1956. Pág. 68.

⁶¹ FRANCO, Alberto Silva (org); *et al. Idem*. Pág. 1025.

⁶² BOSCHI, José Antônio Paganella. *Idem*. Pág. 163/164.

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte Geral. As Consequências Jurídicas do Crime. Tomo II. 2 ed. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 73.

⁶⁴ GRECO, Rogério. *Op. Cit. E-book*.

A teoria normativa da culpa é a adotada por nossa legislação. Portanto, é a culpabilidade que autoriza que alguém receba uma reprimenda criminal, sua quantidade e qualidade. Não é à toa que o art. 59, CP, determina que o juiz deverá observar a culpabilidade, os antecedentes a conduta social, à personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima, para estabelecer: as penas aplicáveis dentre aquelas cominadas para o tipo; a quantidade de pena aplicável, observando os limites; o regime inicial de cumprimento da pena; se cabível, a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena.

Os princípios até aqui comentados não esgotam o tema, mas cremos que, além daqueles apreciados pelas teses que encontramos em nossos estudos, e passaremos a estudar a seguir, são de observação indispensável para que a decisão não seja taxada de inconstitucional.

Capítulo II

Os Princípios Vinculados ao Tema de Acordo com a Doutrina e Jurisprudência

No capítulo anterior falamos um pouco sobre o princípio da inocência, princípio da individualização da pena e princípio da culpabilidade. Mesmo estudando estes princípios de forma apurada entendemos que já é possível reconhecer que a observância deles se mostra indispensável para que a decisão não seja taxada de inconstitucional, pois, em apertada síntese, o sujeito que cumpre uma medida cautelar, a qual possui identidade ou semelhança, materialmente falando, com as penas alternativas, com a pena de privação total da liberdade, com seus regimes de cumprimento ou liberdade condicional terá cumprido uma sanção se este não for, de alguma forma, considerado ao final, no cálculo da pena ou em sua aplicação. Assim sendo, em caso de condenação a pena cumprida será maior que aquela correspondente a sua culpabilidade, já que somada a pena imposta pelo magistrado em sentença, o que irá causar um apenamento igualitário entre sujeitos, visto que aquele que cumpriu medida cautelar terá uma sanção igual àquele que não cumpriu, em afronta ao princípio da individualização da pena, e será considerado culpado antes mesmo de uma sentença penal com trânsito em julgado, já que o tempo de cautelar cumprido e ignorado na sentença é uma sanção cumprida durante o trâmite do processo. E se ao final o sujeito vier a ser absolvido tais apontamentos se mostram ainda mais verdadeiros.

Todavia, não são somente estes princípios que deverão ser respeitados ao buscarmos uma solução para a falta do legislador. A doutrina e jurisprudência pesquisadas fundamentam suas soluções em outros princípios de igual relevância, os quais passamos a comentar a seguir.

2.1 Princípio da Legalidade ou Reserva Legal

O princípio da legalidade, postulado básico do Estado de Direito e que visa proteger o direito à liberdade e dignidade da pessoa humana e reside na exigência de segurança jurídica⁶⁵, consagrado por FEUERBACH, como lembra BITENCOURT, na fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁶⁶, ao contrário do que alguns possam imaginar, não tem sua origem no

⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 10 ed. atual. e rev. Barcelona: Reppertor, 2016. Pág. 114.

⁶⁶ CAIROLI MARTINEZ, Milton. Curso de Derecho Penal Uruguao. 2 ed. 2 reimp. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990, t1. Pág. 99 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1. 12 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 11.

Direito Romano, sendo desconhecido no Império Romano e do Direito Justiniano, quando a *Crimina Extraordinária* previa delitos amplos e quase ilimitados, e do direito germano-alemão antigo. Na verdade, ele surgiu somente na época do *iluminismo*, com a luta contra a arbitrariedade dos juízes e da autoridade⁶⁷.

No Direito Internacional o Código Penal da Bavária, de 1813, foi a primeira legislação penal a prescrever o princípio da reserva legal, acompanhada, depois, pela Prússia, em 1851, e pela Alemanha, em 1871, vindo a ser adotada por todas as legislações penais ocidentais⁶⁸.

Para MIR PUIG as legislações anteriores à Revolução Francesa (pela primeira vez o princípio é concebido como limitação ao poder punitivo do estado e é adotado como garantia da liberdade do cidadão), não previam o princípio da legalidade da forma que é vista na modernidade. Cita a *Magna Carta Libertatum* inglesa, de 1215, e *Constitutio Criminalis Carolina germânica*, de 1532, pois aquela não excluía os costumes e aparentemente teria função de garantia processual, enquanto esta não proibia a analogia *in malam partem*⁶⁹.

No Brasil o princípio da reserva legal surge na Constituição Política do Império do Brasil de 1824⁷⁰, trazendo traços do princípio do juiz natural e do devido processo legal. As Constituições brasileiras, com exceção das constituições de 1937 e de 1967, repetiram a mesma fórmula, culminando com a de 1988, cujo texto é quase idêntico daquele constante no Código Penal. A este princípio também estão vinculadas a proibição das penas previstas no art. 5º, XLVII, CF/88, (pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, e cruéis)⁷¹. Atualmente este princípio vem insculpido no art. 1º, *verbis*: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” A Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, XXXIX (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”), concedeu ao princípio da legalidade status de garantia constitucional, representando a máxima garantia aos direitos fundamentais do cidadão⁷².

O princípio da legalidade penal, para ZAFFARONI, tem por complemento o princípio geral de legalidade, previsto no art. 5, II, CF/88 –ninguém será obrigado a fazer ou deixar de

⁶⁷ WELSEN, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traduzido do alemão por FONTÁN BALESTRA, Carlos com colaboração de Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956. Pág. 26-27.

⁶⁸ SANTOS, Juez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 3 ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. Pág. 20.

⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. *Idem*. Pág. 114-115.

⁷⁰ “art. 179, XI - ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude da lei anterior, e na forma por ella prescripta”.

⁷¹ ZAFFARONI, E. Raul; *et al.* Direito Penal Brasileiro, Volume I, Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. 3 reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2017. Pág. 202.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Idem*. Pág. 10-11.

fazer alguma coisa senão em virtude de lei” –, sendo que “Legalidade e reserva constituem dois indícios da própria garantia da legalidade, correspondentes a um único requerimento de racionalidade no exercício do poder, emergente do princípio republicano de governo”⁷³.

Tal princípio impõe restrições ao poder punitivo do Estado ao afirmar que ele só poderá utilizar o direito penal como forma repressiva quando a situação estiver prevista como crime na legislação, e só será possível a aplicação de uma pena se houver previsão legal, não podendo, também, se afastar da modalidade e quantidade da sanção prevista na lei⁷⁴. Neste passo, BECCARIA já afirmava que “[...] só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida”⁷⁵.

No escólio de ROXIN, em um Estado de Direito o direito penal não deve servir somente como meio de proteção do indivíduo, mas também deverá servir para proteger o indivíduo do direito penal, impondo “limites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del "Estado Leviatán". Portanto, um fato só poderá ser considerado crime diante da existência de uma lei que seja anterior à ação e que defina uma hipótese fática estritamente determinada e sua penalidade. Não importa o quão seja reprovável moral ou socialmente um comportamento, ou necessária a sua repressão através do direito penal, inexistindo uma daquelas três exigências não poderá ser considerado crime e tão pouco aplicada uma sanção penal. Este autor cita a forma que VON LISZT utilizava para designar o Código Penal (a qual nos filiamos), “[...] la Carta magna del delincuente”⁷⁶.

É possível identificar, de acordo com MIR PUIG, quatro garantias advindas do princípio da reserva legal: a) garantia criminal, que traz a previsão legal para que um fato seja considerado crime –*nullum crimen sine lege*); b) garantia penal, exige que a pena tenha sido prevista pela lei –*nulla poena sine lege*); c) garantia jurisdicional, impondo que o reconhecimento do crime e imposição da pena seja realizada por uma sentença judicial; e, d) garantia de execução, pela qual a lei deverá reger a forma de execução da pena imposta⁷⁷.

O princípio da legalidade, que tem por fundamento a “previsibilidade e confiança do

⁷³ ZAFFARONI, E. Raul; *et al. Idem*. Pág. 202-203.

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2 ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javiar de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997. Pág. 138.*

⁷⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 3 ed. rev. Traduzida por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 22.

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Idem*. Pág. 137.

⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. *Idem*. Pág. 116.

cidadão frente à intervenções do poder estatal”⁷⁸, impõem três requisitos à norma que poderão ser traduzidos em *lex previa*, *lex scripta* e *lex stricta*. A primeira, *lex previa* (também prescrita no art. 5º, XL, CF/88 – “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), determina que a lei que define o tipo penal e sanção deverá ser preexistente à ação (princípio da irretroatividade da lei penal). A lei aplicável, então, será aquela válida quando do cometimento da ação típica, sendo vedada a retroatividade da lei mais rígida, ou seja, não é possível a lei nova retroagir para regular os fatos ocorridos antes de sua vigência, sob pena de afetar a proteção à segurança jurídica. Entretanto, não afeta o princípio da legalidade quando a lei posterior é mais benéfica ao indivíduo. Inexiste razão para manter a sanção anteriormente imposta, ou aplicá-la, com base em lei antiga já revogada, quando o direito penal não é mais necessário para proteção daquele bem jurídico. A segunda, *lex scripta*, exige que o delito e a pena sejam provenientes de lei escrita emanada do Poder Legislativo, excluindo os costumes, a doutrina e jurisprudência como fonte do direito e elegendo a lei como única fonte (reserva de lei). A terceira, *lex stricta* (ou *lex certa*), determina que a lei deverá trazer a descrição do fato delituoso de forma determinada, precisa (não podendo ser utilizados termos vagos -mandato de determinação ou taxatividade) e a pena a ser aplicada, ainda que em termos mínimos e máximos, relegando ao juiz a possibilidade de arbitrar o montante exato ao caso concreto⁷⁹.

Como garantia da divisão dos poderes, funciona como garantia do cidadão frente ao Poder Legislativo, ao impor que somente deste poderá emanar a lei, e deste contra o Poder Judiciário, representando, sobretudo, “uma autolimitação do Poder Legislativo”. Este não poderá aplicar a lei e tão pouco o Poder Judiciário criar a lei. Além do direito penal material a reserva legal tem aplicabilidade também no processo penal, o que se infere da “[...] hermenêutica sistemática dos direitos fundamentais ancorados nas Convenções Internacionais e na Constituição Federal”⁸⁰. Estando os direitos fundamentais ligados diretamente aos princípios do processo penal e que “quase todos os atos processuais constituem intervenções diretas sobre” aqueles, somente com a compreensão de que o princípio da legalidade é aplicável no processo penal será possível o cidadão obter uma “garantia efetiva e concreta” e não ser ele uma “simples expressão formal”⁸¹. Portanto, somente através do devido processo legal poderá ser prolatada decisão condenatória ou absolutória, reservada a função de julgar ao juiz pré-

⁷⁸ SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 64.

⁷⁹ MIR PUIG, Santiago. *Idem*. Pág. 116-117.

⁸⁰ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.*. Pág. 64-65.

⁸¹ *Ibidem*. Pág. 65.

determinado pela lei “(não o *ad hoc*)”⁸².

Ao tratarmos das medidas cautelares, o julgador não poderá se valer do “poder geral de cautela” previsto no CPC, devendo observar todos os princípios atinentes às cautelares (necessidade, proporcionalidade, adequação, etc) e ater-se ao rol (taxativo) prescrito no CPP.

Antes do advento da lei nº 12.403/2011, que instituiu as novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão, quando vigia o binômio prisão total ou liberdade total, era comum os magistrados identificarem no caso concreto a desproporcionalidade da privação da liberdade e, recorrendo ao “poder geral de cautela”, aplicavam medidas outras, como, por exemplo, ordenar a entrega de passaporte, impedir a saída do país, etc⁸³.

É de notarmos que antes do ingresso das medidas alternativas em nosso ordenamento já existia entendimento doutrinário no sentido de sua impossibilidade. Se, analisando o caso concreto, o magistrado conclui que a prisão cautelar é medida exagerada, a solução era a liberdade sem restrições⁸⁴. Para GIACOMOLLI “[...] a defesa de um sistema criminal cautelar e aberto, difuso, indeterminado, ou com regras dependentes de uma normatividade integradora, ou de um regramento judicial, são características de um processo penal totalitário”⁸⁵.

Ademais, é possível recorrermos, ainda, à CADH como fundamento da vinculação do juiz ao rol do art. 319, CPP, no momento de escolher qual medida adotar, pois lá consta que “7.1 Toda a pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. 7.2 Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”⁸⁶. Em que pese o artigo faça referência à “privação de liberdade”, há que se interpretar como privação ou restrição da liberdade, conforme entendimento da CIDH exposto no Caso Chaparro Álvarez, ao ficar decidido que “[...] este número do artigo 7 reconhece a garantia primária do direito à liberdade física: a reserva de lei, segundo a qual, unicamente através de uma lei pode ser afetado o direito à liberdade pessoal”⁸⁷. O TEDH, ao analisar dispositivo análogo ao art. 7º comentado

⁸² GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, liberdade e cautelares pessoais. Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020. Pág. 31.

⁸³ LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

⁸⁴ MARQUES, Mateus. Perspectiva Crítica das Cautelares “Alternativas” ao Cárcere. De acordo com a Lei nº 12.403/2011: obra atualizada com as recentes alterações processuais e a regulamentação da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça sobre audiência de custódia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Pág. 32-33.

⁸⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Idem*. Pág. 31.

⁸⁶ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 07 mar. 2021.

⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021. Pag. 1150.

(art. 5º, CEDH), “[...] entende que a diferença entre privação e restrição da liberdade é meramente de grau ou intensidade, e não de natureza ou substância. Cf: Caso Guzzardi vs. Itália, Sentença de 06.11.1980, §93”⁸⁸.

Acreditamos que o entendimento de ZAFFARONI, ao tratar do princípio da taxatividade, corrobora para a compreensão da impossibilidade do “poder geral de cautela” na esfera do processo penal, pois “O princípio da máxima taxatividade se manifesta no âmbito interpretativo por meio de uma proibição absoluta da analogia *in malam partem*”⁸⁹.

O direito civil busca a segurança jurídica resolvendo o maior número de conflitos possíveis. Porém, em se tratando de direito penal a regra é a inversa, ou seja, busca evitar a resolução de conflitos que não estejam taxativamente inscritos na criminalização primária. Logo, a aplicação subsidiária do art. 297, NCPC (art. 798, CPC/73) fica inviabilizada pela forma diversa dos dois sistemas garantirem a segurança jurídica⁹⁰.

Seguimos o escólio de GLOECKNER, “A autonomia das medidas cautelares processuais penais em relação de dependência do processo inclui outra característica relevante: a inexistência de um poder geral de cautela”⁹¹, ou dito de outra forma, em razão do princípio da reserva legal não há que se falar em possibilidade de o juiz decidir conforme o caso concreto. Em sentido contrário, pela possibilidade de aplicação do poder geral de cautela (medidas atípicas), CAMARGO afirma que, uma vez presentes os requisitos do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, não há razão para que seja decretada a prisão por falta de uma medida cautelar típica quando o magistrado vislumbrar a possibilidade de sua substituição por uma menos gravosa (atípica). Contudo, o autor não defende a aplicação de forma “[...] casuística ou arbitrária, ao contrário, busca-se reforçar e subsidiariedade da privação da liberdade em homenagem ao princípio da liberdade”⁹².

Apontando entendimento mais restritivo para a aplicação do “poder geral de cautela”, CRUZ defende a necessidade de estar presente a “mesma *ratio essendi* da norma positivada em outro diploma (como, v.g, a que justifica o inciso I do art. 22 da Lei Maria da Penha) ou, então,

⁸⁸ *Ibidem*. Nota de rodapé n° 37. Pag. 1150. Art. 5º, CEDH: “Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal”.

⁸⁹ ZAFFARONI, E. Raul; *et al. Idem* Pág. 208.

⁹⁰ *Ibidem*. Pág. 208.

⁹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o Direito Fundamental à Devida Cognição No Processo Penal. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.08.PDF. Acesso em: 21 jan. 2021.

⁹² CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de Custódia e Medidas Cautelares Pessoais. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Pág. 103-104.

que se dê interpretação extensiva aos incisos que integra o art. 319, CPP”⁹³, abrangendo situações que a mera literalidade do preceito aparentemente não autorize. E conclui, adiante, afirmando que não será possível impedir que o julgador faça uso de seu “[...] poder geral de cautela [...] de forma excepcional e motivada, tendo como objetivo evitar a prisão preventiva.”, sendo possível a imposição de medida cautelar não prevista literalmente no art. 319, CPP, mas “[...] prevista em outra norma do ordenamento, ou [...] por meio da interpretação extensiva, abrangida na dicção de alguns dos incisos”⁹⁴ do mencionado artigo.

Entendemos conforme SANGUINÉ, para quem o princípio da legalidade no âmbito das cautelares, ou “[...] tipicidade cautelar (*nulla coatio sine lege*) aplica-se às medidas cautelares pessoais, privativas ou restritivas de direito”, extraíndo-se o princípio da “[...] hermenêutica constitucional sistemática do princípio da legalidade [...], do direito à liberdade [...] e da garantia do devido processo legal [...]”⁹⁵, e art. 7 da CADH, que possui *status* supralegal já reconhecido pelo STF e, por isso, deverá prevalecer sobre a norma processual penal que permite a analogia na esfera processual (art. 3º, CPP)⁹⁶.

2.2 Princípio da Proporcionalidade e Seus Três Subprincípios

Importa lembrar, desde agora, que alguns doutrinadores diferenciam proporcionalidade e razoabilidade, enquanto para outros, trata-se de expressões sinônimas. É possível citar ÁVILA, que, além de diferenciar proporcionalidade e razoabilidade, dissocia o princípio da proporcionalidade em sentido estrito da proibição de excesso e, dentre outros, cria uma nova categoria, *postulados normativos aplicativos*, em contraposição à aplicação daquelas como regras ou como princípios. Para este autor, citando somente um de seus argumentos, já que toda a sua obra é voltada para a análise das regras e princípios, a proibição de excesso deverá ser observada em qualquer situação em que haja restrição a um direito fundamental, não pressupondo uma existência de causalidade entre meio e fim, dependendo unicamente da restrição excessiva de um direito fundamental⁹⁷. SARLET, que também diferencia proporcionalidade e razoabilidade, muito embora reconheça pontos em comuns, em especial entre proporcionalidade *stricto sensu* e razoabilidade, afirma que a aplicação da

⁹³ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas*. 6 ed. rev. atual. aum. Salvador: Jus Podivm, 2021. Pág. 239-240.

⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 240-241.

⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 69.

⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Idem*. Nota de rodapé nº 37. Pág. 69-70.

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021. Pág. 47, 191.

proporcionalidade desafia um sistema trifásico (para verificar a adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), sendo que, se assim não for, não se tratará realmente de proporcionalidade. Por outro lado, a aplicação da razoabilidade não necessita trilhar este caminho, pois não atua em três dimensões⁹⁸. Por fim, lembramos o escólio de BITENCOURT, para quem os princípios, proporcionalidade e razoabilidade, são fungíveis, sendo que por vezes é utilizado o termo “razoabilidade” para tratar da “proporcionalidade”⁹⁹.

Para BARROSO, o princípio da razoabilidade se originou e se desenvolveu da garantia do devido processo legal, surgindo pela primeira vez na Carta Magna de 1215, através da cláusula *law of the land*¹⁰⁰. Para GONZALEZ-CUELLAR CERRANO, a ideia de proporcionalidade surge já no século XVIII, voltada às penas, com a preocupação dos doutrinadores da época, o que resultou na inscrição do art. 8 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que determina que “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”¹⁰¹. BECCARIA também mostrou preocupação, em sua obra *Dos Delitos e das Penas* (com primeira edição em 1764)¹⁰², quanto à proporcionalidade da pena frente ao delito praticado, afirmando que

[...] mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas. [...] Se o prazer e a força motriz dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens para a ações mais sublimes foram colocados, pelo invisível legislador, o prêmio e o castigo, a distribuição inexata destes produzirá a contradição, tanto menos observada, quanto mais comum, de que as penas castigam os delitos a que deram origem. Se a pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem¹⁰³.

Como na maioria das constituições que o princípio não está explicitamente positivado¹⁰⁴, em nossa Constituição de 1988 ela decorre do devido processo legal –*substantive due process of Law*–, inscrito no art. 5º, LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”), que determina a impossibilidade de edição e aplicação de normas despidas de razoabilidade ou arbitrárias, e é consequência do Estado Democrático de

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Pág. 400-404.

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Idem*. Pág. 27.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição, Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 209.

¹⁰¹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales em el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990. Pág. 31.

¹⁰² BECCARIA, Cesare. *Idem*, Pág. 13.

¹⁰³ BECCARIA, Cesare. *Ibidem*. Pág. 31, 33.

¹⁰⁴ CRUZ, Rogério Schietti. *Idem*. Pág. 122.

Direito, do respeito aos direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição e na dignidade da pessoa humana expressa no art. 1º, *caput*, e inciso III, CF¹⁰⁵.

Como pilar do Estado Democrático de Direito, é visto desde seus primórdios na origem no Direito de Polícia e Direito Processual Penal “[...] como arma contra o princípio do inquisitivo”¹⁰⁶, o princípio da proporcionalidade age como método de controle dos atos, comissivos e omissivos, dos poderes públicos e, eventualmente, daqueles praticados pelo particular, tornando-se de suma importância as suas dimensões positiva e negativa. Ao atuar na tutela dos direitos fundamentais como “dever de proteção ou imperativos de tutela”, em que se vê obrigado a intervir, preventiva ou repressivamente (dimensão positiva), poderá vir a violar de forma desproporcional os direitos fundamentais do cidadão, cujo controle de constitucionalidade, aqui, agirá no plano da proibição de excesso. Porém, o Estado poderá atuar de forma insuficiente para a proteção dos direitos fundamentais, ou até mesmo não atuar, o que faz surgir a chamada “proibição de insuficiência”. Desta feita, o princípio da proporcionalidade serve para fazer o controle de constitucionalidade tanto na proteção dos direitos fundamentais, proibindo os excessos, quanto na forma da insuficiente atuação do Estado no cumprimento de seus deveres da referida proteção¹⁰⁷.

Em razão de sua subjetividade e indeterminação, levando-o à falta de precisão semântica (base das principais críticas feitas a este princípio), a doutrina alemã acabou por subdividi-lo em três subprincípios: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Entretanto, em sentido amplo, ainda é conhecido como princípio da proibição do excesso¹⁰⁸.

Assim, para que a medida adotada não seja taxada de inconstitucional, deverá suprir, nesta ordem, os três requisitos: “(a) que a intervenção seja adequada para alcançar o fim que se propõe; (b) que a intervenção seja necessária, enquanto não cabia uma medida alternativa menos gravosa para o interessado; (c) que seja proporcional em sentido estrito” ou seja, que a intervenção pública não exija um sacrifício excessivo do direito atingido pela medida. Todavia, em alguns casos tal controle de constitucionalidade não necessitará da análise dos três requisitos, vez que poderá ocorrer a constatação da inconstitucionalidade na primeira ou segunda “fase” (adequação e necessidade, respectivamente). Se constatado que a medida

¹⁰⁵ Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

¹⁰⁶ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pág. 621.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem.* Pág. 395-397.

¹⁰⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Op. Cit.* Pág. 153.

adotada não é adequada para o caso concreto, desnecessário o reconhecimento da inconstitucionalidade dos demais. Porém, sendo a adequada, poderá se mostrar desnecessária em razão da existência de outra medida menos gravosa, desobrigando, portanto, que também seja desproporcional em sentido estrito¹⁰⁹.

O subprincípio da idoneidade, de acordo com GONZALES-CUELLAR SERRANO, constitui um critério empírico, presente na aplicação constitucional de excesso. Referindo-se ela, tanto no âmbito objetivo quanto subjetivo, “[...] a la causalidade de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación”¹¹⁰. Aqui não se percebe se existem outras medidas mais ou menos eficazes, esta verificação será realizada pelo subprincípio da necessidade. Faz-se a análise através de um viés com formulação positiva – “[...] é idônea se com sua ajuda o êxito desejado se aproxima ou pode ser facilitado (*formulação positiva*)” – e não através de uma formulação negativa – “[...] uma medida é inidônea somente se o for completamente (*formulação negativa*)”¹¹¹. Portanto, só será inidônea à medida que for completamente incapaz de atingir o fim pretendido, ou seja, se ela contribuir, ainda que minimamente para alcançar o fim, ela será considerada idônea, como é o caso da prisão provisória se for comprovado que poderá diminuir o risco de frustração processual¹¹².

Portanto, há que se verificar se a medida é apropriada para atingir o fim para o qual é destinada, respeitados os parâmetros legais pré-definidos, tanto qualitativa quanto quantitativamente. Para tanto, as seguintes perguntas deverão ser respondidas: “a) a medida cautelar eleita é o meio idôneo, adequado e conforme para atingir o resultado pretendido?” e “b) o tempo de duração da cautelar aplicada ou sua acumulação é adequada à finalidade desejada?”¹¹³. A primeira, espécie da medida, diz respeito à perspectiva qualitativa, enquanto a segunda à quantitativa. Após deverá ocorrer a verificação da medida para saber se ela atende a individualização, a qual ocorre em três momentos: a primeira no “[...] plano legislativo, genérico, abstrato, quando são estipuladas as medidas cautelares, seus pressupostos, requisitos e espécie”¹¹⁴; a segunda quando é verificado as exigências de cautela, as situações fáticas e as características do sujeito que irá sofrer as restrições impostas pela medida; e, no terceiro momento, quando a medida poderá ser substituída ou acrescida a imposição de outra medida,

¹⁰⁹ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.*. Pag. 630-631.

¹¹⁰ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Op. Cit.* Pág. 154.

¹¹¹ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pag. 632.

¹¹² *Ibidem*. Pag. 632.

¹¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Idem*. Pág. 41.

¹¹⁴ *Ibidem*. Pag. 41.

desde que fundamentada em circunstâncias supervenientes, observada a contemporaneidade e ligadas ao sujeito, que ocorre no plano de sua execução¹¹⁵.

Assim, representando o âmbito objetivo, “[...] a medida deverá ser *qualitativa e quantitativamente* adequada”, enquanto no âmbito subjetivo “[...] a adequação da medida cautelar depende das particularidades e concretas circunstâncias subjetivas do imputado”. Caso ocorra a aplicação de mais de uma medida alternativa cumulativamente, elas deverão ser compatíveis entre si, caso contrário serão consideradas inadequadas¹¹⁶.

O legislador, no art. 282, II, CPP, elegeu três critérios que deverão ser observados pelo magistrado quando da escolha da medida cautelar adequada, sendo: as circunstâncias do fato, as condições pessoais do acusado ou indiciado e a gravidade do crime¹¹⁷.

Neste passo, o magistrado não poderá justificar a aplicação da medida com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, deverá observar a gravidade concreta resultante daquele ato, sob pena de se adotar sempre a medida mais grave (prisão) para os crimes cuja gravidade abstrata é maior¹¹⁸.

No tocante às finalidades das medidas cautelares, elas constam nos arts. 282, I, e §4º, art. 312, e art. 313, todos do CPP. A medida cautelar só poderá ser decretada se necessária para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (art. 282, inc. I, do CPP). A prisão provisória, por sua vez, de acordo com o art. 312, *caput*, CPP, “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”, ou, seguindo o art. 282, §4º, e art. 312, §1º, ambos do CPP, “em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”. Poderá, ainda, ser decretada a prisão provisória “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” (art. 313, III, CPP) e no caso de “dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la” (art. 313, §1º, CPP)¹¹⁹.

A “necessidade da aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais” (art. 282, I, CPP)

¹¹⁵ *Ibidem*. Pag. 41.

¹¹⁶ *Ibidem*. Pag. 41.

¹¹⁷ *Ibidem*. Pag. 633.

¹¹⁸ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo Penal. As reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, comentada artigo por artigo. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. Pág. 39.

¹¹⁹ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pág. 634.

seriam os critérios para verificar a adequação da medida. Inexistentes qualquer destas motivações, nenhuma das medidas cautelares seriam adequadas e sua aplicação representaria uma violação aos direitos fundamentais. Por outro lado, “à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (art. 282, II, CPP) seriam os critérios de verificação da necessidade da medida a ser imposta, pois, vez que o legislador previu uma série de medidas, cada uma atingindo os direitos fundamentais com intensidade variada de restrições, a mais adequada será aquela que impuser um menor sacrifício aos direitos fundamentais, “Ou seja, a adequação do inciso II do *caput* do art. 282, está sendo utilizada no sentido de ‘necessidade’, ‘subsidiariedade’, ou de ‘alternativa menos gravosa’”¹²⁰.

Interessante crítica quanto a possibilidade da decretação da medida cautelar com o fim de evitar a prática de infrações penais é feita por NICOLITT, que afirma que quando a medida busca evitar a prática de infrações penais, ela possui o mesmo fundamento da pena, já que seu objetivo é o controle social, a prevenção geral ou especial¹²¹.

A contrário censo, sustentando a constitucionalidade da prisão decretada sob este fundamento “garantia da ordem pública ou econômica”, SILVA JR afirma que o legislador buscou positivar o entendimento jurisprudencial “[...] de que a decretação de medida cautelar pessoal com fulcro na necessidade da manutenção da ordem pública ou econômica só se mostra idônea quando é para evitar a prática de novos crimes”, por isso de natureza cautelar¹²².

Após a aplicação do subprincípio da adequação, o magistrado deverá observar o subprincípio da necessidade com o fim de verificar se, dentre as medidas, qual ou quais delas são necessárias e, dentre estas, qual a de menor afetação aos direitos fundamentais.

Imaginemos que a medida cautelar a ser decretada tenha como finalidade evitar que o acusado ou indiciado viagem para fora do país, frustrando, assim, a execução da pena que possa ser aplicada em caso de condenação. Certo que a prisão preventiva será meio adequada para atingir o fim almejado, porém, outras medidas cautelares alternativas também poderão ser igualmente adequadas, a exemplo da apreensão do passaporte e aviso às autoridades de controle das fronteiras. É neste momento que o subprincípio da necessidade ou subsidiariedade deverá agir¹²³.

¹²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Idem*. Nota de rodapé n° 37. Pág. 1158-1159.

¹²¹ NICOLITT, André. *Processo Penal Cautelar, prisões e demais medidas cautelares*. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 55.

¹²² SILVA JR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do Processo Penal*. 4 ed. ver. atual. e ampl. Natal: OWL Editora Jurídica, 2022. E-book.

¹²³ Precedentes pela possibilidade de apreensão do passaporte AgRg no HC n° 553.555/PR, Min. Rel. Félix Fischer, 5ª Turma do STF, 09 jun. 2020; AgRG em HC n° 134.640/MG, Min. Rel. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª Turma do STJ, 08 mar. 2022.

Atuando após análise das possíveis medidas adequadas, o princípio da necessidade (ou da menor ingerência possível, proibição de excesso, alternativa menos gravosa, subsidiariedade ou da intervenção mínima)¹²⁴ orienta que, dentre as medidas consideradas adequadas, a menos gravosa para o imputado ou acusado deve ser aplicada. Exige um juízo comparativo e, como tal, deverá seguir os seguintes critérios: “a) o grau de eficiência da medida em relação ao fim almejado”; e, “b) o grau de restrição do direito fundamental a ser restringido”. Ao decidir qual das variáveis terá prevalência, o magistrado deverá optar por aquele que menos restringe os direitos fundamentais do indivíduo¹²⁵.

Por fim, lembrando os ensinamentos de LIMA, o princípio da necessidade deriva da proibição de excesso, e, portanto, é um princípio constitucional. É princípio comparativo porque o órgão da persecução penal deverá analisar as medidas previstas em lei para procurar àquelas que são idôneas, e “[...] tende à otimização da eficácia dos direitos fundamentais porque obriga a refutar as medidas que possam ser substituídas por outras menos gravosas, com o que se diminui a lesividade da intromissão na esfera dos direitos e liberdades do indivíduo”¹²⁶.

Ao decidir pela aplicação de uma das medidas cautelares, o julgador partirá de um critério valorativo-empírico, ou seja, irá considerar cada medida alternativa a partir de seu grau de lesividade hipotética, realizando uma ponderação de valores no caso concreto, e, para escolher aquela com menor intervenção nos direitos fundamentais e que atinja seus fins processuais, analisará “(a) os efeitos diretos e indiretos associados à imposição da medida cautelar; (b) a intensidade do perigo que justifica o recurso ao gênero cautelar.”¹²⁷. SANGUINÉ cita a desvinculação do círculo familiar, a redução da intimidade e perda do emprego como exemplos de efeitos indiretos, negativos ou colaterais, da prisão provisória¹²⁸.

Superados os subprincípios da adequação e o da necessidade, há que se verificar a proporcionalidade em sentido estrito (ou *stricto sensu*) da medida.

Podemos nos debruçar, inicialmente, no escólio de CANOTILHO quando leciona que “[...] uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas, ou desproporcionais” em comparação com aqueles resultados obtidos¹²⁹. Daí a importância do

¹²⁴ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, Volume Único. 11ª ed. rev. atual. Aum. São Paulo: Jus Podivm, 2022. Pág. 83.

¹²⁵ MORAES, Maurício Zanóide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010. Pág. 323-324.

¹²⁶ LIMA, Renato Brasileiro. *Op. Cit.*. Pág. 83.

¹²⁷ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pág.648/649.

¹²⁸ *Ibidem.* 649.

¹²⁹ CANOTILHO, J J Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. Pág. 617.

princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, por exigir uma análise de proporcionalidade entre a restrição imposta aos direitos fundamentais do cidadão e o fim pretendido pela medida a ser aplicada no caso concreto.

LIMA lembra que a proporcionalidade *stricto sensu* “[...] impõe um juízo de ponderação entre ônus imposto e o benefício trazido, a fim de se constatar se se justifica a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos”¹³⁰. Ou, no escólio de CANOTILHO, para quem este princípio é “[...] entendido como princípio da ‘justa medida’, meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.” Trata-se, pois, da ponderação da medida utilizada para se alcançar determinado fim, é “[...] pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”¹³¹.

