



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Por uma detração compensatória enquanto dispositivo de uma política criminal redutora de danos**

**For a compensatory jail credit as a harm-reduction criminal policy device**

Patrícia Carlos Magno

Leonardo Furtado Carvalho

**VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023**

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

# Sumário

<b>FUNDAMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>13</b>
<b>EDITORIAL .....</b>	<b>15</b>
<b>AS RELAÇÕES DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>19</b>
Felipe da Costa De-Lorenzi, Guilherme Francisco Ceolin e Bruno Tadeu Buonicore	
<b>FINALIDADES E FUNÇÕES DO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>42</b>
Cornelius Prittwitz	
<b>O STATUS ONTOLÓGICO DOS ESTADOS MENTAIS .....</b>	<b>52</b>
Carl-Friedrich Stuckenberg	
<b>REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: PRISÃO, DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>67</b>
Luís Roberto Barroso e Andre Luiz Silva Araujo	
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>85</b>
<b>A TENTATIVA NA OMISSÃO IMPRÓPRIA: UM ESBOÇO SOBRE A DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E INÍCIO DA EXECUÇÃO.....</b>	<b>87</b>
Guilherme Góes e Janice Santin	
<b>TUTELA PENAL DO CLIMA: DA IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO À AUTONOMIA DO EQUILÍBRIO CLIMÁTICO DIANTE DO BEM AMBIENTAL .....</b>	<b>110</b>
Marcelo Bauer Pertille	
<b>POR UMA DETRAÇÃO COMPENSATÓRIA ENQUANTO DISPOSITIVO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL REDUTORA DE DANOS.....</b>	<b>130</b>
Patricia Carlos Magno e Leonardo Furtado Carvalho	
<b>DIREITO PROCESSUAL .....</b>	<b>159</b>
<b>DO PROCESSO-ROCCO AO PROCESSO-RISCO: O PARADIGMA NEGOCIAL TORNANDO DÉMODÉE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>161</b>
Rui Carlo Dissenha e Ana Paula Kosak	
<b>UM SISTEMA DE INFORMANTES? NOTAS SOBRE O DIREITO AO CONFRONTO E O ESTÍMULO A UMA JUSTIÇA CRIMINAL UNDERGROUND .....</b>	<b>180</b>
Ruiz Ritter e Ricardo Jacobsen Gloeckner	

<b>A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “E”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>213</b>
Felipe Lazzari da Silveira	
<b>A FUNÇÃO GARANTISTA PROCESSUAL DOS PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS .....</b>	<b>231</b>
Selma Pereira de Santana e Rubens Lira Barros Pacheco	
<b>POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>270</b>
<b>POLÍTICA (PÚBLICA) CRIMINAL, CIÊNCIA DO DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIAS: APORTES PARA UMA CONSTRUTIVA RELAÇÃO DE INTERDISCIPLINARIDADE .....</b>	<b>272</b>
Marcelo Buttelli Ramos	
<b>POLÍTICA CRIMINAL: UMA POLÍTICA PÚBLICA RELATIVA À MATÉRIA CRIMINAL.....</b>	<b>293</b>
Strauss Vidrich de Souza e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger	
<b>MONITORAMENTO PRISIONAL NO BRASIL: EXPANSÃO INSTITUCIONAL EM TEMPOS DE AMBIGUIDADE NA POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>307</b>
Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Lígia Mori Madeira	
<b>ABOLICIONISMO E HEGEMONIA NO CAMPO DE DISCURSIVIDADE DOS SABERES PENAIS .....</b>	<b>343</b>
Lucas Villa e Bruno Amaral Machado	
<b>OUTROS TEMAS .....</b>	<b>365</b>
<b>CLIMATE CHANGE AND BUSINESS DEVELOPMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF WAYS TO ACHIEVE SUSTAINABLE DEVELOPMENT .....</b>	<b>367</b>
Mona Mahecha e Monika Punia	
<b>O PROGRAMA INOVAR AUTO E O ALCANCE DA IGUALDADE DE COMPETIÇÃO FRENTE ÀS CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORITA E DO TRATAMENTO NACIONAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.....</b>	<b>385</b>
Keite Wieira	
<b>PROTEÇÃO DE DADOS E INSTITUIÇÕES DE ENSINO: O QUE FAZER COM DADOS DE ALUNOS?.....</b>	<b>402</b>
Fabrício Vasconcelos Gomes, Marcelo Castro Cunha Filho e Victor Nóbrega Luccas	
<b>THE NON-AFFILIATES IN CHINA’S POLITICAL PARTY SYSTEM: HOW TO PLAY A ROLE? .....</b>	<b>422</b>
Di Zhou	
<b>THE CHINESE ‘SHARP EYES’ SYSTEM IN THE ERA OF HYPER SURVEILLANCE: BETWEEN STATE USE AND RISKS TO PRIVACY .....</b>	<b>440</b>
Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges	

# Por uma detração compensatória enquanto dispositivo de uma política criminal redutora de danos\*

## For a compensatory jail credit as a harm-reduction criminal policy device

Patricia Carlos Magno\*\*

Leonardo Furtado Carvalho\*\*\*

### Resumo

Em um contexto carcerário judicialmente reconhecido enquanto estado de coisas inconstitucional, somado à aplicação indiscriminada de prisões provisórias, não é raro que as medidas cautelares pessoais impostas no curso do processo penal acabem se revelando mais gravosas que eventual pena aplicada. Nessas hipóteses, resta esvaziado o tradicional instituto da detração. Este artigo tem por objetivo estudar os fundamentos constitucionais, internacionais e legais da ora intitulada detração compensatória, para localizá-la enquanto dispositivo de uma política criminal redutora de danos. Em um primeiro momento, propôs-se uma reflexão a partir do marco teórico adotado, firmando o caráter afilativo da pena e sua dimensão qualitativa, bem como a possibilidade da compensação penal. Na sequência, estenderam-se esses atributos à prisão provisória em especial, e às medidas cautelares pessoais em geral, o que justifica o instituto da detração. Partiu-se, então, para uma revisão bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema da detração, com adoção de critérios objetivos na pesquisa em revistas acadêmicas, indexadores, bancos de teses, *sites* de tribunais e buscadores de jurisprudência. Por fim, sistematizou-se o estudo no sentido de organizar pistas para a fixação do conceito, fundamentos e aplicações práticas da detração compensatória. Almeja-se, com isso, instrumentalizar um uso emancipatório do direito em prol da defesa dos direitos humanos das pessoas em situação de vulnerabilidade em razão da privação de liberdade.

**Palavras-chave:** Detração. Compensação penal. Detração compensatória. Prisão provisória. Medidas cautelares pessoais. Direitos humanos.

### Abstract

*Given the scenario of a prison system classified as an unconstitutional state of affairs, alongside an indiscriminate use of provisional prisons, it is not rare that provisional measures imposed during criminal proceedings end up proving to be more burdensome than the penalty ultimately applied. In those cases, the traditional jail credit calculation loses its purpose. This article aims to study the constitutional, international and legal foundations of the now called compensatory jail credit, in order to pinpoint it as a harm-reduc-*

\* Recebido em 19/11/2022  
Aprovado em 13/02/2023

\*\* Doutora em Direito pela UFRJ. Mestre e Graduada em Direito pela UERJ. Pesquisadora vinculada ao Laboratório de Direitos Humanos (LADIH/UFRJ). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.  
E-mail: patymagno@gmail.com.

\*\*\* Mestrando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).  
E-mail: leofccarvalho@gmail.com.

tion criminal policy device. At first, it was drawn from the theoretical framework the painful character of the penalty and its qualitative dimension, as well as the possibility of penal compensation. Subsequently, those attributes were extended to provisional prison in particular, and to provisional measures in general, which justifies the jail credit. Then, a bibliographical and jurisprudential review on the subject of jail credit was carried out, adopting objective criteria to search in academic journals, indexers, theses banks, court websites and jurisprudence search engines. Finally, the study was systematized in order to arrange clues for the concept, the foundations and the practical applications of compensatory jail credit. It is hoped that, by doing that, an emancipatory use of law is instrumentalized, defending the human rights of people in a vulnerable state caused by incarceration.

**Keywords:** Jail credit. Penal compensation. Compensatory jail credit. Provisional prison. Provisional measures. Human rights.

## 1 Introdução

Segundo dados consolidados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP)<sup>1</sup>, consultados em dezembro de 2022, o Brasil conta com cerca de 383 mil pessoas submetidas a prisão provisória sem condenação, o que equivale a mais de 43% da população carcerária.

Não se trata de peculiaridade brasileira. Em 2013, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apurou dados das Américas e seu informe apontava que “o uso não excepcional da prisão preventiva é um dos problemas mais graves e generalizados que enfrentam os Estados membros da OEA no que tange ao respeito e à garantia dos direitos das pessoas privadas de liberdade”<sup>2</sup>, situação que persistia em 2017, quando publicado outro relatório, dessa vez preocupado em apontar soluções para a questão<sup>3</sup>. Especificamente quanto ao Brasil, no relatório de 2021, a CIDH apontou que “a prisão provisória é claramente aplicada de maneira contrária ao seu caráter excepcional”<sup>4</sup>.

Uma das consequências do emprego excessivo de prisões provisórias é a situação peculiar em que o indivíduo, ao cabo do processo penal de conhecimento, recebe uma *sentença menos gravosa que a prisão cautelar*: seja porque é absolvido, seja porque é condenado a sanções penais alternativas ou a prisão em regime inicial distinto do fechado.

De fato, pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em parceria com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), publicada em 2015, verificou que 37% das pessoas submetidas a prisão provisória *não* foram condenadas a pena privativa de liberdade quando sentenciadas.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Estatísticas BNMP*. Disponível em: <https://portallbnp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>2</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46, 30 dez. 2013. par. 317. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022. Tradução livre dos autores. O original em espanhol é: “el uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la OEA en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad”.

<sup>3</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Relatório sobre medidas para reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. OEA/Ser.L/V/II.163, Doc. 105, 03 jul. 2017. par. 224. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>4</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 9, 12 fev. 2021. par. 165. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>5</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325\\_relatorio\\_aplicacao\\_penas.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf). Acesso em: 20 dez. 2022.

É nesse contexto de violência sistemática que se estuda o tradicional instituto da detração penal, para ressignificá-lo. Sob os influxos da criminologia crítica, do realismo marginal e da teoria crítica dos direitos humanos, aposta-se na releitura da detração penal enquanto medida de reparação *in natura* redutora de danos<sup>6</sup>.

No ordenamento brasileiro, a detração encontra previsão no art. 42 do Código Penal<sup>7</sup>. É digno de registro que o art. 672 do Código de Processo Penal<sup>8</sup> também se referia ao instituto, mas foi revogado tacitamente pela Lei de Execução Penal. Sua interpretação pela dogmática tradicional tem ocorrido de forma restritiva, qual seja, *um dia de prisão provisória subtrai um dia de pena* (1:1).

Essa hermenêutica tem se mostrado distanciada da concretude da realidade material quando a pena ao final imposta não guarda homogeneidade com a forma de cumprimento da prisão provisória. É preciso que a interpretação do instituto incorpore a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e *compense* o “excesso antijurídico de dor”<sup>9</sup> imposto à pessoa presa provisoriamente, reduzindo-lhe, proporcionalmente, a pena. Por essa razão, é importante estudar a detração, na modalidade compensatória.

Nossa proposta é a de trazer para o âmago da dogmática jurídico-penal — especialmente da teoria da pena, no direito penal, e da teoria das medidas cautelares pessoais, no direito processual penal — os dados da brutalmente violenta realidade social<sup>10</sup>, apurados a partir dos marcos teóricos acima mencionados, desenhando, com isso, uma contra-hegemônica política criminal de *redução de danos*.

É preciso retornar aos próprios fundamentos da detração para resgatar sua promessa originária de reparação e radicalizá-la por intermédio de uma prática que efetive a detração compensatória (ou reparatória). Nosso objetivo, nesse viés, é recolher e sistematizar as pistas para a fixação do conceito, fundamentos e propostas práticas da detração compensatória. Almeja-se, com isso, instrumentalizar um uso emancipatório do direito em prol da defesa dos direitos humanos das pessoas em situação de vulnerabilidade em razão da privação de liberdade.

São etapas desse percurso: (i) firmar conceitos fundamentais a partir do marco teórico eleito, definindo especialmente o caráter afetivo da pena e sua dimensão qualitativa; (ii) efetuar uma revisão do estado da arte quanto às reflexões sobre a detração que superem o tradicional paradigma 1:1, a partir de revisão bibliográfica e de levantamento jurisprudencial; e, por fim, (iii) sistematizar os resultados obtidos na forma de pistas para a construção futura de uma nova teorização sobre o instituto e algumas possibilidades de sua incidência.

