

## Solução para abusos da devolução em dobro do tempo ilegalmente preso

A tarefa do advogado — e, particularmente, do defensor público — no processo criminal é, sabidamente, hercúlea. A afirmação de que o sistema é unidirecional, voltado apenas à condenação, está longe de ser uma falácia ou um exagero. De fato, não raras vezes, a defesa técnica acaba por ter que se lamentar, recolhendo-se à sua impotência, ainda que jamais deixe de se inquietar.

É justamente esse gosto amargo que motiva esta reflexão. Recentemente, em uma audiência em continuação, na seara infracional, terminada a oitiva das testemunhas, e verificado que os adolescentes já se encontravam internados provisoriamente por mais de 45 dias (na verdade, há 49), pleiteei a soltura dos mesmos. Uma situação absolutamente corriqueira que, caso se observasse a legislação e a jurisprudência, poderia ser resolvida de maneira tranquila. Não é, contudo, o que acontece na prática.

O Ministério Público, de pronto, retrucou, sustentando que o prazo legal do artigo 108 do Estatuto não era peremptório, que a instrução já estava terminando, passando à fase de alegações finais e, afinal de contas, não haveria prejuízo. Como não?!

Ultrapassando a análise técnica do desacerto da promoção acusatória, que foge ao âmbito deste breve artigo, o que importa é que os adolescentes permaneceram, logicamente, internados. Sem qualquer sustentação legal. Há, portanto, que parar para pensar: nada acontece? Fica “elas por elas”? *Désolé*? Não posso acreditar.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, conquistado a duras penas (e esse comentário está longe de ser histórico; é, antes, uma constatação dos tempos esquisitos por que passamos). O preço para tal, gosta sempre de afirmar em suas entrevistas o ministro Marco Aurélio, “é módico, estando ao alcance de todos: o respeito irrestrito à lei e à Constituição”<sup>[1]</sup>. Goste-se ou não.

Sem mais divagações, parece possível propor uma solução prática para tais abusos, os quais escandalizam em maior ou menor medida: a devolução do tempo ilicitamente apreendido em dobro ao cidadão, acaso venha a ser definitivamente condenado. Tal proposta, *prima facie contra legem*, está distante de contrastar com o ordenamento pátrio.

Primeiramente, vale lembrar que, em sobrevindo ilegal prisão, o próprio constituinte já desenhou a resposta, no artigo 5º, inciso LXXV da Carta Constitucional formalmente em vigor: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Por óbvio, uma leitura inicial do dispositivo leva a crer que se destinaria apenas aqueles que, após cumprirem sua condenação criminal, permanecem reclusos, sem título executivo algum. Seguramente que é uma interpretação segura do comando. Mas não só.

Também em sucedendo uma custódia sem amparo normativo far-se-á jus à indenização referida. Na realidade, a *ratio* merece ampliação, sempre em favor do particular: o direito de liberdade é dos mais basilares em quase todo ordenamento, especificamente no Ocidente, e não pode ser descartado de maneira irresponsável. É o próprio *caput* do artigo 5º que, após enunciar o direito à vida, estampa com

---

protagonismo essa conquista liberal.

Assim sendo, a atuação estatal negligente, neste aspecto, justifica a extensão da indenizabilidade, abarcando também casos em que a ilícita restrição ao “ir e vir” acontece de forma incidental ao processo de conhecimento, não ao seu cabo. Nada mais lógico, na realidade: se há dano, nexo causal e culpa, deve haver reparação.

O quadro ganha contornos mais dramáticos ao levarmos em conta o cenário fático brasileiro. Ninguém consegue negar que vivemos um autêntico e inegável estado de coisas inconstitucional, conforme reconhecido no ainda em curso julgamento da ADPF 347 pela própria Suprema Corte. Na petição inicial[[2](#)], traziam-se alguns pedidos cautelares bastante pragmáticos, como, por exemplo, a motivação expressa por parte do magistrado ao afastar uma cautelar diversa da prisão, a obrigação de priorizar a aplicação de penas restritivas de direitos, a possibilidade de abrandamento dos prazos para reconhecimento dos direitos subjetivos do apenado no curso da execução penal e, o mais relevante para os fins desta reflexão, o reconhecimento do poder-dever do juiz ao abater do tempo de pena total aquele já cumprido em condições mais gravosas do que a lei autoriza.

A lógica do pleito, conquanto não tenha, ao menos em sede cautelar, convencido a maioria dos ministros julgadores, não é frágil, nem inédita. Já há algum tempo a doutrina mais crítica reconhece a possibilidade de existir uma indenização *in natura*, por assim dizer, também no Direito Penal. Rodrigo Duque Estrada Roig, por exemplo, propõe a utilização da agravante genérica do artigo 66 do Código Penal como instrumento para a referida compensação[[3](#)]. Na mesma linha, já advogavam Zaffaroni e José Henrique Pierangelli[[4](#)].

O que não se pode perder de vista é que o Direito é apenas um. Desde o princípio dos nossos estudos na faculdade aprendemos que a divisão dos ramos jurídicos se motiva por uma questão puramente didática, de modo que certos valores essenciais não podem ser exclusivas desta ou daquela linha. É justamente neste rol que se encontra algumas noções básicas da teoria do (in)adimplemento.