Desta feita, ao determinar se é cabível a decretação de uma medida cautelar ao caso concreto, e, se cabível, qual delas deverá ser decretada, o magistrado irá verificar quais delas são adequadas, dentre estas, quais são necessárias e qual delas causará menor afronta aos direitos fundamentais e, por fim, se há proporcionalidade entre o sacrifício do direito afetado e o bem que se pretende proteger.

GOMES identifica quais os interesses que deverão ser ponderados pelo julgador no momento na manutenção ou decretação da medida cautelar, *verbis*:

- (1) De um lado estão os interesses do Estado: (a) no correto desenvolvimento do processo e dos institutos; (b) na realização do *ius puniendi*, levando-se em conta as consequências jurídicas esperadas (pena, substituição, *sursis*, regime aberto), a importâncias da causa (gravidade da infração), o perigo de reincidência, o grau de imputação (certeza sobre o resultado), êxito previsível da medida (rendimento), etc.;
- (2) De outro lado estão os interesses do indivíduo: preservação do *ius libertatis*, presunção de inocência, prejuízos da medida para sua saúde (aids), vida familiar, profissional, social, etc.; condições de prisão; a demora do processo etc.¹³². (grifos do autor)

Contudo, este cuidado imposto ao magistrado não é novidade em nossa legislação, pois, a partir das modificações implementadas pela Lei n° 9.099/1995, a qual passou a ser competente para o julgamento dos crimes considerados de menor potencial ofensivo, instituindo o benefício da transação penal e suspensão condicional do processo, ou *sursis* processual, bem como com as modificações do art. 43, CP, pela Lei n° 9.714/98, passando a ser permitido, se preenchidos

¹³⁰ LIMA, Renato Brasileiro. *Op. Cit.* Pág. 83/84.

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 14ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. Pág. 270.

¹³² GOMES, Luiz Flávio. Da prisão, Das Medias Cautelares e da Liberdade Provisória. In: BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Sílvio; coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei n° 12.403, de 04 de maio de 2011*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 58.

os requisitos, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, tal cuidado já era exigido para definir a necessidade da prisão cautelar¹³³.

É de se ressaltar que as normas que tratam de restringir os direitos fundamentais, de acordo com a doutrina alemã, são normas de “disposição de poder” e nunca “normas de dever”, ou seja, “O juiz, nesse campo, não ‘deve’ nada, ele ‘pode’. E é somente ele quem ‘pode’, porque é ele que está em contato com o caso concreto, com o ser humano concreto.” Portanto, ao legislador não é possível editar leis que retirem esta possibilidade de atuação do julgador, sendo está uma “*regra fundamental sobre os limites do legislador*”¹³⁴.

2.3 Princípio da Igualdade ou Isonomia

Ab initio há que se fazer uma ressalva: o princípio da igualdade, ou isonomia, não é sinônimo de proibição de excesso. Este é, dentre outros, seguindo o entendimento de CANOTILHO, um princípio da “controlabilidade judicial do princípio da igualdade” é um critério “[...] essencialmente negativo, com base no qual são julgados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade” e servirá, também, como “[...] autolimitação do juiz, o qual não controla os juízos de oportunidade política da lei, isto é, se o legislador, num caso concreto, encontrou a solução mais adequada ao fim, mais razoável ou mais justa”¹³⁵.

Desta feita, superou-se já a ideia do princípio da igualdade como princípio negativo, pois é possível que se deduza do princípio geral de igualdade os direitos de igualdade abstratos, de tipo definitivo, concretos do tipo definitivo, e abstratos do tipo *prima facie*. Exemplo é o direito à omissão de tratamento desigual, o qual possibilita o surgimento de um direito subjetivo, definitivo e concreto caso a norma proibitiva atinja desigualmente os cidadãos (direito de igualdade do tipo negativo), ou se a norma cria benefícios a determinados grupos, aqueles que não forem beneficiados verão surgir um direito subjetivo concreto aos mesmos benefícios (direito de igualdade do tipo positivo).¹³⁶

Feita a ressalva, o direito da igualdade sempre teve grande importância no direito penal desde o seu reconhecimento legal. COSTA lembra que foi no direito penal que este princípio “[...] assentou arraiais, desde o primórdio de sua consagração legal no séc. XVIII”¹³⁷.

¹³³ *Ibidem*. Pág.130.

¹³⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Idem*. Pág. 58-59.

¹³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Idem*. Pág. 428.

¹³⁶ *Ibidem*. Exemplo citado pelo autor. Pág. 429/430.

¹³⁷ COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 227-252, jan./fev. 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=99280. Acesso em: 30 set. 2021. Pág. 238/239.

Ponto de partida deste princípio é que todos deverão ser tratados igualmente perante a lei. No entanto, a lei poderia ser elaborada criando distinções se não fosse aplicado este critério também ao legislativo no momento em que elabora as leis. Se somente o executivo e o judiciário estivessem a ele atrelados, esta igualdade estaria “condenada a se tornar puro verbalismo”, e a “[...] tirania do legislativo poderia ser mais rara, mas não menos funesta que a dos antigos soberanos”¹³⁸.

De acordo com BOBBIO, duas perguntas deverão ser respondidas quando se fala em igualdade: “uma, igualdade entre quem? e duas, igualdade com relação a que coisas?” A resposta correta seria igualdade entre todos e em tudo, buscando “igualdade entre o maior número de pessoas com o maior número de bens”, em que as discriminantes seriam justificativas para as desigualdades¹³⁹. Assim, ao falarmos em igualdade, é inquestionável que será feito um juízo comparativo entre, no mínimo, duas ou mais pessoas ou situações¹⁴⁰.

Mas somente isso, dizer que as leis devem ser criadas observando uma igualdade e todos devem ser tratados iguais, reduziria o princípio a um postulado de universalização, o que ainda não é suficiente, vez que seria possível fazer divisão de tratamento em razão de determinadas características, como, por exemplo, o tratamento dispensado será diferenciado entre negros, judeus e arianos. Nota-se que o tratamento será igual para todos os judeus, negros e arianos, o que não seria suficiente para atingir o alcance do princípio. É necessário que, além disso, seja identificado um conteúdo no sentido material, bem como também pressupõe um juízo e um critério de valoração¹⁴¹.

Se a lei for aplicada de forma “cega” a todos os cidadãos, ignorando as diversas diferenças existentes, ao contrário do desejado e exigido, causaria enorme desigualdade. Recordando o escólio de DANTAS, embora este reconhecesse a existência das mais variadas situações que poderiam levar a edição de normas que não seriam aplicáveis a todos os indivíduos, mas, ainda assim, não infringiria o princípio da igualdade, dizia que a progressão da coletividade cria cada vez mais formas de diferenciação, o que reflete em seu legislativo. Porém, a lei, com raridade, consegue colher todos os indivíduos na mesma norma, pois deve

¹³⁸ DANTAS, F. C. San Tiago. Problemas do Direito Positivo, Estudo e Pareceres. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Pág. 38.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política, filosofia política e as lições dos clássicos. Org. por BOVERO, Michelangelo. Trad. por VERSIANI, Daniela Beccaccia. 14 Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. Pág. 298/299.

¹⁴⁰ CALIENDO, Paulo; BUBLITZ, Michelle Dias. Isenção Fiscal como Forma de Estímulo à Contratação do Trabalhador com Deficiência. Direito Tributário como forma de ação afirmativa. In: PETRY, Alexandre Torres *et al.* Orgs. SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* Constituição e Direitos Fundamentais: estudos em torno dos fundamentos constitucionais do direito público e do direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book*.

¹⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito *Idem*. Pág. 426/427.

observar questões como sexo, atividade, realidade econômica, etc, ou como ocorre com os bens, que são regulados de forma diferente, ou os fatos, que são distinguidos, em sua maioria das vezes, de acordo com as circunstâncias, o que não importa em ferir o princípio da igualdade, mas demonstra a necessidade da “[...] retórica que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme ao direito, e eleva até essa alta triagem a tarefa do órgão máximo do poder Judiciário”¹⁴².

Por sua vez, BARBOSA, na Oração aos Moços, coroa o conceito de igualdade dizendo:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real¹⁴³.

Desta feita, qualquer diferença baseada na raça, sexo, convicção política ou filosófica, religião ou classe social será tida como inconstitucional por afronta ao princípio da igualdade¹⁴⁴.

O princípio constitucional da isonomia opera em dois planos, um formal e um material, bem como possui “tríplice finalidade limitadora” (termo utilizado por MORAES).

No plano formal, voltado ao legislador (poder legislativo), as leis, medidas provisórias e atos normativos não poderão criar tratamento desigual àqueles que estão em situação igual, ou igual àqueles que estão em situação desigual. Enfim, fica vedada a criação de “[...] tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas”¹⁴⁵. Já em 1948, DANTAS, embora reconhecesse a possibilidade de edição de normas cuja aplicação era voltada a determinada situação, ainda assim firmou entendimento que era indispensável que a função legislativa sofresse limitação pela constituição, sob pena do princípio da igualdade se transformar em um simples “preceito programático”¹⁴⁶.

COSTA, para quem o conceito de igualdade formal abarca tanto a descrição dos comportamentos penalmente relevantes, que devem ser precisos e despidos de qualquer forma de discriminação, seja negativa ou positiva (sob pena de se criar, ainda que na discriminação positiva, a maior das desigualdades), também considera a interpretação hermeneuticamente textual como fator que compõe a igualdade formal. Este autor, salientando a importância do conceito, afirma que “[...] abandonar a cidadela da igualdade formal na definição dos

¹⁴² DANTAS, F. C. San Tiago. *Op. Cit.* Pág. 38.

¹⁴³ BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Disponível em <https://www.portalabel.org.br/images/pdfs/oracao-aos-mocos.pdf>. Acesso em 12 abr. 2022.

¹⁴⁴ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* Pág. 31/32.

¹⁴⁵ *Ibidem.* Pág. 32.

¹⁴⁶ DANTAS, F. C. San Tiago. *Op. Cit.* Pág. 24.

comportamentos penalmente relevantes e a sua consequente interpretação hermeneuticamente textual, [...] seria fazer entrar, de maneira oblíqua, a interpretação analógica”¹⁴⁷.

De outra sorte, no plano material o princípio está direcionado ao aplicador do direito (geralmente a autoridade pública), sendo que este deverá interpretar e aplicar a lei, medida provisória ou ato normativo de forma que seja respeitado o princípio da igualdade, ou seja, sem estabelecer tratamento abusivamente diferenciado (baseado na raça, sexo, etc.)¹⁴⁸.

A finalidade limitadora do princípio deverá atuar, então, em três “frentes”: “limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular.” Ao legislador compete observar o princípio da igualdade quando da edição das normas, não podendo criar “[...] diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, sob pena delas serem taxadas de inconstitucionais”¹⁴⁹. Ao intérprete/autoridade pública, por sua vez, fica limitado a interpretar e aplicar as normas de forma que não crie ou aumente as desigualdades arbitrárias. O poder judiciário, em especial, deverá observar e utilizar os instrumentos constitucionais para que seja dada interpretação igualitária às normas, razão pela qual a legislação processual deverá criar meios de uniformização da jurisprudência. E, por fim, o particular não poderá agir de forma preconceituosa, racista ou discriminatória. Se assim agir, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos, poderá responder civil e criminalmente¹⁵⁰.

Mas o princípio da igualdade também é aplicado ao ordenamento jurídico como um todo. Lembrando COSTA, aquele princípio exige uma unidade da ordem jurídica, “[...] originariamente apresentando-se como um ‘imperativo de igualdade de tratamento’ (*Gleichbehandlungsgebot*) relativamente a uma mesma circunstância de facto”, pois uma norma do direito penal não poderá criminalizar um fato ou conduta que a norma de outro ramo do direito autorize ou exija (contradição normativa), ou, para a imposição de uma sanção penal, exigir pressupostos a menor do que aqueles reclamados para a imposição de uma sanção jurídica extrapenal (contradição valorativa)¹⁵¹. Esta mesma igualdade, representada pela unidade do ordenamento jurídico, é utilizada por ZAFFARONI e PIERANGELI ao definir a tipicidade conglobante: “Esta ordem mínima, que as normas devem guardar entre si, impede que uma norma proíba o que a outra ordena, como também impede que uma norma proíba o que a outra fomenta”, sendo que a tipicidade conglobante “[...] consiste na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada*

¹⁴⁷ COSTA, José de Faria. *Op. Cit.* Pág. 238/239.

¹⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional. Op. Cit.* Pág. 32/33.

¹⁴⁹ *Ibidem.* Pág. 32.

¹⁵⁰ *Ibidem.* Pág. 33.

¹⁵¹ COSTA, José de Faria. *Op. Cit.* Pág. 240/241.

na ordem normativa”¹⁵².

O princípio da igualdade também incidirá nas penas que serão aplicadas, quantitativa e qualitativamente, devendo ser observadas as peculiaridades de cada caso e as do autor do ato ilícito. Seguindo o entendimento de COSTA, o qual seguimos, aos fatos iguais, “[...] segundo a gravidade do ilícito e da culpa, enquanto categorias susceptíveis de gradação - merecem penas iguais. [...] O princípio da igualdade, neste quadro e dentro dessa dinâmica interpretativa, é agregador de coesão dogmática e até de coesão social”¹⁵³. Para ele, a importância da observância do princípio da isonomia nas penas reflete na própria ideia de confiança em nosso ordenamento, pois é preciso que cada um confie que o tratamento dispensado será igual a todos, já que “A quebra desta relação de confiança no tratamento igual do que é igual e no tratamento desigual do que é desigual é o passo para o precipício da desagregação social”¹⁵⁴.

É em razão dele que o acusado possui uma série de direitos subjetivos que deverão ser respeitados tanto pelo juiz quanto pelo cidadão. Na concepção de FAZZALARI, cujas ideias são trabalhadas por LOPES JR, o princípio aparece como segunda dimensão do contraditório, representado pela igualitária e efetiva participação das partes, representados na igualdade de armas e de oportunidades¹⁵⁵. Nesta mesma linha é o entendimento de OLIVEIRA, para quem não basta a simples participação, mas esta deverá ser efetiva e com paridade de armas¹⁵⁶.

A igualdade deve ser observada também no direito de defesa do acusado. Não basta o simples direito à defesa, ela deverá ser técnica e suficiente para igualar a acusação e a defesa, partindo-se sempre do princípio que o acusado é hipossuficiente, colocando-o em uma situação de inferioridade perante o promotor, polícia e/ou juiz¹⁵⁷.

2.4 Princípio do *Ne Bis In Idem*

Ne bis in idem pode ser traduzido, de forma livre, como “[...] não faça a mesma coisa duas vezes”¹⁵⁸. Seu significado para o direito penal pode ser traduzido na proibição de alguém ser processado mais de uma vez ou receber mais de uma pena pelo mesmo fato (esta proibição

¹⁵² ZAFFARONI, E. Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume I, Parte Geral. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 396.

¹⁵³ COSTA, José de Faria. *Op. Cit.* Pág. 245.

¹⁵⁴ COSTA, José de Faria. *Op. Cit.* Pág. 245/246.

¹⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Idem. E-book.*

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15 ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Pág. 43.

¹⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Idem. E-book.*

¹⁵⁸ Tradução livre <https://www.google.com/search?q=tradutor&oq=tradutor&aqs=chrome.0.69i59j0i131i433i51219.1479j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

não atinge a revisão criminal). Contudo, sua aplicação possui um alcance maior que dois ou mais processos ou duas ou mais penas pelo mesmo fato.

Enquanto no direito consuetudinário o princípio de proibição de múltiplos processos ou condenações remonta ao século XII, na disputa havida entre Henrique II e o Arcebispo Thomas Becket pela isenção de punições nas Cortes reais daqueles clérigos que já tinha sido condenados nas Cortes eclesíásticas, incluída com o precedente de *Connely v. D.P.P.*, em 1964, com base nas “regras de *artefrois*” (teoria do abuso do processo) que estava proibida sucessivos indiciamentos pelo mesmo fato, salvo algumas exceções em virtude de algumas circunstâncias especiais, no direito do *civil law* surge com o movimento iluminista, com sua primeira formulação positivada na Constituição Francesa de 1791 e com expressão política somente em 1789, com a revolução burguesa¹⁵⁹.

Diferente de outros países (a exemplo de Portugal desde a Constituição de 1976 e EUA desde a 5ª Emenda, de 1791), o Brasil não possui previsão expressa em sua Constituição, sendo proveniente de Tratados Internacionais de que é signatário (a exemplo do art. 8º, número 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos -Pacto de São José da Costa Rica- e art. 20, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002), legislação infraconstitucional (a exemplo do art. 5º c/c art. 8º, ambos do CP, art. 110, *caput* e §2º -litispêndência e coisa julgada-, art. 77, III e IV do Estatuto do Estrangeiro, e art. 5º, XXXVI, CF/1988 de forma indireta)¹⁶⁰.

Possuindo dois alcances, um de cariz processual ou formal (proibição da múltipla persecução penal) e outro material (dupla condenação ou dupla “valoração penal”), é FRANCO que muito bem conceitua este princípio ao dizer que, possuindo um caráter bifronte (processual e material) “Sob a primeira perspectiva [processual], o princípio inadmite uma persecução penal múltipla [...]. Sob a angulação material, proíbe a dupla valoração penal na medida em que obsta que o delito anterior produza, de novo, consequências penais¹⁶¹.”

É possível concluir que o art. 5º, XXXVI, CF/88, faz previsão do caráter formal do princípio *in comento* ao determinar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, configurando a imutabilidade da coisa julgada (garantia da coisa

¹⁵⁹ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O Princípio do *Ne Bis In Idem* e a Constituição Brasileira de 1988. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/o-principio-do-ne-bis-in-idem-e-a-constituicao-brasileira-de-988#:~:text=4.4%20Ne%20bis%20in%20idem,%2C%20XXXIX%2C%20da%20CF>). Acesso em: 24 out. 2021. Pág. 28/29.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ FRANCO, Alberto Silva. Reincidência: Um Caso de Não-Recepção pela Constituição Federal. Boletim IBCCRIM. Ano 17. nº 209. Abr. 2010. Pág. 2.

julgada) e do inciso LIV, do mesmo dispositivo constitucional, ao determinar que “Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (princípio do devido processo legal). Portanto, assim é possível dizer que nossa Constituição carrega a proibição da múltipla persecução penal ou *ne bis in idem* (postulado universal reconhecido nos diversos sistemas do direito ocidental), e que, embora prevista de forma não expressa, poderá ser extraído dos regulamentos (esta falta foi suprida com a promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, promulgada através do Decreto nº 678/92, que em seu art. 8, 2, 4, determina a proibição de alguém já absolvido ser julgado novamente pelos mesmos fatos)¹⁶². O SUANNES questionava se o aumento da pena em razão da reincidência não ofenderia o princípio do *ne bis in idem*. Relata, como exemplo, a situação de um acusado que receberá 3 meses de pena em razão da condenação por crime de lesão corporal e, posteriormente, condenado por nova lesão corporal cometida após o trânsito em julgado da decisão anterior, condena-o a 4 meses, um mês a mais em razão da reincidência. Afirma ele que este um mês a mais de pena seria uma nova condenação pelo crime anterior e não pelo crime em julgamento, o que configura, então, afronta ao princípio da proibição da dupla condenação¹⁶³.

FONTAN BALESTRA cita o entendimento de BAUMANN, o qual SUANNES parece seguir, que entende que o acusado já cumpriu com sua pena relativa ao crime anterior. Em caso de aumento de pena em razão de condenação de novo fato, realizado após o trânsito em julgado da decisão anterior, haverá dupla condenação, ou seja, *ne bis in idem*¹⁶⁴. Em posição contrária citamos CARRARA, para quem o aumento da pena em razão da reincidência é obrigatório, visto que a pena anterior não foi suficiente, caso contrário não teria cometido novamente o crime, não sendo possível aplicar uma pena que já se demonstrou insuficiente¹⁶⁵. Nega, portanto, o *ne bis in idem*. Conclui citando o posicionamento positivista de GOMÉZ FLORIÁN, para quem o aumento de pena deverá ficar ao arbítrio e prudência do juiz, não sendo possível que seja ela obrigatória. Ela deverá ser vista como “entidad jurídica abstracta; debemos, por el contrario, estudiarla en el delincuente, dice, investigando su significación, para descubrir si ella

¹⁶² CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: Fundamentos e Aplicação Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 288/289.

¹⁶³ SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. A reincidência, autêntico bis in idem. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 14, p. 7, mar. 1994. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13495. Acesso em: 24 out. 2021.

¹⁶⁴ BAUMANN, Así. *Strafrecht*, [S.I.: s. n. 1998?] Pág. 267. *Apud* FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Atual. por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. Pág. 513/514.

¹⁶⁵ CARRARA, Francisco. *Stato della dottrina sulla recidiva*, em *Opuscoli*, Vol. 11, Programa, § § 738 y 739. [S.I.: s. n. 1998?] Pág. 127 y sigs. *Apud Op. Cit.* Pág. 514.

revela en él una mayor peligrosidad, una antisociabilidad más manifiesta.” Resolve-se, então, com a análise da periculosidade¹⁶⁶.

Em se tratando das circunstâncias do crime (o que representaria em nossa legislação o previsto no art. 59, CP), MIR PUIG entende que elas não poderão ser consideradas no momento da fixação da pena como circunstâncias se já foram consideradas para a determinação do tipo penal ao qual o acusado está sendo condenado, sob pena de infringir o princípio do *ne bis in idem*¹⁶⁷. Para SANTOS, as circunstâncias do art. 59, CP (circunstâncias judiciais), diferem daquelas referidas no art. 61 e 65, ambos do CP¹⁶⁸, também é neste sentido o entendimento de BITENCOURT quando leciona que as circunstâncias referidas no art. 59, CP, são diversas daquelas previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66, todos do CP, e vai além explicando que aquelas não poderão ser consideradas novamente na fixação da pena quando forem elemento do tipo ou sua circunstância qualificadora, tudo sob pena de se incorrer na “dupla condenação”¹⁶⁹.

O Superior Tribunal de Justiça, em sua Terceira Sessão, realizada no dia 23 de agosto de 2000¹⁷⁰, regulou o tema do conflito entre reincidência como agravante (art. 61, I, CP) e como circunstância judicial (art. 59, CP), determinando, com a edição da Súmula 241, que “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.” Contrariada a referida súmula, estará configurado afronta ao princípio do *ne bis in idem*, na dicção do Ministro Edson Vidigal, em seu voto como relator do *Habeas Corpus* nº 9.219-SE (99.0036287-0), acórdão paradigma daquela, **julgado em 1999**, para quem “não pode ser admitida a ‘dupla apelação’, como quer o impetrante, ou o chamado *bis in idem*, aqui plenamente caracterizado na sentença que, conquanto considere a reincidência para aumentar a pena, a utiliza ainda como agravante.”

Quando o autor do fato ilícito é um imputável, semi-imputável ou inimputável, nosso Código Penal dispensa tratamento diverso a cada um deles. Quanto ao primeiro, imputável, aplicar-se-á a pena. Ao segundo, pena ou medida de segurança, conforme as peculiaridades do autor do fato: se o estado pessoal do autor do fato demonstrar a necessidade de um maior tratamento médico, ser-lhe-á aplicada a medida de segurança, caso contrário, uma pena. Por fim, ao terceiro será aplicada somente a medida de segurança. Isso porque, após a Reforma

¹⁶⁶ *Op. Cit.* Pág. 514/515. *Apud* GOMÉZ FLORIÁN, E. Tratado. Parte Geral, Tomo I. [S.I.: s. n. 1998?] Pág. 520.

¹⁶⁷ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 10 ed. rev. e atual. Buenos Aires: Editorial Reppertor, 2016. Pág. 679.

¹⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* Pág. 574/575.

¹⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Idem.* Pág. 589.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 241**. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Brasília, DF, ano 2000, p. 229, 15 set. 2000.

Penal de 1984, em que foi adotado o sistema *vicariante*, como lembra BINTENCOUT, foi eliminada “[...] definitivamente a aplicação dupla de pena e medida de segurança, para os *imputáveis e semi-imputáveis*. A aplicação dupla da pena e medida de segurança lesa o princípio do *ne bis in idem*”¹⁷¹.

Aqui enceramos a revisão dos princípios que entendemos de observação obrigatória para encontramos uma solução minimamente adequada para o problema em debate, lembrando que a desatenção ou afronta a qualquer princípio acarreta a declaração de inconstitucionalidade da decisão, passando, a seguir, para a identificação de como o tempo de cautelar alternativa poderá refletir na pena e a forma que a doutrina e jurisprudência tratam do tema.

¹⁷¹ BINTENCOURT, Cezar Roberto. *Idem*. Pág. 698.

CAPÍTULO III

As Atenuantes Genéricas, a Detração Penal e as Teorias sobre o Reflexo das Cautelares Alternativas na Pena

A inclusão das novas cautelares alternativas em nossa legislação, que atendeu a anseios existentes há muito em nossa doutrina, vieram suprimindo uma deficiência que, em determinadas situações, outrora era remediada através do poder geral de cautela (ilegalmente em nosso entender). Embora não se desconheça ou negue a enorme evolução neste terreno, nosso legislador perdeu a oportunidade de realizar a regulação da forma que estas novas cautelares deveriam, ou não, refletir na pena definitiva. Surgem, então, através da doutrina e com orientação das Cortes Superiores, teses que procuram fornecer solução para este “vácuo” de nossa legislação.

Para alguns, não há que se falar em qualquer reflexo das cautelares alternativas na pena, pois a falta da legislação aplicável ao caso levaria qualquer interpretação diferente a ferir o princípio da legalidade. A contrário senso, para outros doutrinadores a solução estaria superada através da analogia *in bonam partem*, refletindo na pena através da detração, ou da atenuante genérica ou, ainda, como critério do art. 59, CP.

Neste capítulo tentaremos conhecer um pouco da atenuante genérica e da detração para depois discorrermos sobre as teses existentes sobre o tema.

3.1 As Atenuantes Genéricas

A primeira atenuante, da menoridade, surgiu na legislação brasileira somente com o Código Penal de 1830, sendo também desconhecida de tantas outras legislações, como a austríaca e napolitana. Para LYRA, este código coloca a política criminal em

[...] germe, [pois] antecipou a individualização e indeterminação relativa das penas, a atenção aos motivos, a reparação do dano pela própria sentença criminal. Sua simplificação do sistema punitivo, com as diferenciações quantitativas e qualitativas na aplicação da pena, só meio século depois” é que surgiu na Holanda, Itália e Noruega¹⁷².

Podemos dizer que as atenuantes, de uma forma geral, são circunstâncias, pré-definidas na lei ou qualquer circunstância relevante ocorrida antes ou depois do fato criminoso, ainda que não prevista em lei, que importam em uma reprimenda menos severa ou, como leciona NUCCI

¹⁷² *Ibidem*. 62/63.

quando trata das atenuantes nominadas ou específicas, “[...] são circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo, que servem para expressar uma menor culpabilidade e atenuar a pena, sem qualquer ligação com a tipicidade”, e quando se refere às inominadas ou genéricas (desconhecidas no Código de 1940¹⁷³), é uma “[...] circunstancia legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la. (...) [É] qualquer circunstância relevante, ocorrida antes ou depois do crime”, independente de existir ou não previsão legal¹⁷⁴. As circunstâncias que podem ser consideradas como atenuantes, servindo a mesma regra para as agravantes, não atingem o *nomen iuris* do tipo, sua definição ou cominação legal da pena. Havendo mudança em qualquer um deles, haverá um novo tipo penal, não se tratando, portanto, de atenuante ou agravante¹⁷⁵. Desta forma, as atenuantes não podem ser confundidas com as causas especiais de aumento ou diminuição da pena, que fazem parte dos elementos do tipo¹⁷⁶, ou “causa redutora da pena (o chamado privilégio)” prevista na parte geral ou especial do código, pois, diferente das atenuantes que não possuem parâmetros pré-determinado de redução, o legislador definiu “[...] a quantidade fixa ou dentro dos limites favoráveis”¹⁷⁷.

Embora não haja qualquer discussão quanto a impossibilidade de pena ser fixada além do máximo legal em razão de uma agravante, não se fala o mesmo da atenuante e do mínimo legal. A grande maioria da doutrina entende que a atenuante deverá sempre reduzir a pena, ainda que abaixo do mínimo legal, o que contraria o pacificado entendimento do STJ, que editou a Súmula nº 231, determinando que a atenuante não pode reduzir a pena abaixo do mínimo previsto em lei para o tipo penal (Súmula nº 231, STJ – “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”). Assim, ao serem aplicadas as atenuantes, específicas ou genéricas, e/ou as agravantes (o rol do art. 61 e art. 62, ambos do CP, é taxativo, logo não existem agravantes genéricas¹⁷⁸), como dito acima, mas agora no escólio de FRANCO, por não fazerem parte do tipo, mas sim são circunstâncias do fato, anterior ou posterior, inclusive àquelas referentes à personalidade do agente, que autorizam uma reprimenda menos (atenuantes) ou mais (agravantes) severa¹⁷⁹, não é possível

¹⁷³ ZAFFARONI, E. Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Idem*. Pág. 715.

¹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 354-359/360.

¹⁷⁵ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Arts. 28 a 74. Vol. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Pág. 177-193-204. Pág. 273/274.

¹⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.* Pág. 354-359/360.

¹⁷⁷ FRANCO, Alberto Silva (org); *et al. Idem*. Pág. 1206.

¹⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.* Pág. 341.

¹⁷⁹ FRANCO, Alberto Silva (org); *et al. Idem*. Pág. 1221.

que o juiz determine uma pena aquém ou além dos parâmetros legais, ou seja, ele deverá observar o mínimo e o máximo previsto para o tipo, servindo estes como balizas da pena.

No passado BITTENCOURT era adepto da impossibilidade de reduzir a pena abaixo do mínimo legal, visto que, em suma, violaria “[...] o primeiro momento da individualização da pena, que é legislativo, privativo de outro poder, [...] além de infringir os princípios da reserva legal e da pena determinada.” Posteriormente se juntou a tantos outros doutrinadores que entendem que é possível, já que, dentre outros argumentos, a proibição vem apoiada em entendimento doutrinário e jurisprudencial, em equivocada aplicação de interpretação analógica com o antigo parágrafo único do art. 48, CP, (previa uma causa de redução especial de pena, quando o agente queria participar de crime menos grave, e proibia a redução abaixo do mínimo), porque o texto do art. 65, CP, fala que a atenuante sempre irá reduzir a pena, que o entendimento de proibição foi firmado antes da reforma de 1984, que revogou o art. 48 e o legislador entendeu por não repetir o mesmo texto, e porque foi feita equiparação entre dois institutos totalmente diferentes, qual seja, do revogado art. 48, parágrafo único, CP, que fazia referência a causa específica de diminuição de pena, e o atual art. 65, CP, que trata das atenuantes. Portanto, impossível aplicar a analogia ou interpretação analógica¹⁸⁰.

Ainda que baste a argumentação comentada, em artigo publicado em setembro de 2022 em que criticam a Súmula 231, STJ, BITTENCOURT e MUNIZ vão mais longe quando lecionam que não é possível que o fundamento principal daquela Súmula seja “[...] os limites legais de reprovabilidade de cada delito”, posto que “[...] o mesmo Código Penal que regulamenta os crimes e atribui as respectivas penalidades, ao tratar das atenuantes”¹⁸¹, traz no texto legal do art. 65, CP, a determinação de que as circunstâncias atenuantes sempre irão reduzir a pena, ou seja, o legislador não condicionou o efeito do reconhecimento da atenuante à existência de uma pena-base superior ao mínimo legal. Poderia tê-lo feito, mas não o fez. Com isso, o entendimento de que a atenuante não tem o condão de reduzir a pena abaixo do mínimo legal é ultrapassado, vem ferindo o princípio da legalidade estrita, do princípio da individualização da pena e do direito subjetivo do condenado a uma pena justa, portanto, tal ilegalidades gravam tal entendimento como inconstitucional.

Uma atenuante que deveria ter sido prevista pelo legislador, enumerando-a no art. 65, CP, conforme entende ZAFFARONI e PIERANGELI (que seguem o entendimento atual de

¹⁸⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1. 12 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 597/598.

¹⁸¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto; MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. Artigo: Necessidade de Superação da Súmula nº 231 do STJ. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-26/bitencourte-muniz-superacao-sumula-231-stj>. Acesso em: 27 dez. 2022.

BITTENCOURT), é a condição social e econômica do condenado, bem como sua carência de instrução, dificuldade de acesso à medicina preventiva e curativa, ou de forma geral, “do menor gozo dos direitos sociais.” Entendem que os direitos que são postos à disposição de uns e não de outros colocam a sociedade com uma obrigação de repartir a culpabilidade com o sujeito. Deveria, também, ter sido prevista como atenuante específica a existência de outras condenações e todas as demais ações repressivas do sistema penal. Aqueles Autores argumentam que não se pode esperar que uma pessoa que foi estigmatizada, e por isso teve o seu meio social reduzido, e que foi condicionado por este mesmo sistema penal e obrigado a agir desta forma, tenha uma conduta diferente ou, pior, deduzir que sua conduta possua “[...] um maior conteúdo de injusto, por demonstrar um desprezo para com a autoridade estatal”. Entendem, todavia, que tais situações poderão ser utilizadas como atenuantes genéricas para reduzir a pena do condenado¹⁸².

Podemos citar o escólio de FRAGOSO para corroborar a impressão de ZAFFARONI quando diz que a reincidência deve ser vista como atenuante e não agravante em razão das mazelas da sociedade:

A igualdade de todos perante a lei é apenas um mito. A justiça toda é desigual. Tem-se afirmado, ironicamente, que as portas da justiça estão abertas para todos, como as dos hotéis de luxo. O Direito Penal, no entanto, é um direito desigual por excelência. (...)