Adota-se, assim, um esquema metodológico dedutivo, inscrito na dogmática jurídico-penal, mas atento aos influxos empíricos trazidos pela criminologia crítica enquanto âncora que

<sup>6</sup> Extraíu-se a ideia de *redução de danos* aplicada à política criminal das reflexões de Roig, que propõe uma teoria redutora de danos na execução penal enquanto “dever jurídico-constitucional de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas encarceradas”, partindo da premissa que “a pena não pode ser um meio para resolver problemas, porque ela mesma é um problema social, que não anula o dano do crime (dialética hegeliana), mas, sim, duplica a danosidade do evento delitivo” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*. IX.).

<sup>7</sup> “Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.”

<sup>8</sup> “Art. 672. Computar-se-á na pena privativa da liberdade o tempo: I – de prisão preventiva no Brasil ou no estrangeiro; II – de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro; III – de internação em hospital ou manicômio.”

<sup>9</sup> Expressão empregada em CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 22 de novembro de 2018. par. 124. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf). Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>10</sup> “A possibilidade, por outro lado, de que no desdobramento desta crise se realize uma transformação da Dogmática Penal e de sua relação funcional com o sistema penal tendente a compensar o pilar dos Direitos Humanos e a interagir com o próprio sistema depende do deslocamento de sua separação à sua aproximação e abertura cognoscitiva para a realidade social; de seu monólogo e isolamento acadêmico à busca do diálogo interdisciplinar; da reprodução à autocrítica e suspensão do dogmatismo na Ciência Penal e da dogmatização à problematização de suas próprias premissas.” (ANDRADE, Vera Pereira Regina de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 316).

firma as reflexões teóricas na realidade social<sup>11</sup>, e eticamente comprometido com os processos culturais de lutas por dignidade que definem criticamente os direitos humanos<sup>12</sup>. Empregar-se-ão, primordialmente, os métodos da revisão bibliográfica e da análise documental para enfrentar o problema da pesquisa, qual seja, *quais as ferramentas teóricas para articular a detração compensatória enquanto dispositivo de uma política criminal redutora de danos?*

## 2 O caráter aflitivo da pena e sua dimensão qualitativa

Pena é dor: uma premissa simples, mas que afasta desde logo as teorias legitimantes que tentam colorir a pena com funções positivas.<sup>13</sup> Seu caráter *aflitivo*, embora inafastável, deve ser mantido dentro dos limites normativos que contêm o exercício do poder punitivo.

Se um dia a pena já foi assumidamente uma imposição de sofrimento, é com a ascensão das tecnologias de poder próprias do Estado liberal que ela assume funções declaradas *utilitárias*, especialmente voltadas à *prevenção* do crime, e não apenas à sua retribuição.<sup>14</sup> Observa-se na obra de Rusche e Kirchheimer<sup>15</sup> a transição das penas brutais do fim da Idade Média para as penas que exploravam a mão-de-obra do mercantilismo até a generalização da prisão na consagração do capitalismo. Igualmente, observa-se na obra de Foucault<sup>16</sup> a passagem dos suplícios à prisão, com a incorporação da disciplina enquanto novo paradigma de poder.

O contexto histórico em que a forma-prisão assume um caráter de universalidade passa a traduzir a pena, predominantemente, em termos *quantitativos*:

além disso ela [a prisão] permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo. Há uma forma-salário da prisão que constitui, nas sociedades industriais, sua “obviedade” econômica. [...] Obviedade econômico-moral de uma penalidade que contabiliza os castigos em dias, em meses, em anos e estabelece equivalências quantitativas delitos-duração. [...] A prisão é “natural” como é “natural” na nossa sociedade o uso do tempo para medir as trocas.<sup>17</sup>

Da margem brasileira, se os discursos que atribuem à pena funções preventivas são bem difundidas nos círculos intelectuais, eles nunca chegaram à prática. Gizlene Neder, debruçando-se sobre o início do século XX, observou que a preocupação com as funções *ressocializadoras* da pena, por exemplo, não se concretiza “em alguma atuação que produza efeitos, para além de ideológicos, e que apresente uma eficácia, que redunde em *recuperação* ou *regeneração dos delinquentes*”, destacando que “a história do sistema penitenciário na formação histórico-social brasileira está marcada pelo confinamento e pelo extermínio”<sup>18</sup>.

Ana Flauzina nota que, no contexto brasileiro pós-abolição, a criminologia positivista racista é o que justifica a punição diferenciada de negros e brancos, agora juridicamente iguais, trasladando a seletividade racial da criminalização primária para a secundária: “saindo expressamente das leis, a assimetria teria de ser

<sup>11</sup> O diálogo do direito penal com a criminologia ainda é escasso na dogmática tradicional: “no sistema de Roxin, se as trocas com a política criminal receberam um enorme impulso, a criminologia foi deixada no vestibulo: era uma convidada algo inconveniente, cujos maus modos poderiam perturbar o encontro, explodindo numa gargalhada quando alguém falasse de ressocialização através da privação de liberdade” (BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 20).

<sup>12</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

<sup>13</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

<sup>14</sup> Cf. RAMÍREZ, Juan Bustos; MALLARÉ, Hernán Hormazábal. Pena y Estado. *Papers: Revista de Sociologia*, Barcelona, v. 13, p. 97-128, 1980.

<sup>15</sup> RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

<sup>16</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 224-225.

<sup>18</sup> NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 95. Grifos no original.

garantida nas ruas”<sup>19</sup>. A autora demonstra que o projeto genocida brasileiro, ocultado no manto jurídico penal, manteve a neutralidade que lhe demandava o mito da democracia racial e foi executado em sintonia com o racismo estrutural sobre o qual se forjou a sociabilidade brasileira.

Portanto, o afastamento já observável nos países centrais entre o discurso legitimante da pena, que lhe atribui funções utilitárias, e sua realidade material torna-se um abismo na periferia.<sup>20</sup> Como consequência, a abstrata dimensão *quantitativa* da pena de prisão importada do pensamento central mostra-se desconectada da realidade violenta, classista e racista do cárcere, uma constante histórica de nossa margem.

O esforço de aproximar essa realidade e a necessidade de seu enfrentamento à dogmática jurídico-penal não é tarefa livre de contradições, uma vez que o direito é instrumento da ordem e sua precípua função é o controle social, como analisa Santos<sup>21</sup>. De acordo com o autor, um uso emancipatório do direito é possível, desde que comprometido com sua articulação contra-hegemônica, ampliando o acesso à justiça por aqueles e aquelas que costumam estar nas margens. Nesse viés, manejando a “racionalidade de resistência”, instrumentaliza-se o discurso jurídico em prol das lutas de direitos humanos.

A “racionalidade de resistência” mencionada por Herrera Flores exige uma mudança de perspectiva, por ele nominada de visão complexa dos direitos humanos. A partir da pluralidade de vozes — que conduz ao diálogo e à convivência, rechaçando as visões simplistas, abstratas e localistas que produzem uma visão de mundo desintegrado ou abstratamente universal e que só pensa a partir do centro —, a racionalidade de resistência incorpora diferentes contextos físicos e simbólicos na experiência do mundo, porque

a visão complexa dos direitos aposta em nos situarmos na periferia. Só existe um centro, e o que não coincide com ele é abandonado à marginalidade. Periferias, entretanto, existem muitas. Na verdade, tudo é periferia, se aceitamos que não há nada puro e que tudo está relacionado.<sup>22</sup>

Além disso, a visão simplista dos direitos humanos desconsidera o contexto, enquanto para a racionalidade de resistência é precisamente “a incorporação dos diferentes contextos físicos e simbólicos na experiência do mundo”<sup>23</sup>, que permitem novos influxos de pensamento e uma práxis emancipatória do direito.

Nesse diapasão, compreende-se que a racionalidade de resistência e o realismo marginal dialogam. Diante do *ser que não deve ser*<sup>24</sup>, alguns esforços têm sido empreendidos para adotar uma perspectiva *qualitativa* sobre a pena de prisão, realçando o seu caráter essencialmente afitivo.

No campo acadêmico, há farta produção bibliográfica sobre o tema oriunda da Universidade de Buenos Aires. Em 2013 foi publicado relatório de um projeto de pesquisa dirigido por Raúl Zaffaroni com o tema *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena*, veiculando trabalhos de nove pesquisadores.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

<sup>20</sup> “Nos países capitalistas, entre o explorado e o poder interpõe-se uma multidão de professores de moral, de conselheiros, de ‘desorientadores’. Nas regiões coloniais, ao contrário, o polícia e o soldado, pelas suas intervenções diretas e frequentes, mantêm o contato com o colonizado e aconselham-no, com golpes de coronha ou incendiando as suas palhotas, que não faça qualquer movimento. O intermediário do poder utiliza uma linguagem de pura violência.” (FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Trad. Serafim Ferreira. Lisboa: Ulisseia, 1961. p. 33).

<sup>21</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, v. 65, p. 03–76, 2003.

<sup>22</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 151.

<sup>23</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 152.

<sup>24</sup> “A função responsável do direito penal, neste marco, é a de expressar teoricamente que o que é não deve ser, e operar, através das agências jurídicas, para que deixe de ser no menor tempo possível.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1. p. 658).

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución*. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación – FD UBA. 2013. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2022.

Mesmo antes disso, em 2001 (edição brasileira de 2003), Ana Messuti se debruçou sobre os laços entre tempo e pena. Adotando um olhar fenomenológico, a autora expõe como o *tempo objetivo*, fixado na sentença condenatória, não se confunde com o *tempo subjetivo* efetivamente vivenciado pelo condenado no curso do cumprimento da pena, único para cada sujeito, de maneira que nunca é possível extrair a *intensidade* do castigo a partir do aspecto quantitativo da pena de prisão:

como transformar a magnitude, tantos meses, tantos anos, tantos dias, em intensidade? Só na consciência do sujeito se opera a conversão de magnitude para intensidade, porque a intensidade é um fenômeno interior, pessoal, íntimo, intransferível. Logo, cada um vive de forma única e imprevisível sua própria pena. Daí que quando se dita a sentença não se sabe com certeza qual castigo se está aplicando. Pois as unidades temporais nas quais se fixa a pena sucederão com maior ou menor lentidão segundo o sujeito. E à medida que o sujeito interiorize essa duração, irá configurando sua pena.<sup>26</sup>

Não se precisa chegar a tanto. As condições do cárcere podem propiciar penas *objetivamente* mais graves ou mais brandas, ainda que fixadas na exata mesma quantidade. Um ano de privação de liberdade em uma masmorra não é o mesmo que um ano de privação de liberdade em um quarto de hotel luxuoso: uma constatação evidente, mas que insiste em escapar à dogmática tradicional.

As normas constitucionais, internacionais e legais<sup>27</sup> fornecem um conjunto de parâmetros que limitam a aflição do cárcere e determinam as condições em que a pena de prisão deve ser cumprida, impondo que toda sentença condenatória, ao aplicar certa quantidade de pena privativa de liberdade, contenha em si uma cláusula subentendida: *pena a ser cumprida nas condições previstas pelo ordenamento jurídico*. A sentença, dessa forma, deve ser lida de maneira integrativa com as normas garantidoras de direitos humanos, à luz do princípio *pro persona*, fixando não apenas os limites *quantitativos* da pena, mas também os *qualitativos*.

É o que nos elucidava Pablo Vacani:

o valor da coisa julgada na sentença não só admite a certeza de determinada quantidade de pena, mas também torna *responsável* a autoridade judiciária para que aquela, sendo pena privativa de liberdade, seja executada de acordo com certos requisitos mínimos que devem ser salvaguardados em conformidade com as políticas penitenciárias.<sup>28</sup>

O desrespeito às normas que integram o ordenamento jurídico de proteção e de tutela dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade torna *ilícita* a pena, uma vez que a aflição sofrida concretamente pela pessoa condenada será maior que aquela fixada em sua sentença. Em outras palavras, a sentença fixa os limites *quantitativos e qualitativos* para a intervenção punitiva do Estado, a partir da dosimetria orientada

<sup>26</sup> MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 50.

<sup>27</sup> No plano constitucional, pode-se destacar os incisos XLVII, alínea “e” (vedação às penas cruéis), XLIX (preservação da integridade física e moral dos presos) e L (direito de presas a permanecerem com seus filhos durante a amamentação), todos do art. 5º da Constituição da República.

<sup>No plano internacional:</sup> os arts. 5.2 (vedação à tortura e ao tratamento cruel, desumano e degradante; respeito à dignidade da pessoa presa), 5.4 (separação de presos provisórios dos condenados) e 5.6 (finalidade ressocializadora da pena) da Convenção Americana de Direitos Humanos; as Regras de Nelson Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos) e as Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras).