Explico: a ideia de que a mora traz consigo seus consectários é de simples compreensão no ramo civilista. Contudo, o que se tem verificado é que, ironicamente na seara mais delicada do Direito (o princípio da *ultima ratio* é outro daqueles que se aprende *ab initio* em qualquer escola jurídica), o inadimplemento no termo traz consigo juro! Em outras palavras: diante das masmorras medievais que conservamos no Brasil, por mais que o condenado pague no dia, paga mais do que deve. E isso, logicamente, não tem qualquer sentido.

Trazendo para o campo mais prático, necessitamos construir soluções críveis para os absurdos que se passam noite e dia nos processos criminais (os infracionais idem, por conta dos valores que lhe são peculiares e, com força normativa, do Princípio da Legalidade na forma como enunciado pelo claríssimo e tão ignorado artigo 35 da Lei 12.594/2012: “não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto”). Assim, sem buscar respostas utópicas que menos colaboram para o debate do que o enriquecem, mostra-se perfeitamente possível importar, do Direito Civil, as mais básicas lições de reparação de danos ilicitamente sofridos — isto é, as prisões cautelares sem amparo legal ou, posteriormente, tornadas sem fundamento, diante da absolvição.

Com efeito, o fato de os particulares estarem custodiados sob o resguardo do Estado motiva, no campo

da responsabilidade civil administrativa, respostas firmes dos tribunais, asseverando, entre outras hipóteses, que o suicídio perpetrado dentro de estabelecimentos prisionais é causa de indenização objetiva para os familiares do falecido. Como diria um autor muito instigante e valioso, “Bingo!”. Nada mais correto.

Precisamos, contudo, ir além. A compensação financeira não pode ser a única saída, e, portanto, a saída cômoda, para os excessos cometidos. Urge construir um expediente que melhor interesse ao cidadão, quando a conjuntura concreta assim demonstrar. A *restitutio* impende ser da maneira mais efetiva e próxima do dano. Por que razão debatermos patamares indenizatórios mais ou menos justos se podemos encontrar uma compensação pragmaticamente mais rica?

Abre-se, pois, a estrada da “indenização” em tempo de prisão, em uma futura condenação. A metanorma da razoabilidade, porém, solta uma provocação ulterior: essa ideia já existe na detração, sem gerar espécie em razão de simplesmente compensar o tempo cautelarmente recolhido no prazo de privação definitiva da liberdade. Um reflexo da “mais límpida justiça exclamação exclamação”. A hipótese que motiva a presente inquietude, porém, é diferente: existe uma restrição à liberdade a título provisório que excede os parâmetros legais de forma bem objetiva (a própria lei é peremptória ao determinar o prazo máximo de 45 dias, inegociável, enquanto, na realidade, já o tinha descumprido há, ao menos, quatro dias. E contando.). A mera detração desse tempo, em caso de uma renunciada procedência do pedido acusatório não se afigura suficiente. Descumpre-se a lei sem punição?

Esse quadro motiva concluir que outra lição civilista deve ser importada ao campo penal: a devolução em dobro das quantias cobradas (e pagas) sem fundamento. Afinal, se “quem paga mal paga duas vezes” é um adágio medular no Direito Civil, como não sê-lo no Direito Penal? E mais: na hipótese inversa, se se cobra mal, a legislação que rege as relações entre particulares já traz a receita, no artigo 940 do Código Civil — “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas (...), ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado”.

Também o código consumerista alberga comando nesse sentido, em seu artigo 42, parágrafo único (“O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”). A aproximação, aqui, é ainda maior, vez que a hipossuficiência é a tônica, revelando um vínculo diagonal entre as partes, pouco destoante do que sucede na pretensão punitiva.

Perante tal sistemática, é plenamente possível ultrapassar a aparente falta de normatividade para a tese defendida. Realisticamente, a densidade que se espera dos princípios constitucionais deve, no Direito Penal, se dar sempre em favor do acusado. Uma pseudo-resistência, baseada no Princípio da Legalidade Penal, seria carente de fundamento: o ditame é *nulla poena sine lege*, e não *nullum beneficium sine lege*. Afinal, *Beneficium juris nemini est denegandi*.

Não há mais como admitir o sistema punitivista raso que costuma ser suficiente para a condenação. Se é permitido mais um adágio, lá vai: do “*dum pendet, rendet*”, extraímos que, a cada dia injustamente preso no curso do processo, dois devem ser detraídos da pena final.

1 O comentário pode ser encontrado, entre outras declarações do ministro, em <http://www.conjur.com.br/2014-fev-27/marco-aurelio-congresso-atropela-legislacao-nao-pagar-supersalarios>

2 Página 69 da petição inicial, acessível em : <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s>

3 Essa e outras propostas interessantíssimas para uma nova ciência da dosimetria penal podem ser encontradas em: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 236 e 237.

4 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 7a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 715-716.

**Date Created**

21/06/2016