Embora as leis digam que tem de ser preservada a dignidade humana dos presos, em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis. Aos defeitos comuns em todas as prisões, acrescentam-se, nas nossas, a superlotação, a ociosidade e a promiscuidade. Os presos não têm direitos. A prisão reflete, em última análise, condições estruturais da sociedade, que a mantém, como realidade violenta e totalizante e que dela se serve. A prisão também cumpre uma função ideológica importante, como expressão do castigo, no esquema da repressão, formando falsamente a imagem do criminoso. Sabemos hoje muito bem que não é possível, através da prisão, alcançar a ressocialização ou a readaptação social do condenado¹⁸³.

Tudo isso sem falar que a simples existência de um inquérito ou processo penal já é um martírio para o investigado ou réu e que a pecha que este cidadão recebe da sociedade (de bandido, culpado) antes de existir qualquer sentença, ficará eternamente em sua memória.

Acompanhamos o entendimento de que é possível a redução da pena abaixo do mínimo legal em razão das atenuantes, sejam elas específicas ou genéricas, por todos os fundamentos antes lançados, mas com especial atenção ao princípio da legalidade, visto que não há qualquer baliza legal que o impeça. Tal questão será de suma importância quando tratarmos do tempo

¹⁸² ZAFFARONI, E. Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Idem*. Pág. 714/716.

¹⁸³ FRAGOSO, Heleno. Artigo: Direitos Humanos e Justiça Criminal. IBCCRIM. Ano 13, n. 159. Mai. 2005. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171019131902-HCF-Direitos-Humanos.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

cautelar como atenuantes genéricas. No momento oportuno falaremos mais sobre o assunto, mas desde já levantamos as seguintes questões: se chegarmos à conclusão de que o tempo da cautelar deverá ser utilizado como atenuante genérica, o abatimento deverá ocorrer ainda que resulte em uma pena abaixo do mínimo legal, em que pese a proibição da Súmula 231, STF? Caso a referida Súmula sirva de baliza para a redução, não se estaria dispensando um tratamento desigual aos condenados? Acompanhamos o entendimento dos autores antes referidos pela obrigatoriedade da redução da pena em razão da atenuante e acreditamos que negar o abatimento fere o princípio da igualdade.

Em conclusão, a Súmula nº 545, STJ, que ordena que seja considerada como atenuante a confissão quando utilizada para o convencimento do juiz, não revogou a Súmula nº 231, STJ, mantendo inalterado o entendimento daquele Superior Tribunal. É o que se retira da recente decisão, proferida no dia 11 de outubro de 2022, quando o STJ, referindo-se ao julgado do STF, afirma que, em sistema de repercussão geral, julgando o RE nº 597.270 QO-RG, “[...] reafirmou o entendimento segundo o qual ‘circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal’ (Tema 158).” E mais adiante este entendimento é reforçado quando se fez constar que “O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, por ocasião do julgamento do EREsp 1.154.752/RS, ocorrido em 23.5.2012, reafirmou o entendimento consolidado na Súmula 231, o qual vem sendo mantido até os dias atuais”¹⁸⁴.

3.2 A Detração Penal

A palavra detração pode ser compreendida de diversas formas. Com origem etimológica do latim *detractio*, poderá ser considerado como ato de desprezar, difamar, menosprezar ou de computar, abater¹⁸⁵. Em sentido técnico-jurídico a detração significa o abatimento na pena ou na medida de segurança do tempo de prisão provisória ou administrativa (cumprida no exterior ou no Brasil) ou de internação em hospital, ou, na falta, em outro estabelecimento de custódia adequado (art. 42, CP), ou, segundo NORONHA, é “o cômputo na pena definitiva do tempo de prisão preventiva ou provisória e do de internação em hospital ou manicômio”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). AgRg no REsp n. 1.951.407/RJ, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Diário de Justiça eletrônico: Brasília, DF, ano 22, 14 out. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102297730&dt_publicacao=14/10/2022. Acesso em 27 dez. 2022.

¹⁸⁵ PONTE, Leila Hassem da. Da Detração Penal no Código Criminal do Império de 1830. Artigo Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/Acervo/12872?pagina=12>. Acesso em 14 nov. 2021.

¹⁸⁶ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Introdução e Parte Geral. Vol. I. 36 ed. rev. e atual. por ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Pág. 238.

Entretanto, na história da humanidade nem sempre o tempo em que o indivíduo esteve mantido segregado cautelarmente era abatido da penalidade imposta ao final. Embora o Direito Romano se preocupasse em computar na pena definitiva o período que o acusado estava segregado sem definição de culpa (Digesto, Livro 49, Título 19, “De Poenis”, Lei 25), com a queda do Império Romano e a chegada da Idade Média tal preocupação foi abandonada. Nessa época as penas eram aplicadas ao arbítrio do juiz, sem qualquer relação de proporcionalidade ou lógica entre o crime cometido e a pena aplicada¹⁸⁷.

DOTTI, citando CARRARA, lembra que os romanos não utilizavam o cárcere como forma de pena, mas como custódia¹⁸⁸, ou como se refere BITTENCOURT, quando trata das penas no final do século XVIII, “a prisão era uma espécie de antessala de suplícios”¹⁸⁹. DOTTI ainda leciona que a “pena pública” originava-se de duas naturezas, vingança coletiva e sacrifício expiatório, sendo a “[...] detenção como ‘verdadeira antecâmara de suplícios’ onde se depositava o acusado à espera do julgamento”, o que era adotado por diversos países orientais, inclusive por “civilizações incas e astecas [que] empregavam ‘jaulas e cercas’ para confinar os acusados antes da decisão e do sacrifício”¹⁹⁰. BITTENCOURT ainda chama atenção que no século XII foi cunhada a expressão “*vade in pace*”, palavras ditas em despedidas dos presos que, uma vez descendo às masmorras subterrâneas (criadas por iniciativa eclesiásticas, “[...] as quais se descia por meio de escadas ou através de poços onde os presos eram dependurados por uma corda”), nunca mais voltavam¹⁹¹. Em todo este período as formas de privação ou restrição de liberdade não eram formas de sanção autônomas, seu objetivo era de garantir a aplicação das penas corporais, em especial a pena de morte, tal qual proporcionava a aplicação da tortura como meio de coleta de provas¹⁹².

Em meio a esta realidade de “selvageria” das penas e desconexão entre crime e culpa, inviável o aproveitamento de qualquer forma do período de restrição ou privação cautelar¹⁹³.

¹⁸⁷ PONTE, Leila Hassem da. Da Detração Penal no Código Criminal do Império de 1830. Artigo Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/Acervo/12872?pagina=12>. Acesso em 14 nov. 2021.

¹⁸⁸ CARRARA, Francesco. Programma del Diritto Criminale. Parte Geral, Vol. II, p. 56, nota 1 ao § 670 *apud* DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 32.

¹⁸⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas. 5 ed. 3 tir. São Paulo: Saraivajur, 2019. Pág. 42.

¹⁹⁰ DOTTI, René Ariel. *Idem*. Pag. 868.

¹⁹¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Idem*. Pag. 47.

¹⁹² DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 32/33.

¹⁹³ PONTE, Leila Hassem da. Da Detração Penal no Código Criminal do Império de 1830. Artigo Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/Acervo/12872?pagina=12>. Acesso em 14 nov. 2021.

Como dito, no Digesto já constava a preocupação em diferenciar o tratamento dado aos cidadãos que por muito tempo aguardavam pelo julgamento, ideia que só retornou ao debate com a Revolução Francesa em razão de seus ideais liberais e preocupação com os direitos humanos. Assim constava no Digesto, Livro XLVIII, Título XIX, “De Poenis”, Lei XXV:

Se alguém é culpado de um crime há muito tempo, sua punição será até certo ponto aliviada: assim também é decidido que aqueles que são culpados de um crime há muito tempo não devem ser punidos da mesma forma que aqueles que receberam uma sentença recente¹⁹⁴. (tradução livre)

Foi com o Direito Romano que, embora não tenham eles alcançados os mesmos avanços do direito civil, foram criadas algumas distinções no crime, como, por exemplo, o propósito, o ímpeto, o *dolus malus*, dentre outros, sendo que o Digesto proíbe que a pena alcance os herdeiros, tendo esta a finalidade de aperfeiçoar o homem¹⁹⁵ (“Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat. Cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum” ou, em tradução livre, “Se uma pena é imposta a alguém, ela é recebida por ficção, para que não passe para os herdeiros. A razão para isso parece ser que o castigo é instituído para o aperfeiçoamento dos homens”¹⁹⁶).

Quando olhamos para a realidade do Brasil, PIERANGELLI ensina, ao tratar das Ordenações Filipinas, recordando PEREIRA, que a codificação da época era um misto de “despotismo e beatice”, com inspiração nas “falsas ideias religiosas e políticas”, refletindo em uma legislação “híbrida e feroz” que, ao invadir “as fronteiras da jurisdição divina”, criava confusão entre crime e pecado, o que resultava em uma absorção do indivíduo pelo Estado, transformando-o em instrumento e, com foco na contenção dos maus através do terror, não media a graduação da pena pela culpa, mas por sua utilidade. As penas infames eram utilizadas em larga escala, à exemplo do açoite, marca de fogo, galés, etc., sendo que a pena de morte era agravada pela forma cruel de sua execução, à exemplo dos adúlteros que eram queimados vivos para que não sobrassem restos ou sepultura para que fossem lembrados¹⁹⁷.

Nas Ordenações Afonsinas a prisão possuía uma função preventiva, permanecendo o réu preso até seu julgamento, garantindo que ele não fugiria, como meio de forçar o pagamento

¹⁹⁴ Digesto, Livro XLVIII, Título XIX, “De Poenis”, Lei XXV: “Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit: sic etiam constitutum est non eo modo puniendos eos, qui longo tempore in reatu agunt, quam eos qui in recenti sententiam excipiunt.” Disponível em: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/d-48.htm#19>. Acesso em: 23 ago. 2021.

¹⁹⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Idem*. Pág. 22.

¹⁹⁶ Digesto, Livro XLVIII, Título XIX, “De Poenis”, Lei XX.

¹⁹⁷ PEREIRA, Batista. Vicente Piragibe. Legislação Penal. Vol II. Pág. 14/15 in MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. Vol I. Pág. 65 *apud* PIERANGELLI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica. São Paulo: Jalovi, 1980. Pag. 7.

da pena pecuniária e, em raros casos, possuía um caráter repressivo, como no caso daqueles que fizessem tavolagem ou jogassem, a quem era aplicada a pena de quinze dias, ou de três dias para aqueles que “[...] violassem, pela segunda vez, as leis sobre as coisas de uso proibido (Tít. 43.º, 4).” Importante lembrarmos que a pena de prisão nem sempre era pré-definida, sendo aplicada ao livre arbítrio do rei.

As Ordenações Manuelinas passaram a vigorar no Brasil poucos anos após sua descoberta e a prisão era pouco utilizada como meio de repressão, embora em alguns casos ela fosse aplicada de forma arbitrária ou, em outros, a pena poderia ser de quinze ou trinta dias, sem qualquer desconto. Contudo, afirma-se na doutrina que ela foi de pouca aplicação, já que vigia, na prática, o arbítrio dos donatários. Entretanto, as Ordenações Manuelinas traziam em seu texto a regulamentação de alguns problemas da execução (por exemplo, Tít. 53º e Tít. 57º), como o local de cumprimento em situações especiais e a forma de aplicação da pena¹⁹⁸.

Sobreveio então as Ordenações Filipinas que aumentaram os tipos penais a tal ponto que, lembrando o escólio de DOTTI, que cita MARQUES, “[...] um rei africano estranhou, ao lhe serem lidas as ordenações, que nelas não se cominasse pena para quem andasse descalço”¹⁹⁹. A Ordenações Filipinas também não mudou em nada a selvageria das penas constantes nas Ordenações Manuelinas, sendo mantidas as penas corpóreas, infames e cruéis²⁰⁰, tanto que “O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; nos *chapiers de doléances* e entre os legisladores da assembleias”²⁰¹ e, seguindo DOTTI, “[...] foi sob a inspiração e o comando daquele *Direito Penal do Terror* que se processaram e condenaram os mártires da *Inconfidência Mineira*, tendo à frente [...], o *Tiradentes*”, o qual foi condenado à morte por enforcamento (1729), teve sua cabeça arrancada e seu corpo desmembrado em quatro partes e, seguindo com o uso do terror como forma de contenção da criminalidade, as partes de seu corpo foram pregadas em postes altos, a cabeça no lugar mais Público de Villa Rica e as quatro partes de seu corpo “[...] pelo caminho de Minas no sítio de Varginha e das Sebolas aonde o réu teve as suas infames práticas, e os mais nos sítios de maiores povoações” e lá ficando até que fossem consumidos pelo tempo²⁰².

¹⁹⁸ DOTTI, René Ariel. *Idem*. Pág. 42/43.

¹⁹⁹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1964. Pág. 85 *apud* DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 46.

²⁰⁰ DOTTI, René Ariel. *Idem*. Pág. 45/48.

²⁰¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões*. 36ª ed. Tradução de Raquel Ramalheite. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. Pág. 71.

²⁰² DOTTI, René Ariel. *Idem*. Pág. 47/48.

Tanto o Decreto de 10 de março de 1821, que instituiu as *Bases da Constituição Política da Monarquia* e regulava a matéria punitiva de forma mais liberal, como era a realidade da época, e aviso do Príncipe Dom Pedro aos juizes do crime para que observassem aquelas bases quando de suas decisões (o que significava acabar com algumas penas graves, como a tortura, açoite, confisco e outras penas cruéis e desumanas, inclusive impedindo que a pena passasse da pessoa do condenado) não surtiram efeito na realidade brasileira, pois a antiga legislação ainda continuava extremamente presente e válida no Brasil, sobrevivendo a Lei do dia 20 de outubro de 1823 reavivando as penas cruéis e infames²⁰³.

Já em 25 de março de 1824 a primeira constituição do Brasil foi outorgada e, influenciada pelas ideias liberais da época, que ecoavam principalmente na França e nos Estados Unidos, assegurou a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, a igualdade de todos perante a lei, a irretroatividade da lei, a personalidade da pena e utilidade da lei penal, aboliu as penas de “[...] açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis” (art. 179, *caput*, e inciso XIX, CF/1824) e determinou a criação de um código criminal fundado na equidade e justiça²⁰⁴. Então, em 16 de dezembro de 1830, foi sancionado o Código Criminal do Império do Brasil, o qual, muito embora tenha sofrido grande influência das ideias liberais, trouxe em seu art. 37 a previsão de que a prisão processual não seria considerada pena (“Art. 37. Não se considera pena a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fugida, nem a suspensão dos magistrados decretada pelo poder moderador na forma da Constituição”²⁰⁵), e, na interpretação de PONTE, este dispositivo é vedação explícita ao abatimento da prisão sem culpa na pena aplicada²⁰⁶. Contudo, ainda sob a égide do Código Penal do Império, através da Lei nº 1.696, de 15 de setembro de 1869, em seu art. 7º, a detração é instituída com a seguinte redação:

Art. 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 levado em conta no cumprimento da pena o tempo de prisão simples que o réu tiver sofrido desde a sentença da 1ª instância, descontada a sexta parte. O disposto neste artigo não terá lugar se o réu preferir o cumprimento da pena de prisão com trabalho, não obstante a apelação²⁰⁷.

²⁰³ BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Introdução – Norma Penal – Fato Punível. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. Pág. 161/162.

²⁰⁴ MACHADO, Máira Rocha. A História do Direito Penal Brasileiro. In: GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. Vol. I. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 240/241.

²⁰⁵ PIERANGELLI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica. São Paulo: Jalovi, 1980. Pag. 171.

²⁰⁶ PONTE, Leila Hassem da. Da Detração Penal no Código Criminal do Império de 1830. Artigo Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/Acervo/12872?pagina=12>. Acesso em 14 nov. 2021.

²⁰⁷ BRASIL. Lei nº 1.696, de 15 de setembro de 1869. Chancelaria-mór do Império. - José Martiniano de Alencar, 1869. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1696-15-setembro-1869-552475-publicacaooriginal-69772-pl.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

Embora a previsão das penas de morte e corpóreas tenham sido mantidas no Código Criminal do Império, os crimes sancionados com a pena de morte foram reduzidos e eliminadas as crueldades de suas execuções, tal qual abolidas as penas infames, com exceção dos açoites aos escravos (contrariando a Constituição vigente), que posteriormente fora extinta através da Lei nº 3.310, de 15 de outubro de 1886. Restaram instituídas, assim, onze sanções no Código Imperial: galés, morte, prisão com trabalho, prisão simples, suspensão do emprego, perda do emprego, multa, desterro, degredo, banimento e açoite aos escravos²⁰⁸.

Com a declaração da primeira República Federativa e constituição dos Estados Unidos do Brasil (15/11/1889), ainda no Governo Provisório, já se pensava na elaboração de uma nova carta constitucional, e, com a abolição da escravatura (1888), se tornou mais urgente a elaboração de um novo Código Criminal.

Porém, antes que todos os esforços de Joaquin Nabuco (líder do abolicionismo), Campos Salles (Ministro da Justiça do Governo Provisório) e do Conselheiro Baptista Pereira (incumbido pelo Ministro da Justiça de organizar o projeto do novo Código Criminal) o Governo baixou o Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890, que instituiu a prescrição (que havia sido vedada pelo art. 65 do Código Criminal do Império)²⁰⁹, passou as penas perpétuas para o máximo de trinta anos e, em seu art. 3º, determinou a obrigatoriedade da detração²¹⁰. Com o Decreto nº 817 (11/10/1890), foi, então, instituído o novo Código Penal²¹¹. Contudo o novo *códex* continha defeitos, “imperfeições”, o que, na tentativa de supri-las e enquadrá-lo na nova realidade prática e científica, foram editadas inúmeras leis penais que, posteriormente, foram consolidadas através do trabalho realizado pelo Desembargador Vicente Piragibe²¹².

Aprovada pelo Decreto de 14 de dezembro de 1932, caso houvesse conflito entre a Consolidação das Leis Penais e as leis em vigor, aquela não tinha o poder de revogação de qualquer dispositivo. Todavia, embora as críticas lançadas em parecer pelo Presidente da Comissão Legislativa (21 de novembro de 1932), que comparou o Código Criminal de 1890 e

²⁰⁸ DOTTI, René Ariel. *Idem*. Pág. 50.

²⁰⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Idem*. Pág. 146.

²¹⁰ “A prisão preventiva será computada na execução da pena, sendo posto em liberdade o réu que, citado ou adicionado o tempo da mesma prisão, houver completado o da condenação.” BRASIL. **Decreto nº 774, de 20 set. de 1890** (Declara abolida a pena de galés, reduz a 30 anos as penas perpétuas, manda computar a prisão preventiva na execução, e estabelece a prescrição das penas.) Rio de Janeiro, RJ: Presidente do Governo Provisório, 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Declara%20abolidaa%20pena%20de%20gal%C3%A9s,estabelece%20a%20prescrip%C3%A7%C3%A3o%20das%20penas>. Acesso em: 21 nov. 2021.

²¹¹ DOTTI, René Ariel. *Idem*. Pág. 50/55.

²¹² BRUNO, Aníbal. *Op Cit*. Pág. 166/167.

a necessidade da elaboração de um novo código criminal ao Código Civil da época, chamando-o, nas palavras de CARVALHO, de “cipoal”, ainda assim reconhece a importância da Consolidação das Leis Penais afirmando que aquela Consolidação “[...] terá a maior utilidade prática e constituirá, até, vantajosa preparação para adoção oportuna do novo Código Criminal”²¹³.

Dentre os 410 artigos que continha a Consolidação das Leis Penais, seu art. 5º, inciso III, §2, traz a previsão do *ne bis in idem* no ponto que proíbe o processo ou julgamento de determinados crimes cometidos no estrangeiro, por nacional ou estrangeiro, contra “brasileiro e ao qual commine a lei brasileira pena de prisão de dois anos no mínimo” (art. 5º inciso III) que já tenham o agente sido, no estrangeiro, absolvido, perdoado, cumprido a pena ou esteja prescrita de acordo com a lei mais favorável, ou, em outros casos, o tempo de prisão cumprida no estrangeiro será abatida da pena imposta no Brasil (Art. 5º, III, §2).

§2º – Não terão logar o processo e o julgamento pelos crimes referidos no n. III si os criminosos já houverem sido, no estrangeiro, absolvidos, punidos ou perdoados por tais crimes, ou si o crime ou a pena já estiverem prescritos segundo a lei mais favorável. O processo e o julgamento dos crimes do n. II não serão obstados por sentença ou qualquer ato de autoridade estrangeira. Todavia, será computada no tempo da pena, a prisão que no estrangeiro, por tais crimes, sido executada. (Art. 5º, III, §2)²¹⁴.

Com essa breve recapitulação da parte histórica da detração, é possível verificar que a preocupação do legislador foi impedir o *ne bis in idem*, ou seja, que o condenado cumprisse duas vezes a pena (ou parte dela) a que fora condenado. Nesta senda, o instituto da detração tem fundamento no princípio do *ne bis in idem*, ou como alguns autores preferem, no princípio da proibição da dupla condenação²¹⁵.

No Código Penal vigente está previsto no art. 42, que ordena, como já dito, a redução na pena definitiva o período cumprido de prisão provisória ou administrativa ou tempo de internação em hospital psiquiátrico ou outro local apropriado por ordem do magistrado, podendo ser conceituada a detração, ainda, no escólio de BASCHI como

O instituto [que] regula o desconto na pena privativa de liberdade (e no tempo da medida de segurança) do período em que o autor do fato esteve cautelarmente preso (por efeito de preventiva, decreto temporário, flagrante ou pronúncia) ou de internamento em hospital de custódia e tratamento (art. 42 do CP)²¹⁶.

²¹³ PIERANGELLI, José Henrique. *Idem*. Pag. 323.

²¹⁴ *Ibidem*. Pag. 328.

²¹⁵ DOTI, René Ariel. *Idem*. Pág. 868. No mesmo sentido SANGUINÉ, Odone. *Idem*. Pág. 714.

²¹⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Idem*. Pág. 304.

Alertamos que a referida obra foi publicada em março/2011, enquanto a legislação que realizou a reforma é de maio/2011. Logo, de acordo com a legislação então vigente, não era exigido, necessariamente, que fosse “[...] a prisão em flagrante ‘substituída’ pela prisão preventiva, pois, uma vez ratificada seus requisitos pelo juiz, ela deveria se manter como modalidade autônoma”²¹⁷. Contudo, tal possibilidade não se sustenta mais frente ao novel art. 310, CPP, que determina que o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fazer a conversão em prisão preventiva se quiser que o flagrado seja mantido preso²¹⁸ (sempre com a devida fundamentação e motivação que vislumbre todos os princípios e requisitos exigidos).

Com a redação que foi dada ao Art. 387, §2º, CPP, pela Lei nº 12.736/2012, o juiz deverá considerar a detração para determinar o regime inicial de cumprimento de pena, ou seja, a competência que anteriormente era definida pelo art. 66, III, “c”, Lei de Execução Penal (competência para detração e remissão), como sendo somente do juiz da execução, neste ponto passou a ser do juiz prolator da sentença. Todavia, quando o magistrado prolator da sentença verificar que, mesmo aplicada a detração, o regime inicial da pena não será modificado, ele não deverá realizar a detração, explanando sua justificativa, tudo sob pena de incorrer em usurpação da competência do juiz da execução²¹⁹. Nesta situação a competência permanece com o juiz da execução²²⁰. Crítica é feita por RANGEL a este dispositivo. Para ele a lei regula menos do que deveria, pois o juiz sentenciante deveria ter a obrigação de aplicar a detração sempre que ela trouxesse qualquer benefício ao condenado, como, por exemplo, redução do tempo para o livramento condicional²²¹.

Embora a nova competência atribuída ao juiz da sentença, não há que se falar em uma quarta fase do cálculo da pena, continua ele sendo trifásico, ou seja, o juiz irá determinar a pena base, verificar a existência de circunstâncias agravante ou atenuante e depois as causas especiais de aumento ou diminuição para dizer qual a pena definitiva. Só então será realizado o cálculo

²¹⁷ POLASTRI, Macellus. Da prisão e da Liberdade Provisória e as Medidas Cautelares Alternativas da Prisão Provisória. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Pág. 78.

²¹⁸ LOPES JR., Aury. *Idem*. *E-book*. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Reforma Das Medidas Cautelares Pessoais no CPP e os Problemas de Direito Intertemporal Decorrentes da Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. Boletim do IBCCRIM, ano 19, nº 223, jun. 2011. Pág. 11/12. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/333/5292>. Acesso em: 16 nov. 2021.

²¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1604636/PR, DJE: Brasília, ano 2020. 18 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/920065366/decisao-monocratica-920065376>. Acesso em 13 dez. 2022.

²²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). HC nº 480.128/RJ. DJE: Brasília, DF, ano 19. 07 fev. 2019. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/858550990/inteiro-teor-85855_1102. Acesso em 13 dez. 2022.

²²¹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27 ed. rev. atual. ampl. Editora Atlas: São Paulo, 2019. *E-book*.

da detração. Não é a detração uma causa de diminuição da pena e nem mesmo uma atenuante genérica²²², razão pela qual o magistrado não poderá fazer qualquer consideração quanto a existência ou não de tempo a ser detraído em nenhuma destas fases. Somente após encontrar a pena definitiva é que a “ideia” da realização da detração ou não é que deverá surgir na mente do juiz. Se assim não for, poderá ocorrer do julgador aplicar uma pena maior do que aquela que ele realmente acha devida com o fim de impedir que a detração beneficie o condenado. A detração penal surge na legislação como “[...] um ato de economia processual e justiça para os fins de já se estabelecer o regime inicial correto a ser cumprido diante do *quantum* de pena que restará”, ao invés de fazê-lo começar por um regime mais gravoso até que o juiz da execução analise seu processo, realize a detração para que ele progrida para o regime correto²²³.

Existe, ainda, outra situação cuja competência para realizar a detração será do juiz da execução: quando a razão de sua aplicação for a cautelar decretada em outro processo. O juiz sentenciante não possui competência para declara a extinção de punibilidade na própria sentença e, afora isso, e com especial atenção ao art. 111, Lei de Execução Penal²²⁴, quando for o caso, a unificação da pena também é de competência do juiz da execução, o qual, após realizá-la, deverá aplicar a detração e remição²²⁵.

Abrimos um parêntese para lembrar que o regime inicial de cumprimento de pena poderá ser outro que não aquele indicado em razão do tempo de pena aplicada na sentença. Para que seja possível/legal a imposição de um regime mais gravoso, é necessária a realização de uma análise mais detalhada do caso real, com atenção redobrada quanto às circunstâncias concretas do fato criminosos e circunstância judiciais do art. 59, CP (art. 33, §2º, alínea “b”, e §3º, CP), tudo com o fim de respeitar o princípio de individualização da pena. A propósito, o STF, em suas Súmulas 718 e 719²²⁶, determina que a gravidade abstrata do crime não é suficiente para imposição de regime mais gravoso, tal qual exige, neste caso, motivação idônea que o justifique²²⁷.

²²² Não há que ser fazer confusão entre a afirmação que o instituto da detração não é uma agravante genérica e a possibilidade de considerar o tempo cumprido das cautelares alternativas como atenuante genérica.

²²³ RANGEL, Paulo. *Op. Cit. E-book*.

²²⁴ Lei de Execução Penal, “Art. 111 - 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.”

²²⁵ FRANCO, Alberto Silva (org); *et al. Idem*. Pág. 894.

²²⁶ Súmula nº 718 - A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Súmula nº 719 - A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

²²⁷ COSTA, André de Abreu. *Penas e Medidas de Segurança. Fundamentos e Individualização*. 4 ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021. *E-book*.

Encerrado o parêntese, o Código Penal vigente em 1984 trazia a previsão da detração penal em seu art. 34 com a seguinte redação: “Computam-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.” e, em seu art. 33, determinava que “O sentenciado a que sobrevém doença mental deve ser recolhido a manicômio judiciário ou, à falta, a outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.” Com a reforma que ocorreu em razão da Lei nº 7.209/1984, o instituto passou a ser tratado no art. 42, CP (mantendo-se inalterado até então) com o seguinte texto: “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.” O art. 41, CP, por sua vez, recebeu a seguinte redação: “O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.” A nova redação do art. 42, CP, excluiu o termo “preventiva” do texto, mantendo somente a prisão provisória, enquanto o regramento do antigo art. 33 (agora art. 41), embora com nova redação, manteve inalterado o seu conteúdo.

À primeira vista a exclusão do termo “preventiva” poderia lançar dúvidas se somente a prisão provisória poderia ser alvo do instituto da detração. Entendemos, seguindo FRANCO, que a interpretação que se deve dar ao termo “prisão provisória” é a mais abrangente possível, devendo ela compreender, também, “[...] a todas as modalidades de medidas cautelares que restringem a liberdade pessoal”²²⁸, ou, dentre outros, DELMANTO, para quem, além de incluir todas as espécies de prisão provisória (flagrante, temporária e preventiva), lembra que o STF, no julgamento do HC nº 84.078, de 05 de fevereiro de 2009, considerou ilegal a prisão em decorrência de sentença penal condenatória confirmada em grau recursal, mas pendente de recursos aos Tribunais Superiores. Ainda no escólio de FRANCO, o legislador da época não aproveitou a oportunidade para suprir todas as falhas do ordenamento, embora reconheça que algumas foram resolvidas, aponta que outras foram mantidas e outras ainda foram criadas. Reconhece, por exemplo, que a reforma resolveu o problema do cômputo da medida cautelar (prisão provisória -interpretada com sua maior abrangência- ou internação cautelar no caso de aplicação de medida de segurança, passando a ser possível em qualquer das hipóteses (prisão ou medida), mas critica-os por perderem a oportunidade de regular outras tantas questões, por exemplo, se deverá ser ou não detraído o tempo de prisão civil tal qual acontece com a prisão administrativa; se o tempo da prisão ou internação cautelar irá se comunicar ou não com outros

²²⁸ FRANCO, Alberto Silva (org); *et al. Idem*. Pág. 884. Quando foi publicada esta obra as novas modalidades de cautelares diversas da prisão ainda não eram contempladas por nossa legislação.

processos do mesmo agente (nas várias situações possíveis envolvendo o tempo do crime, resultado de cada processo, etc.); e a retirada do termo “prisão preventiva” impede a detração neste caso ou se sua interpretação deverá ser a mais “alargada” possível²²⁹.

Ao tratarmos da prisão civil por dívida, embora prevista no texto constitucional, tal qual a prisão por falta de pagamento da prestação alimentar, acabou sendo revogada com a adesão do Brasil aos documentos internacionais, com especial atenção à decisão do STF quanto a posição dos tratados e convenções internacionais ocupando o lugar de força supralegal, ou seja, não está acima da constituição, mas hierarquicamente está acima das leis.

Com a revogação do art. 320, CPP, pela Lei nº 12.403/2011, excluiu-se a prisão civil de nosso ordenamento, restando somente a prisão por descumprimento de obrigação alimentar, o que leva ao questionamento se é possível seu abatimento em caso de sentença penal condenatória em razão do crime de abandono ou apropriação indébita. Se por um lado a prisão provisória possui um caráter sancionador, a prisão civil, por outro, possui caráter coercitivo obrigacional, qual seja, obrigar o devedor a prestar os alimentos devidos. Em que pese seja possível identificar duas espécies de obrigações diferentes (a prisão civil alcança seu objetivo se realizado o pagamento dos alimentos devidos), sendo que a primeira é regulada pelo Código de Processo Penal e a segunda não (conforme LOPES JR. ao tratar da impossibilidade de aplicação da fiança a este instituto) nossa doutrina e jurisprudência vem decidindo pela possibilidade de detração do tempo desta prisão civil da prisão-pena aplicada, desde que mantida relação entre elas, em ação por abandono de incapaz ou apropriação indébita²³⁰. DOTTI²³¹, FRANCO²³² e DELMANTO²³³, entendem que se trata de prisões semelhantes, razão pela qual deve ser aplicada a detração, fulcro ao princípio da analogia *in bonam partem*, quando o crime tenha sido cometido anterior à prisão por dívida de alimentos, posicionamento que acompanhamos.

A respeito da prisão administrativa, MARQUES, quando trata do tema ainda sob a égide do antigo art. 34, CP (anterior à reforma de 1984), leciona que a prisão administrativa visa a infração cometida à preceitos jurídicos-administrativos ao invés de buscar a punição da prática da ilicitude propriamente dita. Portanto, não seria computada na pena de prisão. Critica a legislação por tratar ambas as espécies de prisão no mesmo dispositivo, porém afirma que não

²²⁹ FRANCO, Alberto Silva (org); *et al. Idem* Pág. 1221.

²³⁰ LOPES JR., Aury. *Idem. E-book*.

²³¹ DOTTI, René Ariel. *Idem*. Pág. 870.

²³² FRANCO, Alberto Silva (org); *et al. Idem*. Pág. 893.

²³³ DELMANTO, Celso. *et al. Código Penal Comentado*. 9 ed. 2 tir. Rev. Atual e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 217.

se trata de algo inesperado, visto as inúmeras imperfeições do código da época²³⁴.

Com a reforma de 1984, e posteriormente com a edição da Lei nº 12.403/2011, não mais persiste a prisão administrativa em nosso ordenamento jurídico processual penal, salvo exceção da prisão militar e dos crimes propriamente militares, ou, ainda, quando em decorrência de ordem judicial emanada de juiz competente²³⁵, e, mesmo que assim não se entenda, a Constituição Federal de 1988 não a recepcionou. LOPES JR. sustenta a inconstitucionalidade e inexistência da prisão administrativa na atualidade (anteriormente prevista no art. 319, CPP, o qual foi modificado pela Lei nº 12.403/2011) ao afirmar que “Se, antes, afirmávamos que a prisão administrativa não havia sido recepcionada pela Constituição, agora, com mais razão. Nem existe mais no Código de Processo Penal”²³⁶. Em contraposição, BITTNECOURT defende a manutenção da prisão administrativa em nossa legislação argumentando que

A prisão administrativa, que não se confunde com a prisão civil *stricto sensu*, não tem natureza penal, e pode decorrer de infração disciplinar, hierárquica, ou mesmo de infrações praticadas por particulares, nacionais ou estrangeiros, contra a Administração Pública. Apesar de o art. 319 do CPP, que disciplinava a prisão administrativa, ter sido revogado, na nossa concepção, ela continua existindo, nas hipóteses de prisão nos quartéis militares, por indisciplina, bem como a prisão do extraditando enquanto aguarda a tramitação do processo perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Superior Tribunal de Justiça. Essa prisão não é a autêntica prisão preventiva, logo, só pode ser classificada como prisão administrativa. Finalmente, a recentíssima Lei n. 12.736, de 2012, que acrescentou o § 2º ao art. 387 do CPP, prevê que “o tempo de prisão administrativa” também deve ser considerado na fixação do regime inicial de pena privativa de liberdade. Enfim, se dúvida alguma houvesse sobre a persistência da prisão administrativa, esse novel diploma legal a afasta por completo²³⁷.