<sup>No plano legal:</sup> especialmente o art. 38 do Código Penal (preservação de todos os direitos do preso com exceção da liberdade), mas também os arts. 34 a 36 (regras dos regimes de cumprimento), o art. 37 (prisão especial para mulheres) e o art. 39 (trabalho do preso), todos do Código Penal; além das disposições da Lei de Execução Penal, especialmente em seu art. 3º (garantia de todos os direitos do preso não atingidos pela sentença ou por lei).

<sup>28</sup> VACANI, Pablo Andrés. Ejecución penal y determinación cuantitativa de la pena: hacia una dogmática de la prisión. *Revista Derecho Penal Central*, Quito, v. 2, n. 2, p. 219-265, ago./2020. p. 246. Tradução livre dos autores. No original, lê-se: “El valor de la cosa juzgada en la sentencia no sólo admite la firmeza de cierta cuantía de pena, sino que hace *responsable* a la autoridad judicial de que la misma, siendo pena privativa de libertad, se lleve a cabo de acuerdo con ciertos requisitos mínimos que debe resguardar con relación al modo en que se llevan a cabo las políticas penitenciarias.”

pelos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, e sua extrapolação gera uma punição ilegalmente mais gravosa.<sup>29</sup>

Zaffaroni<sup>30</sup> destaca três categorias de fatores que podem levar ao agravamento qualitativo da pena privativa de liberdade: a violência *estrutural*, decorrente das próprias condições materiais do cárcere; a violência *ativa*, quando agentes estatais exercem força física direta contra a pessoa presa, incluindo as torturas; e a violência *interna*, decorrente das relações de poder entre os próprios presos.<sup>31</sup>

A violência estrutural é de tal forma generalizada<sup>32</sup> que não foi possível ao sistema de justiça brasileiro ignorá-la, levando o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer nas prisões brasileiras um *estado de coisas inconstitucional*:

presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.<sup>33</sup>

A questão que remanesce é: *o que fazer* diante da inegável realidade da ilicitude das penas privativas de liberdade? Há algumas propostas de caráter preventivo e corretivo, como a tese do *numerus clausus*<sup>34</sup>, por exemplo. No presente estudo, enfocam-se aquelas de caráter *reparatório*: ou seja, destinadas a compensar, de alguma forma, as pessoas que foram efetivamente submetidas a penas ilícitas.

Em esforço de superação do paradigma da indenização pecuniária, propondo uma forma de reparação *in natura*<sup>35</sup>, Roig empreendeu compreensivo estudo em que elenca fundamentos normativos, doutrinários e jurisprudenciais por uma compensação propriamente penal àqueles submetidos a penas ilícitas, do qual se destacam suas conclusões:

sentenças penais expressam-se em tempo linear ou cronológico, mas expropriam tempo existencial — vida mesmo — do condenado. Uma pena de igual grandeza não é vivenciada por todos da mesma forma, sobretudo por aqueles acometidos por ilegalidades. Estes, pelo contrário, percebem a própria experiência penal como concreta ameaça à sua integridade e, eventualmente, como fator de redução de sua futura qualidade e expectativa de vida. O apreço pelo tempo existencial do sentenciado, tradicionalmente obscurecido pela objetiva linearidade do tempo imposto na sentença, traduz a essência do direito à compensação penal por penas ou prisões abusivas.

<sup>29</sup> Cf. o art. 185 da Lei de Execução Penal: “Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.”

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución*. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación – FD UBA. 2013. p. 03-06. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2022.

<sup>31</sup> Todas as três violências foram constatadas pela CIDH em relatório de 2021 sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, concluindo: “A CIDH observa que a falta de controle do Estado em relação a esses recintos, o consequente autogoverno e as condições deploráveis de detenção nas instituições de privação de liberdade causam confrontos e tensões que resultam em altos níveis de violência e graves efeitos sobre a vida e integridade pessoal.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 9, 12 fev. 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2022).

<sup>32</sup> Como sempre o foi. Confirmando a tese foucaultiana que a crítica à prisão é contemporânea ao seu surgimento, Gizlene Neder observou: “as críticas ao sistema penitenciário [...] são abundantes no início do século. Partem de diferentes agentes históricos, ligados a diferentes segmentos da estrutura social. Porém, em sintonias variadas, afirmam a falência do sistema penitenciário.” (NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 94).

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado: 09 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 22 dez. 2022.

<sup>34</sup> Cf. BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

<sup>35</sup> Ou seja, restituindo-se no mesmo bem jurídico que havia sofrido dano. A discussão provém do campo da responsabilidade civil. Cf., por exemplo, o Enunciado n.º 589 da VII Jornada de Direito Civil/CJF: “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio.”

Mais do que um direito, a compensação penal ou *in natura* adquire cada vez mais contornos de autêntico princípio, capaz de atuar com eficácia normativa e se espriar por todo o ordenamento penal, promovendo a redução de danos sociais, econômicos e, sobretudo, humanos.

A cultura da compensação dará maior visibilidade às arbitrariedades sofridas pelas pessoas presas e demonstrará que, em uma ótica democrática, a subtração de tempo existencial (vivencial) de um ser humano, seja a que título for, jamais pode ser em vão. Nem a liberdade indevidamente suprimida pode ser banalizada com sua simples conversão em dinheiro. *Havendo a possibilidade de compensação com o mesmo bem subtraído – a liberdade –, este deve ser escolhido, independentemente da indenização pecuniária. Assim é que o conceito de indenização também deve abarcar a reparação pela via penal, com a utilização do tempo de prisão ou da forma de aprisionamento como espécies de “moeda” de reparação.*

Conforme já salientado, o Estado brasileiro assumiu o compromisso internacional de proteger o direito à não submissão a detenção ou encarceramento arbitrários, bem como de assegurar o direito de reparação a qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais. Deve, portanto, empregar todas as ferramentas jurídicas disponíveis para garantir que a reparação seja a mais efetiva e integral possível, sob pena de admitir – por pragmatismo ou formalismo – que encarceramentos que se tornaram arbitrários possam se converter em penas aplicadas em sua integralidade, e que penas aplicadas que se tornaram penas cruéis e desumanas possam ser integralmente executadas.

A compensação penal por penas ou prisões abusivas definitivamente não pode mais ser ignorada. Trata-se de poderoso instrumento à disposição do Poder Judiciário para o ajuste da dimensão aritmética da pena às condições qualitativas de aprisionamento. Mais ainda, trata-se de um dever legal, constitucional, convencional e humano do magistrado comprometido com a afirmação do Estado Republicano e Democrático de Direito.<sup>36</sup> [grifos nossos]

Essa tese acabou sendo acolhida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao deferir medidas provisórias contra o Estado brasileiro nos casos do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho<sup>37</sup> e do Complexo Penitenciário de Curado<sup>38</sup>. Em ambos os casos, a Corte IDH determinou que se computasse em dobro cada dia de privação de liberdade naquelas unidades prisionais, sob a seguinte fundamentação<sup>39</sup>:

120. Em princípio, e dado que é inegável que as pessoas privadas de liberdade no IPPSC podem estar sofrendo *uma pena que lhes impõe um sofrimento antijurídico muito maior que o inerente à mera privação de liberdade, por um lado, é justo reduzir seu tempo de encarceramento*, para o que se deve ater a um cálculo razoável, e, por outro, *essa redução implica compensar, de algum modo, a pena até agora sofrida na parte antijurídica de sua execução*. As penas ilícitas não deixam de ser penas em razão de sua antijuridicidade, e o certo é que vêm sendo executadas e causando sofrimento, circunstância que não se pode negar para chegar a uma solução o mais racional possível, em conformidade com a estrutura jurídica internacional e de acordo com o *mandamus* do Supremo Tribunal Federal estabelecido na Súmula Vinculante No. 56.

121. Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que *duplica também a inflição antijurídica eivada de dor da pena que se está executando*, o que imporá que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado **à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes**. [...]

123. Cabe pressupor, de forma absoluta, que as privações de liberdade dispostas pelos juízes do Estado, a título penal ou cautelar, o foram no prévio entendimento de sua licitude por parte dos magistrados que

<sup>36</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, p. 331-381, jun./2017.

<sup>37</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 22 de novembro de 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf). Acesso em: 20 dez. 2022. Medida urgente inicialmente requerida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em defesa dos interesses das pessoas privadas de liberdade naquela unidade penitenciária.

<sup>38</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Complexo Penitenciário de Curado*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 28 de novembro de 2018. par. 124. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_06\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf). Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>39</sup> A mente por trás do cômputo em dobro parece ter sido a de Raúl Zaffaroni, um dos juízes da Corte IDH que assinam as resoluções e que na sequência publicou obra com suas reflexões dogmáticas sobre o tema de forma abstrata. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Penas ilícitas: um desafio a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.

as dispuseram, porque os juízes não costumam dispor prisões ilícitas. *No entanto, são executadas ilicitamente e, por conseguinte, dada a situação que persiste, e que nunca devia ter existido, mas existe, ante a emergência e a situação real, o mais prudente é reduzi-las de forma que seja computado como pena cumprida o excedente antijurídico de sofrimento não disposto ou autorizado pelos juízes do Estado.*

124. A via institucional para arbitrar esse cômputo, levando em conta como pena o excesso antijurídico de dor ou sofrimento padecido, deverá ser escolhida pelo Estado, conforme seu direito interno, não sendo a Corte competente para indicá-la. Obviamente, nesse processo decisório, os juízes internos devem dar cumprimento ao determinado pelo STF na Súmula Vinculante No. 56 (Considerandos 110 a 114 *supra*). Não obstante isso, a Corte recorda que, conforme os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Estado não poderá alegar descumprimento em virtude de obstáculos de direito interno.<sup>40</sup> [grifos nossos]

Estabelecidas as premissas teóricas desse raciocínio, propõe-se investigar os fundamentos possíveis para transportar a mesma lógica reparatória à hipótese em que a pessoa é submetida à *prisão provisória ilícita*, por intermédio do instituto da detração penal.

### 3 O caráter aflitivo da prisão provisória e a detração

Prisão provisória é dor. Com essa afirmação inicial, busca-se aproximar a prisão provisória (e as medidas cautelares pessoais de forma geral) da pena, pois, embora afastadas em natureza jurídica<sup>41</sup>, possuem a mesma consequência na realidade material: a privação de liberdade do indivíduo, geralmente em condições degradantes.

Foi dessa aproximação *material* entre a prisão-pena e a provisória que se consagrou o chamado princípio da homogeneidade, uma incidência específica do princípio da proporcionalidade das penas no âmbito processual:

e, embora a prisão preventiva, do ponto de vista teleológico, não seja uma “pena antecipada”, como adverte Maurach, o mal real causado pela prisão preventiva deve ser parecido, quanto aos efeitos realmente produzidos, aos da pena. Na prisão preventiva, o acusado não deve pagar um preço que ele provavelmente não será chamado a pagar nem mesmo depois da condenação. Há, pois, um princípio de proporcionalidade que governa as medidas cautelares e, em especial, a prisão cautelar. [...] É o que tem sido denominando, na jurisprudência do STJ, de “princípio da homogeneidade”. [...] O juiz deverá [...] considerar a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada em regime prisional. Somente no caso em que se anteveja, com base nos elementos concretos existentes nos autos, que o acusado terá que se submeter a uma pena privativa de liberdade, a prisão cautelar será proporcional ao provimento definitivo que ela visa assegurar. Caso o prognóstico judicial seja de que a pena a ser imposta será somente de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou, ainda, uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (*sursis*), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional em relação ao resultado final do processo, cuja utilidade se quer assegurar.<sup>42</sup>

É a mesma razão que justifica o instituto da detração, que busca “evitar que o sujeito seja punido em excesso”, pois “se esteve preso cautelarmente por um delito, há uma equivalência entre essa privação provisória de liberdade e a pena imposta ao final”<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 22 de novembro de 2018. par. 120-124. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf). Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>41</sup> Destacando a distinção entre a *prisão-pena* e a *prisão sem pena*, cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 634-639.

<sup>42</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*. RB-18.13.

<sup>43</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. RB-8.12.

Pode-se considerar, então, que a prisão provisória, em seu aspecto material, deve ser tida como uma verdadeira *antecipação da pena*, embora jamais possa ser decretada com esse fundamento. Ou seja, embora sua finalidade precise ser estritamente vinculada aos pressupostos de cautelaridade previstos no ordenamento positivo, seu inevitável efeito colateral é antecipar a aflição penal que será potencialmente fixada ao fim do processo de conhecimento.<sup>44</sup>

Isso porque, conforme exposto, é a sentença penal condenatória que, orientada pelos princípios da proporcionalidade e da individualização das penas, bem como pelas regras legais de dosimetria, delimita a quantidade e a intensidade da sanção penal apropriada ao delito sob julgamento, definindo, com isso, os limites de intervenção punitiva do Estado sobre o indivíduo *a qualquer título*. Se houve prisão provisória anterior, essa aflição punitiva já imposta ao indivíduo deve ser descontada da pena a ser executada. Entra em cena, então, a detração.

Contudo, a detração tem sido interpretada de maneira restritiva pela dogmática tradicional, incorporando o cálculo padrão de *um dia de prisão provisória abate um dia de pena privativa de liberdade* (1:1) independentemente das circunstâncias do caso concreto. Tal visão afasta a dimensão qualitativa do sofrimento, e um simples exemplo (nada incomum na prática forense) é suficiente para derrubá-la: um dia de prisão provisória não equivale e não pode equivaler a um dia de privação de liberdade em regime aberto.

Diante disso, pretende-se revisar o estado da arte no que tange ao cálculo da detração, buscando, na produção acadêmica e na jurisprudência, teses que, de qualquer forma, superem o paradigma tradicional de 1:1, para incorporá-las a uma teoria da detração compensatória.

### 3.1 Revisão bibliográfica

Para concretizar a revisão bibliográfica, buscaram-se artigos publicados em revistas com avaliação Qualis A1, A2, B1 ou B2 na área do Direito<sup>45</sup>, bem como dissertações de mestrado e teses de doutorado de cursos avaliados com nota CAPES igual ou maior a 4, publicadas ou defendidas até dezembro de 2022, data da pesquisa. Empreendeu-se a busca com os termos “detração” e “detração penal”, tanto diretamente nos portais das revistas, quando possível, quanto em indexadores e bancos de dados diversos<sup>46</sup>.

Com isso, foi possível encontrar sete artigos e três dissertações que, de alguma forma, apresentam visões sobre a detração para além da proporção 1:1.

A discussão parece ter se iniciado diante da diversificação do direito penal e do direito processual penal para além da lógica prisional: de um lado, com as penas restritivas de direito e, de outro, com as medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Esses influxos desequilibraram a congruência do sistema da detração, construído a partir da dicotomia prisão provisória e pena privativa de liberdade, exigindo novas soluções teóricas. Nesse sentido foram três dos artigos e uma das dissertações.

O primeiro deles, publicado na Revista dos Tribunais em 1989, trilhou os caminhos abertos pela nova Parte Geral do Código Penal, inserida pela Lei n.º 7.209/84, para discutir a detração no caso de cumprimento parcial da pena restritiva de direitos. Reconhecendo que o legislador parece ter descartado qualquer pena cumprida no caso de conversão da pena alternativa em privativa de liberdade, Gilberto Ferreira propôs solução diversa:

<sup>44</sup> Não por outra razão a jurisprudência admite o deferimento *in favor rei* de incidentes da execução penal ao preso provisório com condenação não transitada em julgado (Enunciado n.º 716 da Súmula do STF: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”).

<sup>45</sup> Foi considerada a avaliação do quadriênio 2013-2016, pois os resultados do quadriênio 2017-2020 só foram oficialmente divulgados após concluído o levantamento.

<sup>46</sup> Google Scholar, ORCID, Scielo, Dialnet, DOAJ, Oasisbr e Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES.

a letra do art. 45 parece excluir a possibilidade de detração do período cumprido, no caso de conversão. Isto quer dizer que, se o réu trabalhou onze meses regularmente e descumpriu a obrigação no último mês, terá que cumprir integralmente a pena privativa de liberdade de um ano, que lhe foi imposta. [...] A prestação de serviços quando substitui a pena privativa de liberdade é pena autônoma, como se infere do disposto no art. 44. Logo, se é pena e se o réu cumpriu parte dessa pena, como obrigá-lo a resgatar a pena por inteiro, no caso de conversão? Por isso, para evitar essa aberrante injustiça e equívoco do legislador, tenho que à espécie, por analogia, deve ser aplicado o art. 42, que trata da detração da pena privativa de liberdade e da medida de segurança. [...] Mas como computar o período de trabalho prestado? Se a substituição se dá pelo mesmo tempo de duração da pena aplicada (art. 55) e se a cada oito horas de trabalho corresponde a uma semana do tempo integral, parece-me óbvio que a cada oito horas de trabalhos prestados terá o sentenciado cumprido sete dias da pena privativa de liberdade, na hipótese de conversão. O mesmo se diga quanto a limitação de semana. Para cada fim de semana corresponderá a sete dias da pena privativa de liberdade.<sup>47</sup>

A interpretação proposta pelo autor é de máxima importância para densificar uma proporção mais adequada a cada caso concreto. Ressalte-se, apenas, que se trata de uma proporção *entre penas* (da restritiva de direitos à privativa de liberdade) e não entre pena e medida processual.

Outro passo foi dado por Aury Lopes Jr., em trabalho publicado na Revista de Processo em 1998. Muito antes da Lei n.º 12.403/11, que introduziu, no sistema processual brasileiro, as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, o autor já se debruçava sobre o tema, a partir do estudo do ordenamento espanhol. Destaca-se sua observação quanto a um dispositivo do Código Penal da Espanha, que institui o *abono de condena*, “uma espécie de detração penal, onde o tempo de privação de liberdade cumprido através de uma medida cautelar será abatido do tempo da pena a ser definitivamente cumprido”<sup>48</sup>.

Mas é, sem dúvidas, com o advento da Lei n.º 12.403/11 que a discussão ganhou fôlego. Em 2013, na Revista Brasileira de Direito Processual, Carlos Henrique Haddad enfrentou o tema das medidas cautelares pessoais e anteviu a possibilidade de detração do recolhimento noturno:

o recolhimento domiciliar impõe restrição à liberdade de locomoção, em caráter mais severo do que as demais cautelares que estabelecem proibições, tanto é verdade que, na Itália, permite-se o desconto dos dias em que vigorou a medida cautelar no cômputo da pena, a título de detração. Considera-se que o acusado que permanece em residência encontra-se em estado de custódia cautelar. A Lei n.º 12.403/11 foi omissa na previsão da detração, porém, diante do grau ocupado pelo recolhimento domiciliar na escala de coercitividade, o desconto do tempo expiado durante a execução da medida cautelar deve ser abatido no montante da pena imposta. O número de horas em que o acusado permaneceu em recolhimento domiciliar deve ser descontado na mesma proporção, ou seja, pelo equivalente de horas de cumprimento de pena.<sup>49</sup>

Wank Medrado dedicou sua dissertação de mestrado, defendida em 2015, especialmente ao tema da detração nas medidas cautelares pessoais diversas da prisão. O autor destacou que “as medidas cautelares, mesmo diversas da prisão, produzem um constrangimento no imputado, uma limitação em seus direitos, embora, de menor intensidade do produzido pelo recolhimento ao cárcere”, de forma que “deve o instituto [da detração] 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”<sup>50</sup>.

Para além da temática das medidas cautelares, os demais trabalhos levantados vislumbraram na detração um possível mecanismo de *compensação*, como é a nossa proposta. Em 2008, na Revista Brasileira de Ciências

<sup>47</sup> FERREIRA, Gilberto. A prestação de serviços à comunidade como pena alternativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 647, p. 255-268, set./1989.

<sup>48</sup> LOPES JR., Aury Celso Lima Lopes. Medidas cautelares no direito processual penal espanhol. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 89, p. 158-190, jan.-mar./1998.

<sup>49</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, jan.-mar./2013.

<sup>50</sup> MEDRADO, Wank Remy de Sena. *Detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015. p. 163.

Criminais, Bernardo Azevêdo e Marco Villas Bôas defendiam a detração enquanto forma de reparar o descumprimento da duração razoável do processo: “se o processo durou além da pena mínima em abstrato, o prazo que exceder a esta, em caso de condenação do acusado, deve ser abatido no tempo de cumprimento de pena”<sup>51</sup>.

Rodrigo Roig, por sua vez, no já citado artigo publicado em 2017 na Revista Brasileira de Ciências Criminais, propõe ampliar a detração ao questionar o chamado princípio da conta-corrente<sup>52</sup>, defendendo que “o tempo de prisão provisória, imposta em processo no qual o réu foi absolvido ou teve declarada a extinção da sua punibilidade, seja computado para a detração de pena imposta, ainda que em processo relativo a crime posteriormente cometido”<sup>53</sup>. O autor também critica o disposto no art. 88 do Código Penal<sup>54</sup>, que versa sobre a perda do tempo em livramento condicional no caso de superveniente revogação:

note que mesmo em caso de eventual prática de crime no curso do livramento, poderia a compensação penal incidir sobre o período de prova, considerando que o condenado, durante certo tempo, efetivamente cumpriu as condições estipuladas pelo Juízo, vinculando seu projeto existencial às exigências do Estado. O eventual descumprimento posterior do livramento condicional não deve, por isso, tornar sem efeito e desnaturar o esforço e tempo existenciais anteriormente despendidos com o regular adimplemento de suas condições. Importante recordar que o livramento, embora não seja regime de cumprimento de pena, é também etapa da execução penal, tanto é que a expiração do período de prova não suspenso conduz à extinção da pena privativa de liberdade. Com estas premissas, nas hipóteses de revogação do livramento condicional, seria plausível a detração compensatória de seu período de prova, seguindo-se o mesmo raciocínio traçado, por exemplo, no art. 657-bis do Código de Processo Penal italiano (inserido pela Lei n. 67, de 28.04.2014), em que, para fins de detração, três dias de prova da suspensão condicional da pena – que tenha sido revogada – são equiparados a 1 dia de prisão ou arresto domiciliar.<sup>55</sup>

Mais uma vez na Revista Brasileira de Ciências Criminais, agora em 2018, Adriano Damasceno defendeu a aplicação analógica do cálculo da remição penal para se efetivar a “detração penal sempre que as condições de cumprimento da pena ultrapassarem os limites de supressão previstos normativamente”<sup>56</sup>. No ano seguinte, na Revista Paradigma, Gisele Matos e Pedro Sérgio dos Santos seguiram a mesma lógica compensatória inaugurada por Roig, propondo *de lege ferenda* a criação de “um banco de penas em caso de excesso punitivo”<sup>57</sup>.

Por fim, duas dissertações merecem destaque.

A primeira, defendida por Najme Sanches em 2020, aborda, detalhadamente, o instituto da detração com base em uma ótica constitucional. Merece destaque, em seu trabalho, o fato de a autora, assim como nós,

<sup>51</sup> AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão; VILLAS BÔAS, Marco de Aguiar. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 74, p. 230-280, set.-out./2008.

<sup>52</sup> Tese que veda a detração de prisão provisória imposta em processo que culminou em absolvição sobre a pena aplicada a crime posterior: “a detração pressupõe a custódia penal pelo mesmo crime ou por delito posterior, por isso que inadmissível empreender a operação do desconto em relação a delitos anteriores, como se lícito fosse instaurar uma ‘conta-corrente’ delinquecial, viabilizando ao imputado a prática de ilícitos impuníveis amparáveis por créditos de não persecução. [...] A detração, nesse caso, resultaria em uma espécie de bônus em favor do réu, ou seja, em um crédito contra o Estado, e representaria a impunidade de posteriores infrações penais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus n.º 111.081/RS*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado: 28 fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1846107>. Acesso em: 02 jan. 2023.). Para outra crítica a essa posição, cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*. RB-12.134.

<sup>53</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, p. 331-381, jun./2017.

<sup>54</sup> “Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.”

<sup>55</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, p. 331-381, jun./2017.

<sup>56</sup> DAMASCENO, Adriano Antunes. Cárcere e compensação penal no Brasil: uma perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 150, p. 293-307, dez./2018.

<sup>57</sup> MATOS, Gisele Gomes; SANTOS, Pedro Sérgio dos. Crédito de penas ou reforma no instituto da remição: uma necessidade por justiça e respeito constitucional. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto/SP, ano XXIV, v. 28, n. 2, p. 264-286, mai.-ago./2019. p. 284.

vislumbrar na detração um instrumento propício para a concretização do princípio da proporcionalidade na seara penal, tendo em vista sua natureza essencialmente reparatória. Seu grande mérito é sistematizar algumas das propostas que têm circulado na doutrina e na jurisprudência, fundamentando-as a partir de analogias *in bonam partem* para defender a detração incidente nas medidas socioeducativas, na pena de multa, no *sursis* e nas penas restritivas de direitos, bem como a detração das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Para a autora:

detração penal pode ser conceituada, de forma mais ampla, como o cômputo, na pena final, de toda situação jurídico-penal ou processual que cerceou qualquer ato ou direito de liberdade do indivíduo durante o processo penal. Esta situação jurídico-penal ou processual não se restringe à prisão provisória ou internação, mas atinge toda e qualquer situação imposta ao indivíduo não só pela lei, mas pelo Estado, que suprima a sua liberdade. Se a detração tem o escopo de evitar excessos por parte do Estado, impedindo o abuso do poder-dever de punir, sujeitando o sentenciado a uma fração desnecessária de pena (e não aplicada na sentença), a detração penal deve alcançar todas as situações que restrinjam a liberdade do jurisdicionado dentro do processo, e não apenas aquelas expressamente previstas em lei.<sup>58</sup>

A segunda é a que mais se aproxima do objeto deste estudo. Defendida em 2022 por Thaís Lima, a dissertação alia a lógica redutora de danos com uma verdadeira teoria geral da compensação penal, partindo do princípio constitucional da individualização da pena para delinear conceitos, fundamentos e critérios de cálculo casuísticos. No último tópico, a autora aborda que a detração deve ser mobilizada para que o julgador compense eventual excesso punitivo:

quem tiver cumprido tempo de prisão cautelar e for condenado a pena em regime diverso do inicial fechado terá inevitavelmente incorrido em excesso de punição, se a detração se der em proporção de 1:1. Assim, por exemplo, não é possível compensar de forma completa o tempo de prisão preventiva, que em seu cumprimento é equivalente ao regime fechado, computando-se o tempo de pena em regime semiaberto. O regime fechado e o regime aberto são diversos em severidade de pena. Assim, para que não se incorra em excesso punitivo, a detração deve ser na proporção de 1:2 (cômputo em dobro).