Na leitura do art. 42, CP, ainda é possível verificar que não há qualquer referência a possibilidade da detração entre processos diferentes. Ainda que o art. 111, LEP, autorize (“Art. 111. 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.”), nossa legislação é deficiente quanto a regulamentação das hipóteses cabíveis. Três foram as correntes que surgiram para solucionar a questão:

Podemos citar primeiro a posição de MARQUES (a mesma que era sustentada por e LYRA²³⁸) para quem é exigido continência ou conexão entre os delitos para que possa haver a detração, sob pena do preso cautelar criar um “crédito” junto ao Estado, o que incentivaria o

²³⁴ MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1956. Pág. 146.

²³⁵ DELMANTO, Celso. *et al. Op. Cit.* Pág. 217.

²³⁶ LOPES JR., Aury. *Idem.* Pág. 776.

²³⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 10 ed. São Paulo: Saraivajur, 2019. *E-book*.

²³⁸ LYRA, Roberto. *Op. Cit.* Pág. 153/154.

cometimento de crimes²³⁹. Discordamos deste posicionamento, seguindo a crítica feita por DELMANTO, visto que a própria Lei de Execução Penal, em seu art. 111, autoriza que seja realizada a detração em processos distintos. Há quem defenda, segundo posicionamento, que é possível a detração nos casos em que não há relação de continuidade na prisão, mas o preso cautelar passa da prisão injusta para o cumprimento da pena por crime cometido anteriormente ao processo da prisão cautelar injusta. Entendemos que não há previsão legal para esta exigência, conforme leciona DELMANTO²⁴⁰. Por último, terceiro posicionamento, admite-se a detração entre processos sem qualquer nexos, desde que tenha sido cometido anteriormente à prisão cautelar do acusado que se pretende detrair. Este é o entendimento mais liberal e que seguimos, nos moldes da jurisprudência e de vários autores (BITTENCOURT²⁴¹, NETO²⁴², SANTOS²⁴³, DELMANTO²⁴⁴, etc.), pois, dentre as aventadas pela doutrina e jurisprudência, é o mais favorável ao réu e evita a chamada “conta corrente” de pena. Cita-se, à exemplo, o julgado do dia 02 de fevereiro de 2022, no HC n° 747191/SP, Quinta Turma do STF, em que o Ministro Relator Ribeiro Dantas, em voto acatado por unanimidade, diz que é admitida “[...] a detração, inclusive em processos distintos, desde que a segregação indevida seja posterior ao crime em que se requer a incidência do instituto, a fim de amenizar as consequências de uma custódia processual indevida.” Mais adiante, ressaltando o entendimento daquela Corte, afirma que

A jurisprudência desta Corte Superior admite a detração do tempo de prisão processual ordenada em outro processo em que o sentenciado fora absolvido ou declarada a extinção de sua punibilidade, bem como na hipótese em que o tempo de custódia cautelar efetivado seja por crime anterior ao período pleiteado²⁴⁵.

O texto legal do art. 42, CP, também fala na detração do tempo de internação em hospital psiquiátrico ou outro local adequado, sendo que aqui há de ser feita uma interpretação extensiva para a inclusão do tempo de internação para qualquer tipo de tratamento. Porém, o que irá ser reduzido, no caso de medida de segurança, não é o tempo total que o detido deverá ficar internado, pois, de acordo com o art. 97, §1º, CP, a internação perdurará até que cesse a periculosidade, o que deverá ser atestada através de perícia médica. Portanto, o tempo que será

²³⁹ MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1956. Pág. 145.

²⁴⁰ DELMANTO, *et al.* *Op. Cit.* Pág. 218.

²⁴¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Idem. E-book.*

²⁴² NETO, Arthur da Motta Trigueiros. Direito Penal. Parte Geral II. Penas até extinção da Punibilidade. Coordenação de GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 95.

²⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* Pág. 540.

²⁴⁴ DELMANTO, Celso. *et al. Op. Cit.* Pág. 218.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Quinta Turma). HC n° 747191/SP. DJE: Brasília, DF, ano 22, 08 jun. 2022. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1533820907>. Acesso em: 13 dez. 2022.

reduzido é aquele referente ao primeiro exame, o qual deverá, ainda pelo regramento do art. 97, CP, ocorrer no mínimo entre um e três anos. Assim, considerando que o sujeito ficou cautelarmente internado para tratamento pelo período de um ano e o juiz prolator da sentença determinou que o primeiro exame seja realizado em dois anos, após a detração restará o saldo de um ano, o qual deverá ser observado para a realização do primeiro exame²⁴⁶.

Enfim, quando se fala em prescrição, de acordo com o entendimento de BITTENCOURT, o prazo da detração deverá ser observado para fins de seu cálculo, sendo feito sob o restante da pena e não sob o total da pena aplicada, observando o determinado no art. 113, CP²⁴⁷. Nesta linha entende RANGEL, para quem a prescrição *in concreto* (seja retroativa, superveniente ou a executória) deverá ser realizada com base na pena após a detração e não àquela aplicada pelo juiz²⁴⁸. GRECO discorda deste posicionamento. Lembrando a decisão da 1ª Turma do STF, com voto do Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em maio de 2010, afirma que só é possível a detração quando se tratar de execução da pena, logo, para prescrição da pretensão executória. Em decisão mais recente, datada de 24 de agosto de 2020, o STF reafirmou seu entendimento através do julgamento do ARE nº 1263018/PE, em que no voto da Ministra Relatora Rosa Weber, seguido pelos demais, ficou decidido que “A prescrição da pretensão punitiva incide sobre a pena definitiva imposta ao acusado, não comportando a dedução dos dias de cumprimento de prisão cautelar, nos termos do que prescreve o legislado no art. 110 do CPB”. O STJ também possui o mesmo entendimento. É o que se retira do voto do Relator Ministro Felix Fischer, acompanhado pelos demais, no AgInt no AREsp nº 1428799/SP, julgado em 26 de março de 2019, quando determina que “O período de prisão provisória do réu é considerado somente para o desconto da pena a ser cumprida e não para contagem do prazo prescricional, o qual será analisado a partir da pena definitiva aplicada”.

3.3 Da Impossibilidade da Detração das Cautelares e sua Exceção

O que se encontra na maioria das decisões do STF e STJ é a referência ao entendimento já pacificado naquelas Cortes. Entretanto, buscaremos analisar e indicar aquelas decisões que discorrem mais sobre a matéria. Adiantamos que as decisões do STF apontam para a impossibilidade de qualquer cautelar, salvo àquelas previstas no art. 42, CP, serem objeto de

²⁴⁶ GRECO, Rogério. *Op. Cit. E-book*.

²⁴⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Idem. E-book*.

²⁴⁸ RANGEL, Paulo. *Op. Cit. E-book*.

detração, enquanto o STJ segue a mesma regra, mas abrindo exceção para caso da cautelar de recolhimento domiciliar.

Antes de adentrarmos na análise da jurisprudência, podemos citar MENDONÇA dentre aqueles que, no mesmo sentido do STF, afirma não ser possível a detração no caso das medidas alternativas. Ressalvando as possibilidades legalmente previstas (internação provisória de inimputável, prisão provisória e, como única exceção, a prisão domiciliar alternativa), leciona que

Nas duas situações há total restrição à liberdade ambulatorial, a justificar a detração. No entanto, em geral, nas demais medidas cautelares alternativas, como não há previsão legal e especialmente porque há total ausência de compatibilidade e semelhança entre a gravidade das medidas cautelares e a pena privativa de liberdade, inviável falar-se em detração²⁴⁹.

O escólio de RANGEL, entretanto, é no mesmo sentido das decisões do STJ, pois

Se o magistrado determina que o preso permaneça recolhido domiciliarmente entre 22h00 e 06h00, de segunda a sexta-feira, e nos finais de semana e feriados de 00h00 às 06h00 e essa limitação dura o tempo de x meses, totalizando três meses de cerceamento à sua liberdade, deve esse tempo ser detraído de sua sanção penal definitiva, sob pena de grave violação ao princípio da individualização da pena²⁵⁰.

Em recente decisão MORAES, julgando Agravo em Recurso Extraordinário, tombado sob o nº 1.387.036/SC²⁵¹, publicado em 16 de junho de 2022, em que era Relator, reconhece os argumentos lançados nas decisões do STJ, porém decide, nos moldes da jurisprudência pacificada naquela Suprema Corte, que nossa legislação não prevê a detração para além dos casos de prisão provisória e internação cautelar, sendo que as demais medidas em nada se assemelham a elas, além de não representarem efetivo comprometimento a liberdade de locomoção. Neste sentido, deu provimento ao recurso Ministerial para cassar a decisão recorrida e reestabelecer a decisão proferida pelo juiz de primeiro grau.

A Ministra Rosa Weber também entende da mesma forma que MORAES, o que pode ser deduzido com breve passagem de seu voto no AG. REG. no HC nº 205740/SC quando afirma que

Por força de lei, descabe detrair das penas o período de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, porquanto o art. 42, do Código Penal, não prevê a aplicabilidade do benefício a esta hipótese, sendo, ainda, manifestamente contrária à lei a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para justificar

²⁴⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 474.

²⁵⁰ RANGEL, Paulo. *Op. Cit. E-book*.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 1.387.036/SC. DJE: Brasília, DF, ano 22, 16 jun. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1566266496/inteiro-teor-1566266506>. Acesso em: 13 dez. 2022.

a detração com base no fato de que algumas espécies de medidas cautelares comprometam o *status libertatis* do acusado²⁵².

Vale referir que o recurso foi interposto pelo condenado para ver reconhecida não só as horas de recolhimento noturno e dias não úteis, como fora determinado pela recorrida decisão do STJ, mas sim a totalidade dos dias, fato este que foi comentado pela Ministra Rosa Weber ao final de seu voto quando diz que a decisão recorrida é mais benéfica que o pacificado entendimento daquela Corte.

Foi negado procedência ao citado recurso por unanimidade sem que os demais Ministros que compuseram o julgamento (à saber: Ministra Carmem Lúcia -Presidente- e Ministros Dias Toffoli, Luiz Roberto Barroso e MORAES) apontassem qualquer divergência.

O entendimento do STJ era no mesmo sentido que a do STF, como se vê do voto proferido pelo Min. Félix Fischer, no julgamento do HC n° 380.370/DF, quando afirma que o recolhimento noturno e a obrigação periódica de comparecimento em juízo não são medidas passíveis de serem acolhidas pelo instituto da detração:

II - 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 previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado²⁵³.

A Ministra Laurita Vaz lançava voto no mesmo sentido, o que se retira de seu voto no julgamento do AgRg no AREsp 1406675/GO, Sexta Turma, de sua relatoria, publicado no dia 05 de junho de 2019, o qual foi acompanhado pelos demais Ministros daquela Turma (Ministro Sebastião Reis Júnior, CRUZ, Ministro Nefi Cordeiro e Ministro Antônio Saldanha Palheiro)²⁵⁴. Analisando o referido julgado, a Ministra Laurita Vaz afirma que nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão podem ser detraídas, inclusive a de recolhimento noturno. Cita o entendimento do Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, no julgamento do HC n° 380.370/DF, publicado no dia 07 de março de 2017, e da Ministra Maria Terezinha de Assis Moura, Sexta Turma, no julgamento do HC n° 402.628/DF, publicado no dia 21 de setembro

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG. REG. no HC n° 205740/SC 0059876-59.2021.1.00.0000. DJE: Brasília, DF, ano 22, 28 abr. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1487454725/inteiro-teor-1487454737>. Acesso em: 13 dez. 2022.

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n° 380.370/DF. DJE: Brasília, DF, ano 17, 21 mar. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603127187&dt_publicacao=21/03/2017. Acesso em: 13 dez. 2022.

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região (Oitava Turma). EP n° 50015552620214047002/PR. DJE: Porto Alegre, DF, ano 21, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1228147829/inteiro-teor-1228147879>. Acesso em: 13 dez. 2022.

de 2017, em que ambos decidem pela impossibilidade da detração de quaisquer medidas cautelares alternativas por falta de previsão legal:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de 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 previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado" (HC 380.370/DF) (...)

1. A legislação de regência não prevê a detração para as medidas cautelares diversas da prisão. 2. No caso, diante da ausência de previsão legal e por não consistir o recolhimento domiciliar noturno em efetivo comprometimento do direito de locomoção do acusado, como ocorre nas hipóteses legais, não é possível a detração do período em que o paciente esteve sujeito à medida cautelar em apreço²⁵⁵. (grifos nos original)

É possível encontrarmos decisões no Tribunal Regional Federal da Quarta Região que seguem esse entendimento do STJ. Exemplificando, o Des. Leandro Paulsen, no julgamento do Agravo em Execução nº 50015552620214047002/PR, julgado no dia 02 de junho de 2021, que, seguindo essa orientação do STJ, determinou que não é possível a detração penal do monitoramento eletrônico por falta de previsão legal.

Passado mais de um ano daquela decisão, em que pese o entendimento do STJ tenha mudado, como veremos a seguir, ainda assim se manteve inalterada a jurisprudência do TRF4, o que pode ser exemplificado com o voto da Des. Federal Relatora Salise Monteiro Sanchotene, seguido sem ressalvas pelos demais Desembargadores Federais que compunham o julgamento (Juiz Federal Convocado Danilo Pereira Júnior, Des. Federal Luiz Carlos Canalli e Des. Federal. Marcelo Malucelli), tombado son o nº AP 5000246-33.2022.4.04.7002/PR, quando cita que, mesmo tendo conhecimento das recentes decisões do STJ, ainda assim segue entendendo que não há previsão legal para a detração de qualquer medida cautelar alternativa, o que faz fulcro as diversas decisões monocráticas exaradas pelo STF²⁵⁶.

Retornando ao STJ, a Ministra Laurita Vaz modificou seu entendimento (tal qual os Ministros Sebastião Reis Júnior e Antônio Saldanha Palheiro, que participaram do julgamento, e demais Ministros daquela Corte, pacificando o entendimento), conforme é possível observar em seu voto no HC nº 455.097/PR, em que foi relatora, quando ela concorda com parecer do Ministério Público e acolhe o pedido do *writ* para determinar o desconto do período em que o

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). HC nº 402.628/DF. DJE: Brasília, DF, ano 17. 21 set. 2017. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/5145769_73/inteiro-teor-5145769_83. Acesso em 13 dez. 2022.

²⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Sétima Turma). HC nº 455.097/PR DJE: Porto Alegre, RS, ano 22, 31 ago. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1729487223/inteiro-teor-1729487226>. Acesso em 13 dez. 2022.

condenado esteve em recolhimento domiciliar combinada com monitoramento eletrônico em razão da cautelar determinada.

Importante ressaltarmos que para fundamentar o seu voto a Ministra realiza uma análise material comparativa entre o regime semiaberto e a cautelar de recolhimento domiciliar combinada com o monitoramento eletrônico. Para ela ambas se equiparam em suas consequências e, portanto, não há que ser aplicado regras diferentes. Ela se expressou da seguinte forma em seu voto:

Assim, após refletir detidamente sobre a controvérsia, o argumento de que o **recolhimento domiciliar enseja a privação de liberdade do Agente levou-me à conclusão** de que impedir a detração, em hipóteses como a presente, impõe ao Apenado **excesso de execução**. Inicialmente, destaco a regra do regime carcerário semiaberto, segundo a qual "*o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar*" (art. 35, § 1.º, do Código Penal). Com efeito, entendo que a aplicação de medida diversa da prisão que impede o Acautelado de sair de casa após o anoitecer (como a imposta no caso, em que o ora Paciente foi autorizado a deixá-la somente para trabalhar, além de ser obrigado a nela permanecer entre 20h e 7h e em dia não úteis na verdade **baseia-se em premissa que se assemelha ao cumprimento da pena em regime prisional semiaberto** – hipótese na qual não se diverge que a restrição da liberdade do Reeducando decorre notadamente da circunstância **de ser obrigado a recolher-se**²⁵⁷. (grifo no original)

Chamamos a atenção que o Ministério Público Federal, neste processo, exarou parecer pelo provimento do *HC*, concordando que, materialmente falando, ambos possuem a mesma consequência e, por isso, devem receber o mesmo tratamento. A Ministra, na parte dispositiva de seu voto, afirma, inclusive, que acolhe o parecer Ministerial:

No mais, ressalto, ainda, que, no parecer que ofereceu para instruir os autos, a Procuradoria-Geral da República opinou no sentido de "*considerar o período de recolhimento noturno com monitoramento eletrônico passível de ser detraído*" (fl. 123), em razão da restrição da liberdade acarretada pelo recolhimento domiciliar na hipótese.

Ante todo o exposto, em acolhimento ao parecer do Ministério Público Federal, CONCEDO a ordem de *habeas corpus*, para que o período de **recolhimento domiciliar** (que no caso foi aplicado simultaneamente à monitoração eletrônica, para fiscalização do seu cumprimento) seja detraído da pena do Paciente²⁵⁸. (grifo no original)

Salientamos que no caso de regime semiaberto (com especial atenção àqueles presos que são agraciados com o benefício do trabalho externo -art. 37, Lei de Execução Penal), tal qual no aberto, o período que o preso esteve fora do estabelecimento prisional também é computado como pena. A Ministra Laurita Vaz, e demais Ministros daquela Seção, reconhecem

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* n° 455.097/PR. DJE: Brasília, DF, ano 21, 07 jun. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22455097%22%29+ou+%28HC+adj+%22455097%22%29.suce..> Acesso em: 13 dez. 2022.

²⁵⁸ *Ibidem*.

que o tratamento deve ser igual em ambos os casos (prisão provisória e recolhimento noturno). Contudo, na contagem do tempo deverá ser considerado somente o período em que o sujeito esteve efetivamente recolhido em sua residência.

CRUZ, votando no mesmo *Habeas Corpus* que ora vislumbramos, afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade devem ser observados, pois se trata (a pessoa a quem a medida é aplicada ou que cumpre a pena) de um sujeito de direito. Todavia, ao final diverge da Ministra Laurita Vaz decidindo pela impossibilidade da detração (vota pelo desprovemento total) por esbarrar no princípio da legalidade (falta de previsão legal) em razão da distinção existente entre o recolhimento noturno e a prisão preventiva, por afronta ao princípio da igualdade e ao princípio da proporcionalidade. Caso seu entendimento viesse a ser vencido, sugere que seja acolhida a detração para considerar o período de recolhimento noturno com abatimento da pena na proporção de 3 dias de cautelar para 1 dia de pena, ou, quando o recolhimento for integral, dias não úteis, 2 dias da cautelar por 1 dia de pena.

No tocante à falta de previsão legal, sustenta que a separação dos poderes impede que o judiciário estenda as hipóteses legais para além do que está previsto na lei. Lembra o escólio de SILVA SÁNCHEZ quando trata do princípio da legalidade. *Verbis*:

Jesús Silva Sánchez, ao tratar do princípio da legalidade penal, ponderou: **Quanto ao juiz, a legalidade penal exige dele uma vinculação à letra da lei, assim como uma adequação aos cânones axiológicos constitucionais, aspectos fundamentais na legitimação democrática das sentenças.** Mas também exige uma adequação aos métodos de interpretação e aplicação próprios da ciência jurídica, que também contribuem para a estabilidade aplicativa. A legalidade se apresenta, de fato, como um princípio que, nos termos da teoria de sistemas, aparece encravado no ponto de acoplamento estrutural ou de interpenetração do sistema político (ao qual pertencem as leis) e do sistema jurídico (integrado pelas decisões dos tribunais). Como aos tribunais compete “julgar e fazer executar o julgado”, seria errôneo limitar a noção de legalidade penal a sua condição de produto (estático) do sistema político, ignorando **que são os tribunais que realizam a legalidade dinâmica. Só se pode determinar quais são as características da legalidade penal de determinado sistema depois de contemplar-se o ‘bloco de legalidade’ em seu conjunto**²⁵⁹. (grifo no original)

Observa, o Ministro, que não é possível dispensar o mesmo tratamento às cautelares que aquele dispensado à provisória. Não possuindo identidade entre as duas, o tratamento não poderá ser o mesmo, ou em suas palavras, “Situações iguais reclamam, pois, soluções jurídicas iguais; situações fáticas diferentes demandam soluções jurídicas diferentes”, sob pena de

²⁵⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 474-475, *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 455.097/PR. DJE: Brasília, DF, ano 21, 07 jun. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%2245509722%29+ou+%28HC+adj+%22455097%22%29.suce>. Acesso em: 13 dez. 2022.

afronta ao princípio da igualdade. Por essa mesma razão, diferença entre prisão provisória e cautelares, é que não se admite a utilização da analogia *in bonam partem*, pois esta se destina a regular situações iguais, o que, repetimos, para o Ministro não é o caso.

Para ele seria uma injustiça detrair na mesma proporção o tempo de recolhimento domiciliar (diferente, inclusive, da prisão domiciliar prevista no art. 318, CPP -“Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:”- , a qual é corretamente detraída com aplicação do princípio da analogia *in bonam partem*), pois o preso provisório estaria em situação mais grave que o recolhido no conforto de seu domicílio e com direito a sair de casa para trabalhar, mas receberiam o mesmo abatimento de pena. Além de comprometer a função da pena, não cumprindo com suas finalidades, não é possível aceitar que a medida com grau menor de “[...] estrição à liberdade do acusado tenham dupla incidência para computar como se preso estivesse.”

O Ministro, lembrando a comparação feita entre regime semiaberto e prisão domiciliar pela Ministra Laurita Vaz, o que autorizaria a detração do tempo da cautelar, discorda de tal raciocínio, pois teria ele que ser compatível com qualquer regime de cumprimento de pena, como é o caso da prisão preventiva, assemelhando-se mais às penas restritivas de direito do que a privação total da liberdade. Nestes pontos ele destaca as condições precárias dos presídios e situações humilhantes que passam os presos que estão em prisão preventiva, realidade esta que não se estende aos recolhidos em seus domicílios que aproveitam todo o conforto de seu lar e estão isolados das mazelas a que estão expostos os presos provisórios e aqueles que cumprem pena em regime fechado.

Os últimos argumentos que citamos também serviram de fundamento para o Ministro justificar a necessidade de determinar critérios objetivos para o cálculo do tempo a ser detraído, caso seu posicionamento viesse a ser vencido naquele colegiado. Portanto, vez que o período noturno de recolhimento representa 1/3 do dia, plausível que, utilizando o regramento da remição -art. 126, II, Lei de Execução Penal-, seja abatido um dia a cada três em que o réu esteve em prisão domiciliar (equivalente ao período que realmente esteve recolhido em seu domicílio, e, por não ser possível contabilizar as horas que não estava em sua residência em razão da impossibilidade de fiscalização, este seria o melhor critério). No caso dos dias não úteis, em que o condenado esteve recolhido nas 24h do dia, sugere o critério de 1 dia a cada 2 dias, ao invés da regra da detração da prisão cautelar que é de um dia por um dia, pois o preso cautelar não pode ser equiparado àquele que está em um presídio, tendo em vista que, como dito, não está exposto às mesmas situações, mazelas e com as mesmas restrições de direitos.

Seu voto, lembrando, foi pela total improcedência do *writ* e, caso seu entendimento não seja acompanhado pela maioria, sendo vencido, então que fossem utilizados os critérios objetivos por ele apontados. Ele acabou sendo voto vencido em todos os seus argumentos, mas ao final modificou seu entendimento para votar com os demais (Ministra Relatora Laurita Vaz, Ministros João Otávio de Noronha, Ministro Sebastião Reis Júnior, Ministro Ribeiro Dantas, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Ministro Olindo Menezes e Ministro Felix Fischer) para conceder o *HC* com o fim de que sejam detraídas as horas, após transformadas em dias, que efetivamente o condenado estivera recolhido em sua residência.

O Ministro Ribeiro Dantas, no *HC* 380.369/DF²⁶⁰, modifica seu entendimento para considerar que deve haver detração das horas que o sujeito esteve efetivamente recolhido em sua residência, o que foi acompanhado pelos demais Ministros e pacificou o entendimento naquela Quarta Turma. Assim a Quinta e a Sexta Turma do STJ firmaram entendimento de que não é possível a detração das medidas alternativas à prisão, pois, a despeito de sempre representarem algum grau de restrição à liberdade, não se confundem com a prisão provisória. Contudo, não se fala o mesmo do recolhimento domiciliar noturno e dias não úteis, os quais deverão ser contados em horas, transformando o resultado em dias (desprezando-se as horas faltantes para completar as 24h do último dia, contando como dia completo) para depois ser realizada a detração.

Citamos algumas decisões do STJ proferidas no ano de 2022 em que é reafirmado este entendimento e ressaltam que deverá ser dispensado o mesmo tratamento aos presos com cautelar de recolhimento combinada ou não com o monitoramento eletrônico: *HC* n° 733.699/RO, Relator Ministro Olindo Menezes (Des. Convocado do TRF 1ª Região) em decisão monocrática, *HC* n° 746.604/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, em decisão monocrática; ArGr no *HC* 713.847/SC, Quinta Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, participaram do julgamento os Ministros João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca que acompanharam, sem ressalvas, o voto do relator; e Resp n° 1977135/SC, Terceira Seção, de Relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, participaram os Ministros Jesuíno Rissato (Des. convocado do TJDF) Laurita Vaz, CRUZ e Antônio Saldanha Palheiro, os quais votaram, sem ressalvas, com o voto do Relator.

Chamamos a atenção que a jurisprudência de todos os Tribunais pesquisados, em especial do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, não abordam qualquer

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *HC* n° 380.369/DF. DJE: Brasília, DF, ano 17, 27 set. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860793134/inteiro-teor-860793163>. Acesso em: 13 dez. 2022.

outra possibilidade para o aproveitamento do tempo cumprido em razão das cautelares alternativas. Restringindo o debate na possibilidade ou não de ser realizada a detração, ignoram possível consideração como atenuante genérica ou como característica da personalidade (art. 59, CP) a ser analisada na primeira fase da fixação da pena (pena-base).

Por fim, a interpretação é uma arte. A posição sustentada pelo STJ é fundamentada, como vimos, no princípio da proporcionalidade. Entretanto, como veremos adiante, o entendimento daqueles que sustentam ser possível a detração das medidas alternativas também possui como um de seus fundamentos o princípio da proporcionalidade, ou seja, de acordo com a interpretação dada por cada sujeito o significado poderá ser totalmente contraditório e ainda assim possuir uma lógica “correta”²⁶¹.

3.4 Da possibilidade da Detração, Atenuante Genérica ou Critério do Art. 59, CP

Antes adentrarmos na análise da doutrina que defende a aplicação da detração das cautelares alternativas ou sua consideração como atenuantes genérica ou, ainda, como critério do art. 59, CP, entendemos que o escólio de CARNELUTTI sustenta a argumentação desta tese quando, ao tratar do processo penal, dá a seguinte orientação:

Que o juízo penal é um mal para quem o sofre e que, por isso, lhe ocasiona um sofrimento, no que está um caráter necessário, já que não suficiente da pena, é uma primeira verdade manifesta. Só se deve acrescentar que, em certos casos e pontualmente para certas pessoas, este sofrimento, com frequência de longa duração, é mais grave que o que possa sê-lo o ocasionado no caso de condenação, pela pena com a mesma determinada. (...)

Por outra parte, é igualmente claro que este sofrimento sirva em todo caso, tanto melhor com quanto maior diligência se conduza o juízo, àquela reeducação do réu, no que se resolve a função repressiva da pena. (...)

Sob este aspecto, ilumina-se o sumo valor do juízo penal, o qual não serve para comprovar o delito somente, mas ao mesmo tempo para castigá-lo, constituindo, com frequência, o seu mais grave ou até mesmo seu único castigo; deveria, o juiz, entre outras coisas, ter noção exata do valor punitivo²⁶².

Salientamos, ainda, que não há discordância na doutrina estudada quanto a possibilidade de detração paritária, um dia de cautelar por um dia de pena, quando se tratar de cautelares alternativas homogêneas com a pena.

²⁶¹ Colocamos a palavra “correta” entre aspas porque entendemos que quando se trata de interpretação das leis, em especial quando envolvem a aplicação de princípios, salvo extremos, não se pode falar em certo ou errado. O resultado muitas vezes depende do ponto de vista escolhido para iniciar determinado raciocínio e dos elementos que são levados em consideração. Daí sustentarmos que, nestes casos, o melhor seria falar em mais ou menos adequada ao caso concreto.

²⁶² CARNELUTTI, Francesco. O Problema da Pena. Tradução PÉREZ BANEGA, Ricardo. São Paulo: Pellares, 2015. Pág. 81/82.

Que a simples existência de um inquérito ou processo criminal já é uma pena para o investigado ou processado é incontestado e, além de CARNELUTTI, foi reconhecido por tantos outros autores de renome. Entretanto, o seguinte questionamento é o que importa para o debate proposto: se a mera existência de uma investigação ou do processo criminal (via de regra de longa duração) já é um sofrimento/pena para o investigado/réu, tanto que deveria ser reconhecida pelo magistrado prolator da sentença de acordo com aquele autor, o sofrimento não seria ainda maior quando o indivíduo está sujeito a uma medida cautelar, ainda que sua liberdade seja atingida em menor grau que a prisão provisória? Ignorá-las na pena definitiva ou em sua fixação não seria, no mínimo, excesso de execução (afronta ao princípio da proibição de excesso)?

Em que pese nossa Jurisprudência aponte para a impossibilidade da detração, e que alguns doutrinadores defendam essa mesma tese, a maioria da doutrina pensa diferente. Esta argumenta, embora nem todos os autores digam qual a fórmula deverá ser utilizada em alguns casos, que é possível a detração através da analogia *in bonam partem*, que o princípio da legalidade não é óbice para sua realização (ao contrário, as cautelares deverão ser representadas de alguma forma na pena em respeito ao princípio da legalidade estrita), que há de ser respeitado o princípio da proporcionalidade, da humanidade, do *ne bis in idem* e da equidade. Falam, também, que o tempo das cautelares alternativas há de ser considerado de alguma forma, senão para a detração como atenuante genérica, ou, ainda, no escólio de GIACOMOLLI²⁶³, deverá ser sopesado dentro dos critérios ditados pelo art. 59, CP, para a fixação da pena-base (primeira fase de fixação da pena).

O debate desta matéria no Brasil é recente. Teve início quando nossa legislação passou a prever as novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão (Lei nº 12.403/2011), o que foi, sem dúvidas, um enorme avanço de nossa legislação. Contudo, em outros países, como Espanha e Portugal, a matéria já é regulada a mais tempo e, adiantamos, corroboram com a doutrina que ora iremos tratar.

Partindo da premissa de que a detração tem como fundamento os princípios do *ne bis in idem* e da equidade, autores como MEDRADO sustentam a aplicação do princípio da analogia *in bonam partem* para suprir a falta de legislação específica. Este autor afirma que a finalidade das medidas pessoais alternativas é a mesma da prisão provisória, internação e prisão administrativa, sendo suficiente para justificar a admissão da detração. Também fala da compensação da medida na pena, sendo incontestado que em se tratando da prisão provisória,

²⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Idem*. Pág.83.

administrativa ou internação deverá ser feita um dia por um dia, proporção esta que também deve ser aplicada à prisão domiciliar e ao monitoramento eletrônico (este porque, mesmo que “[...] não possua limites físicos-visuais, impõe a existência de muros virtuais, que uma vez transpostos possibilita a cassação da medida cautelar e a aplicação da prisão nos moldes convencionais”²⁶⁴). Contudo, ao adentrar nas penas em que a restrição de liberdade possui graus diferentes (e não se trata da cautelar e pena homogêneas), menores que a prisão, sugeri que na proibição de acesso ou frequentar determinados lugares e na proibição de ausentar-se da comarca, deverá ser observado os termos da remição, ou seja, a cada 3 dias da cautelar, um dia a menos de pena. Seguindo a fórmula sugerida por CRUZ no voto antes analisado e aplicada pelo STJ, a mesma proporção deverá ser aplicada no caso do recolhimento domiciliar noturno, e nos dias não úteis deverá ser mantida a proporção de um por um. Quanto às demais medidas (fiança, comparecimento periódico em juízo, proibição de manter contato com pessoa determinada, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e proibição de ausentar-se do país), entende que não atingem suficientemente a liberdade do indivíduo, e, portanto, não deverá incidir a detração. Ressalta que a fiança, em seu entender, embora tenha sido arrolada no mesmo artigo que as demais medidas, mantêm seu caráter de garantia real²⁶⁵, mais um motivo para que não seja objeto da detração.

Contudo, sempre que um direito fundamental for atingido pela ingerência do Estado, não importa a intensidade, há de ser feito o seu abatimento, seja pela analogia *in bonam partem* (fulcro ao art. 2º, CPP, que o autoriza), através da detração (quando existir similitude de gravidade entre a medida imposta e a prisão provisória), ou porque se estaria condenando o sujeito a uma pena maior que a correspondente a sua culpabilidade (em desrespeito ao princípio da culpabilidade como medida da pena, em verdadeiro excesso de execução). Este é o escólio de SANGUINÉ, para quem a detração tem seu fundamento no princípio do *ne bis in idem*, fazendo referência à legislação espanhola que traz previsão legal de abatimento do tempo de qualquer restrição imposta preventivamente, sendo que nos casos em que a legislação não traz a fórmula a ser aplicada, relega ao arbítrio do magistrado ou Tribunal a decisão do *quantum* deverá ser abatido. Cita, inclusive, o posicionamento do Tribunal Supremo da Espanha, que concluiu ser inaceitável que qualquer restrição imposta preventivamente ao sujeito não seja, de alguma forma, abatida da pena, pois estaria sendo desconsiderada parte da pena que já fora cumprida²⁶⁶.

²⁶⁴ MEDRADO, Wank Remy de Sena. *Op. Cit.* Pág. 166/167.

²⁶⁵ *Ibidem.* Pág. 166/169.

²⁶⁶ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pag. 716.

Nessa linha, o autor sugere que deverá ser realizado o comparativo entre a medida e a pena aplicada, sendo que havendo similitude, ainda que “aproximativa”, aplica-se a detração, como é o caso da cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga e a pena de limitação de finais de semana. Porém, tendo em vista que a cautelar aplicada e a pena poderão ser de *espécies heterogêneas*, ainda assim haverá de ser feita alguma compensação reparadora através de algum critério a ser determinado. Identifica no Código Penal espanhol o art. 58, que prevê a compensação para os casos que cautelares e penas impostas sejam da mesma natureza; o art. 59, que trata das espécies de natureza diferentes, relegando, como dito, ao magistrado ou Tribunal o *quantum* a ser abatido (devendo fundamentar os critérios utilizados para que se mantenha a possibilidade de controle da decisão); e, o art. 88, que regulamenta a substituição das penas determinando que “[...] um dia de privação de liberdade equivale a uma jornada de trabalho em benefício da comunidade ou então a duas quotas de multa”, o que poderia ser utilizado por nós como diretrizes para a detração das penas de “*espécies heterogêneas*”.

Por fim, o autor sustenta que as medidas de internação provisória de inimputáveis ou semi-imputáveis²⁶⁷, a prisão domiciliar, o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, a proibição de frequentar determinados lugares, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e o monitoramento eletrônico, quando existente identidade com a pena, deverá ser aplicada a proporção de um dia por um dia. Nas demais hipóteses, quando se tratar de espécies de natureza diferente da pena aplicada, sugere a mesma regra prevista no art. 8º e art. 126, ambos da Lei de Execuções Penais, um dia a menos de pena para cada 3 dias, devendo ser, em qualquer hipótese, realizado o desconto na fase da execução, embora possa ser reconhecida na parte dispositiva da sentença, ou, em alguns casos, deverá ser aplicada pelo magistrado prolator da sentença, a exemplo da suspensão condicional do processo²⁶⁸.

A obra deste autor data de 2014, ou seja, após a modificação feita no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.736/2012 (que incluiu o §2º no art. 387) que passou a determinar que a detração será realizada pelo juiz sentenciante com o fim de determinar o regime inicial do cumprimento da pena. Desta feita, acreditamos que o mais adequado seria seguir a orientação do Código de Processo Penal, pois o autor não faz referência a este dispositivo em suas

²⁶⁷ SANGUINÉ sustenta que o tempo de internação provisória não deverá ser abatida do tempo fixado para o primeiro exame. Opinião contrária não mais se sustenta em virtude do reconhecimento do tempo máximo aplicável às medidas de segurança. *Ibidem*, pág. 716.

²⁶⁸ *Ibidem*. Pag. 714/717.

argumentações e não vislumbramos meios para substituí-lo por outra norma ou impedir sua aplicação.

GIACOMOLLI é outro dos doutrinadores adeptos à realização da detração das medidas cautelares alternativas, porém vai mais adiante para sugerir que, se esta for considerada inviável, que seja a cautelar considerada como uma atenuante genérica (art. 66, CP), na segunda fase de fixação da pena, ou sopesada dentro dos critérios do art. 59, CP, na primeira fase de fixação da pena.

Alertamos que não há que ser feita confusão entre a consideração da medida alternativa nos termos do art. 59 ou art. 66, ambos do CP, com a detração. Esta, como dito anteriormente, deverá ser aplicada depois de fixada a pena em definitivo, aquelas serão elementos para a fixação da pena. Enquanto a detração poderá resultar em uma pena abaixo do mínimo legal previsto no tipo em questão, pois é considerada pena cumprida, como atenuante está adstrita à restrição ditada pela Súmula nº 231, STJ, ou seja, a pena não poderá ser fixada abaixo do mínimo legal, independente de se tratar de atenuante específica ou genérica. Com isso, será possível que o resultado não seja a diminuição da pena, pois, uma vez que a pena-base foi fixada e mantida no mínimo, ao considerar as atenuantes não haverá redução, ou seja, o tempo da cautelar alternativa não será efetivamente considerada, o que, a nosso ver, além das críticas lançadas pela doutrina a respeito proibição da fixação da pena aquém do mínimo legal (dentre elas a inobservância do princípio da individualização da pena), representará excesso de execução. Ainda assim, se não for possível realizar a detração, mesmo que em proporções distintas daquela aplicada na prisão provisória, somos adeptos de sua consideração como atenuante genérica e, não sendo possível, na primeira fase de fixação da pena como critério do art. 59, CP.

LOPES, ANTUNES, LOPES e OLIVEIRA trazem uma perspectiva diferente quanto a forma de realizar a detração das cautelares *heterogêneas* com a pena. Lecionando que após ser feita uma verificação do grau de interdição da liberdade e/ou direitos do sujeito, há de ser realizada a detração em grau diferente. Para aquelas cautelares que os autores entendem que a restrição de liberdade é de grau maior (prisão e internação provisória, prisão domiciliar, recolhimento noturno e nos dias não úteis e monitoramento eletrônico), concordam com o posicionamento dos demais citados, deverá ocorrer paritariamente. Mas se o *status libertatis* for atingido em menor grau (proibição de ter acesso ou frequentar determinados lugares e proibição de manter contato com determinada pessoa), ao que nos parece segue a orientação espanhola, pois sustentam que o *quantum* deverá ser definido pelo juiz de acordo com o caso concreto. Observa que tais medidas, quando são aplicadas isoladamente, podem não representar

uma verdadeira restrição de locomoção, mas ao serem aplicadas cumulativamente, podem atingir sobremaneira o direito de liberdade do indivíduo. Daí surge a necessidade de análise do caso concreto pelo juiz para que ele defina qual parâmetro será utilizado para realizar a detração. Em qualquer caso, sempre deverá ser observado (fundamento para detração das cautelares) os princípios do *ne bis in idem*, da proporcionalidade, da equidade, da razoabilidade e, sobretudo, do princípio da inocência²⁶⁹.

“Se a detração da prisão tem por fundamento o princípio da equidade e a vedação do *ne bis in idem*, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade do cidadão, seja outro qualquer”²⁷⁰. Estas são as palavras de BOTTINI para fundamentar a teoria de que a realização da detração das medidas cautelares alternativas, ainda que não previstas objetivamente no art. 42, CP, deve ser realizada. Embora faça referência quanto a necessidade de ser realizada a detração das medidas *heterogêneas*, não aponta qualquer solução, senão quanto à prisão domiciliar que poderá, a seu ver, ser detraída da pena de prisão em regime aberto, sendo que as demais ficará a cargo da jurisprudência, com observância no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, definir como será feita a detração.

O Código Penal peruano também traz previsão da compensação da medida cautelar com a pena em duas situações: a) quando a cautelar for de prisão e a pena também de prisão, há que ser descontado um dia por um dia; b) quando a cautelar for de prisão e a pena for restritiva de direitos ou multa, há que se descontar dois dias para cada dia da cautelar de prisão. Reza o art. 47, CP peruano:

El cómputo de la detención que haya sufrido el procesado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad, por cada día de detención. Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención²⁷¹.

Será obrigação do “juiz de investigação preparatória” (uma de suas funções é garantir os direitos do réu) a realização do abono na pena das cautelares de prisão, de detenção ou de detenção domiciliar que o condenado tenha cumprido, ou, conforme leciona RÍO LABARTHE,

²⁶⁹ LOPES, José R. C. de A. Akutsu; *et al.* Análise quanto à Possibilidade de Detração Penal das Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão *in* BIANCHINI, Alice; *et al.* *Op. Cit.* Pág. 177/184.

²⁷⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais Reflexões sobre a Lei nº 12.403/2011. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 223, jun. 2011. Pág. 13. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/333/5293>. Acesso em: 13 nov. 2021.

²⁷¹ PERU. Decreto Legislativo nº 635, de 08 de abril de 1991. Lima, PE: Presidente da República, 1991. Disponível em: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf). Acesso em: 12 dez. 2021.

En todo caso es una cuestión que há sido aclarada por el art. 490 NCPP, que regula el cómputo de la pena privativa de libertad en la ejecución de sentencia. Su numeral 2 menciona que el Juez de la Investigación Preparatoria²⁷⁴, realizará el cómputo de la pena, descontando de ser el caso el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido, así como de la privación de libertad sufrida en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición. Se debe incluir entonces en el cómputo del tiempo en que el imputado ha permanecido privado de libertad, tanto como consecuencia de la aplicación de la prisión preventiva, como por efecto de la imposición de una medida de detención –en cualquiera de sus modalidades- regulada por el Título II NCPP²⁷²

Diferente do que ocorre no Brasil, em que a pena de privação de liberdade é descontada um dia por um dia com as penas restritivas, no Peru há uma valorização maior da liberdade do indivíduo, pois, como visto, quando o sujeito fica preso provisoriamente durante a instrução e a condenação é de pena de multa ou restritiva de direitos, há que se descontar dois dias da pena em razão de cada dia que esteve preso. Será que esta fórmula não poderia ser adotada pelo Brasil quando se tratar de cautelares e penas heterogêneas, mas de uma forma “invertida”, para cada dois dias de cautelar, um dia a menos na pena privativa de liberdade?

Em apartada síntese, a tese de que é possível realizar a detração pode ser subdividida entre aqueles que defendem a detração de todas as medidas, porém, aquelas de menor grau de restrição do *status libertatis* deverão ser detraídas em proporção diferente daquelas que atingem a liberdade em grau maior (subdividida, ainda, naqueles que entendem que no recolhimento noturno e dias de folga deverá ser considerado as 24h e aqueles que sustentam ser devida a detração só do período noturno e dias não úteis); aqueles que afirmam ser possível e obrigatória a detração, porém sugerem sopesar como atenuante genérica ou como critério do art. 59, CP, e aqueles que defendem a detração paritária daquelas medidas que atingem mais severamente a liberdade do indivíduo e deixa ao critério do magistrado, conforme o caso concreto, à exemplo da legislação espanhola, decidir como irá realizar a detração.

Ressalvamos que a doutrina e jurisprudência é pacífica nos casos de cautelares e penas restritivas homogêneas para afirmar que a detração deverá ser realizada de forma paritária, um dia a menos de pena para cada dia de cautelar, tal qual que a prisão domiciliar prevista no art. 318, CPP, deverá ser detraída por sua similitude com a prisão domiciliar do art. 117, Lei de Execuções Penais e por substituírem a prisão provisória.

Identificados os elementos necessários para o leitor acompanhar o raciocínio que utilizamos, falaremos a seguir sobre o comparativo material e a (in)observância dos princípios.

²⁷² RÍO LABARTHE, Gonzalo del. Las Medidas Cautelares Personales del Proceso Penal Peruano. Tesis Doctorales Universidad de Alicante. Santiago: El Taller Digital, 2016. Pág. 264/265. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54307/1/tesis_gonzalo_del_rio_labarthe.pdf. Acesso em 19 dez. 2021.

CAPÍTULO IV

As Cautelares Pessoais Alternativas vs Pena e seus Regimes

A distinção entre as cautelares pessoais e pena é, fundamentalmente, sua finalidade. Enquanto aquelas buscam garantir o processo, sendo um instrumento que serve ao instrumento processo, esta possui finalidade retributiva e preventiva, conforme parte final do art. 59, CP. Reconhecendo a identidade material da prisão provisória e internação preventiva com a pena é que o legislador determinou no art. 42, CP, que da pena arbitrada em sentença deveriam ser abatidas àquelas cautelares²⁷³. Portanto, indispensável que seja utilizado o mesmo raciocínio quando se fala dos cautelares pessoais alternativos à prisão ou, em outras palavras, há que ser verificado a similitude ou identidade material entre ambas e a ingerência do Estado no *status libertatis* dos indivíduos para decidir se elas deverão ou não ser consideradas de alguma forma na pena.

Como cediço, é indiscutível e inegável a importância dos princípios e a obrigatoriedade de sua aplicação, o que motiva, também, uma verificação se as teses apontadas pela doutrina e jurisprudência atendem a tais princípios, pois, caso contrário, iremos tratar, no mínimo, de excesso de execução.

Em curtas linhas podemos exemplificar com o princípio da proporcionalidade. Não poderá ser aplicada medida cautelar cuja lesividade seja maior que a própria pena aplicada em caso de condenação (medida desproporcional), sob pena do acusado preferir uma condenação automática do que sofrer uma cautelar mais severa que a própria pena prevista para o tipo. Daí a legislação proibir que seja decretada cautelar com gravidade maior que a pena prevista em abstrato para o tipo debatido. Ou, então, o princípio da necessidade, o qual, uma vez decretada uma cautelar sem que seja realmente necessária, outra saída não há senão a de considerá-la como uma penalidade à um indivíduo que ainda sequer foi julgado, o que afrontaria também o princípio da inocência.

Portanto, buscaremos similitudes ou identidade entre as cautelares alternativas e as penas e seus regimes de cumprimento para, depois, também com o auxílio da doutrina e jurisprudência, refletirmos sobre a (in)observâncias dos princípios por cada uma das teses hoje existentes.

²⁷³ “é possível afirmar que o instituto de detração penal trabalha o aspecto da prisão provisória como uma antecipação da pena a ser cumprida” servindo também “para fixar, inclusive, o regime inicial de cumprimento de pena.” – SANTOS, Ronaldo Bezerra dos. A prisão Cautelar e seu Aspecto Jurídico como Pena Processual Antecipada. 1 reimp. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. Pág. 192.

4.1 Comparativo Material: Cautelares Alternativas, Penas e seus Regimes

Para alcançarmos os objetivos deste ponto, necessário se faz a identificação dos elementos que serão materialmente comparados, o que fazemos a seguir de acordo com nossa legislação.

Nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XLVI, identifica quais as penas que poderão ser aplicadas, sendo elas: “a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”

Ao falarmos das penas, podemos extrair do art. 32, CP, as espécies de penas aplicáveis: “I- privativas de liberdade; II- restritivas de direito; III- multa”. A pena de reclusão e detenção está prevista em inúmeros tipos penais do Código Penal e legislação extravagante. Já a pena de prisão simples está prevista em inúmeros tipos penais do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais). Do art. 43, CP, se extraem as penas restritivas de direito: “I) prestação pecuniária; II) perda de bens e valores; III) limitação de final de semana; IV) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas; V) Interdição temporária de direito; VI) Interdição de fim de semana. As penas de interdição de direitos vêm prescritas no art. 47, CP: I- proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II- proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III- suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV- proibição de frequentar determinados lugares; V- proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. Por fim, o art. 92, CP, determina a perda do cargo, função pública ou cargo eletivo.

Os regimes de cumprimento de pena estão previstos no art. 33, CP, podendo ser:

- Fechado: com execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, 1º, letra “a”, CP). O preso ficará sujeito ao trabalho durante o dia e isolamento no período da noite (art. 34, §1º, CP), trabalho este que será realizado dentro do estabelecimento prisional (art. 34, §2º, CP) ou externo no caso de serviços e obras públicas (art. 34, §3º, CP, e art. 36, Lei de Execução Penal).

- Semiaberto: a pena deverá ser executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, 1º, letra “b”, CP). Durante o período do dia o preso ficará sujeito ao trabalho comum, o qual será realizado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 35, §1º, CP), sendo admissível o trabalho externo, frequência em curso supletivo profissionalizante, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, §3º, CP).

- Aberto: a pena deverá ser executada em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, §1º, letra “c”, CP), baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36, *caput*, CP). O trabalho e a frequência de cursos serão realizados fora do estabelecimento determinado e sem vigilância, devendo o condenado se recolher ao estabelecimento em que cumpre a pena no período da noite e nos dias de folga (art. 36, §1º, CP). Embora o juiz possa determinar outras condições que achar adequada ao caso concreto, as seguintes são imposições da lei (art. 115, Lei de Execução Penal): I- Nos horários de repouso e dias de folga deverá ficar recolhido no estabelecimento que lhe foi determinado; II- obedecendo os horários fixados, poderá sair para trabalhar e depois deverá se recolher ao estabelecimento indicado; III- não poderá sair da cidade onde reside sem que tenha autorização judicial; IV- quando lhe for determinado pelo juiz, deverá comparecer em juízo para informar e justificar suas atividades. Poderá, entretanto, cumprir a pena em regime de prisão domiciliar se preencher os requisitos do art. 117, Lei de Execução Penal e, se aplicada, durante o dia, nos horários fixados, poderá sair para trabalhar, retornando para sua residência, onde ficará recluso, no período de folga.

Embora seja um benefício, em razão das obrigações que são impostas para a sua concessão, entendemos que a liberdade condicional também servirá como elemento de comparação. Desta feita, vale lembrarmos o art. 83, CP, o qual determina que aquele que for condenado a uma pena de dois anos ou mais de reclusão e preenchido os demais critérios terá direito a liberdade condicional. O que nos importa está previsto no art. 132, Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal, onde estão previstas as condições obrigatórias, facultativas e judiciais que o juiz deverá impor (entendidas estas como aquelas que o juiz da execução poderá impor com o fim de melhor individualizar a pena -parte final do §2º do art. 132, Lei de Execução Penal²⁷⁴-, sendo que tais condições, se tolherem direitos do condenado, ofenderá o princípio da legalidade estrita²⁷⁵). As obrigatórias são: art. 132, §1º: “a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto ao trabalho; b) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; c) não mudar do território da comarca do juízo da execução, sem prévia autorização deste”. As de imposição facultativa são: art. 132, §2º: “a) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; b) recolher-se à habitação em hora fixada; c) não frequentar determinados lugares.”

²⁷⁴ MARCÃO, Renato. Execução Penal. Vol. 9. Saberes do Direito. Coordenadores BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraivajur, 2012. Pág. 109.

²⁷⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal. Teoria e Prática. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuter, 2019. E-book.

No art. 319, CPP, são elencadas as medidas cautelares pessoais diversas da prisão: I) comparecimento periódico em juízo; II) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; III) proibição de manter contato com pessoa determinada; IV) proibição de ausentar-se da comarca (proibição de ausentar-se do país – art. 320, CPP); V) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; VI) suspensão de exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; VII) internação provisória do acusado; VIII) fiança; IX) monitoração eletrônica.

Identificados os elementos indispensáveis, passamos a análise material comparativa das cautelares com as penas e seus regimes, salientando, de pronto, que é possível verificar que as medidas cautelares possuem identificação com as penas alternativas.

O inciso I, do art. 319, CPP, elenca o comparecimento periódico em juízo como uma das medidas cautelares alternativas. Na lição de OLIVEIRA, é a apresentação pessoal e obrigatória do acusado em juízo para informar suas atividades regulares, sendo que, de acordo com a gravidade do fato e condições do agente, o juiz irá determinar a periodicidade da apresentação (normalmente é determinada a apresentação mensal). O Autor ainda recorda que se o indivíduo não residir na comarca do crime, caberá à comarca de sua residência realizar o controle, seja por simples registro no livro próprio ou por carta precatória, e que esta cautelar aparece como condição no instituto da suspensão condicional da pena e na suspensão condicional do processo. Neste, contudo, o legislador determinou que o comparecimento deverá ser mensal, enquanto na cautelar deixou, como dito, ao arbítrio do juiz²⁷⁶.

LOPES JR. exemplifica a utilização do comparecimento periódico em juízo como uma das medidas passíveis de serem utilizadas para evitar a fuga do indivíduo. Na ocasião, aponta a possibilidade de cumulação da referida medida com a fiança e/ou proibição de ausenta-se da comarca ou do país²⁷⁷.

É possível encontrar na doutrina quem defenda que a lesividade desta medida não atinge o *status libertatis* em grau suficiente para justificar a detração, como é caso de LOPES *et al*²⁷⁸. Exceção a esta regra, de acordo com estes últimos autores, é o caso de ser determinada mais de uma medida cautelar. Se assim ocorrer, ficará a cargo do juiz analisar o grau de ingerência no *status libertatis* e decidir se irá ou não aplicar a detração e, em caso positivo, qual o tempo a ser abatido. GIACOMOLLI, em sentido contrário, não faz distinção quando fala na detração

²⁷⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. Cit.*. Pág. 507.

²⁷⁷ LOPES JR., Aury. *Idem*. Pág. 742.

²⁷⁸ LOPES, José R. C. de A. Akutsu; *et al. Idem*. Pág. 177.

das medidas alternativas e sugere a possibilidade de elas serem consideradas como atenuantes genéricas ou dentro dos critérios do art. 59, CP, para fixação da pena-base.

Ao observarmos o art. 115, Lei de Execuções Penais, veremos que a mesma medida é exigida daquele que estiver cumprindo pena no regime aberto, o art. 117, Lei de Execução Penal, que prevê o regime de prisão domiciliar especial, o que demonstra a existência inquestionável de certo grau de lesividade a direito de liberdade do indivíduo.

Não obstante a isso, nossa legislação também prevê a mesma espécie de restrição no caso da liberdade condicional (art. 83, CP). Dentre as obrigações que deverão ou poderão ser impostas, aqui importa a previsão do art.132, §1º, letra “b”: deverá o condenado “b) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação.” Novamente vemos a mesma medida cautelar sendo utilizada, mas agora num benefício em que todo o período do dia é computado como pena cumprida²⁷⁹.

De acordo com os ensinamentos de BITTENCOURT, o livramento condicional é uma conquista antecipada da liberdade em que o condenado estará posto à prova, importante em uma liberdade provisória e sob condições²⁸⁰.

Quando o sujeito é obrigado a cumprir esta cautelar, ele estará sujeito a decretação de nova cautelar em substituição ou cumulada, sendo que poderá ocorrer, inclusive, o decreto de sua prisão provisória. Portanto, é possível dizer em outras palavras que sua liberdade estará sujeita ao cumprimento da medida cautelar.

Ainda no escólio de BITTENCOURT, quando trata da comunicação periódica ao juiz no caso do livramento condicional, lembra que

O livramento condicional em verdade é uma espécie de liberdade vigiada. Além da vigilância e proteção cautelar das entidades próprias (patronato, assistência social e conselho da comunidade), necessita do acompanhamento discreto do juiz das execuções, que observará se o liberado continua a exercer regularmente a ocupação que obteve e as eventuais dificuldades encontradas. [...]
O juiz das execuções deve fixar o prazo máximo possível de intervalo para essas comunicações periódicas, de forma a não prejudicar a relação empregatícia do egresso [...]²⁸¹.

Na legislação espanhola qualquer restrição cautelar sofrida pelo indivíduo deverá ser objeto de detração. O art. 59, CP espanhol, quando regula os casos de heterogenia da medida com a pena, atribui competência para o juiz ou tribunal, de acordo com seu arbítrio, determinar o *quantum* será abatido da pena sanção.

²⁷⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Idem*.

²⁸⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Idem*. *E-book*.

²⁸¹ *Ibidem*.

FUENTE HONRIBIA, comentado a decisão do Tribunal Supremo da Espanha de 2013, fala de um recurso impetrado contra decisão que realizou a detração da obrigação de comparecimento periódico da pena aplicada em definitivo, forte ao art. 59, CP espanhol. Na ocasião foi argumentado que o comparecimento periódico não é medida cautelar que possa ser comparada com a prisão preventiva, nem causa privação de direito do indivíduo. Alertam, também, que uma decisão favorável ao abono abriria portas para que todas as outras obrigações de comparecimento em juízo também fossem consideradas para a realização de abono. Entretanto, a decisão do Pleno do Tribunal Supremo Espanhol foi negando provimento ao recurso. Decidiram que a obrigação de comparecimento periódico em juízo atinge a liberdade do indivíduo e, portanto, deverá ser objeto de detração nos termos ditados pelo art. 59, CP espanhol. Fala, ainda, que a decisão considerou as decisões proferidas no Tribunal Constitucional que são no mesmo sentido²⁸².

Em jurisprudência colacionada no Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, recurso STS 52/2015, em que se debatia o significado do termo “obrigatório” constante na decisão anterior do Pleno daquele Tribunal Supremo, é possível retirara a reafirmação do entendimento de 2013 ao ficar determinado que:

Con lo que la expresión contenida en el Acuerdo del Pleno de esta Sala acerca de que la medida de obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial «puede» ser compensada no debe ser interpretada como una inaceptable degradación hacia lo facultativo de lo que la norma legal considera obligatorio, sino tan sólo como la expresión de que la compensación ha de hacerse no de manera rígida sino teniendo en cuenta el distinto grado de aflicción de dicha medida impuesta. Otra interpretación, por contravenir los términos claros de la norma legal, resultaría inaceptable y, por supuesto, siempre subordinada al contenido del precepto interpretado²⁸³.

Portanto, como se retira do trecho transcrito, a conclusão daquele Pleno foi que deverá ser realizado o abono em razão do comparecimento obrigatório, porém, caberá ao juiz analisar o caso concreto para definir o grau de “aflição” causado ao indivíduo e então decidir, como reza o art. 59, CP espanhol, quanto tempo será abatido.

Devemos lembrar que o comparecimento periódico na Espanha é condição da liberdade provisória. Entretanto, ainda assim entendemos pertinente para o debate, pois, embora aqui não se esteja falando do comparecimento como imposição da liberdade provisória, é pacífico que

²⁸² FUENTE HONRUBI, Fernando de la. *Compenación de Medidas Cautelares con Penas de Distinta Naturaleza (art. 59, Código Penal) in Revista Fundación Internacionales de Ciencias Penales-RICP*, ano 2014, n 2, set. 2014. Pág. 164/189. Pág. 168/170.

²⁸³ FIGUEROA NAVARRO, Carmen; CÁMARA ARROYO, Sergio. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2020. STS 52/15. Pág. 419/497. Pág. 423. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANUP-2015-10041900497. Acesso em: 12 fev. 2021.

no caso de descumprimento da obrigação o indivíduo poderá ter sua prisão preventiva decretada. Logo, embora livre, ele é mantido sob a ameaça da prisão, tal qual como seria se estivesse em liberdade provisória, regime aberto ou semiaberto com o benefício do trabalho externo.

A medida do inciso II, do art. 319, CPP, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, já constava na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), art. 22, inciso III, letra “c”, até então com aplicação restrita aos casos de violência doméstica. Com a reforma implementada pela Lei nº 12.403/2011, passou a ser possível sua aplicação nas demais situações que preencherem todos os requisitos legais.

Esta medida tem por escopo evitar a fuga do indivíduo e o cometimento de novos delitos. Contudo, em razão da dificuldade de fiscalização, ela por si só poderá não surtir efeito prático, o que não é razão para que seja decretada medida mais gravosa. Todavia, embora com certa dificuldade, a tecnologia do monitoramento eletrônico poderá vir ao socorro do Estado, servindo como meio de fiscalização²⁸⁴.

CRUZ possui um entendimento diferente do exposto quando se trata do objetivo desta cautelar. Para ele, embora substitua função da prisão provisória, não busca garantir o bom andamento do processo ou aplicação da lei penal, mas sim tem um objetivo “profilático, preventivo” em favor da sociedade. Visa evitar que o acusado ou indiciado cometa novos crimes, dando como exemplo a proibição de frequentar determinado bar em que seus desafetos costumam comparecer. Portanto, discorda de OLIVEIRA ao não elencar como finalidade evitar a fuga do sujeito²⁸⁵. Compartilhamos o entendimento de CRUZ e ainda recordamos que evitar que o indivíduo cometa novos delitos é uma das funções da pena, o que aproxima ainda mais, materialmente falando, esta cautelar da pena sanção.

Em comparação com as penas passíveis de aplicação, encontramos igual disposição no art. 47, IV, CPP, como pena de interdição de direitos, sendo desnecessário traçar qualquer comentário quanto a igualdade dos institutos. Encontraremos a mesma medida, também, como possível condição da liberdade provisória (art. 132, §2, letra “c”, Lei de Execuções Penais). Em todos os casos a forma de cumprimento é a mesma, tal qual sua finalidade.

A terceira medida cautelar alternativa elencada pelo art. 319, CPP, também já prevista na Lei Maria da Penha (art. 22, inciso III, letras “a” e “b”, Lei nº 11.340/2006) é a proibição de manter contato com pessoa determinada, cuja função é igual à anterior, porém não visa a proteção da sociedade, mas sim determinada pessoa ou grupo de pessoas (por exemplo,

²⁸⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. Cit.* Pág. 507.

²⁸⁵ CRUZ, Rogério Schiatti. *Idem.* Pág. 198/199.

funcionários de determinado local)²⁸⁶. Ao fim e ao cabo, esta medida também irá restringir o indivíduo de frequentar determinados lugares, pois ficará impedido de ir naqueles locais que sabe que a pessoa ou grupo costuma aparecer. Possuindo uma função mais acautelatória que a prevista no inciso II do mesmo artigo, também será capaz de proteger a prova, como é o caso de proibição de manter contato com uma testemunha. Em alguns casos também vislumbramos uma função preventiva, pois poderá ter a finalidade de evitar que um novo crime seja cometido, podendo ser repisado aqui o ensinamento do CRUZ antes referido.

A lei não determina qual a distância o indivíduo deverá manter da pessoa ou grupo, ficando a cargo do magistrado decidir quanto a delimitação. O termo “contato” deve ser interpretado da forma mais abrangente possível, seja pelos mais variados meios eletrônicos hoje existentes, contato físico ou através de terceira pessoa. Porém, a proibição é referente ao contato voluntário e não o acidental (devendo ser dada atenção, nestes casos, a conduta do sujeito)²⁸⁷.

Tendo em vista que esta medida impõe que o indivíduo não frequente determinados lugares, porém não descritos na ordem judicial para evitar que o acusado ou indiciado burle o mandamento, materialmente falando, encontra sua correspondência na mesma disposição que a medida anterior, a prevista no art. 47, IV, CP, e art. 132, §2º, letra “c”, Lei de Execução Penal, qual seja, proibição de frequentar determinados lugares.

O escólio de SANGUINÉ é no sentido de que esta medida não importa em antecipação da pena, pois “inexiste a previsão de sanção similar à imposição de uma interdição de contato com outrem no rol de penas restritivas de direitos do art. 44 do Código Penal”²⁸⁸.

Entretanto, se trocarmos o elemento que é utilizado para comparação, agora observando o resultado da medida, materialmente falando, como visto acima, e não mais o *nomen iuris* da pena e cautelar, ficamos em dúvida se o referido autor manteria a mesma opinião.

O inciso IV, art. 319, CPP, dá a opção ao juiz de decretar como medida cautelar a proibição de ausentar-se da comarca. Esta medida só poderá ser decretada em razão da necessidade, nunca da conveniência (requisitos do art. 282, CPP), pois sua finalidade é a cautela instrumental ou probatória. Poderá o magistrado decretar esta medida, por exemplo, para evitar que o réu ou indiciado não compareça para o reconhecimento pessoal pela vítima ou testemunha, ou para que ele participe da reconstituição do crime ou produção de outra prova (DNA, espermograma, exame grafotécnico, etc.). Aqui é de suma importância observarmos que, enquanto no primeiro exemplo o réu ou indiciado é obrigado a participar do ato, nos dois

²⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 199/200.

²⁸⁷ MEDRADO, Wank Remy de Sena. *Op. Cit.* Pág. 158/159.

²⁸⁸ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pag.722/ 723.

últimos sua concordância é indispensável para a validade da prova, pois na falta a garantia contra a autoincriminação estará sendo infringido. SANGUINÉ segue esta mesma linha quando trata desta cautelar lecionando que para evitar que o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) seja desrespeitado “[...] é indispensável o consentimento do imputado com tais diligências probatórias, exceto para o reconhecimento pessoal em relação ao qual não caberia recusa válida”²⁸⁹.

Oportuna a crítica feita por LOPES JR à cautelar de proibição de ausentar-se da comarca com a finalidade de garantia a produção da prova, a qual acompanhamos, inclusive sobre o reconhecimento pessoal:

Não vislumbramos fundamento legal em obrigar o réu a permanecer na comarca ou país em nome da “conveniência ou necessidade para investigação ou instrução”, na medida em que pode usar o direito de silêncio em relação a qualquer ato probatório (inclusive o reconhecimento pessoal). Portanto, a medida seria melhor utilizada para minorar o risco de fuga e não para tutela da prova, cuja legitimidade é profundamente discutível, mas infelizmente não foi esse o texto final aprovado²⁹⁰.

A proibição de ausentar-se do país, prevista no art. 320, CPP, tem por finalidade evitar a fuga do indivíduo acusado ou indiciado, ou seja, garantir a aplicação da lei penal. Salvo casos específicos, por exemplo, quando o sujeito necessita viajar de forma recorrente para fora do país a trabalho, entendemos que esta medida atinge minimamente o *status libertatis*. Corriqueiramente é aplicada cumulativamente com a proibição de se ausentar da comarca, quando estaria garantida tanto a instrução da investigação ou do processo quanto a aplicação da lei penal²⁹¹.

Na sequência, o art. 319, elenca o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga como a quinta possibilidade de cautelar alternativa (inciso V). Residindo sua finalidade na tutela da prova e para evitar a fuga, esta medida é baseada na autodisciplina e autodeterminação do indiciado ou acusado. Durante o dia ele sairá para trabalhar, contudo, durante a noite e dias de folga, não úteis, deverá permanecer recolhido em sua residência.

Questão interessante é levantada por NICOLITT ao falar na impossibilidade da medida ser decretada para aqueles que exercem suas funções no período noturno. Conforme o autor existe doutrinadores que afirmam que esta medida está reservada somente àqueles que trabalham durante o dia, não sendo possível aplicá-la para quem trabalha a noite. Entretanto,

²⁸⁹ *Ibidem*. Pag. 723.

²⁹⁰ LOPES JR., Aury. *Idem*. Pág. 798.