Outros critérios podem ser estabelecidos para as diversas formas de se compensar o excesso punitivo. O mais importante é que o julgador saia da zona de conforto e não abandone aquele que sofre em excesso.<sup>59</sup>

Percebe-se que todas as pesquisas revisadas têm em comum uma tentativa de tornar o instituto da detração mais condizente com a *realidade material* da pessoa submetida a prisão provisória ou a medidas cautelares pessoais diversas, a partir de leituras pelo princípio da proporcionalidade e da individualização das penas. É desse estado da arte doutrinário que se parte para recolher pistas em prol de uma sistematização da detração compensatória.

### 3.2 Revisão jurisprudencial

Foram pesquisadas decisões colegiadas de mérito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, de forma positiva ou negativa, abordassem teses direcionadas à superação do paradigma 1:1 da detração, proferidas até dezembro de 2022.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> SANCHES, Najme Hadad. *Aplicação da detração penal sob a luz da Constituição Federal*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2020. p. 116.

<sup>59</sup> LIMA, Thaís dos Santos. *Compensação punitiva: uma reinterpretação do princípio constitucional da individualização das penas para redução de danos*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. p. 201

<sup>60</sup> Consultaram-se os próprios sites dos Tribunais, além do portal JusBrasil, o Buscador Dizer o Direito e a pesquisa do Google. Inicialmente, realizou-se um levantamento preliminar exploratório com o termo “detração”, para localizar as expressões mais empregadas e as teses em discussão. Após, uma busca aprofundada com os termos “detração proporção”, “detração horas”, “detração medidas cautelares”, “detração recolhimento noturno”, “detração monitoração eletrônica”, “detração restritiva direitos”, “detração prestação serviços” e “detração prestação pecuniária”. Quando buscados no Google, foram adicionados os termos “STF” e “STJ”. Além disso, buscaram-se, também, eventuais julgados pertinentes que tenham citados nos acórdãos localizados.

Reuniram-se 54 (cinquenta e quatro) acórdãos, sendo 3 (três) do STF e 51 (cinquenta e um) do STJ, que podem ser reunidos em duas grandes temáticas: a detração de medidas cautelares pessoais diversas da prisão e a detração em penas restritivas de direitos.

### 3.2.1 A detração nas penas restritivas de direitos

Nesse terreno, a tendência geral da jurisprudência é de resistência à detração. Foram levantados dez acórdãos do STJ: sete sobre a detração na prestação de serviços à comunidade<sup>61</sup> e três referentes à prestação pecuniária<sup>62</sup>.

Dentre os primeiros, o entendimento é uniforme: no caso de pessoa presa provisoriamente que vem a ser condenada a prestação de serviços à comunidade, o tempo de prisão cautelar deve ser detraído da pena privativa de liberdade *antes* da conversão em horas de serviço estatuída pelo art. 46, §3º, do Código Penal<sup>63</sup>. Exemplificativamente, destaca-se:

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE INCÊNDIO. ART. 250, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CÁLCULO DA DETRAÇÃO À RAZÃO DE 24 HORAS DE TRABALHO PARA CADA DIA DE PRISÃO CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 C.C. O ART. 46, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. O Tribunal *a quo*, sob o fundamento de aplicação do princípio da proporcionalidade, computou de forma diferenciada o período de prisão cautelar do Recorrido, de modo que, para cada dia de prisão, efetuou a detração de 24 horas de prestação alternativa.
2. Evidencia-se a falta de razoabilidade da tese atacada, uma vez que a detração, nos moldes propostos pela Corte *a quo*, torna possível a absurda hipótese de que o Acusado que permaneceu preso provisoriamente, mesmo por curto lapso de tempo, tenha a pena cumprida em sua totalidade quando da sua efetiva condenação.
3. O art. 42 do Código Penal preceitua o desconto do período cumprido a título de prisão provisória do total da pena privativa de liberdade fixada na condenação e, não, a conversão direta e integral do tempo de segregação cautelar em horas de prestação de serviços à comunidade, como propôs o aresto objurgado.
4. Deduzido o tempo de segregação cautelar, a substituição do saldo da pena deve ser efetuada à razão de 1 (uma) hora de prestação de serviços à comunidade para cada dia de condenação, nos termos do art. 46, §3º, do Código Penal.
5. Recurso provido.<sup>64</sup>

Não nos parece “absurda” a hipótese de que a pessoa presa provisoriamente por curto lapso temporal tenha sua pena declarada cumprida, uma vez que a segregação cautelar, especialmente em nosso sistema carcerário, é muito mais gravosa que a prestação de serviços à comunidade. Aliás, o acórdão não elucida por que essa possibilidade seria “absurda”, além do aparente sentimento de revolta moralista. Absurdo, em face ao princípio da homogeneidade, é que a pessoa com direito à substituição da pena tenha sido submetida a prisão provisória.

<sup>61</sup> HC 134.329, j. 23/11/2010; HC 202.618, j. 19/06/2012; REsp 1.295.396, j. 24/09/2013; REsp 1.326.520, j. 03/04/2014; REsp 1.376.263, j. 14/10/2014; REsp 1.332.686, j. 20/11/2014; AgRg no AREsp 778.405, j. 17/03/2016.

<sup>62</sup> AgRg no HC 401.049, j. 13/12/2018; AgRg no REsp 1.853.576, j. 23/06/2020; REsp 1.853.916, j. 04/08/2020.

<sup>63</sup> “As tarefas a que se refere o §1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.”

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Recurso Especial n.º 1.326.520/SP*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado: 03 abr. 2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201201154040&dt\\_publicacao=14/04/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201154040&dt_publicacao=14/04/2014). Acesso em: 02 jan. 2023.

Para além disso, os julgadores aplicaram equivocadamente o disposto no art. 46, §3º, do Código Penal, que traduz mero critério quantitativo de fixação da prestação de serviços, para parametrizar a detração. O referido dispositivo não implica, e nem poderia implicar, tornar *materialmente equivalentes* um dia de privação de liberdade e uma hora de prestação de serviços; trata-se, apenas, de um critério matemático adotado pelo legislador para a dosimetria da pena alternativa. A detração deve observar, exclusivamente, o art. 42 do Código Penal e as regras e princípios constitucionais e internacionais pertinentes, conforme será exposto no último tópico deste artigo.

Os demais três acórdãos são categóricos em vedar qualquer forma de detração sobre a prestação pecuniária. Por todos:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. DETRAÇÃO NA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REDUÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...]

2. Não é possível a aplicação por analogia da detração na prestação pecuniária, pois, ainda que aplicadas conjuntamente (prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária), trata-se de institutos diversos, com consequências jurídicas distintas. Ademais, a prestação pecuniária tem caráter penal e indenizatório, sendo que o possível exame da redução do *quantum* arbitrado ensejaria reanálise das provas carreadas nos autos, o que é incompatível com a estreita via do *writ*.

3. Agravo regimental desprovido.<sup>65</sup>

O simples fato de a prestação pecuniária ter a pretensão de uma questionável finalidade indenizatória não lhe afasta a natureza jurídica de *pena*, o que lhe difere da indenização propriamente dita, enquanto efeito da condenação previsto no art. 91, inciso I, do Código Penal<sup>66</sup>. Sendo pena, não há qualquer razão para lhe afastar a incidência da detração, apesar da maior dificuldade em fixar um critério objetivo, conforme será discutido mais adiante.

### 3.2.2 A detração das medidas cautelares diversas da prisão

Este é, sem dúvidas, um dos temas mais profícuos nos Tribunais Superiores com relação à detração, tendo sido localizados 3 (três) acórdãos do STF e 41 (quarenta e um) do STJ.

A posição inicial de ambas as Cortes era de negar qualquer detração das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, sob o argumento de faltar previsão legal para tanto. Nesse sentido são dois acórdãos do STF<sup>67</sup> e dez do STJ<sup>68</sup>. A mudança de entendimento teve início na Quinta Turma do STJ, com julgado de relatoria do Min. Ribeiro Dantas:

*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. DETRAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Inexiste previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena, cujas hipóteses estão elencadas no artigo 42, do CP. Entretanto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deve

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 401.049/SC*. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado: 13 dez. 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701217634&dt\\_publicacao=01/02/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701217634&dt_publicacao=01/02/2019). Acesso em: 02 jan. 2023.

<sup>66</sup> “São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; [...]”.

<sup>67</sup> HC 144.429, j. 24/08/2020; HC 205.740, j. 22/04/2022.

<sup>68</sup> HC 380.370, j. 07/03/2017; HC 402.628, j. 21/09/2017; AgInt no REsp 1.457.535, j. 10/04/2018; AgInt no REsp 1.575.281, j. 04/09/2018; AgRg no REsp 1.737.976/SP, j. 06/12/2018; AgRg no AREsp 1.406.675, j. 28/05/2019; AgRg no HC 494.693, j. 11/02/2020; AgRg no HC 562.045, j. 12/05/2020; AgRg no HC 515.444, j. 15/12/2020; AgRg no HC 587.950, j. 15/12/2020.

ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do *non bis in idem*.

2. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedido de ofício para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do DF, que deferiu o pedido apresentado pela defesa do paciente para que o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno fosse computado para fins de detração da pena.<sup>69</sup>

Reproduziu-se esse entendimento em outros nove acórdãos da Quinta Turma do STJ até março de 2021<sup>70</sup>, tempo durante o qual a Sexta Turma insistia em negar a detração. Apenas em abril de 2021 a situação mudou, com um julgamento da Terceira Seção do STJ, que reúne ambas as turmas de matéria criminal, de relatoria da Min. Laurita Vaz:

*HABEAS CORPUS. PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE RECOLHIMENTO NOTURNO, AOS FINAIS DE SEMANA E DEMAIS DIAS NÃO ÚTEIS (FISCALIZADA, NA ESPÉCIE, POR MONITORAÇÃO ELETRÔNICA). DETRAÇÃO. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE. ESPECIAL PERCEPÇÃO DA PESSOA PRESA COMO SUJEITO DE DIREITOS. ÓBICE À DETRAÇÃO DO TEMPO DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR DETERMINADO COMO MEDIDA SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. MEDIDA CAUTELAR QUE SE ASSEMELHA AO CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. HIPÓTESES DO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL QUE NÃO SÃO NUMERUS CLAUSUS. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*

1. A detração é prevista no art. 42 do Código Penal, segundo o qual se computa, “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 referido no artigo anterior”.

2. Interpretar a legislação que regula a detração de forma que favoreça o Sentenciado harmoniza-se com o Princípio da Humanidade, que impõe ao Juiz da Execução Penal a especial percepção da pessoa presa como sujeito de direitos. Doutrina.

3. No clássico *Direito e Razão*, Ferrajoli esclareceu a dupla função preventiva do Direito Penal. De um lado, há a finalidade de prevenção geral dos delitos, decorrente das exigências de segurança e defesa social. De outro, o Direito Penal visa também a prevenir penas arbitrárias ou desmedidas. Essas duas funções são conexas e legitimam o Direito Penal como instrumento concreto para a tutela dos direitos fundamentais, ao definir concomitantemente dois limites que devem minimizar uma dupla violência: a prática de delitos é antijurídica, mas também o é a punição excessiva.

4. O óbice à detração do tempo de recolhimento noturno e aos finais de semana determinado com fundamento no art. 319 do Código de Processo Penal sujeita o Apenado a excesso de execução, em razão da limitação objetiva à liberdade concretizada pela referida medida diversa do cárcere.