²⁹¹ POMELLI, Rodrigues Gabriela; *et al.* Medidas Cautelares Pessoais Diverseas da Prisão de Vinculação ao Processo: Comparcimento Periódico em Juízo; Proibição de Ausentar-se da Comarca; Comunicação Prévia do Juízo; Retenção de Passaporte e Fiança *in* BIANCHINI, Alice; *et al.* *Op. Cit.* Pág. 121.

discordando deste posicionamento, ele afirma que não é possível aceitar que seja decretada uma medida mais gravosa em razão do horário de trabalho do acusado ou indiciado. A intenção desta cautelar é mantê-lo segregado em sua residência nos períodos de folga, não importando se é durante o dia ou durante a noite²⁹².

Seguimos a orientação de NICOLITT e podemos acrescentar que nada impede de ser decretada esta medida, como não raro ocorre, em conjunto com o monitoramento eletrônico, o que trará garantia ao Estado de que o indivíduo não irá se afastar de seu trabalho ou de sua residência fora dos horários permitidos, nos termos já lançados por SANGUINÉ e anteriormente comentados.

O Brasil não tem uma estrutura igual a dos Estados Unidos quando se fala de prisão domiciliar, onde uma pessoa faz uma ronda na residência para verificar se o preso realmente está onde devia. A fiscalização aqui fica a cargo da polícia ou, quando se trata de cumprimento de regime aberto ou semiaberto, da polícia ou de um funcionário que eventualmente comparece ao local de forma desavisada. CRUZ leciona neste sentido e, corroborando com o que fora dito acima, entende que o monitoramento é a melhor forma de se realizar este controle, podendo ser decretado em cumulação com a cautelar de recolhimento domiciliar²⁹³.

É possível encontrar certa similitude também com a pena de limitação de finais de semana²⁹⁴, a qual é, na verdade, “[...] uma verdadeira prisão de fim de semana” no período de cinco horas diárias (no recolhimento noturno fala-se em nove horas) que o condenado é obrigado a permanecer em uma casa albergue ou outro estabelecimento adequado. GOMES é categórico ao traçar este comparativo ao ensinar que “O que a lei chama de limitação de fim de semana, na verdade é uma verdadeira ‘prisão de fim de semana’, porque o condenado fica privado da liberdade durante o período de sua execução.” E encerra o ponto recordando que no caso de descumprimento da medida ela será convertida em pena de reclusão²⁹⁵ (possibilidade idêntica caso o indivíduo desrespeite a cautelar).

Quando falamos do regime aberto, entretanto, há identidade e não mera similitude. Em ambos os casos o indivíduo sairá para trabalhar durante o dia e ficará recolhido nos períodos de folga. A única diferença é quanto ao local. É neste sentido que se manifesta LIMA, em artigo publicado no Boletim do IBCCRIM, quando sustenta que “[...] o tratamento penal previsto é

²⁹² NICOLITT, André. *Op. Cit.* Pág. 116/117.

²⁹³ CRUZ, Rogério Schietti. *Idem.* Pág. 210.

²⁹⁴ *Ibidem.* Pág. 207/208.

²⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Pena e Medidas Alternativas à Prisão.* 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000. Pág. 159/160.

idêntico, quer estejamos tratando da medida cautelar, quer de pena e seu regime de cumprimento”²⁹⁶.

Esta medida, como vimos, é causadora de discórdia nos entendimentos do STJ e STF sobre a matéria em debate. Para aquela Corte Superior, dentre as cautelares alternativas somente as horas noturnas e dias não úteis devem ser detraídas da pena, enquanto para esta Corte Suprema nem mesmo a medida de recolhimento domiciliar em horário noturno e dias de folga deverá ser objeto de detração.

A Ministra Laurita Vaz, recordando seu voto no *HC n° 455.097/PR* –já comentado por nós-, afirmou que tanto o regime semiaberto quanto a cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos períodos de folga partem de premissa semelhante. Ademais, sendo o entendimento daquela Corte Superior que é admitido que “[...] a condenação em regime semiaberto produza efeitos antes do trânsito em julgado da sentença (prisão preventiva compatibilizada com o regime carcerário do regime prisional)”, não é admissível que seja dispensado tratamento desigual para situações que possuem a mesma razão fundamental, o que exige a aplicação da mesma regra jurídica.

É merecedor de nota a parte do voto que faz menção ao “trabalho comum durante o período diurno”, repetindo o texto do art. 35, §1º, CP. Conclui-se, portanto, que a comparação não levou em conta a situação em que o preso em regime semiaberto trabalha fora do presídio (trabalho externo) *Verbis*:

Inicialmente, destaco a regra do regime carcerário semiaberto, segundo a qual "o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar" (art. 35, § 1.º, do Código Penal). Com efeito, entendo que a aplicação de medida diversa da prisão que impede o Acautelado de sair de casa após o anoitecer (como a imposta no caso, em que o ora Paciente foi autorizado a deixá-la somente para trabalhar, além de ser obrigado a nela permanecer entre 20h e 7h) e em dias não úteis na verdade **baseia-se em premissa que se assemelha ao cumprimento da pena em regime prisional semiaberto** – hipótese na qual não se diverge que a restrição da liberdade do Reeducando decorre notadamente da circunstância **de ser obrigado a recolher-se**²⁹⁷.

Se a comparação feita pela Ministra Laurita Vaz foi entre o condenado em regime semiaberto, que trabalha dentro do estabelecimento prisional em que se encontra, mas junto

²⁹⁶ LIMA, Camile Eltz de. O Problema da Detração Penal nas Medidas Cautelares Alternativas à Prisão: Das Lacunas aos Descontos Possíveis. Boletim IBCCRIM. Ano 24. N 283. Jun. de 2016. Pág. 17/18. Disponível em: <https://biblioteca.ibccrim.org.br/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=90669&iIndexSrv=1>. Acesso em 14 mar. 2021.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 455.097/PR*. DJE: Brasília, DF, ano 21, 07 jun. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22455097%22%29+ou+%28HC+adj+%22455097%22%29.suce..> Acesso em: 13 dez. 2022.

com os demais, e o indivíduo que está em recolhimento prisional trabalhando fora do local em que deve permanecer nos períodos de folga, justifica-se falar em semelhança e não em identidade. Porém, se ela tivesse realizado a comparação utilizando a situação hipotética de um condenado que tem o benefício do trabalho externo, fora do estabelecimento prisional, é de se questionar se ela manteria sua visão de semelhança ou falaria em identidade.

Encontramos identidade com o cumprimento da pena em prisão domiciliar (art. 117, Lei das Execuções Penais), a qual é aplicada em casos especiais aqueles que estão cumprindo pena em regime aberto. Durante o dia, sai de casa para trabalhar. Durante a noite, retorna para sua residência e lá deverá permanecer recluso. Inclusive, é pacífico na jurisprudência das Cortes Superiores que o tempo dessa prisão domiciliar é passível de detração.

CRUZ leciona, ao falar da cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga que, em comparação com a prisão domiciliar (em substituição à prisão provisória – art. 318, CPP), é uma medida menos gravosa que permite que o indivíduo “trabalhe durante o dia e se recolha à residência à noite ou nos períodos de folga”²⁹⁸.

Logo, a situação poderá ser objetivamente analisada da seguinte forma: durante o dia o indivíduo poderá sair de sua residência (estabelecimento) e sem vigilância, para trabalhar, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (regime aberto - regramento do art. 36, §1º, CP), enquanto no recolhimento domiciliar noturno e em dias de folga, o indivíduo poderá sair de sua residência, sem vigilância, para trabalhar, permanecendo recolhido durante o período noturno e dias de folga.

Lembramos que a prisão domiciliar prevista no art. 117, Lei de Execuções Penais, é permitida para aqueles condenados que estão cumprindo a pena em regime aberto. Portanto, se for feita a afirmação que o indivíduo está saindo durante o dia para trabalhar e nos períodos de folga fica recluso em sua residência, seria possível identificar se é o caso de uma cautelar de recolhimento domiciliar ou uma prisão domiciliar do art. 117, Lei de Execuções Penais?

No caso de pena cumprida no regime semiaberto com benefício do trabalho externo, o preso irá sair para trabalhar fora do estabelecimento prisional e sem vigilância durante o dia (com possibilidade de visita surpresa no local de trabalho, tal qual ocorre com o regime aberto) e ficará recolhido nos períodos de folga. Então, se fosse feita a afirmação que o sujeito está saindo para trabalhar durante o dia e fica recolhido nos dias de folga (sem falar onde), seria possível identificar se ele está em regime semiaberto, prisão domiciliar da Lei de Execuções Penais ou cumprindo cautelar de recolhimento domiciliar?

²⁹⁸ CRUZ, Rogério Schiatti. *Idem*. Pág. 210.

Não se pode deixar cair em esquecimento o argumento de CRUZ, em seu voto no *HC* n° 455.097/PR, quando afirma, realizando comparação entre o recolhimento domiciliar e prisão provisória, que as condições de recolhido domiciliar são muito melhores que a do preso provisório. Exemplo de seus argumentos é que aquele pode escolher sua comida e prepará-la, dorme no conforto de sua casa e não sofre as mazelas e agressões que estão sujeitos aqueles que estão no presídio. Este, por exemplo, além de não ter aqueles benefícios, como a comida que lhe dão no presídio, recebe visitas só quando permitido e está sofrendo os “[...] riscos decorrentes do convívio carcerário, como doenças, agressões, humilhações e privações”²⁹⁹.

FRAGOSO traz a constatação da realidade de nossos presídios como um verdadeiro afrontamento aos direitos humanos:

Embora as leis digam que tem de ser preservada a dignidade humana dos presos, em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis. Aos defeitos comuns em todas as prisões, acrescentam-se, nas nossas, a superlotação, a ociosidade e a promiscuidade. Os presos não têm direitos. A prisão reflete, em última análise, condições estruturais da sociedade, que a mantém, como realidade violenta e totalizante e que dela se serve. A prisão também cumpre uma função ideológica importante, como expressão do castigo, no esquema da repressão, formando falsamente a imagem do criminoso. Sabemos hoje muito bem que não é possível, através da prisão, alcançar a ressocialização ou a readaptação social do condenado³⁰⁰.

Diante de tais fundamentos levantamos mais um questionamento: Será que a deficiência do Estado em proporcionar o mínimo de segurança aos presos (tanto com relação à saúde, imagem e demais situações enumeradas por CRUZ) é parâmetro de medida para diferenciar a restrição de liberdade que um indivíduo sobre? Não seria este, talvez, forte argumento para afirmar que a prisão contraria as próprias funções da pena e, portanto, uma pessoa só deveria ser recolhida em um estabelecimento prisional em *extrema última ratio*? Entendemos que os argumentos do CRUZ não se sustentam, pois as condições a que ele se refere não deveriam sequer existir, logo, impossível utilizá-las como parâmetro de diferenciação da matéria em debate.

O STJ, no *HC* n° 459.377/RS, onde se discutiu o caso de uma mulher que foi beneficiada com a prisão domiciliar do art. 317 e art. 318, ambos do CPP³⁰¹, ficou decidido que, apesar de não haver previsão legal para a detração da prisão domiciliar [tal qual não há para a cautelar de

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* n° 455.097/PR. DJE: Brasília, DF, ano 21, 07 jun. 2021. Pág. 23. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22455097%22%29+ou+%28HC+adj+%22455097%22%29.suce>. Acesso em: 13 dez. 2022.

³⁰⁰ FRAGOSO, Heleno. Artigo: Direitos Humanos e Justiça Criminal. *IBCCRIM*. Ano 13, n. 159. mai. 2005. Pág. 1/2. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171019131902-HCF-Direitos-Humanos.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

³⁰¹ Art. 317, CPP – “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” Art. 318, *caput*, CPP - Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:”.

recolhimento domiciliar], há que ser considerado para fins de detração, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e do *ne bis in idem*. Ou seja, como é possível deduzir do Voto do Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, realizada uma comparação material dos dois institutos, encontrar-se identidade e por isso deve ser realizada a detração em ambos os casos igualmente. Portanto, conclui-se que não é o local em que a pena, ou cautelar, está sendo cumprida que importa, mas sim a restrição imposta à liberdade do indivíduo, o que torna, em nosso entender, ainda mais importante a resposta dos dois questionamentos feitos logo acima.

E é na senda do *HC* nº 459.377/RS e demais semelhanças antes referidas que acreditamos existir identidade desta cautelar com o cumprimento da pena em regime aberto, em semiaberto e no fechado quando o condenado obtiver autorização para o trabalho externo (possível somente nos casos de serviços e obras públicas) nos termos do art. 34, §3º, CP e art. 36, Lei de Execução Penal, pois a realidade será a mesma, repita-se mais uma vez, em todos eles o condenado irá sair para trabalhar durante o dia e retornará para ficar recluso durante a noite e períodos de folga (exceto no regime fechado, nos outros dois regimes não estarão sob a vigilância constante do Estado).

A sexta medida, prevista no inciso VI, art. 319, CPP, é a suspensão de exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, que encontra sua equivalência na pena de interdição de direitos “proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo”, prevista no art. 47, inciso I, CP, ou em alguns casos na parte final do inciso II, art. 47, CP, (proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, pois para atuar na bolsa de valores, por exemplo, é necessária autorização da Comissão de Valores Monetários - CVM).

Para que essa cautelar seja decretada o delito deverá ter sido cometido em razão da função exercida e tem por objetivo impedir o cometimento de novos delitos, que ocorra modificação nas provas ou que sua produção seja dificultada ou impedida³⁰². Estes são os mesmos requisitos para que a pena de interdição de direito possa ser decretada, ou seja, é indispensável que exista “[...] nexos causal entre o delito cometido e o cargo ou profissão do agente (...) e que haja violação dos deveres que lhes são inerentes”³⁰³.

O art. 56, CP, determina que “As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 47 deste Código [as referidas por nós], aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes

³⁰² CRUZ, Rogério Schiatti. *Idem*. Pág. 210/211.

³⁰³ GOMES, Luiz Flávio. *Idem*. Pág. 163.

são inerentes”, corroborando com o dito acima, e o art. 92, CP, prevê a perda do cargo ou função como uma das penas possíveis de aplicação.

Sétima medida, inciso VII, art. 319, CP, é a internação provisória do acusado. Discorrer sobre ela seria mera tautologia, visto que o próprio art. 42, CP, prevê seu abatimento paritário com a pena, igualando-a.

A fiança, oitava medida (art. 319, VII, CP), embora prevista no mesmo artigo que as demais medidas alternativas, se mantêm como garantia real e, no entendimento de NICOLITT, não substitui a prisão provisória, visto que “Sua natureza não é de contracautela à prisão cautelar, já que não pode ser concedida quando presentes os requisitos da prisão preventiva”³⁰⁴. Em contraposição, CRUZ afirma que a fiança é uma medida que substitui a prisão preventiva. Ao tratar da perda da metade do valor quando ocorrer o quebramento injustificado da fiança (não importando em decretação automática da prisão cautelar) lembra que o art. 343, CPP³⁰⁵, “[...] reforça o caráter excepcional da prisão preventiva”, medida esta que visa “[...] conferir maior efetividade a uma medida [fiança] que se apresenta como alternativa à prisão preventiva”³⁰⁶.

Trata-se de uma espécie de caução dada pelo indiciado ou acusado. Com o fito de garantir que as obrigações processuais serão atendidas (comparecimento a todos os atos processuais ou atender a outra determinação judicial), é, portanto, garantia do bom andamento do processo e pode ser arbitrada tanto na fase processual quanto investigativa (por exemplo, realizado o flagrante, o juiz não decreta a preventiva, mas arbitra fiança).

Realizando uma comparação com o direito português, POLASTRI leciona que a nossa fiança é a caução com nome diferente. Sendo ato de coação que visa a garantia dos atos processuais, caso o indivíduo não compareça injustificadamente a qualquer ato processual que era obrigado (inciso I, art. 341, CPP) ou descumprindo alguma determinação judicial (incisos III e IV, art. 341, CPP), perderá o valor dado em garantia em favor do Estado³⁰⁷.

De acordo com a crítica lançada por NICOLITT, o legislador trouxe para o direito penal um instituto que não pertence a ele, pois enquanto este se preocupa com direito mais importante, a fiança regula relação patrimonial. Não vislumbra qualquer eficácia na medida, embora reconheça que com os novos valores (mínimo de um e máximo de duzentos salários-mínimos,

³⁰⁴ NICOLITT, André. *Op. Cit.* Pág. 120/121.

³⁰⁵ Art. 343, CPP: “O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva”.

³⁰⁶ CRUZ, Rogério Schiatti. *Idem.* Pág. 216.

³⁰⁷ POLASTRI, Macellus. *Op. Cit.* Pág. 180/181.

podendo ser dispensada, reduzida em até 2/3 ou aumentada em até mil vezes, de acordo com a condição financeira do réu ou indiciado – inteligência do art. 325, CPP) é possível que algum efeito positivo surja desta medida³⁰⁸.

Outras duas formas da quebra da fiança são previstas no art. 341: inciso II- deliberadamente praticar ato de obstrução, e, inciso V- praticar nova infração penal.

O inciso II dispensa comentários, basta a leitura da finalidade do instituto, garantia do bom andamento do processo, para se vislumbrar as razões de considerar a quebra da fiança nesta situação.

Todavia, o inciso V merece que chamemos a atenção que só é possível considerar alguém culpado após o trânsito de sentença penal transitada em julgado (princípio da inocência), ou seja, conforme entendimento de POMELLI, RAMOS e MALARA, somente após o trânsito em julgado da sentença deste novo delito, em que o sujeito é condenado, é que será possível decretar a quebra da fiança e perda dos valores a favor do Estado. Frisamos que poderá ser requerido reforço da fiança (por exemplo, nos casos em que a qualificação do crime é modificada para uma mais grave), e que há diferença entre cassação e quebra da fiança. Aquela ocorre quando é reconhecido que a fiança não poderia ter sido aplicada, enquanto esta ocorre nos casos previstos no art. 341, CPP, já referidos³⁰⁹.

Em relação às penas previstas em nossa legislação, ela possui identidade com a pena de multa, que poderá ser de aplicação isolada ou cumulativa, inclusive com a pena restritiva de direito, a depender do caso, a ser aplicada junto com outra das medidas restritivas referidas no art. 43, CP. Caso ocorra condenação à pena de multa, a fiança poderá ser utilizada para pagamento do todo ou parte da multa, conforme o caso. Porém, no entender de MEDRADO, afóra esta situação não há que se falar em detração³¹⁰.

Embora não “atinga” o *status libertatis* do indivíduo, em razão dos elevados valores trazidos com a Lei nº 12.403/2011, em que o juiz irá adequá-los a realidade de cada investigado ou acusado, e em uma economia capitalista e tão instável como a do Brasil, em que hoje determinado valor pode não comprometer a subsistência do indivíduo ou de sua família, porém “ali a diante” poderá passar a ser vital, entendemos que a fiança reflete indiretamente no *status libertatis* do sujeito (pagamento de despesas de saúde, tipo de alimentação que poderá ter em uma ou várias ocasiões, etc). Ainda que não seja o caso de ocorrer uma mudança nas condições financeiras durante a investigação ou processo, em alguns casos poderá restringir a forma que

³⁰⁸ NICOLITT, André. *Op. Cit.* Pág. 119/120.

³⁰⁹ POMELLI, Rodrigues Gabriela; *et al. Op. Cit.* Pág. 121.

³¹⁰ MEDRADO, Wank Remy de Sena. *Op. Cit.* Pág. 203.

o sujeito e/ou sua família irá(ão) usufruir de seu tempo (por falta daquele valor não irá a determinado local, realizar determinada atividade, etc.).

Por fim, o monitoramento eletrônico é a nona e última medida prevista no art. 319, CP (em seu inciso IX). Como olhos do carcereiro que estão sempre fitando o indiciado/acusado, mantém o indivíduo sob vigilância 24h por dia. Daí porque, como dito antes, CRUZ indica este meio como forma de realizar a fiscalização necessária de outras cautelares.

Para CRUZ o monitoramento eletrônico é uma medida voltada a dar maior eficácia às medidas que impõe ao sujeito a proibição de ir a determinados lugares, chegar perto de outras pessoas ou para saber que o sujeito permanece no local ao qual é obrigado³¹¹.

BLACK e SMITH, citados por CRUZ, lesionam que as três finalidades desta medida são: detenção, restrição e vigilância. Como detenção “[...] para assegurar que o indivíduo permaneça em determinado lugar”, como restrição para “[...] assegurar que o indivíduo não entre em áreas ou locais proibidos, ou se aproxime de certas pessoas, ou como vigilância “[...] para permitir o permanente acompanhamento da pessoa portadora do equipamento”³¹².

HADDAD posiciona-se no mesmo sentido que CRUZ, mas tece crítica ao dizer que “A monitoração eletrônica merece ser alijada da escala proposta, pois não deve ser considerada como medida cautelar; sem embargo de assim enquadrada pela legislação processual. Presta-se a exercer o papel de cautelar da cautelar,” isto é, tem por finalidade assegurar a eficácia das demais medidas cautelares incluídas pela Lei n° 12.403/2011³¹³.

Embora ela não encontre identidade com nenhuma das penas previstas em nossa legislação, sua similitude com a pena de reclusão é grande, pois, da mesma forma que esta, o indivíduo é mantido sob a vigilância do Estado 24h por dia e, descumpridas as determinações, poderá ter sua prisão preventiva decretada. Conforme ensina LIMA, para quem o monitoramento eletrônico “Além da indiscutível finalidade cautelar, sua essência demonstra natureza de restrição antecipada da liberdade, pois, em havendo monitoramento, a única certeza que se tem é que o indivíduo não goza de liberdade plena e absoluta”, visto que o Estado o mantém sob vigilância permanente. E com estes argumentos que a autor conclui que “As finalidades a que se propõe não deixam margem para divergências quanto à possibilidade desta

³¹¹ CRUZ, Rogério Schietti. *Idem*. Pág. 220/221.

³¹² BLACK, Matt; SMITH, Russel G. Electronic monitoring in the criminal justice system. Australian Institute of Criminology:. Camberra, maio de 2003. N 254 *in Ibidem*. Pág. 221.

³¹³ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão. *in* RDBPro, ano 21, n 81, janeiro/março 2013, Belo Horizonte: Fórum, 2013. Pag. 106 a 142. Pág. 118.

medida, uma vez imposta, ser compensada em futura sentença condenatória, independentemente de ser medida isolada ou cumulada” com outras medidas restritivas³¹⁴.

A forma mais utilizada de monitoramento eletrônico é aquela que um dispositivo permanentemente conectado a uma linha telefônica é acoplado ao indivíduo. Seu controle é feito através de impressão digital, senha ou voz, daí sua função ser evitar a fuga e reiteração criminosa³¹⁵. Uma segunda forma, menos eficaz no entendimento de SANGUINÉ, é a “*programed contact*”, que consiste na realização de chamadas periódicas e desavisadas para um determinado local, feitas pelos funcionários responsáveis pelo monitoramento, com o intuito de verificar se o sujeito está lá. Exemplo desse método são as ligações efetuadas para a residência da pessoa quando ela está em prisão domiciliar³¹⁶.

MEDRADO, indo mais longe ao enxergar identidade entre as duas, afirma que o monitoramento eletrônico é igual a uma prisão, porém com muros virtuais. Para ele, “[...] afastado o ranço de que só existe prisão quando visualizam as paredes da mesma, o monitoramento-detenção”, se transpostos os muros virtuais levantados pelos mecanismos de monitoramento, poderá ser revogada a cautelar e decretada a prisão provisória nos termos convencionais³¹⁷.

Aqui encerramos a exposição e análise dos elementos que entendemos necessários para que o leitor acompanhe o raciocínio que desenvolvemos no presente estudo para alcançar as sugestões que faremos. Desta feita, no próximo tópico daremos início à comparação das teorias que encontramos na doutrina e jurisprudência para verificar se estão inteiramente de acordo com nossa legislação.

4.2 A Aplicação dos Princípios, Os Direitos Humanos e Os Direitos Fundamentais

Vimos, até então, os elementos que entendemos indispensáveis para adentrarmos na análise dos fundamentos das teses sustentadas sobre a matéria e traçarmos um comparativo com os princípios que acreditamos serem pertinentes ao tema, o que irá ensejar alguns dos questionamentos cujo debate pretendemos incentivar e que nos levaram às sugestões de como solucionar tal problema e que foram expostas ao final do trabalho.

³¹⁴ LIMA, Camile Eltz de. O Problema da Detração Penal nas Medidas Cautelares Alternativas à Prisão: Das Lacunas aos Descontos Possíveis. Boletim IBCCRIM. Ano 24. N 283. Jun. de 2016. Pág. 17/18. Disponível em: <https://biblioteca.ibccrim.org.br/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=90669&iIndexSrv=1>. Acesso em 14 mar. 2021.

³¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Idem*. Pág.132/133.

³¹⁶ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pag. 767.

³¹⁷ MEDRADO, *Op. Cit.* Pág. 201.

Neste tópico o cerne da questão é se as teorias existentes sobre o assunto estão de acordo com todos os princípios que regulam a matéria, os quais, em nosso entender, são: princípio da legalidade ou reserva legal; princípio do *ne bis in idem*, da igualdade, da proporcionalidade/proibição de excesso, da presunção de inocência, da individualização da pena, princípio da analogia *in bonam partem* e princípio da culpabilidade (como medida da pena).

A lição de BETTIOL, quando trata da aplicação do direito, aqui se mostra indispensável. Para o autor as normas não devem ser vistas de forma isolada, mas como um sistema que se complementa para serem aplicadas ao caso concreto. Há que se buscar e valorizar a relação subliminar existente entre as normas, tarefa esta que é dada ao intérprete para que seja possível a melhor “qualificação possível”. Estas são as palavras do autor:

A elaboração dos conceitos jurídicos preside no âmbito deste sistema codicístico uma exigência lógico-sistemática, pelo que vem sendo considerado determinante para os fins interpretativos e aplicativos do direito, não já o conceito individual obtido pela individualidade da singela disposição de lei, mas o *princípio geral* do qual os singulos conceitos são uma manifestação. O direito não está na disposição isolada, mas no sistema que liga a unidade às singulas disposições. Há entre norma e norma uma ligação subterrânea que o intérprete deve pôr em luz; e o conjunto destes liames forma a armadura do sistema. O estudo do direito –também para os fins de sua aplicação– é, portanto, o estudo do sistema que deve ser conhecido e possuído pelo intérprete exatamente para poder dar ao caso singulo a melhor qualificação possível. Tudo isso leva a concluir que o mundo penalístico continental é ainda hoje pura derivação racionalística e de inspiração liberal, mesmo por meio das várias diferenciações concretas quantitativas e contingentes entre Estado e Estado³¹⁸.

Todavia, antes de adentrarmos nas teorias e princípios lembramos que nenhum princípio é soberano, a exemplo da presunção de inocência, que se assim fosse, nenhuma medida cautelar poderia ser adotada enquanto não transitada em julgado sentença penal condenatória. GUIMARÃES, em artigo que analisa a proposta de ALEXY para os conflitos entre princípios, conta que para este autor, diferente dos demais conflitos de normas que se resolvem no campo do conceito da validade jurídica, o conflito entre princípios deverá ser resolvido através da proporcionalidade, “dimensão de peso”, diante de um caso concreto, já que, diferente das demais regras, os princípios são “[...] juízos concretos de dever-se”, (...) são antes representações com forte carga ideativa de direitos fundamentais e que tendem para sua otimização, do que mandamentos definitivos e de menor grau de generalidade”, possuindo, por

³¹⁸ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. Instituições de Direito e Processo Penal. 1 ed. 7ed. Italiana. Traduzido por CARLETTI, Amilcare. São Paulo: Pillares, 2008. Pág. 66.

isso, “[...] função ordenadora, que se presta a conformar relações político-constitucionais”, e como critérios de interpretação e integração, responsáveis pela coerência geral do sistema³¹⁹.

ÁVILA, em sua obra “Teoria dos Princípios, da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos”, relaciona as possíveis formas de conflitos e, citando o entendimento de DWORKIN, relata que para este os princípios “[...] possuem uma dimensão de peso que se exterioriza na hipótese de colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade”³²⁰. Lançando crítica a forma de resolução de conflitos sugeridas por DWORKIN, CANARIS e ALEXY, leciona que

Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-se. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; (...)

É preciso, ainda, lembrar que os princípios, eles próprios, não são mandados de otimização. Com efeito, como lembra Aarnio, o mandado consiste numa proposição normativa sobre os princípios, e, como tal, atua como uma regra (norma hipotético-condicional): será ou não cumprido. Um mandado de otimização não pode ser aplicado *mais ou menos*. Ou se otimiza, ou não se otimiza. O mandado de otimização diz respeito, portanto, ao uso de um princípio: o conteúdo de um princípio deve ser otimizado no procedimento de ponderação³²¹. O próprio Alexy passou a aceitar a distinção entre comandos para otimizar e comandos para serem otimizados³²².

O ponto decisivo não é, portanto, a falta de ponderação na aplicação das regras, mas o tipo de ponderação que é feita e o modo como ela deverá ser validamente fundamentada – o que é algo bem diverso³²³.

Independente da forma encontrada para solucionar o problema de conflito entre princípios, o conteúdo de um poderá ser mitigado pelo conteúdo de outro, porém nunca excluída sua aplicação, ou nas palavras de CANOTILHO, “[...] a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se”³²⁴. Assim, o magistrado deverá realizar uma ponderação sobre os conteúdos dos princípios quando decidir se irá ou não decretar alguma das medidas cautelares e, em caso positivo, para realizar a escolha dentre as opções legais, mas jamais deixar de aplicá-los. Contudo, aqui iremos imprimir um olhar voltado para a identificação ou não do

³¹⁹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. O problema do conflito de princípios e a proposta de solução de Alexy: aproximações epistêmicas e prático-jurídicas à máxima da proporcionalidade e a prisão cautelar. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 11, n. 19, p. 193-225, jul./dez. 2012. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=99427. Acesso em: 19 dez. 2022.

³²⁰ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 6 tir. Pág. 26, in ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Pág. 73.

³²¹ AARNIO, Aulis. *Reason and Authority. P181 in ibidem.* Pág. 87.

³²² ALEXY, Robert. My Philosophy of law: The Institutionalization of Reason, The Law in Philosophy Perspectives. Pág. 39. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris* 13/300 in *ibidem.* Pág. 87.

³²³ *Ibidem.* Pág. 86/87.

³²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Idem.* Pág. 1161.

“comportamento necessário à promoção do fim” de cada princípio elencado e das normas existentes que regulam a matéria (sem adentrar na discussão posta por Ávila na referida obra), pois, *a priori*, nos parece mais relevante a discussão se os princípios estão ou não sendo aplicados.

Outro esclarecimento necessário é quanto ao termo utilizado para fazer referência aos direitos fundamentais. Na doutrina, jurisprudência e na própria Constituição não há um consenso quanto à terminologia que deve ser utilizada. No escólio de SARLET, a Constituição Federal de 1988 se utiliza de várias expressões para se referir ao mesmo grupo de direitos, por exemplo o art. 4º, inciso II, que fala em direitos humanos; art. 60, §4º, inciso IV, que fala em direitos e liberdades constitucionais; e, dentre outros, epígrafe do Título II e art. 5º, §1º, que falam em direitos e garantias fundamentais, sendo que neste título o termo é utilizado de forma abrangente, genérico, englobando todas as demais espécies e categorias de direitos fundamentais, tais como direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade e os direitos políticos e seu regramento. Ainda, embora o termo “direitos fundamentais” e “direitos humanos” sejam utilizados com o mesmo significado, o primeiro, de acordo com SARLET, serve mais para reconhecer os direitos constitucionalmente positivados em determinado Estado, enquanto “direitos humanos” faz referência aos diplomas internacionais quando tratam daqueles direitos reconhecidos a toda e qualquer pessoa humana, sendo atemporal e, por isso, de caráter supranacional³²⁵.

FERRAJOLI, em uma conceituação teórica formal do que são direitos fundamentais, leciona que são direitos inalienáveis e indisponíveis, relacionando dentre eles, de forma exemplificativa, o direito à liberdade de pensamento, liberdade pessoal, direitos sociais e políticos. Citando suas palavras, é que

Com base nela [definição teórica] diremos que são fundamentais os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas singulares como tais, ou como cidadãos ou como capazes de agir. Mas também diremos, sem que a nossa definição seja de alguma forma invalidada, que uma determinada ordem jurídica, por exemplo, totalitária, é desprovida de direitos fundamentais [o direito fundamental depende somente do direito positivo para sua existência e vigência naquele sistema jurídico]. (...)

De fato, a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais e outros semelhantes são protegidos como universais e, portanto, fundamentais. (...)

Graças a ela [do caráter teórico da definição], de fato, a universalidade expressada pela quantificação universal dos tipos de sujeitos titulares desses direitos passa a

³²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. Pág. 27/29.

assumir a forma de sua conotação estrutural, que, como veremos, comporta o caráter inalienável e indisponível dos interesses substanciais em que consistem³²⁶.

Para o debate que se busca incentivar, acreditamos que não importa muito a terminologia “correta”, basta termos em mente que falamos daqueles direitos que, independentemente de estarem ou não explicitamente previstos no texto constitucional, em razão de seu conteúdo e de sua importância, deverão ser considerados fundamentais, sejam eles individuais, coletivos ou sociais e, portanto, conforme FERRAJOLI, indisponíveis e inalienáveis³²⁷.

Salientamos, por fim, que, direta ou indiretamente, em maior ou menor grau, algum dos direitos fundamentais é sempre atingido quando uma medida cautelar é decretada³²⁸. No caso em debate, em que se procura saber se, como e quando cada uma das medidas deve refletir no *quantum* da pena (abatendo ou participando de sua fixação), o de maior relevância é a restrição da liberdade. Quando se fala da prisão provisória (com interpretação do termo na maior amplitude possível), há muito nossa legislação regulou a matéria abatendo o tempo da cautelar (seja da prisão ou da internação) da pena definida em sentença (detracção penal). Porém, se calou a respeito das novas medidas, deixando para a doutrina e jurisprudência o árduo trabalho de suprir a falta de regramento. Neste intuito, parte da doutrina passa a ventilar, como vimos, a possibilidade de realizar a detracção através da analogia *in bonam partem* ou com a aplicação da atenuante genérica ou, ainda, como critério do art. 59, CP, enquanto há doutrinadores que contrariam este entendimento. Encontramos, também, decisões do STF no sentido de não ser possível a detracção de qualquer cautelar alternativa, ou do STJ apontando que somente é possível a detracção no caso de cautelar de recolhimento domiciliar noturno e dias não úteis (e somente das horas que realmente esteve recolhido em seu domicílio), sendo inadmissível quanto as demais cautelares pessoais diversos da prisão por falta de previsão legal. Em ambos os Tribunais Superiores e na doutrina é pacífico que a prisão domiciliar prevista no art. 318, CPP, é passível de detracção por analogia à prisão domiciliar como regime especial de

³²⁶ FERRAJOLI, Luigi. I Diritti fondamentali. Una definizione del concetto di diritti fondamentali. Disponível em: <http://www.ristretti.it/areestudio/territorio/opera/documenti/approfondimento/diritti.htm>. Acesso em: 18 dez. 2022.

³²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. Pág. 79/80.

³²⁸ Conforme entendimento do Tribunal Supremo Espanhol, a obrigação de apresentação periódica causa aflição ao sujeito, razão pela qual deverá ser realizada a detracção em quantidade compatível com a angústia causada: “Dicha norma, en concreto respecto de la obligación de presentaciones *«apud acta»*, fue interpretada por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 19 de Diciembre de 2013, en el sentido de que «... la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional, y que como tal medida puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afectividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado»” (STS 52/2015) *apud* FIGUEROA NAVARRO, *et al. Op. Cit.* Pág. 419/497.

cumprimento de pena (previsto na Lei de Execuções penais) e por ser decretada em substituição à prisão provisória nos casos específicos previstos naquele artigo, tal qual não se discute da possibilidade de detração das penas restritivas de direitos quando forem heterogêneas com a cautelar.

4.3 As Teses e a (In)Observância dos Princípios

Nas pesquisas de jurisprudência que realizamos o debate que encontramos foi somente sobre a detração, não havendo qualquer apontamento quanto às outras possibilidades de reflexo das cautelares na pena (por exemplo, atenuante ou critério do art. 59, CP), e o tipo de cautelar questionada perante os Tribunais variavam pouco, alternando principalmente entre o recolhimento domiciliar noturno e dias não úteis com ou sem monitoramento eletrônico. Por oportuno, CASTRO realiza uma pesquisa junto ao STJ das medidas cautelares mais utilizadas pelos magistrados (período de 2011 à 2014) e constata que o recolhimento domiciliar em período noturno e dias não úteis está entre as três das medidas mais utilizadas³²⁹.

Como foi dito, a detração é, agora conforme MOREIRA, “[...] um simples procedimento aritmético, no qual se considera, na imposição da pena privativa de liberdade, o tempo já cumprido em prisão provisória”, no Brasil ou no estrangeiro, ou de internação provisória em decorrência do mesmo crime³³⁰. A atenuante genérica, por sua vez, é uma circunstância não descrita em lei que o magistrado considera para adequar a pena a culpabilidade do indivíduo (se aplicada, somente poderá reduzir a pena), considerada na segunda fase da fixação da pena. Os critérios do art. 59, CP, são aquelas circunstâncias que deverão ser observados na primeira fase de fixação da pena (da pena-base) com a finalidade de ditar a sanção conforme a culpabilidade do sujeito, também atendendo ao princípio da individualização.

As teorias sustentadas pelo STF e STJ discorrem sobre o princípio da legalidade e da proporcionalidade para negar a detração e da igualdade e da proporcionalidade para autorizar somente as horas de reclusão da cautelar de recolhimento domiciliar (STJ), enquanto a doutrina que contrapõe a tese destas Cortes se apoia nestes mesmos princípios, mas dando interpretação diferente à sua aplicação, e em outros mais, como veremos. Porém, é através da simples leitura

³²⁹ CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. RBCCRIM, n. 115, ano 23, São Paulo: RT, out. 2015. Acesso à associados disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/rbccrim/124-/?ano_filtro=2015. Acesso em: 13 nov. 2021. Pág. 126.

³³⁰ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Direito Penal Contemporâneo. Vol I. E-book kindle, 2014. Nota n. 96.

do nosso ordenamento jurídico que entendemos que outros princípios não apontados pela doutrina e jurisprudência também deverão ser ponderados para decidir a questão posta em debate. Além daqueles citados, acreditamos ser possível retirar do texto legal, ainda que em apurada análise, os princípios da individualização da pena, da presunção de inocência, da igualdade e o princípio da culpabilidade.

Aqui surgem duas outras questões: outros princípios, além daqueles debatidos pelas Cortes e doutrina, deverão ser considerados quando for decidido os possíveis reflexos das cautelares alternativas na pena? E se o mandamento de algum destes princípios não for atendido, a tese será tomada como inconstitucional? Entendemos que todos os princípios deverão ser observados em toda e qualquer situação. O que pode ocorrer, isto é certo, é a mitigação de algum(ns) em razão de outro(s), sob pena de inviabilizar a atuação do Estado e do próprio sistema penal. Uma vez não observado qualquer um dos princípios previstos em nossa Constituição ou legislação extravagante, entendemos que a solução encontrada não poderá ser decretada, sob pena de ser reconhecida a sua inconstitucionalidade.

Dito isso, passamos às teorias que encontramos na doutrina e jurisprudência, as quais, por questões didáticas, recordaremos de forma objetiva seus fundamentos, sendo que seus desdobramentos serão analisados em conjunto. São:

1º Posicionamento:

STF: para esta Corte Suprema, nenhuma das cautelares alternativas é passível de ser considerada para a detração. Encontra-se doutrina no mesmo sentido.

Fundamentação: por não existir legislação que autorize a detração, a possibilidade esbarra no princípio da legalidade, não havendo que se falar em similitude entre as medidas e a prisão que autorize a aplicação do princípio da analogia *in bonam partem*.

STJ: segue o mesmo entendimento do STF, porém com uma ressalva. Sustenta que somente a medida de recolhimento domiciliar pode ser detraída e ainda assim deverão ser consideradas somente as horas de efetiva restrição total da liberdade (horas noturnas e dias não úteis). As demais medidas não são passíveis de detração. É possível encontrar doutrina no mesmo sentido.

Fundamentos: para esta Corte Superior a impossibilidade da incidência do instituto da detração nas medidas cautelares alternativas reside na falta de previsão legal (princípio da legalidade), não sendo aplicável o princípio da analogia *in bonam partem* porque não há similitude entre as cautelares alternativas e a prisão provisória. Exceção à regra é a cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga, em que as horas da noite e dos dias não úteis, que o indivíduo está efetivamente recolhido, deverão ser detraídas por sua similitude

com o grau de restrição da liberdade imposta na prisão provisória e regime semiaberto, respeitando, assim, o princípio da igualdade. O princípio da proporcionalidade e o princípio da igualdade também são citados pelo CRUZ para justificar a impossibilidade da detração à todas as medidas cautelares alternativas, pois, diz ele que, além da afirmação de que não há similitude, elas não cumpririam com as funções da pena (não atuando de forma simultânea para proteger os interesses da vítima, da sociedade e do réu) e por isso não ultrapassaria o primeiro subprincípio da proporcionalidade, adequação.

2º Posicionamento

Sustentado pela maioria da Doutrina: é cabível a detração a todas as cautelares alternativas quando homogêneas com a pena aplicada e quando, heterogêneas, deverão ser detraídas de forma paritária ou de acordo com o grau de restrição da liberdade por ela imposta. Neste caso, há sugestão de aplicação do critério utilizado pela remissão (a cada 3 dias da cautelar 1 a menos na pena), que seja deixado ao arbítrio do juiz (nos moldes da legislação espanhola) e como atenuante genérica ou como critério do art. 59, CP. A fiança, a proibição de exercício de cargo ou profissão e retenção do passaporte não poderão ser detraídas pelo seu baixo grau de lesividade ao *status libertatis* do indivíduo, salvo quando aplicadas concomitante com outras, quando aumenta o grau de lesividade, sendo competência de o juiz analisar o caso concreto e decidir sob a aplicação e, em caso positivo, o *quantum* a ser abatido. A doutrina que defende a possibilidade de serem utilizadas como atenuantes genéricas ou critérios do art. 59, CP, não faz qualquer restrição, ou seja, qualquer uma das medidas alternativas previstas na legislação poderá ser compreendida como agravante genérica ou critério do art. 59, CP.

Fundamentos: A possibilidade vem fundamentada na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, da analogia *in bonam partem*, do *ne bis in idem* e da proporcionalidade como proibição de excesso. É no princípio da proporcionalidade que reside a discordância desta doutrina, pois para alguns há que ser detraído todas as cautelares de forma paritária, ainda que quando heterogêneas com a pena, e para outros, em razão do grau de restrição da liberdade imposta pela medida, há que se fazer uma fórmula (ou deixar a o arbítrio do juiz, seguinte a legislação espanhola) para que haja um abatimento justo.

De acordo com a posição de alguns doutrinadores e do STF e STJ (salvo exceção já mencionada), as medidas cautelares alternativas não poderão ser detraídas. Isso significa que o tempo da cautelar devidamente cumprida não terá reflexo algum na pena.

Creemos ser justo começarmos a análise da (in)observância dos princípios norteadores da matéria pelo princípio da legalidade e o da analogia *in bonam partem*, que servem de

fundamento para a tese apontada nas decisões do STF e STJ. O princípio da igualdade, que também é citado pela Corte Superior, será visto mais adiante.

O princípio da legalidade do ponto de vista do cidadão é garantia, pois estabelece “[...] a margem de atuação do Estado que não pode ir mais além, em sua função repressora, dos limites estabelecidos pela norma”³³¹. É possível concluir, então, que sendo um limitador para o Estado, este não poderá agir sem que uma norma o autorize, ou seja, só poderá agir no estrito limite e forma que lhe é ordenado pela lei.

Em que pese o direito à liberdade seja um direito fundamental, assim eleito pela Constituição Federal, cuja restrição só poderá ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (princípio da presunção de inocência), ainda assim este direito poderá sofrer ingerência do Estado, como autoriza, por exemplo, o art. 5º, LXI e LXVI, CF. Quando a Constituição Federal prevê em seu corpo a possibilidade de prisão antes da sentença transitada em julgado nos casos de prisão em flagrante e prisão provisória (inciso LXI) e a impossibilidade de fiança para que não seja concedida a liberdade provisória (inciso LXVI), autorizando a prisão durante a persecução penal, resta evidente que aquele direito não é absoluto. Contudo, para que ocorra essa possibilidade de restrição à liberdade não poderá o juiz decretá-la à sua vontade, nem mesmo com base no poder geral de cautela. Só estará autorizada se prevista em legislação regularmente elaborada, atendendo à legalidade formal, e em concordância com os preceitos constitucionais, legalidade material.

A lição de MORAES é neste sentido ao defender que “[...] para que essa cláusula tácita possa ser exercida como redutora daquele direito *prima facie*, é necessário que antes ela seja corporificada em lei infraconstitucional formal e materialmente correta.” Lembrando que este direito (à liberdade) se trata de um direito *prima facie*, encerra o raciocínio esclarecendo que “[...] para o âmbito das prisões provisórias, impõe-se uma legalidade que obedeça a padrões formais e materiais em sua elaboração legislativa. Ambos os padrões também devem ser verificados e obedecidos quando da aplicação da lei ao caso concreto”³³².

Pode ocorrer que determinada situação necessite de intervenção do Estado e a lei não faça qualquer previsão a respeito. Nestes casos o magistrado deverá buscar situações semelhantes e previstas em lei para, identificando a intenção e princípios norteadores daquela norma, dar a melhor solução ao caso concreto. É a chamada analogia, que BRUNO expressa claramente sua importância e significado quando leciona que

³³¹ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pág. 63.

³³² *Idem.* Pág. 296.

Se novas leis não ocorrem a cobri-las [situações não previstas na lei], é ao juiz que cabe preenchê-las por meio do processo da analogia.

A analogia não é um meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico. Na hipótese de aplicação dela, analogia, não há um texto de lei obscuro ou incerto, cujo exato sentido se procure descobrir ou esclarecer. O que há é ausência de lei que regule diretamente a hipótese.

A analogia é um processo que visa a cobrir essa lacuna, não pela criação de nova lei, mas pela aplicação de lei que regule casos semelhantes ou, melhor, subindo até os princípios que informam esta lei, para fazer derivar deles a regra aplicável ao caso vertente³³³.

Em direito penal, contudo, não é admitida analogia em desfavor do indivíduo. Sempre que a aplicação de uma lei através da analogia criar fatos puníveis, penas ou de qualquer forma prejudicar o réu, ela não será aceita em razão do embate com o princípio da legalidade. Enfim, “según dijimos [FONTAN BALESTRA], no existe en el orden penal: la ley penal está, debe estar llena de silencios, y en materia penal el silencio es libertad”³³⁴. Entretanto, ela será possível sempre que beneficiar o réu de alguma forma (analogia *in bonam partem*), ou seja, “Estando regulamentada em lei uma situação particular, aplica-se por analogia essa mesma regulamentação a outra situação particular, semelhante, mas não regulamentada”³³⁵. Ao tratar das normas não incriminadoras e a analogia *in bonam partem*, BRUNO traz lição importante ao presente debate ao dizer que “Não se apoia, portanto, essa aplicação da analogia em razões sentimentais, mas em princípios jurídicos, que não podem ser excluídos do Direito Penal, e mediante os quais situações anômalas podem escapar a um excessivo e injusto rigor”³³⁶.

Neste passo, há que se procurar possíveis semelhanças entre as cautelares alternativas e as formas de privação da liberdade (total ou parcial) existentes em nossa legislação: prisão preventiva ou internação, às penas previstas em nossa legislação, aos regimes de cumprimento de pena, benefício da liberdade condicional e exigências aplicáveis no caso de liberdade provisória. Só então entendemos que será viável chegar à conclusão se o art. 42, CP (seu regramento e princípios que o orienta, nos termos dos ensinamentos de BRUNO) poderá/deverá ser aplicado à lacuna criada com a inclusão das novas medidas cautelares alternativas em nossa legislação.

E foi nesta análise que o STJ e STF afirmaram que não é possível aplicar o art. 42, CP, de forma analógica à todas cautelares alternativas porque não há similitude entre elas e a prisão provisória, tal qual seria necessário, nos dizeres de CRUZ (no voto do *HC* n° 455.097/PR já comentado) que o recolhimento domiciliar fosse compatível com qualquer regime de

³³³ BRUNO, Aníbal. *idem*. Pág. 208.

³³⁴ *Idem*. Pág. 120/121.

³³⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. De acordo com a Lei n. 7.209 de 11 de jul. de 1984 e com a Constituição de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. pág. 26.

³³⁶ BRUNO, Aníbal. *Idem*. Pág. 211.

cumprimento de pena e que sua similitude está mais para pena restritiva de direito do que para privação de liberdade. Portanto, não existindo norma permissiva da aplicação da detração às cautelares alternativas, nada há que se fazer.

O STJ realizando, repita-se, uma divisão da cautelar de recolhimento domiciliar em período “livre” e período de reclusão, enxerga similitude entre a prisão provisória (privação total da liberdade) e as horas de recolhimento domiciliar noturno e dias não úteis. Em qualquer dos posicionamentos destas duas Cortes não encontramos qualquer análise comparativa com os demais regimes de cumprimento de pena (além do semiaberto sem direito ao trabalho externo realizado pelo STJ) ou buscaram outra norma que pudesse, ainda que pela analogia *in bonam partem*, ser aproveitado o período destas cautelares. Embora não tenhamos identificado, ao menos nos votos lidos, argumentação da defesa neste sentido, entendemos que não seria óbice para que as Cortes Superiores realizassem o abatimento ou aproveitamento do tempo das cautelares alternativas, pois poderiam agir *de ofício*, já que favoreceria o réu.

Parte da doutrina sustenta que a analogia *in bonam partem*, dentre outros, é aplicável ao caso, o que traria respeito ao princípio da legalidade, já que aplicada legislação existente. Para alguns deste, seria possível aplicar o próprio art. 42, CP, para outros também seria possível a aplicação da atenuante genérica e, outros ainda, além destas duas normas, como critério do art. 59, CP.

Ressaltamos o que sustenta DELMANTO quando afirma que, em seu entendimento, há que se aplicar, por interpretação analógica, a detração a pena de interdição temporária de direitos, limitação de final de semana e prestação de serviço à comunidade. Refletindo sobre o tema, ele leciona que “[...] se a pena mais grave a ser cumprida (privativa de liberdade) incide a detração, não há razão para excluí-la das penas que a substituem (restritivas de direitos)”³³⁷.

Questionamos, portanto, se é possível a detração na restrição mais grave, também deverá sê-lo na mais branda? Ou, então, realizada uma comparação da prisão provisória (mais grave) com os outros tipos de privação à liberdade, independente do grau que atinja o *status libertatis* do indivíduo (menos graves), há também de ser aplicada a detração? A única resposta que entendemos válida, por respeitar todos os princípios, é que deverá sim ser detraída as medidas cautelares. Inclusive várias das medidas cautelares possuem identidade com penas alternativas, o que seria um contrassenso, ao nosso entender, que seja possível detrair as penas restritivas de direito, mas não as cautelares que são idênticas ou que possuem grande similitude.

³³⁷ DELMANTO *et atl. Idem*. Pág. 217.

Inquestionável em nossa doutrina e jurisprudência que a detração se aplica às penas restritivas de direito, logo, entendemos que é aplicável a mesma lógica no caso das cautelares alternativas, ou seja, se é possível a detração da cautelar mais grave (reclusão total), não há motivos para que não seja aplicada no caso das cautelares com restrição da liberdade em grau menor, inclusive porque são elas substitutivas da prisão provisória.

O escólio de ENGISCH sobre a analogia se mostra esclarecedor e adequado para o debate em questão. Este autor lembra a sentença de 11 de março de 1927, proferida pelo Tribunal do Reich. A discussão era se uma médica, que autorizou a interrupção de uma gravidez com fundamento em laudo psiquiátrico que afirmava que a paciente corria sérios riscos de cometer suicídio (para assegurar a saúde da paciente), deveria ser punida pelo crime de aborto ou, em contraposição, deveria ser ela absolvida por ter agido em estado de necessidade. Na legislação então vigente, conta o autor, o estado de necessidade só seria aplicável se a médica fosse a grávida ou se fosse uma parente sua, possibilidades que não se amoldavam ao caso. A decisão do Tribunal do Reich foi pela absolvição, dando a ela o mesmo tratamento das situações previstas na norma do estado de necessidade, ou seja, por equiparação das situações a lacuna legal foi suprida por norma existente que não regulava objetivamente aquele caso. ENGISCH relata que:

Uma das traves-mestras da mencionada sentença do Tribunal do Reich é, por conseguinte, a proposição segundo a qual o preceito sobre o estado de necessidade contido no § 54 do Código Penal não impede que «seja excluída a ilicitude de certos atos praticados em estado de necessidade... com base noutro princípio jurídico, escrito ou não escrito» (p. 232) Esta proposição significa, à luz das considerações por nós acima feitas, que a regulamentação legal do estado de necessidade contida no § 54 do Código Penal não basta para subtrair à punição todos aqueles casos que, *de lege lata*, devem ser isentos da pena prevista nos parágrafos sobre o aborto³³⁸.

Ressaltamos, por sua importância, que pelo trecho transcrito o Tribunal do Reich e aquele autor entendem que na aplicação da analogia há de serem observados os princípios jurídicos, escrito ou não, ainda que não esteja(m) presente(s) na norma utilizada.

ENGISCH ainda dá outro exemplo. Cita a previsão legal que exclui a tipicidade das lesões corporais realizadas com o consentimento da pessoa (“tatuagens ou experiências médicas”), a qual deverá ser aplicada também quando se tratar do cárcere privado que conta com o consentimento do “ofendido” (estudante que pede para ser trancada em uma instituição pelo período da noite para conseguir estudar), pois se trata de situações similares e, portanto, a mesma razão que fundamenta a ordem para que a primeira não seja considerada ato ilícito

³³⁸ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de MACHADO, J. Batista. 8 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Pág. 283/289.

deverá fundamentar a segunda. Todavia, o próprio autor questiona como é possível aplicar a mesma norma à ofensa corporal e a privação de liberdade se elas não são da mesma espécie de ilícito, respondendo que “[...] a ofensa corporal e a privação da liberdade são semelhantes entre si em tal medida que aquilo que é justo para a primeira também o é para a segunda. E, assim, o multissignificativo conceito de semelhança toma-se o eixo da conclusão”³³⁹.

Trazendo os argumentos referidos para este debate, parece-nos possível dizer que, ainda que o art. 42, CP, não faça previsão explícita quanto a sua aplicabilidade às demais medidas cautelares alternativas, deverão ser observados todos os princípios existentes no direito que possam ser aplicados ao caso, independente de regerem ou não aquele dispositivo. Já na análise da semelhança, nos termos dos ensinamentos daquele Tribunal e autor, há que se buscar o seu multissignificado para verificar se há ou não similitude entre a privação de liberdade e a cautelar alternativa, independente se esta privação é da mesma espécie (ou grau). Para nós, somente assim será possível dizer que a resposta encontrada à questão posta observará todos os princípios (escritos ou não escritos, expressos ou não, em nossa Constituição ou legislação extravagante).

Seguindo com posicionamento de parte da doutrina e constante nas decisões do STF e STJ, seria possível imaginar que Tício, que respondeu pelo crime “a” e cumpriu a medida alternativa de monitoramento eletrônico cumulado com proibição de se ausentar da comarca pelo período de 1 ano, receberia a mesma pena que o Fúlvio, que cometera o mesmo crime e nas mesmas circunstâncias sem, contudo, cumprir nenhuma cautelar.

Do ponto de vista do princípio da individualização da pena, o qual é utilizado para “estabelecer a quantidade certa da pena necessária à prevenção e à reprovação (art. 59 do CP)”³⁴⁰ de cada sujeito e de acordo as particularidades do fato e do indivíduo, a sanção aplicada definitivamente pelo magistrado representaria o *quantum* necessário e “justo” de acordo com aquele indivíduo e situação em particular, pois, embora possua certa discricionariedade, o juiz está vinculado aos critérios legais (art. 59, CP, limite mínimo e máximo de cada tipo)³⁴¹. Entretanto, aquele sujeito que cumpriu a medida cautelar por um ano e que não foi considerada pelo magistrado, terá sofrido uma ingerência do Estado em sua liberdade, o que não ocorreu com aquele que não sofreu com nenhuma restrição (cautelar).

³³⁹ ENGISCH, Karl. *Op. Cit.* Pág. 287-289.

³⁴⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Idem.* Pág. 150. No mesmo sentido, NORONHA, Magalhães E. *Idem.* Pág. 233/234.

³⁴¹ FRANCO, Alberto Silva. *Idem.* Pág. 1025.

Estando o princípio da individualização da pena intimamente ligado com o princípio da igualdade, e este significa tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, no limite de sua desigualdade, ou, no escólio de CANOTILHO, estão proibidas “[...] as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes.” ou que sejam fundadas em subjetividade, impedindo também o tratamento igual a situações desiguais³⁴². Ao ignorar o tempo do devido cumprimento de uma cautelar imposta, seja dentro dos critérios do art. 59, CP, como atenuante genérica ou na detração penal³⁴³, será dispensado o mesmo tratamento para pessoas e situações diferentes? Cremos que sim.

Dito isso, questiona-se: a tese sustentada nas decisões do STF e STJ respeita e aplica o princípio da individualização da pena e o princípio da igualdade?

Não se discuti na doutrina que as cautelares exercem uma ingerência do Estado sobre o indivíduo. A discussão está se ela é ou não equiparável à prisão provisória. A pena, por sua vez, é a reação do Estado perante uma ação contrária a lei, tendo como fundamento a retribuição e prevenção do crime (art. 59, *caput, in fine*, CP). Se a cautelar é uma ingerência nos direitos do cidadão e a pena, materialmente falando, também o é, se seguirmos nessa lógica não será possível dizer que a cautelar não aproveitada na pena ou em sua fixação se transforma em outra pena? Entendemos que sim. Com isso entramos no campo do princípio do *ne bis in idem*.

Conforme sustenta COSTA E SILVA a detração vem fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana e do *ne bis in idem*³⁴⁴. CARVALHO, falando sobre o princípio do *ne bis in idem*, ensina que, mais precisamente em sua face material, é representada em nossa legislação penal na proibição da utilização de uma circunstância como agravante quando ela já é elemento constitutivo ou qualificador do delito (art. 61, CP), garantindo limites à incriminação e à própria qualidade e quantidade de pena prevista no preceito secundário do tipo³⁴⁵. Quanto às cautelares, embora nossa legislação só traga previsão expressa da detração para o caso de prisão provisória e internação, SANGUINÉ adverte que, em seu entendimento, o qual seguimos, “[...] deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos fundamentais do cidadão, inclusive no caso de medidas cautelares alternativas, qualquer que seja a intensidade da ingerência”³⁴⁶, impedindo o *bis in idem*.

³⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Idem*. Pág. 428/429.

³⁴³ Conforme sugestão de GIACOMOLLI, Nereu José, *idem*. Pág. 151.

³⁴⁴ COSTA E SILVA. Código Penal. Vol. II. 1938. Pág. 307. *apud* MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1956. Pág. 147. O autor critica a reincidência prevista no art. 22, §8º, Código Penal espanhol.

³⁴⁵ CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.* Pág. 290.

³⁴⁶ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.* Pag. 714.

Em seu conceito material, conforme leciona MAIA, o *ne bis in idem* determina a “[...] impossibilidade de imposição ao indivíduo (*ne*) de mais de uma sanção penal (*bis*) em razão de uma mesma prática delituosa (*idem*)”³⁴⁷, ou na senda de CUELLO CONTRERAS, que questiona a agravante da reincidência, que é baseada na culpabilidade do indivíduo, refletindo verdadeiro direito penal do autor, prega que “Ninguna circunstancia agravante de la responsabilidad penal debe basarse en la culpabilidad del sujeto (*derecho penal del hecho*); de ahí las dificultades a la hora de justificar la agravante de reincidência”, pois ela vem fundamentada numa “[...]supuesta mayor voluntad delictiva de quien osa repetir el delito a pesar de la condena previa. Las agravantes, incluso, tampoco deben basarse en el injusto, por el peligro de que se esté procediendo así a una doble valoración negativa del mismo hecho”³⁴⁸, o que representa afronta ao princípio do *ne bis in idem*.

Nesta senda, uma vez que a resposta foi de que o período de um ano da cautelar (exemplo) é considerado como outra pena, sua legalidade esbarraria no princípio da proibição da dupla condenação.

Ainda dentro da mesma lógica, este período da cautelar seria uma pena acima da culpabilidade do sujeito? Entendemos que para achar uma resposta será necessário verificar, por fim, o princípio da culpabilidade e da proporcionalidade como proibição de excesso.

Como vimos em tópico anterior, no escólio de BRUNO, PIERANGELLI, dentre outros, houve uma evolução do direito penal e da própria pena na história. Antes era arbitrária, totalmente desvinculada da culpa, pois visava somente a utilidade da pena; hoje a pena não poderá ultrapassar a culpa do indivíduo condenado. Daí que, observando o preceito do art. 59, CP, o juiz definirá o tempo de pena apropriado ao caso concreto, respeitados os limites mínimos e máximos do tipo penal em questão, e de acordo com a culpabilidade do agente (régua de medida, limitador da pena e proteção do cidadão contra o poder do Estado).

A culpabilidade, que invoca o princípio da dignidade da pessoa humana como seu fundamento, segundo DOTTI, “[...] é indicada como primeiro dado indispensável para fixação da pena ‘conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime’”, e a culpa será o fundamento para que o magistrado faça “[...] a escolha da natureza, quantidade e [sua] substituição.” Neste passo, dita o autor que a proporcionalidade da pena representa duas exigências: “De um lado, deve traduzir o interesse da sociedade em impor uma medida penal

³⁴⁷ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. Cit.* Pág. 54.

³⁴⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español. Teoría del Delito (2)*. Vol. 2. Madri: Dykinson, 2009. Pág. 569. No mesmo sentido SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. *Idem*.

‘necesária e suficiente para a reprovação do crime’ [...], de outro, deve garantir ao condenado o direito de no sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito”³⁴⁹.

Não  diferente a doutrina de BACIGALUPO SAGGESE quando afirma que

Pero al principio de culpabilidad también se le asignan, por un sector amplio de la doctrina, funciones en la determinación e individualización de la pena; esto es, en la determinación de qué cantidad de sancion penal es legítima. En este segundo contexto, del principio de culpabilidad deriva la necesidad de que la pena sea adecuada a la gravedad de la culpabilidad del sujeto manifestada en el hecho, o la relativa a que la pena no supere el límite máximo de la magnitud de la pena que es ajustada a la culpabilidad [...]³⁵⁰.

Na mesma obra  possível encontrar argumento quanto ao *ne bis in idem*, inclusive citando a interpretao do Tribunal Constitucional daquele país, que reconhece o significado material do princípio como proibio de dupla penalizao, ou, nas palavras dos autores:

Si bien la interdicción de incurrir en *bis in idem* se proyecta en primer término sobre la duplicidad de sanciones, el Tribunal Constitucional (SSTC 159/1987, de 26 de octubre; 2/2003, de 16 de enero) y la doctrina (Vives Antón, Pérez Manzano) han reconocido autonomía a una segunda garantía conectada con este principio: la prohibición de doble proceso o doble enjuiciamiento; conforme a esta garantía, una vez que un sujeto ha sido juzgado por un hecho, no puede ser juzgado de nuevo por el mismo hecho. Para identificar esta segunda garantía se utiliza la denominación *ne bis in idem procesal*, frente a la de *ne bis in idem* material con la que se conoce la reiteración de sanciones³⁵¹.

Desta feita, conjugando o princípio da culpabilidade, em que a pena deverá ser adequada  culpabilidade do sujeito, com a proibio do *ne bis in idem*, em seu conceito material, acreditamos ser possível dizer que estes princípios determinam que a cautelar que exercer qualquer reduo no *status libertatis* do indivíduo, não importando a quantidade, deverá ser considerada como pena cumprida, ou, de outra forma, qualquer restrio a liberdade do indivíduo se não for considerada como pena cumprida será uma dupla penalizao, o que afrontaria o princípio do *ne bis in idem*.

A proibio de excesso, princípio invocado pelo STJ para reconhecer a possibilidade e necessidade da detrao do período que o indivíduo esteve efetivamente recolhido (cautelar de recolhimento domiciliar),  de observao indispensável quando o assunto são as medidas cautelares. Além daquele momento da definio da medida cautelar, em seus três aspectos (adequao, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o tipo e quantidade de pena a serem aplicadas não poderão ir além do necessário e devido de acordo com a culpabilidade do

³⁴⁹ DOTTI, René Ariel. *Idem*. Pág. 139/140.

³⁵⁰ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; *et al.* Manual de Introducción al Derecho Penal. Coord. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Madri: Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, 2019. Pág. 92.

³⁵¹ *Ibidem*.

sujeito. Ultrapassado este limite, a pena será considerada inconstitucional por afronta, dentre outros, ao princípio da proporcionalidade como proibição de excesso³⁵².

Retornando ao princípio da culpabilidade, JAKOBS também reconhece que a pena não poderá ultrapassar a culpabilidade do agente quando prega que é em razão deste princípio que está proibida a arbitrariedade no momento da fixação da pena, devendo haver proporcionalidade entre a pena e o ato ilícito, pois ela deverá ser fixada de acordo com a culpabilidade do agente, não podendo ultrapassar o que é necessário para atingir o seu fim (de acordo com nosso art. 59, CP, retribuição e prevenção)³⁵³.

Por este enfoque (limite da resposta Estatal) CARRARA aborda o tema, em sua obra “Programa do Curso de Direito Penal, Parte Geral” de 1889/1890, ao elaborar crítica à aplicação do princípio da igualdade no caso da cumplicidade, referindo-se ao equívoco de BECCARIA em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, de que os cúmplices deveriam ser menos punidos que os autores (uma aplicação utilitarista da pena), o que não resolvia a questão e facilitava que mais cúmplices fossem encontrados, pregava que a questão devia “[...] decidir-se unicamente por los principios de la justicia”³⁵⁴. Mais adiante conclui o ponto, lembrando ORTOLÁN, quando leciona que:

Ortolán hace derivar la palabra cómplice del verbo *plectere* (castigar): *complectere*, *complexus*, *complex*, *complice*. La etimología puede ser mui exacta, pero la consecuencia que nace de ella naturalmente, es que *cumplectere* debe significar castigar *con* (*insieme*) y no castigar *igualmente*. Y en efecto, Ortolán es del corto número de los criminalistas franceses, que reconocen la justicia de una repartición de imputación desigual, según la diferente influencia en la participación³⁵⁵.

Se a pena deverá ser imposta de acordo com a participação de cada sujeito no caso concreto, parece certo concluirmos que cada um irá responder de acordo com sua culpa. É neste sentido que CARRARA, *in* “Programa do Curso de Direito Criminal de 1859”, afirma mais categoricamente dizendo que “[...] o único critério racional da distribuição da responsabilidade é o que procede pela regra da maior ou menor culpabilidade individual”³⁵⁶.

Aplicando o escólio de CARRARA ao exemplo trabalhado e seguindo o entendimento de SANGUINÉ, se a cautelar exerce ingerência do Estado no *status libertatis* do indivíduo, o magistrado determinou a pena definitiva de acordo com a culpabilidade do agente e descartou

³⁵² ROXIN, Claus. *Idem*. Pág. 67.

³⁵³ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2 ed. Cor. Traducción CUELLO CONTRERAS, *et al.* Madri: Macial Pons, 1997. Pág. 588/589.