5. A medida diversa da prisão que impede o Acautelado de sair de casa após o anoitecer e em dias não úteis assemelha-se ao cumprimento de pena em regime prisional semiaberto. Se nesta última hipótese não se diverge que a restrição da liberdade decorre notadamente da circunstância de o Agente ser obrigado a recolher-se, igual premissa deve permitir a detração do tempo de aplicação daquela limitação cautelar. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica.

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Habeas Corpus* n.º 380.369/DF. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado: 19 set. 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201603127175&dt\\_publicacao=27/09/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603127175&dt_publicacao=27/09/2017). Acesso em: 02 jan. 2023.

<sup>70</sup> AgRg no HC 447.385, j. 16/10/2018; HC 466.586, j. 27/11/2018; HC 496.049, j. 14/05/2019; AgRg no HC 508.191, j. 27/08/2019; AgRg no HC 565.899, j. 27/10/2020; HC 613.003, j. 15/12/2020; HC 631.554, j. 09/02/2021; AgRg no REsp 1.895.641, j. 23/02/2021; AgRg no HC 612.328, j. 09/03/2021.

6. O Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que há a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, admite que a condenação em regime semiaberto produza efeitos antes do trânsito em julgado da sentença (prisão preventiva compatibilizada com o regime carcerário do título prisional). Nessa perspectiva, mostra-se incoerente impedir que a medida cautelar que pressuponha a saída do Paciente de casa apenas para laborar, e durante o dia, seja descontada da reprimenda.

7. Conforme ponderou em seu voto-vogal o eminente Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, o réu submetido a recolhimento noturno domiciliar e dias não úteis - ainda que se encontre em situação mais confortável em relação àqueles a quem se impõe o retorno ao estabelecimento prisional -, “não é mais senhor da sua vontade”, por não dispor da mesma autodeterminação de uma pessoa integralmente livre. Assim, em razão da evidente restrição ao *status libertatis* nesses casos, deve haver a detração.

8. Conjuntura que impõe o reconhecimento de que as hipóteses do art. 42 do Código Penal não consubstanciam rol taxativo.

9. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça deliberou que a soma das horas de recolhimento domiciliar a que o Paciente foi submetido devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada.

10. Parecer ministerial acolhido. Ordem de *habeas corpus* concedida, para que o período de recolhimento domiciliar a que o Paciente foi submetido (fiscalizado, no caso, por monitoramento eletrônico) seja detraído da pena do Paciente, nos termos do presente julgamento.<sup>71</sup>

São inúmeras as contribuições desse emblemático julgado, dentre elas: (i) a incorporação do princípio da humanidade na leitura da detração; (ii) o reconhecimento da equivalência material entre a afluência da medida cautelar e a da pena; (iii) a conclusão de que as hipóteses legais de detração não são taxativas; e (iv) a superação da tradicional proporção 1:1, reconhecendo a possibilidade de se detrair da pena privativa de liberdade *por hora* de recolhimento cumprido.

A partir desse marco, a jurisprudência do STJ consolidou-se pelo cabimento da detração do recolhimento noturno, com outros dezesseis acórdãos favoráveis posteriores<sup>72</sup> e nenhum desfavorável. O mais recente deles foi afetado como representativo de controvérsia, sendo julgado pelo rito dos recursos repetitivos e firmando-se as seguintes teses:

1) O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deve ser reconhecido como período a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*; 2) O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas cautelares, não se justificando distinção de tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento; 3) As horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada.<sup>73</sup>

O STF, contudo, ainda não demonstrou, de forma inequívoca, que acompanhará o mesmo entendimento, tendo proferido o primeiro (e até o momento único) julgamento colegiado favorável em 08 de novembro

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Habeas Corpus n.º 455.097/PR*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado: 14 abr. 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801484120&dt\\_publicacao=07/06/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801484120&dt_publicacao=07/06/2021). Acesso em: 02 jan. 2023.

<sup>72</sup> RHC 140.214, j. 08/06/2021; AgRg no HC 668.298, j. 15/06/2021; AgRg no REsp 1.919.330, j. 22/06/2021; AgRg no HC 675.630, j. 10/08/2021; AgRg no HC 652.810, j. 14/09/2021; AgRg no HC 631.989, j. 28/09/2021; AgRg no RHC 152.424, j. 26/10/2021; AgRg no HC 625.295, j. 09/11/2021; AgRg no HC 693.581, j. 14/12/2021; AgRg no HC 713.847, j. 22/03/2022; AgRg no HC 718.288, j. 05/04/2022; AgRg no HC 712.570, j. 19/04/2022; AgRg no AREsp 2.026.411, j. 17/05/2022; AgRg no HC 733.909, j. 09/08/2022; AgRg no HC 757.805, j. 25/10/2022; REsp 1.977.135, j. 23/11/2022.

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Recurso Especial n.º 1.977.135/SC*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado: 23 nov. 2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103921805&dt\\_publicacao=28/11/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103921805&dt_publicacao=28/11/2022). Acesso em: 02 jan. 2023.

de 2022, por sua Primeira Turma, no bojo do Recurso Extraordinário n.º 1.398.051/SC, ainda sem acórdão publicado.

A despeito dos inegáveis avanços, o STJ ainda resiste em reconhecer a detração em quaisquer outras medidas cautelares, já tendo assim se manifestado em quatro acórdãos<sup>74</sup>.

Enfim, o objetivo desse tópico era apresentar um panorama jurisprudencial, enquanto território de incidência do uso estratégico e emancipatório do direito, e, com isso, reunir mais pistas para estabelecer o desenho da detração compensatória, que se passa a expor.

## 4 Por uma detração compensatória: conceito, fundamentos e casuística

Apresentou-se, na revisão bibliográfica, uma definição de detração mais ampla que a tradicionalmente veiculada: “o cômputo, na pena final, de toda situação jurídico-penal ou processual que cerceou qualquer ato ou direito de liberdade do indivíduo durante o processo penal”<sup>75</sup>. Embora seja uma conceituação pertinente e suficientemente ampla, pode-se, ainda, incrementá-la, a partir dos influxos sobre o caráter aflitivo da pena e da prisão provisória e sua dimensão qualitativa.

Partindo da noção de cômputo de sofrimento antecipado e da obrigatoriedade jurídica de descontá-lo da pena aplicada, em diálogo com a perspectiva de Roig<sup>76</sup> sobre compensação penal, constrói-se o conceito de detração compensatória. Trata-se de *modalidade especial de detração em que o excesso de sofrimento imposto antecipadamente ao indivíduo no curso do processo penal deve ser proporcionalmente compensado no tempo de pena aplicada, mediante a redução proporcional ou extinção da pena, conforme a hipótese*.

Sua justificativa deriva da exigência democrática de proporcionalidade entre fato e punição, abalada quando o sofrimento antecipado se mostra *mais gravoso* que a pena final, em inobservância de princípios assegurados pelo ordenamento, como será apresentado adiante.

O excesso ou desproporcionalidade material, que também se pode intitular como ilicitude material<sup>77</sup>, somente pode ser apurado *ex post facto*, ou seja, olhando-se para o processo penal já findo, após a fixação da pena adequada ao fato em apuração. Ainda que a decretação da prisão provisória tenha observado todos os requisitos legais à época da decisão, ela, ainda assim, deve ser reputada ilícita ou excessiva se, ao final, a pena aplicada for menos gravosa.<sup>78</sup> Assim, a noção de desproporcionalidade e de ilicitude se entrelaçam para lançar as bases da compensação penal enquanto exigência de reparação, em um Estado democrático de direito.

### 4.1 Fundamentos constitucionais, legais e convencionais

A detração compensatória não encontra previsão expressa no Código Penal, uma vez que os dispositivos sobre a detração foram elaborados a partir da clássica dicotomia prisão preventiva e pena privativa de

<sup>74</sup> AgRg no AREsp 1.700.717, j. 25/08/2020; AgRg no REsp 1.792.710, j. 15/09/2020; AgRg no HC 649.804, j. 29/03/2022; AgRg no HC 742.154, j. 16/08/2022.

<sup>75</sup> SANCHES, Najme Hadad. *Aplicação da detração penal sob a luz da Constituição Federal*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2020. p. 116.

<sup>76</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. E-book. RB-20.5.

<sup>77</sup> Para contrapor à ilicitude formal, como, por exemplo, no caso de decretação de prisão provisória por Juízo incompetente, sem a devida fundamentação, em acusação de crime que não admite prisão preventiva etc.

<sup>78</sup> Há uma discussão similar na seara do direito administrativo, em relação à responsabilidade civil do Estado nos casos de prisão provisória seguida de absolvição. Como decorrência da natureza objetiva da responsabilidade, há entendimento de que a absolvição posterior sempre enseja o dever de reparação, ainda que a decisão que havia decretado a prisão provisória fosse lícita à época da prolação. Nesse sentido, cf. PINTO, Helena Elias. Responsabilidade civil do Estado nos casos de prisão seguida de absolvição. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa, *Relações Privadas e Democracia*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 396-419. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=4c63a38de84c8eb2>. Acesso em: 03 jan. 2023.

liberdade. Embora fosse salutar um movimento legislativo interno nesse sentido<sup>79</sup>, em prol da segurança jurídica, demonstrar-se-á que os princípios e regras em vigor, atualmente, já autorizam sua aplicação pelos órgãos judiciários. O instituto tem respaldo firme nas normas e princípios expressamente assegurados pelo ordenamento jurídico de proteção dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, formado pelo acoplamento entre direito interno e direito internacional, em prol da maior efetividade da proteção da pessoa humana, conforme ensina Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>80</sup>.

No exercício de sua soberania, ao ratificar convenções internacionais de proteção da pessoa humana, o Estado brasileiro tem assumido deveres específicos para reparar as violações de direitos humanos sofridas pelas pessoas privadas de liberdade, especialmente ao se considerar o cárcere definido pelo STF como *estado de coisas inconstitucional*. Portanto, a detração compensatória vigora material e formalmente no ordenamento jurídico que o Estado brasileiro integra, enquanto Estado-membro das principais organizações internacionais de proteção e de defesa dos direitos humanos.

Acrescenta-se, ainda, o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição da República<sup>81</sup>, expresso em dar às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata. Sua eficácia não pode ser impedida pelas lacunas do ordenamento, devendo o julgador recorrer (na seara penal, sempre *in bonam partem*) à analogia e aos princípios gerais do direito, conforme o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)<sup>82</sup>.

No plano constitucional, o inciso XLVI do art. 5º da Carta Magna<sup>83</sup> assegura, expressamente, a individualização da pena, a ser regulada pela lei. Salo de Carvalho<sup>84</sup> descreve três dimensões desse princípio. Interessa, para este artigo, a *dimensão executiva*, referente ao efetivo cumprimento da pena fixada na sentença penal condenatória. Se, no curso do processo penal, o indivíduo é submetido a condições mais gravosas que a pena individualizada pelo julgador, pode-se afirmar que houve uma violação ao princípio em comento, na sua dimensão executiva.

O princípio constitucional implícito da proporcionalidade repercute na seara penal enquanto um “princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão”<sup>85</sup>. Se não cabe recorrer às medidas taliônicas que buscam uma proporção exata entre lesão e pena no marco de uma visão retributivista sobre a pena, esta deve resguardar um mínimo de *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito* com o evento lesivo que lhe deu causa.

Essa proporcionalidade é concretizada no plano infraconstitucional pelos dispositivos do Código Penal que versam sobre a dosimetria da pena, criando parâmetros para que o julgador consiga adequar a sanção ao caso concreto *sub judice*. Uma vez fixada a pena proporcional ao crime em sentença definitiva, o sofrimento mais gravoso anterior configura, também, uma violação ao princípio da proporcionalidade.

<sup>79</sup> Há iniciativas, nesse sentido, no âmbito do Congresso Nacional. Destaca-se o Projeto de Lei n.º 9.054/2017, originário do Projeto de Lei do Senado n.º 513/2013, já aprovado pelo Plenário do Senado Federal e em tramitação na Câmara dos Deputados, que pretende, entre outras alterações, inserir o seguinte dispositivo na Lei de Execução Penal: “Art. 186-C. Nos casos em que o cumprimento da pena se der em regime mais severo que aquele fixado na sentença, o condenado terá direito a detração compensatória pelo excesso ou desvio de execução sofrido, na proporção de: I – 2 (dois) dias de efetivo cumprimento de pena a cada dia em que permanecer em regime diverso do semiaberto; e II – 3 (três) dias de efetivo cumprimento de pena a cada dia em que permanecer em regime diverso do aberto.” Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1619253&filename=Tramitacao-PL%209054/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1619253&filename=Tramitacao-PL%209054/2017). Acesso em: 03 jan. 2023.

<sup>80</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. I.

<sup>81</sup> “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

<sup>82</sup> “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

<sup>83</sup> “[...] a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]”

<sup>84</sup> CARVALHO, Salo de. Comentário ao artigo 5º, XLVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. *E-book*.