³⁵⁴ CARRARA, Francesco. *Programa del Curso del Derecho Criminal de 1889/1990. Parte General*. Vol. I. Tradução de Octávio Béeche; Alberto Gallegos. São Paulo: San José: Jurídica Continental, 2000. Pág. 261.

³⁵⁵ ORTOLÁN. *Eléments de Droit Penal apud ibidem*. Pág. 261.

³⁵⁶ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal de 1859. Parte Geral*. Vol. I. Tradução de FRANCESCHINI, José Luiz V. de A.; BARRA, Z. B. Prestes. São Paulo: Saraiva, 1956. Pág. 333.

o tempo da cautelar cumprida, e a resposta for sim ao questionamento se o tempo da cautelar neste caso será uma pena além da culpabilidade do indivíduo, vislumbramos como inevitável o reconhecimento que ao final o condenado terá cumprido uma pena além de sua culpabilidade, ou, nos termos do entendimento do Tribunal Supremo da Espanha, não se estará reconhecendo parte da pena que já foi cumprida antecipadamente.

CONCLUSÃO

O ser humano não pode tudo. Há muito que ele renunciou a vários direitos e liberdades naturais em favor do Estado para que fosse possível uma convivência pacífica e segura em sociedade. Então, mesmo que Tício seja devedor da empresa de Mélvio, embora de fato seja possível, não poderá incluir o nome daquele nos sistemas de proteção ao crédito antes do vencimento da dívida. Se assim o fizer, estará sujeito a se ver obrigado a indenizar Tício. Ou podemos dizer que Fúlvio, em que pese seja forte e esteja em condições físicas de subjugar Mélvio, não poderá pegar para si a bicicleta deste. Se o fizer, responderá criminalmente por isso. Tudo em razão da legislação que regula a sociedade em que vivemos.

Na primeira situação o direito civil é suficiente para proteger o bem jurídico, enquanto no segundo o legislador entendeu que somente o direito penal será capaz de exercer essa função. Mas o que importa é que em ambas as situações a liberdade do indivíduo foi tolhida (não puderam fazer algo em razão da lei). Com isso queremos dizer que o Estado exerce ingerência na liberdade de todos os sujeitos em seu dia a dia. Porém, ele não poderá ultrapassar os limites que a lei lhe autoriza, ou seja, sua interferência só poderá ser aceita se a legislação assim permitir. Por este aspecto (princípio da legalidade em sentido *lato senso*), não importa o grau da restrição imposta à liberdade de uma pessoa, ela não poderá ser aceita se não existir lei que permita.

Cediço que qualquer uma das cautelares alternativas acaba por, em maior ou menor grau, atingindo a liberdade do cidadão. Por exemplo, o valor correspondente à fiança poderia proporcionar uma tarde em um parque de diversões ao acusado e sua família, porém ele não poderá curtir estes momentos porque não terá dinheiro para isso (pagou a fiança), ou terá que recorrer a atendimento médico no sistema público ao invés do privado. A restrição de frequentar determinados lugares também não foge à regra, posto que, se não fosse a cautelar, o indivíduo poderia ir aonde quisesse. Tudo isso sem falar que a mera existência de um inquérito/processo, ainda mais com medida cautelar decretada, traz enorme transtorno ao investigado, muitas vezes sendo está uma consequência maior que a própria pena em razão da demora de algumas investigações e processos.

Não se nega que algumas cautelares exercem um grau de restrição na liberdade muito inferior ao recolhimento domiciliar noturno ou, em especial, à prisão provisória. Todavia, mesmo em grau muito inferior, ainda assim a liberdade do cidadão estará tolhida em razão da cautelar.

Como vimos, quando falamos em prisão provisória ou internação cautelar, a legislação regula como deverá ser tratada, mas não é assim quando falamos dos cautelares pessoais alternativos à prisão. E foi com o objetivo de tentar auxiliar e incentivar o debate quanto à possibilidade ou não das cautelares alternativas surtirem algum reflexo na pena sanção que se realizou o presente estudo.

Após discorrermos, ainda que superficialmente, sobre os princípios que entendemos importantes para o deslinde da questão, sobre as atenuantes genéricas, a detração e sobre as teses existentes sobre o tema, e termos realizado um comparativo entre as cautelares alternativas com as penas, seus regimes de cumprimento e o benefício do livramento condicional, findando o estudo com observações quanto a (in)observância dos princípios pelas teses, acreditamos ser possível elaborar um raciocínio lógico-sistemático para alcançar uma conclusão.

O ponto de partida já dissemos, ninguém é obrigado a fazer algo ou deixar de fazer senão em virtude de lei, ou, no caso do Estado, deverá sempre agir na forma determinada pela norma. Logo, o indivíduo somente poderá ter seu *status libertatis* restringido quando preenchidos os requisitos legais (requisitos cautelares ou, no caso de condenação, sentença penal condenatória com trânsito em julgado).

As cautelares possuem natureza de garantia do processo, portanto só poderão ser desconsideradas como sanção penal quando não for possível encontrar, materialmente falando, nenhuma similitude ou identidade com qualquer forma ou meio de resposta estatal ao cometimento de um ato ilícito (sanção penal). Contudo, entendemos que em todas as cautelares alternativas é possível encontrar similitudes ou até mesmo identidade com alguma espécie de pena, ou com uma das formas de seu cumprimento, ou, ainda, com o instituto de liberdade condicional.

É de suma importância observarmos que em qualquer regime de cumprimento de pena o tempo considerado é a totalidade do dia, pouco importando se o condenado estará as 24h do dia recolhido no sistema prisional ou em sua residência. O mesmo ocorre com o benefício do livramento condicional, em que algumas restrições serão impostas, mas ainda assim o indivíduo estará em sua residência e irá trabalhar onde quiser (se não afrontarem as obrigações que lhe forem impostas). As penas alternativas não fogem a esta regra. Muito embora elas também resultem em uma restrição menor na liberdade do condenado, a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos é realizada em grau de paridade, um dia de pena privativa para um dia de pena alternativa. E mais, quando houver condenação ao trabalho comunitário, o cálculo será feito na razão de um dia de abatimento da pena para cada hora trabalhada. E tudo

isso porque o legislador entendeu que ainda assim os objetivos da pena (retribuição e prevenção) serão alcançados.

Neste interim, o tempo da cautelar alternativa deverá refletir na pena de alguma forma, seja com a detração, como atenuante genérica ou como critério do art. 59, CP, escolha que será determinada pelo grau de lesividade ao *status libertatis* do indivíduo.

Nosso raciocínio é simples: se o Estado só está autorizado a impor restrição ao *status libertatis* como retribuição e prevenção ao cometimento de um crime (sanção penal), havendo qualquer similitude ou identidade da cautelar aplicada com alguma espécie de pena, regime ou liberdade condicional, desconsiderar o período de qualquer cautelar alternativa acarretará na imposição de uma pena além da culpabilidade do indivíduo (afronta ao princípio da culpabilidade), o que representaria uma desproporção da pena (em desprezo ao princípio da proporcionalidade como proibição de excesso), estará igualando aquele que cumpriu a medida com aquele que não foi obrigado a tanto (desrespeito ao princípio da igualdade), acarretando na aplicação dos mesmos parâmetros a ambos os indivíduos (desatenção ao princípio da individualização da pena), fazendo com que ocorra o *bis in idem* (afronta ao princípio do *ne bis in idem*) e, por fim, seria uma penalização antes mesmo do sujeito ter sido condenado (ofensa ao princípio da presunção de inocência).

Após o estudo realizado, sugerimos a seguinte solução: quando se tratar de medida cautelar e pena homogêneas, a aplicação deverá ser feita com paridade, ou seja, um dia de abatimento na pena para um dia de cautelar cumprida. Quando forem heterogêneas, irá depender da situação. Vejamos cada uma das cautelares.

A primeira cautelar é o “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades” (art. 319, inciso I, CPP), sendo a quarta opção a “proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Discordamos daqueles que afirmam que a cautelar de comparecimento periódico em juízo não atinja verdadeiramente o *status libertatis* do indivíduo. Basta observar que na data e nas condições determinadas o indivíduo deverá estar na cidade na qual deverá se apresentar, ou seja, para se ausentar terá que requerer autorização ao juiz. Para nós isso representa verdadeiro controle na liberdade do indivíduo. Certo, porém, falar que em cada situação o grau poderá ser diferente, o que não desnatura a sua restrição. Suponhamos que o indivíduo exerça uma atividade que exija que ele se afaste da comarca por períodos variados e até mesmo indeterminados, o que, por consequência, impedirá o seu comparecimento. Este indivíduo sofrerá um grau de restrição maior em sua liberdade em comparação com aquele que trabalha e reside na mesma cidade do processo, mas ambos estão

sujeitos a mesma regra e controle estatal, bem como no caso de seu descumprimento poderá ter nova medida cautelar decretada, em conjunto ou em substituição, e até mesmo a prisão provisória.

O mesmo é possível dizer da proibição de ausentar-se da comarca, em ambos os casos a liberdade do indivíduo fica dependente da autorização judicial.

Seguimos, entretanto, o entendimento de que não será possível realizar a detração paritária com a pena de prisão, pois a diferença no grau de ingerência no *status libertatis* dessa cautelar em comparação com a prisão provisória é muito grande. Compreendemos que deverá ser considerada no momento do livramento condicional, em proporção paritária, em razão de sua identidade com uma das obrigações a serem impostas, ou, caso não seja possível, considerada como atenuante genérica, art. 62, CP, quando o magistrado poderá reduzir a pena no montante adequado à situação do fato concreto.

A segunda e terceira cautelares previstas no art. 319, CPP, é a “proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações” (inciso II) e “proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante” (inciso III). Trataremos as duas em conjunto porque entendemos que devem receber o mesmo tratamento, já que, ao fim e ao cabo, nas duas situações o sujeito não poderá frequentar determinados lugares (embora no segundo caso os lugares não sejam determinados).

Durante o período do livramento condicional o condenado poderá ser proibido de frequentar determinados lugares (art. 132, §2º, alínea “c”, Lei de Execuções Penais), razão pela qual acreditamos que o abatimento deverá ser reservado para aquele momento, o qual deverá ser feito de forma paritária, um dia por um dia. Todavia, nos casos em que o livramento condicional é vetado (art. 112, inciso IV, alíneas “a”, “b” e “c”), o juiz deverá realizar o abatimento utilizando a regra da remição do trabalho, para cada três dias de cautelar, um dia a menos na pena.

Nos afastaremos da ordem do art. 319, CPP, para falar da cautelar de recolhimento domiciliar e do monitoramento por último, por acreditarmos que merecem uma atenção um pouco maior.

Na sequência vem a “suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”(inciso VI), a “internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-

imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração” (inciso VII), e 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” (inciso VIII).

Ao falarmos da suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira, compreendemos que o grau de restrição imposta ao indivíduo dependerá da situação concreta. Quando o indivíduo é funcionário público, este será afastado, mas permanecerá recebendo seus vencimentos, não trazendo grandes dificuldades para previsão do caso concreto. Todavia, ao se tratar de atividade de natureza econômica ou financeira, se houver suspensão dos vencimentos a restrição no *status libertatis* será bem maior. Em uma economia capitalista é inegável que a liberdade das pessoas está intimamente ligada ao dinheiro. Quanto maior o ganho, maior a liberdade da pessoa. Quando falamos das dificuldades ou liberdades financeiras do cidadão, podemos dizer que a falta de dinheiro, com a restrição natural de sua liberdade, não terá relevância para nosso debate. Porém, quando a dificuldade é uma imposição do Estado enquanto ainda não há sentença penal condenatória com trânsito em julgado, bem como existindo equivalência desta cautelar com a pena de cargo ou função, defendemos que é inegável que ela deverá refletir na pena definitiva. O mesmo se diz da fiança, a qual poderá fazer falta desde o dia de seu pagamento (embora sem maiores prejuízos) ou, visto que a economia do país é instável, no futuro aquele valor poderá se transformar em algo vital para o sustento do sujeito e/ou de sua família.

Desta feita, duas serão as situações e duas as soluções que sugerimos: quando se tratar de suspensão, mas o indivíduo permanecer recebendo seus vencimentos, e no caso da fiança, o abatimento deverá ser realizado como atenuante genérica. Se houver suspensão também dos vencimentos, a solução é a aplicação da fórmula da remição, a cada três dias de cautelar, um dia a menos de pena.

A cautelar de internação não necessita de explicações, pois sua detração é prevista no art. 42, CP.

Alcançamos a cautelar de “recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga quando o acusado ou investigado tenha residência e trabalhos fixos” (inciso V). Ousamos em discordar do posicionamento do STF e do STJ (também defendido por alguns doutrinadores). Esta cautelar, como visto, possui verdadeira identidade com o regime semiaberto com benefício do trabalho externo e com o regime aberto. Em ambos os casos o período todo é considerado como pena cumprida, não justificando, ao nosso ver, realizar uma divisão da cautelar em período de recolhimento e período fora da residência.

Não é possível distinguir a cautelar do regime de cumprimento de pena e sustentar que a diferença está nas mazelas que o preso recolhido no estabelecimento penitenciário sofre, enquanto o preso domiciliar está no convívio de sua família e no “luxo” de sua casa. Primeiro porque vislumbramos a impossibilidade de atribuir a (ir)responsabilidade do Estado para o cidadão e, depois, porque as referidas mazelas são uma verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Embora esta realidade (agravamento do sofrimento pela incapacidade do Estado) não seja levada em consideração no momento da fixação da pena (em que pese devido em nossa opinião), utilizar essa ilegalidade como régua de nivelamento é algo totalmente inconstitucional. Frisamos que a realidade de nossas cadeias é degradante e já foi objeto de apreciação e condenação pelo Tribunal Internacional de Direitos Humanos.

Não ignoramos, também, o argumento que pode ocorrer que um indivíduo cumpra tempo menor de privação total da liberdade se realizada a detração pelo magistrado no intuito de fixar o regime inicial, enquanto outro cumpriria tempo maior, já que não foi submetido aquela cautelar. A solução que imaginamos para superar esta situação é reservar o período da cautelar cumprida para ser abatido no momento do cumprimento do regime semiaberto, com abatimento paritário, um dia por um dia, servindo, então, como tempo cumprido para a próxima progressão. Existindo identidade entre a cautelar e o regime de cumprimento da pena, a detração de forma paritária seria a mais adequada. Se assim for considerado, nossa compreensão é que o argumento do CRUZ de que a cautelar deveria se encaixar a qualquer tipo de regime fica superada.

Por fim, o inciso IX, do art. 319, CPP, traz previsão da utilização de monitoramento eletrônico. Aderimos à posição que defende a possibilidade de detração da medida, pois o indivíduo estará, tal qual ocorre com a restrição da liberdade, 24h por dia sob a vigilância do Estado. E mais, dependendo do meio utilizado, poderá acarretar maiores ou menores obrigações ao indivíduo, como, por exemplo, atender a telefonemas em dia e horas indeterminados, realizar ligação para identificação, etc.

Se por um lado negar que o monitoramento eletrônico produz consequências menores que a prisão seria uma incongruência, já que o sujeito ainda assim não estará impossibilitado de transitar pela rua, também não podemos equipara-la a liberdade total e afirmar que o grau de restrição é mínimo.

Nossa legislação previu a possibilidade de serem aplicadas mais de uma cautelar em conjunto, fazendo que a regra a ser adotada para sua utilização seja daquela que causa maior restrição da liberdade do indivíduo. Entretanto, a soma das cautelares poderá elevar o grau de restrição, fazendo que a solução de aplicação daquela que atinge mais o *status libertatis* não

seja suficiente. É o caso, por exemplo, do monitoramento eletrônico. Na maioria das vezes esta cautelar não é aplicada isoladamente, mas em complementação a outra cautelar. Aplicada em conjunto com a restrição de frequentar determinados lugares ou de se aproximar de determinada pessoa, teremos a situação de um sujeito que não poderá ir aos locais determinados e estará 24h por dia sob a vigilância do Estado. A soma das duas cautelares se mostra muito superior se feita a análise de forma isolada, não sendo suficiente sua consideração somente como atenuante genérica. Nestes casos, acreditamos que a aplicação da detração de um dia de pena para cada três de cautelar cumprida será a melhor saída.

Todavia, se aplicada somente o monitoramento eletrônico, nosso posicionamento é de que deverá ela ser observada como atenuante genérica.

Vivemos tempos de um exorbitante clamor público pelo punitivismo, onde a população roga cada vez mais pela aplicação da pena de prisão. Esta reação, frente a inconstância econômica, criminalidade crescente e sensação de insegurança é totalmente compreensível. O que não se compreende é nosso legislador ceder a estes anseios quando a própria história dá conta de comprovar que a pena de prisão não é capaz de solucionar o problema da criminalidade. Fazer a mesma coisa esperando resultados diferentes é o conceito de insanidade de Einstein.

Hoje não compreendemos mais a proporcionalidade como era compreendida na Lei de Talião. Aquela proporcionalidade irracional pode ter se mostrado como um grande avanço para época, mas hoje o “olho por olho e dente por dente” é considerada uma brutalidade contra a humanidade. A sociedade reclama por uma legislação que respeite cada vez mais o ser humano e seja capaz de proporcionar a paz social que deu azo ao contrato firmado com o Estado. Para seguirmos neste caminho, enquanto o legislador não elabora leis capazes de suprir todos os anseios da sociedade, a interpretação que devemos buscar será sempre daquela que mais beneficiar o indivíduo, pois a presunção de inocência é um dos pilares de qualquer sociedade democrática. Este é nosso entendimento quando falamos na interpretação das leis que regulamentam as cautelares e as penas, ou seja, o tempo de cautelar cumprida deverá ser utilizada sempre da forma que mais beneficiar o condenado. Portanto, em não sendo possível a aplicação da detração ou considerar como atenuante genérica, a cautelar deverá ser, no mínimo, critério utilizado para reduzir a pena base ao máximo, como critério do art. 59, CP.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo Penal. As reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011*, comentado artigo por artigo. São Paulo: J.H. Mizuno, 2012.
- AMARAL. Augusto Jobim do. A Pré-Ocupação de Inocência no Processo Penal. Repositório Institucional da PUCRS, Porto Alegre, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso)**, v. 62, n. 2013, p. 85-115, 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11243>. Acesso em: 19 ago. 2021.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. Madri: Edersa, 1986, *apud* LOPES JR. Aury. Medidas cautelares no Direito Processual Penal espanhol, 2000. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/medidas-cautelares-no-direito-processual-penal-espanhol/>
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Reforma Das Medidas Cautelares Pessoais no CPP e os Problemas de Direito Intertemporal Decorrentes da Lei n. 12.403**, de 04 de maio de 2011. Boletim do IBCCRIM, ano 19, nº 223, jun. 2011. Pág. 11/12. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/333/5292>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; *et al.* **Manual de Introducción al Derecho Penal**. Coord. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Madri: Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição, Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999
- BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Disponível em <https://www.portalabel.org.br/images/pdfs/oracao-aos-mocos.pdf>. Acesso em 12 abr. 2022.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 3 ed. rev. Traduzida por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.
- BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de Direito e Processo Penal**. 1 ed. 7ed. Italiana. Traduzido por CARLETTI, Amilcare. São Paulo: Pillares, 2008.
- BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Sílvio; coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 12 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 5 ed. São Paulo: Saraivajur, 2017.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Saraivajur, 2019. *E-book*.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas**. 5 ed. 3 tir. São Paulo: Saraivajur, 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. **Artigo: Necessidade de Superação da Súmula nº 231 do STJ**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-26/bitencourte-muniz-superacao-sumula-231-stj>. Acesso em: 27 dez. 2022.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. Vol. 1. 12 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política, a filosofia política e as lições dos clássicos**. Org. por BOVERO, Michelangelo. Trad. por VERSIANI, Daniela Beccaccia. 14 Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Individualização da pena. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul – AMPRS**, Porto Alegre, nº 44. Pág. 123/149, 20–?. Disponível em http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281015132.pdf. Acesso em 24 de out. de 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais Reflexões sobre a **Lei nº 12.403/2011**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 223, jun. 2011. Pág. 13. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/333/5293>. Acesso em: 13 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal**. Texto compilado até a Emenda nº 107 de 02/07/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 02/07/2020.

BRASIL. **Decreto nº 774, de 20 set. de 1890** (Declara abolidaa pena de galés, reduz a 30 annos as penas perpetuas, manda computar a prisão preventiva na execução, e estabelece a prescripção das penas.) Rio de Janeiro, RJ: Presidente do Governo Provisório, 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Declara%20abolidaa%20pena%20de%20gal%C3%A9s,estabelece%20a%20prescrip%C3%A7%C3%A3o%20das%20penas>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 1.696, de 15 de setembro de 1869**. Chancellaria-mór do Imperio. - José Martiniano de Alencar, 1869. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1696-15-setembro-1869-552475-publicacaooriginal-69772-pl.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE: 1387036 SC 5004853-71.2021.8.24.0006**. DJE: Brasília, DF, ano 22, 14 jun. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1566266496> Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. No HC nº 205740 SC 0059876-59.2021.1.00.0000**. DJE: Brasília, DF, ano 22, 28 abr. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1487454725/inteiro-teor-1487454737>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **RHC nº 113.308. RO**. DJE: Brasília, DF, ano 21, 02 jun. 2021. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756034930>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.299/GO**. DJe: 02 fev. 2020, Brasília, DF, ano 2020, 02 jan. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em 22 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347/MC/DF**. DJe: Brasília, DF, ano 2016, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 22 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 455.097/PR**. DJE: Brasília, DF, ano 21, 07 jun. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22455097%22%29+ou+%28HC+adj+%22455097%22%29.suce..> Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **AgR no HC nº 129.646/SP**. DJe: Brasília, DF, ano 20, 7 out. 2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754031215>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 52.940/GO**. DJe: Brasília, DF, ano 2022, 05 mai. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1300949/false>. Acesso em 22 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Quinta Turma). **HC nº 747191/SP**. DJE: Brasília, DF, ano 22, 08 jun. 2022. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1533820907>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 1.387.036/SC**. DJE: Brasília, DF, ano 22, 16 jun. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1566266496/inteiro-teor-1566266506>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal e Justiça (Quinta Turma). **AgRg no HC 580.323/RS**. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe: Brasília, DF, ano 20, 15 jun. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001101615&dt_publicacao=15/06/2020. Acesso em 23 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no HC 697.019/MG**, Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe: Brasília, DF, ano 21, 03 nov. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103135359&dt_publicacao=03/11/2021

blicacao=03/11/2021. Acesso em 23 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **AgRg no REsp n. 1.951.407/RJ**, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Diário de Justiça eletrônico: Brasília, DF, ano 22, 14 out. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102297730&dt_publicacao=14/10/2022. Acesso em 27 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **HC n° 380.370/DF**. DJE: Brasília, DF, ano 17, 21 mar. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603127187&dt_publicacao=21/03/2017. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **HC n° 380.369/DF**. DJE: Brasília, DF, ano 17, 27 set. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860793134/inteiro-teor-860793163>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **HC n° 480.128/RJ**. DJE: Brasília, DF, ano 19. 07 fev. 2019. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/858550990/inteiro-teor-858551102>. Acesso em 13 dez. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **HC n° 402.628/DF**. DJE: Brasília, DF, ano 17. 21 set. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/514576973/inteiro-teor-514576983>. Acesso em 13 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n° 726.225/PA**. DJE: Brasília, DF, ano 22, 08 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1450163592/decisao-monocratica-1450163612>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 241**. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Brasília, DF, ano 2000, p. 229, 15 set. 2000. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf. Acessado em: 24 out. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n° 1604636/PR**, DJE: Brasília, ano 2020. 18 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/920065366/decisao-monocratica-920065376>. Acesso em 13 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Sétima Turma). DJE: Porto Alegre, RS, ano 22, 31 ago. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1729487223/inteiro-teor-1729487226>. Acesso em 13 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Oitava Turma). **EP n° 50015552620214047002/PR**. DJE: Porto Alegre, DF, ano 21, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1228147829/inteiro-teor-1228147879>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRITO, Alexis Couto. **Execução Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**. Tomo I. Introdução – Norma Penal – Fato

Punível. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CALIENDO, Paulo; BUBLITZ, Michelle Dias. **Isenção Fiscal como Forma de Estímulo à Contratação do Trabalhador com Deficiência. Direito Tributário como forma de ação afirmativa.** In: PETRY, Alexandre Torres *et al.* Orgs. SARLET, Ingo Wolfgang *et Al.* Constituição e Direitos Fundamentais: estudos em torno dos fundamentos constitucionais do direito público e do direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book*.

CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. **Audiência de Custódia e Medidas Cautelares Pessoais.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. 14ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal.** Tomo II, Traduzido por BRUNO, Francisco José Galvão. São Paulo: Bookseller, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **O Problema da Pena.** Tradução PÉREZ BANEGA, Ricardo. São Paulo: Pellares, 2015.

CARRARA, Francesco. **Programa del Curso del Derecho Criminal de 1889/1990.** Parte General. Vol. I. Tradução de Octávio Béeche; Alberto Gallegos. São Paulo: San José: Jurídica Continental, 2000.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal de 1859.** Parte Geral. Vol. I. Tradução de FRANCESCHINI José Luiz V. de A.; BARRA, Z. B. Prestes. São Paulo: Saraiva, 1956.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal de 1859.** Parte Geral. Vol. II. Tradução de FRANCESCHINI José Luiz V. de A.; BARRA, Z. B. Prestes. São Paulo: Saraiva, 1956.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: Fundamentos e Aplicação Judicial.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. **Lei 12.403/2011** – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. RBCCRIM, n. 115, ano 23, São Paulo: RT, out. 2015. Acesso à associados disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/rbccrim/124-/?ano_filtro=2015. Acesso em: 13 nov. 2021.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. **El Derecho Penal Español.** Teoría del Delito (2). Vol. 2. Madri: Dykinson, 2009.

COSTA, Alexandre Araújo. **O princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF no século XX, HC 45.232**, julgado em 21.2.1968, rel. min. Themístocles Cavalcanti. Disponível em: <https://arcos.org.br/o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf-o-seculo-xx/#4-hc-4-5232-1968>. Acesso em 02 ago. 2021.

COSTA, André de Abreu. **Penas e Medidas de Segurança. Fundamentos e Individualização**. 4 ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021. *E-book*.

COSTA, José de Faria. **O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 227-252, jan./fev. 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=99280. Acesso em: 30 set. 2021.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas**. 6 ed. rev. atual. aum. Salvador: Jus Podivm, 2021.

DANTAS, F. C. San Tiago. **Problemas do Direito Positivo, Estudo e Pareceres**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 9 ed. 2 tir. Rev. Atual e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte Geral. **Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte Geral. **As Consequências Jurídicas do Crime**. Tomo II. 2 ed. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de MACHADO, J. Batista. 8 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FIGUEROA NAVARRO, Carmen; CÁMARA ARROYO, Sergio. **Artigo: Jurisprudencia del Tribunal Supremo**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2020. Pág. 419/497. Pág. 423. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANUP-2015-10041900497. Acesso em: 12 fev. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões**. 36ª ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

FONTAN BALESTRA, Carlos. **Derecho Penal**. Introducción y Parte General. Atual. por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

FRAGOSO, Heleno. Artigo: **Direitos Humanos e Justiça Criminal**. IBCCRIM. Ano 13, n. 159. mai. 2005. Pág. 1/2. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171019131902-HCF-Direitos-Humanos.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022

FRANCO, Alberto Silva. **Reincidência: Um Caso de Não-Recepção pela Constituição**

Federal. Boletim IBCCRIM. Ano 17. nº 209. Abr. 2010.

FRANCO, Alberto Silva (org); SILVA JÚNIOR, José; BETANHO, Luiz Carlos; STOCO, Rui (org); FELTRIN, Sebastião; GUASTINI, Vicente Celso da Rocha; NINNO, Wilson; NINNO, Jefferson (atual). **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.** Vol I. Parte Geral. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FUENTE HONRUBI, Fernando de la. Compenación de Medidas Cautelares con Penas de Distinta Naturaleza (art. 59, Código Penal) *in* **Revista Fundación Internacionales de Ciencias Penales-RICP**, ano 2014, n 2, set. 2014. Pág. 164/189.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Acesso em: 30 set. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da proporcionalidade como ferramenta eficaz da indevida restrição a direitos fundamentais, no âmbito do processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal.** Ano I nº 01 Janeiro/Junho 2015. São Paulo: Atlas, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e cautelares pessoais.** Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o Direito Fundamental à Devida Cognição No Processo Penal.** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.08.PDF. Acesso em: 21 jan. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Pena e Medidas Alternativas à Prisão.** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Processo Penal.** Madrid: Colex, 1990.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** vol 1. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2022. *E-book*

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão.** *in* RDBPro, ano 21, n 81, janeiro/março 2013, Belo Horizonte: Fórum, 2013. Pag. 106 a 142.

JAKOBS, Günter. Derecho Penal. Parte General. **Fundamentos y Teoría de la Imputación.** 2 ed. Cor. Traducción CUELLO CONTRERAS, Joaquín; GONZALEZ DE MURILLO, Jose Luiz Serrano. Madri: Macial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal.** Parte General. Tradução Dr. José Luis Manzanares Samaniego. 4 ed. Comares: Granada, 1993.

LIMA, Camile Eltz de. **O Problema da Detração Penal nas Medidas Cautelares Alternativas à Prisão: Das Lacunas aos Descontos Possíveis.** Boletim IBCCRIM. Ano 24. N 283. Jun. de 2016. Pág. 17/18. Disponível em:

<https://biblioteca.ibccrim.org.br/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=90669&iIndexSrv=1>. Acesso em 14 mar. 2021

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**, Volume Único. 11^a ed. rev. atual. aum. São Paulo: Jus Podivm, 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraivajur Educação, 2022.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

FERRAJOLI, Luigi. **I Diritti fondamentali**. Una definizione del concetto di diritti fondamentali. Disponível em: <http://www.ristretti.it/arestudio/territorio/opera/documenti/approfondimento/diritti.htm>. Acesso em: 18 dez. 2022.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Arts. 28 a 74. Vol. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MACHADO, Maíra Rocha. **A História do Direito Penal Brasileiro**. In: GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. Vol. I. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 240/241.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Princípio do *Ne Bis In Idem* e a Constituição Brasileira de 1988**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Pág. 11/75. Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/b-oletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/o-principio-do-ne-bis-in-idem-e-a-constituicao-brasileira-de-988#:~:text=4.4%20Ne%20bis%20in%20idem,%2C%20XXXIX%2C%20da%20CF\)](https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/b-oletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/o-principio-do-ne-bis-in-idem-e-a-constituicao-brasileira-de-988#:~:text=4.4%20Ne%20bis%20in%20idem,%2C%20XXXIX%2C%20da%20CF).). Acesso em 24 out. 2021.

MAIER, Júlio B. J. **Derecho Procesal Penal**, Tomo I, Fundamentos. 2 ed. Buenos Aires : Del Puerto, 1996.

MARCÃO, Renato. **Execução Penal**. Vol. 9. Saberes do Direito. Coordenadores BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraivajur, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal**. O Delinquente, a Sanção Penal, a Pretensão Punitiva. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1956.

MARQUES, Mateus. **Perspectiva Crítica das Cautelares “Alternativas” ao Cárcere. De acordo com a Lei nº 12.403/2011**: obra atualizada com as recentes alterações processuais e a regulamentação da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça sobre audiência de custódia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDRADO, Wank Remy de Sena. **A Detração Penal nas Medidas Cautelares Diversa da**

Prisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2016.

MIR PUIG, Santiago. **Direcho Penal.** Parte General. 10 ed. atual. e rev. Barcelona: Reppertor, 2016.

MIR PUIG, Santiago. **Artigo Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva.** Seminário sobre “Pena y Prevención”, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985. [SI] Disponível em https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1986-10004900058. Acesso em: 06 nov. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19 ed. atual. até EC nº 48/05. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Direito Penal Contemporâneo.** Vol I. E-book kindle, 2014.

NETO, Arthur da Motta Trigueiros. **Direito Penal.** Parte Geral II. Penas até extinção da Punibilidade. Coordenação de GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. São Paulo: Saraiva, 2012.

NICOLITT, André. **Processo Penal Cautelar, prisões e demais medidas cautelares.** 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal.** Atual. Por ARANHA, José Q. T. de Camargo. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. Introdução e Parte Geral.** Vol. I. 36 ed. rev. e atual. por ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 15 ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

PERU. **Decreto Legislativo nº 635, de 08 de abril de 1991.** Lima, PE: Presidente da República, 1991. Disponível em: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf). Acesso em: 12 dez. 2021.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil.** Evolução Histórica. São Paulo: Jalovi, 1980.

POLASTRI, Macellus. **Da prisão e da Liberdade Provisória e as Medidas Cautelares Alternativas da Prisão Provisória.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PORTUGAL. **Decreto Lei nº 78/87**, de 17 de fevereiro de 1987, atual. até a Lei n.º 94/2021, de 21/12 (Código de Processo Penal Português). Lisboa: Presidência da República, 1987. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=501&artigo_id=&nid=199&pagina=6&tabela=leis&nversao=&sos_miolo=. Acesso em 23 fev. 2022

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27 ed. rev. atual. ampl. Editora Atlas: São Paulo, 2019. *E-book*.

RÍO LABARTHE, Gonzalo del. **Las Medidas Cautelares Personales del Proceso Penal Peruano**. Tesis Doctorales Universidad de Alicante. Santiago: El Taller Digital, 2016. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54307/1/tesis_gonzalo_del_rio_labarthe.pdf. Acesso em 19 dez. 2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**. Teoria e Prática. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuter, 2019. *E-book*.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General**, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2 ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2 ed. rev. Tradução GRECO, Luiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Pág. 138

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. 3 ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Ronaldo Bezerra dos. **A prisão Cautelar e seu Aspecto Jurídico como Pena Processual Antecipada**. 1 reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. De acordo com a Lei n. 7.209 de 11 jul. 1984 e com a Constituição de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*.

WELSEN, Hans. **Derecho Penal. Parte General**. Traduzido do alemão por Carlos Fontán Balestra com colaboração de Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, Volume I, Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. 3 reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, E. Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**,

Volume I, Parte Geral. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.