<sup>85</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1. p. 230.

Já no campo do processo penal, a proporcionalidade ganha contornos de *homogeneidade*, para que as medidas cautelares pessoais eventualmente impostas não se tornem mais gravosas que a pena ao final imposta — e, caso isso ocorra, haverá ilicitude.<sup>86</sup>

Há, ainda, repercussões sobre o princípio da legalidade. Se “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, nos termos do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República; e se a sentença penal é a aplicação da lei penal ao caso concreto; pode-se afirmar, como já afirmado, que é a sentença que *delimita o âmbito de intervenção punitiva para o caso julgado*, a qualquer título. Se o Estado aplicou sobre o indivíduo medida mais gravosa que a autorizada pela sentença condenatória (lei concreta), houve também violação à legalidade penal. O mesmo princípio encontra guarida internacional, especialmente nos arts. 7 e 9 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)<sup>87</sup>.

Uma vez reconhecido que houve descumprimento das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro e violados os direitos consagrados no ordenamento jurídico de proteção de direitos humanos, surge em prol da pessoa prejudicada uma *pretensão reparatória*.

Tanto o art. 10 da CADH<sup>88</sup> quanto o inciso LXXV do art. 5º de nossa Constituição<sup>89</sup> determinam que a pessoa condenada tem direito a indenização por erro judiciário. Desde essa norma-regra, serão deduzidos os efeitos específicos para as hipóteses da detração compensatória, enquanto situações análogas ao *excesso de execução* previsto no texto constitucional, exigindo, pois, soluções jurídicas análogas (*ubi eadem ratio ibi idem jus*).

Destaca-se, contudo, que a essa indenização não precisa se restringir à pecúnia, incidindo em matéria de direitos humanos fundamentais a interpretação por sua máxima efetividade. São o art. 5º, inciso V, da Constituição Federal<sup>90</sup> e o art. 14 da CADH<sup>91</sup> que autorizam o direito de resposta enquanto forma de reparação *in natura*. Com Roig<sup>92</sup> e com Zaffaroni<sup>93</sup>, vislumbra-se a possibilidade da *compensação penal*, restituindo-se ao indivíduo prejudicado no mesmo bem jurídico que lhe fora violado: a liberdade.

Essa solução foi acolhida como juridicamente viável pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nas resoluções que impuseram medidas provisórias nos casos do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho<sup>94</sup>

<sup>86</sup> Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*. RB-18.13.

<sup>87</sup> “Artigo 7. Direito à liberdade pessoal [...] 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. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. [...]”

<sup>88</sup> Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delincente será por isso beneficiado.”

<sup>89</sup> “Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.”

<sup>90</sup> “[...] o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”

<sup>91</sup> “[...] é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

<sup>92</sup> “1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.”

<sup>93</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Compensação penal por penas ou prisões abusivas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, p. 331-381, jun./2017.

<sup>94</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Penas ilícitas: um desafio a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.

<sup>95</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CORTE IDH. *Asunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 22 de novembro de 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf). Acesso em: 20 dez. 2022.

e do Complexo do Curado<sup>95</sup>, cuja validade tem sido pacificamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>96</sup>, conforme já destacado.

A ausência de dispositivos legais internos específicos para a efetivação dessa compensação impele-nos a recorrer à detração penal como o instituto mais adequado para tanto. Em seu entendimento mais recente, o Superior Tribunal de Justiça reconhece, expressamente, que o art. 42 do Código Penal não traduz rol taxativo, viabilizando a detração em outras hipóteses análogas<sup>97</sup>.

Em verdade, a própria redação do dispositivo não indica, de forma restritiva, a proporção 1:1, fruto da atividade hermenêutica; o legislador limitou-se a determinar que seja *computado* na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, mas silenciou quanto à forma que esse cômputo ocorreria.

Assim, a partir da leitura do art. 42 do Código Penal pela ótica da interpretação *pro persona* — consagrada pelo art. 5º, §2º, da Constituição da República<sup>98</sup> e pelo art. 29 da CADH<sup>99</sup> —, se torna possível aplicar a detração compensatória independentemente de legislação específica para tanto.

## 4.2 Casos específicos de detração compensatória

Neste tópico, serão abordadas hipóteses referentes à *prisão provisória*, uma vez que o objeto da detração compensatória exige uma medida cautelar mais gravosa que a pena aplicada, sem prejuízo de se reconhecer a possibilidade de detração das medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Se, materialmente, a prisão provisória equivale ao regime fechado<sup>100</sup>, qualquer condenação que não seja a pena privativa de liberdade em regime inicial fechado será *menos gravosa* que a prisão provisória. Consideram-

<sup>95</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Complexo Penitenciário de Curado*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 28 de novembro de 2018. par. 124. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_06\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf). Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>96</sup> “[...] 4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. [...] 5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena. 6. Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados. 7. As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 136.961/RJ*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado: 15 jun. 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202002844693&dt\\_publicacao=21/06/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002844693&dt_publicacao=21/06/2021). Acesso em: 03 jan. 2023).

<sup>97</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Habeas Corpus n.º 455.097/PR*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado: 14 abr. 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801484120&dt\\_publicacao=07/06/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801484120&dt_publicacao=07/06/2021). Acesso em: 02 jan. 2023; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Recurso Especial n.º 1.977.135/SC*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado: 23 nov. 2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103921805&dt\\_publicacao=28/11/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103921805&dt_publicacao=28/11/2022). Acesso em: 02 jan. 2023.

<sup>98</sup> “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>99</sup> “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

<sup>100</sup> Embora os presos provisórios devam ser mantidos em estabelecimento distinto dos condenados a regime fechado (art. 84 da LEP) – estes em penitenciárias (art. 87 da LEP) e aqueles em cadeias públicas (art. 102 da LEP) –, as condições em ambos os ca-

-se, portanto, as seguintes hipóteses: (i) condenação a privação de liberdade em regime inicial distinto do fechado; (ii) substituição da privação de liberdade por penas restritivas de direitos; e (iii) suspensão condicional da pena (*sursis*).

#### 4.2.1. Prisão provisória e regime inicial distinto do fechado

É inegável a incompatibilidade dos regimes semiaberto e aberto com a prisão provisória.<sup>101</sup> Não obstante, a detração ainda tem sido aplicada na proporção de 1:1, embora, evidentemente, um dia de prisão provisória não possa ser equivalente a um dia em regime semiaberto ou aberto.<sup>102</sup>

Tentar fixar um critério alternativo é tarefa complexa, com resultado sempre imperfeito, que a busca pela densificação do princípio da maior efetividade dos direitos fundamentais tem o condão de arrefecer. Por exemplo, ao se projetar o cumprimento integral da pena, o regime inicial fixado na sentença é, apenas, a primeira etapa da execução; mesmo o preso condenado ao regime inicial fechado geralmente progredirá ao semiaberto e ao aberto, usufruindo de saídas temporárias, terá direito ao livramento condicional etc., além de ser possível a regressão de regime.

Ou seja, a rigor, mesmo a detração nos casos do regime inicial fechado deveria ter parâmetros distintos, já que a pena não será cumprida *integralmente* no regime fechado; e o mesmo vale para as hipóteses de regime inicial semiaberto (pois parte da pena será cumprida em regime aberto e em livramento condicional, podendo regredir ao fechado) e aberto (parte em livramento condicional, podendo regredir ao semiaberto e ao fechado).

Apesar desses empecilhos, adota-se o regime inicial como parâmetro objetivo para se avançar minimamente em direção a uma maior densificação dos direitos humanos.

No que tange ao regime semiaberto, o art. 35 do Código Penal<sup>103</sup> dispõe que se aplicam as mesmas regras do regime fechado, com a ressalva de que, no período diurno, o condenado estará sujeito ao trabalho comum em colônia agrícola ou industrial, bem como poderá realizar trabalho externo e atender a cursos supletivos. É o que asseguram o art. 37<sup>104</sup> e o art. 122<sup>105</sup> da Lei de Execução Penal, autorizando o trabalho

---

sos são as mesmas, com privação integral de liberdade. Ademais, a separação de presos é disposição rotineiramente descumprida. Uma rápida consulta ao sistema Geopresídios do Conselho Nacional de Justiça ([https://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php), acesso em 03 jan. 2023) demonstra a multiplicidade de presos provisórios em penitenciárias e de condenados ao regime fechado em cadeias públicas. Com isso pode-se equiparar, com alguma segurança, a prisão provisória ao regime fechado.

<sup>101</sup> Há, inclusive, entendimento jurisprudencial nesse sentido, nas hipóteses em que o preso provisório é condenado, por sentença recorrível, a pena privativa de liberdade em regime inicial diverso do fechado. Os julgados ora concluem pela transferência do réu a estabelecimento de regime semiaberto (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 750.316/B.A.* Relator: Min. Antonio Saldanha Pinheiro. Julgado: 14 set. 2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202201874701&dt\\_publicacao=21/09/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201874701&dt_publicacao=21/09/2022). Acesso em: 03 jan. 2023), ora pela revogação da segregação cautelar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Habeas Corpus n.º 196.288/MG.* Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado: 15 mar. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755973669>. Acesso em: 03 jan. 2023).

<sup>102</sup> Já em 2010, Carlos Alberto de Figueiredo Jr. questionava essa falsa equivalência da detração nas penas fixadas em regime inicial aberto: “faremos Justiça Material, então, se compensarmos, como se fossem grandezas idênticas, na proporção de um para um, o período de prisão processual na pena daquele que a sentença condenatória impõe o regime aberto? Com certeza, não.” (FIGUEIREDO Jr., Carlos Alberto de. *Detração Penal: uma nova leitura do art. 42 do Código Penal.* In: IDEIAS para a construção de uma execução penal democrática. Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2010. p. 113-123.)

<sup>103</sup> “Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, *caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. §1º – O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. §2º – O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.”

<sup>104</sup> “A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.”

<sup>105</sup> “Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I – visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; III – participação em atividades que concorram para o

externo e a saída temporária dos presos em regime semiaberto. Assim, pode-se fixar como critério abstrato que o indivíduo passará uma média de *oito horas* do seu dia trabalhando ou estudando, sendo privado de liberdade nas demais *dezesseis horas*.

Portanto, se, no regime semiaberto, o indivíduo passaria *dezesseis horas* por dia privado de liberdade, entende-se que cada dia de prisão provisória (privação de liberdade por *vinte e quatro horas*) deve detrair *um dia e meio* da pena (1:1,5).<sup>106</sup>

No regime aberto, por sua vez, a situação é exatamente inversa: nos termos do art. 36, §1º, do Código Penal<sup>107</sup>, o indivíduo deve se recolher à casa de albergado apenas no período noturno. Ou seja, permaneceria *dezesseis horas* fora do estabelecimento, estando privado de sua liberdade durante as *oito horas* para o sono. Dessa forma, cada dia de prisão provisória, com *vinte e quatro horas* de privação de liberdade, deve detrair *três dias* da pena (1:3).

Os critérios propostos aproximam-se da razão adotada pelo legislador para o instituto da remição, em que cada três dias de trabalho ou estudo abatem um dia de pena, sendo possível uma interpretação analógica do art. 126 da Lei de Execução Penal<sup>108</sup>.

Para exemplificar, imagine-se o caso de uma pessoa presa provisoriamente durante cinco meses, que veio a ser condenada, pela prática de furto simples, à pena de um ano de reclusão em regime aberto. Aquele tempo de prisão cautelar significa 3.600 (três mil e seiscentas) horas de privação de liberdade, considerando as 24 (vinte e quatro) horas diárias e 30 (trinta) dias em um mês. A pena aplicada, por sua vez, considerando as 8 (oito) horas diárias e 12 (doze) meses de 30 (trinta) dias, equivaleria a 2.880 (duas mil, oitocentos e oitenta) horas de prisão-pena. Se essa pessoa, no momento de prolação da sentença, já ficou 3.600 (três mil e seiscentas) horas privada de liberdade, deve restar reconhecida a extinção da pena por seu integral cumprimento, mediante aplicação da detração em conformidade com sua modalidade compensatória.

Essas proporções são parâmetros *mínimos* para uma detração mais coerente com a realidade material, mas ainda são insuficientes; diante da dimensão qualitativa da pena, é certo que oito horas em uma casa de albergado ou em recolhimento noturno no próprio lar (alternativa que a prática forense tem traduzido) não equivalem a oito horas em uma cadeia pública. Ademais, a ilicitude da imposição desproporcional da prisão provisória, *per se*, pode e deve ser objeto de reparação penal.

Por essas razões, e em prol da simplificação do cálculo, foram desconsiderados os dias de folga, em que haveria privação integral de liberdade tanto no regime semiaberto quanto no aberto, como uma forma de *compensar* o excesso qualitativo do sofrimento imposto e a ilicitude da segregação cautelar.

#### **4.2.1 Prisão provisória e penas restritivas de direitos**

Como visto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a detração da prisão provisória na prestação de serviços à comunidade, mas não na prestação pecuniária. Além disso, no primeiro caso, a detração deve ser efetuada *antes da conversão* em horas preceituada pelo art. 46, §3º, do Código Penal.

Ambas as posições devem ser superadas no marco de uma detração compensatória.

---

retorno ao convívio social.”

<sup>106</sup> Eventuais frações de dia existentes ao fim do cálculo deve ser desprezadas, conforme a orientação do Superior Tribunal de Justiça já exposta, fundada no art. 11 do Código Penal: “desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro”.

<sup>107</sup> “O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.”

<sup>108</sup> “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. §1º A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de: I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar — atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional — divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.”

Com relação à prestação de serviços, entende-se adequada a tese rechaçada nos acórdãos estudados, de que *cada hora de prisão provisória deve ser detraída das horas de prestação de serviços*, após a conversão da pena. Exemplifica-se: se a pessoa permaneceu presa provisoriamente por duas semanas e é condenada a dois anos de reclusão, essa pena, uma vez convertida na forma do art. 46, §3º, do Código Penal resultaria em 730 (setecentos e trinta) horas de prestação de serviços; como a pessoa já havia permanecido 336 (trezentas e trinta e seis) horas presa provisoriamente, restariam 394 (trezentas e noventa e quatro) horas de prestação de serviços a cumprir.

Embora o STJ tenha classificado essa tese como “absurda”, pois meros dezesseis dias de prisão provisória seriam suficientes para abater uma pena de um ano de reclusão, não somente não nos parece absurda como também *insuficiente*. Isso porque há uma diferença abismal entre permanecer uma hora lançado às masmorras do sistema penitenciário brasileiro e prestar uma hora de serviços em entidades de interesse público. Embora insuficiente, é, novamente, um parâmetro *mínimo* para aproximar a detração da realidade material do sofrimento imposto.

A limitação de fim de semana deve ter solução similar: se o apenado deve permanecer recolhido por *cinco horas* aos sábados e domingos, totalizando *dez horas* de privação de liberdade por semana, é preciso calcular quantas horas o indivíduo permaneceu preso provisoriamente e descontá-las das horas impostas na limitação. Por exemplo: se houve prisão provisória por dois meses, e pena final aplicada de dois anos de reclusão, substituída por limitação de fim de semana, haveria efetivo recolhimento por 1.040 (mil e quarenta) horas; como a pessoa já permaneceu presa por 1.440 (mil, quatrocentos e quarenta) horas, a pena deve ser reputada extinta.

O cenário torna-se complexo nas demais penas restritivas de direitos, pois o bem jurídico atingido deixa de ser a *liberdade* e passa ao patrimônio (prestação pecuniária, perda de bens e valores) ou a direitos diversos (interdição temporária de direitos), impedindo uma equivalência temporal direta com a prisão provisória.<sup>109</sup>

Uma possível solução para esses casos é adotar a sistemática admitida pelo STJ, de efetuar a detração sobre a pena privativa de liberdade *antes* da conversão em restritiva de direitos, mas com os parâmetros que se propõem no subitem anterior. Assim, aplica-se a detração em conformidade com o regime de pena — fechado como 1:1, semiaberto como 1:1,5 e aberto como 1:3 —, e o saldo remanescente, se existente, deve ser utilizado como parâmetro para a substituição em penas restritivas de direitos.

#### **4.2.3 Prisão provisória e suspensão condicional da pena**

O *sursis*, previsto nos arts. 77 e seguintes do Código Penal, consiste em verdadeiro amálgama de espécies de pena, pois, no primeiro ano do período de prova, admite a prestação de serviços e a limitação de fim de semana (art. 78, §1º, do CP) ou formas de interdição temporária de direitos (art. 78, §2º, do CP). No restante do tempo, fica o beneficiado submetido às condições *negativas* do art. 81 do Código Penal, além de eventuais condições judiciais impostas na forma do art. 79 do Código Penal.

Devem ser adotadas as mesmas soluções já expostas, de modo articulado. No caso de imposição de prestação de serviços ou de limitação de fim de semana, o tempo de prisão provisória deve ser detraído na proporção definida para essas penas. Com as demais condições há a mesma problemática da diversidade de bens jurídicos atingidos, ficando a cargo do julgador ponderar o tempo de segregação cautelar quando da fixação do período de prova e de suas condições, podendo, inclusive, reduzi-lo a patamar inferior aos limites legais ou desde logo reputar a pena cumprida.

<sup>109</sup> O que, contudo, não é motivo idôneo para impedir a detração, ao contrário do entendimento adotado pelo STJ. A dificuldade no cálculo da detração não afasta o seu cabimento.

## 5 Considerações finais

Iniciou-se o percurso da pesquisa explorando o caráter afitivo da pena e sua dimensão qualitativa, revelando a realidade material de sofrimento por trás da abstração quantitativa de prisão em dias. Com isso, observou-se a possibilidade de uma *compensação penal* sempre que houver excesso antijurídico de sofrimento, a ser reparado no mesmo bem violado (a liberdade), reduzindo-se, proporcionalmente, a pena.

Na sequência, asseverou-se que o conteúdo afitivo da prisão provisória — e das medidas cautelares pessoais em geral — é equivalente ao da pena, o que justifica a adoção do princípio da homogeneidade e do próprio instituto da detração. Sobre este, efetivou-se revisão bibliográfica, com base em trabalhos acadêmicos que buscam aproximar a detração da realidade material do sofrimento imposto; e revisão jurisprudencial, localizando recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido.

Por fim, partiu-se dessas contribuições para delinear a *detração compensatória* em seu conceito, fundamentos e algumas incidências concretas. Longe de esgotar o tema, nossa contribuição busca lançar luzes em território a ser explorado, sistematizando a detração compensatória enquanto *modalidade especial de detração em que o excesso de sofrimento imposto antecipadamente ao indivíduo no curso do processo penal deve ser proporcionalmente compensado no tempo de pena aplicada, mediante a redução proporcional ou extinção da pena, conforme a hipótese*.

A partir dessa conceituação, recolheram-se pistas do ordenamento jurídico de proteção dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade e decantou-se uma racionalidade mínima a respeito de uma compensação de finalidade reparatória de direitos humanos. Levantaram-se algumas situações concretas e apresentaram-se soluções fundamentadas para municiar, teoricamente, um uso emancipatório do direito, em sintonia com o princípio da maior efetividade dos direitos humanos e para dar mais densidade aos processos de lutas por dignidade que estão na base do estudo.

Partiu-se da constatação de que o direito é instrumento da ordem e que não se presta a promover revolução social. No entanto, seu uso emancipatório pode promover fissuras ou fendas democráticas no sistema de justiça. Na medida em que a pesquisa escavou fundamentos para uma detração compensatória, encontrou as bases para reduzir ou minimizar os danos provocados pelo punitivismo exacerbado, contribuindo, em algum nível, para o desencarceramento. A articulação da modalidade compensatória do instituto da detração penal mostra-se, portanto, uma forma de concretização de uma política criminal redutora de danos.

O exercício matemático realizado foi decantado da noção proposta neste artigo, cuja sistematização é central. Assim, se a equidade dos parâmetros de cálculo da detração compensatória, propostos no trabalho, puder ser aprimorada em novas pesquisas, sempre em direção à maior densificação dos direitos das pessoas privadas de liberdade, terá sido atingido o objetivo de provocar reflexões contra-hegemônicas sobre um instituto que pode ser relido e ressignificado, enquanto *detração compensatória*.

Afinal, tais parâmetros são mediações provisórias nos processos de lutas por dignidade, evitados de uma insuficiência potencial, mas que podem, em alguma medida, produzir resultados positivos concretos, dentro da racionalidade de resistência que articula a luta pelo instrumental jurídico como uma, dentre diversas outras, possibilidade de garantir o respeito à pessoa humana e a efetivação dos princípios da individualização das penas, da proporcionalidade e da legalidade.

## Referências

### Bibliografia geral

- ANDRADE, Vera Pereira Regina de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão; VILLAS BÔAS, Marco de Aguiar. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 74, p. 230-280, set.-out./2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*.
- BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. I.
- CARVALHO, Salo de. Comentário ao artigo 5º, XLVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. *E-book*.
- DAMASCENO, Adriano Antunes. Cárcere e compensação penal no Brasil: uma perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 150, p. 293-307, 2018.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*.
- FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Trad. Serafim Ferreira. Lisboa: Ulisseia, 1961.
- FERREIRA, Gilberto. A prestação de serviços à comunidade como pena alternativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 647, p. 255-268, set./1989.
- FIGUEIREDO Jr., Carlos Alberto de. Detração Penal: uma nova leitura do art. 42 do Código Penal. In: IDEIAS para a construção de uma execução penal democrática. Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2010. p. 113-123.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, jan.-mar./2013.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas: relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325\\_relatorio\\_aplicacao\\_penas.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf). Acesso em: 20 dez. 2022.
- LIMA, Thaís dos Santos. *Compensação punitiva: uma reinterpretação do princípio constitucional da individualização das penas para redução de danos*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

- LOPES JR., Aury Celso Lima Lopes. Medidas cautelares no direito processual penal espanhol. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 89, p. 158-190, jan.-mar./1998.
- MATOS, Gisele Gomes; SANTOS, Pedro Sérgio dos. Crédito de penas ou reforma no instituto da remição: uma necessidade por justiça e respeito constitucional. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto/SP, ano XXIV, v. 28, n. 2, p. 264-286, mai.-ago./2019.
- MEDRADO, Wank Remy de Sena. *Detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- PINTO, Helena Elias. Responsabilidade civil do Estado nos casos de prisão seguida de absolvição. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa, *Relações Privadas e Democracia*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 396-419. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=4c63a38de84c8eb2>. Acesso em: 03 jan. 2023.
- RAMÍREZ, Juan Bustos; MALLARÉ, Hernán Hormazábal. Pena y Estado. *Papers: Revista de Sociologia*, Barcelona, v. 13, p. 97-128, 1980.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, p. 331-381, jun./2017.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*.
- RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2004.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.
- SANCHES, Najme Hadad. *Aplicação da detração penal sob a luz da Constituição Federal*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2020.
- SANTOS, Boaventura Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 65, n. 0254-1106, p. 3-76, 2003.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VACANI, Pablo Andrés. Ejecución penal y determinación cuantitativa de la pena: hacía una dogmática de la prisión. *Revista Derecho Penal Central*, Quito, v. 2, n. 2, p. 219-265, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución*. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación – FD UBA. 2013. p. 03-06. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2022.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Penas ilícitas: um desafio a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución*. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación – FD UBA. 2013. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

## Jurisprudência e documentos internacionais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 401.049/SC*. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado: 13 dez. 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701217634&dt\\_publicacao=01/02/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701217634&dt_publicacao=01/02/2019). Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 742.154/MG*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado: 16 ago. 2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202201442001&dt\\_publicacao=22/08/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201442001&dt_publicacao=22/08/2022). Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 136.961/RJ*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado: 15 jun. 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202002844693&dt\\_publicacao=21/06/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002844693&dt_publicacao=21/06/2021). Acesso em: 03 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Habeas Corpus n.º 380.369/DF*. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado: 19 set. 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201603127175&dt\\_publicacao=27/09/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603127175&dt_publicacao=27/09/2017). Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Recurso Especial n.º 1.326.520/SP*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado: 03 abr. 2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201201154040&dt\\_publicacao=14/04/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201154040&dt_publicacao=14/04/2014). Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 750.316/BA*. Relator: Min. Antonio Saldanha Pinheiro. Julgado: 14 set. 2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202201874701&dt\\_publicacao=21/09/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201874701&dt_publicacao=21/09/2022). Acesso em: 03 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Habeas Corpus n.º 455.097/PR*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado: 14 abr. 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801484120&dt\\_publicacao=07/06/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801484120&dt_publicacao=07/06/2021). Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Recurso Especial n.º 1.977.135/SC*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado: 23 nov. 2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103921805&dt\\_publicacao=28/11/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103921805&dt_publicacao=28/11/2022). Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus n.º 111.081/RS*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado: 28 fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1846107>. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado: 09 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Habeas Corpus n.º 196.288/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado: 15 mar. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755973669>. Acesso em: 03 jan. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46, 30 dez. 2013. par. 317. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Relatório sobre medidas para reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. OEA/Ser.L/V/II.163, Doc. 105, 03 jul. 2017. par. 224. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 9, 12 fev. 2021. par. 165. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 22 de novembro de 2018. par. 124. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf). Acesso em: 20 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Assunto do Complexo Penitenciário de Curado*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 28 de novembro de 2018. par. 124. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_06\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf). Acesso em: 20 dez. 2022.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.