

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Ano XIII – Nº 75

Dez-Jan 2017

Repositório Autorizado de Jurisprudência
Supremo Tribunal Federal – nº 38/2007
Superior Tribunal de Justiça – nº 58/2006

Classificação Qualis/Capes: B1

Editores

Fábio Paixão
Veruscka Diab
Walter Diab

Coordenadores

Damásio E. de Jesus – Fernando da Costa Tourinho Filho – Luiz Flávio Borges D’Urso
Elias Mattar Assad – Marco Antonio Marques da Silva

Conselho Editorial

Ada Pellegrini Grinover – Adeildo Nunes – Amadeu de Almeida Weinmann
Aury Lopes Júnior – Carlos Ernani Constantino – Celso de Magalhães Pinto
César Barros Leal – Cezar Roberto Bitencourt – Élcio Pinheiro de Castro
Fernando Capez – Fernando de Almeida Pedroso – Geraldo Batista de Siqueira
Haroldo Caetano da Silva – José Carlos Teixeira Giorgis – Luiz Flávio Gomes
Marcelo Roberto Ribeiro – Maurício Kuehne – Renato Marcão
René Ariel Dotti – Roberto Victor Pereira Ribeiro – Rômulo de Andrade Moreira
Ronaldo Batista Pinto – Sergio Demoro Hamilton – Umberto Luiz Borges D’Urso

Colaboradores deste Volume

Alexandre Moraes da Rosa – Aury Lopes Júnior – Bruna Carolina Oliveira e Silva
Francisco de Assis de França Júnior – Gabriel de Lima Jorge Ferreira
Marcellus Polastri Lima – Mariah Oliveira Santos de Queiroz
Miguel Tedesco Wedy – Paulo José Freire Teotônio – Renato Marcão
René Ariel Dotti – Wagner Luiz Lioi Modesto

Detração Penal e Medidas Cautelares Diversas da Prisão – Possibilidade de Aplicação

WAGNER LUIZ LIOI MODESTO

Delegado de Polícia Civil do Estado de São Paulo; Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Pós-Graduando em Direito Constitucional e Administrativo na Escola Paulista de Direito.

RESUMO: O presente trabalho trata das medidas cautelares diversas da prisão, trazidas com a Lei nº 12.403, de 2011, que alterou o Código de Processo Penal e fortaleceu o que já estava inserido na nossa Constituição Federal, de que a prisão deverá ser sempre a última medida, pois é demasiadamente extrema, assim, o magistrado terá que priorizar a aplicação de uma das medidas cautelares ou, dependendo do caso concreto, mais de uma. Tais medidas introduzidas no Código de Processo Penal trouxeram muitas indagações no meio jurídico, tais como se caberia utilizar o instituto da detração penal, computando-se na pena do condenado o tempo das medidas cautelares diversas da prisão, sendo que a lei alteradora do Código nada trouxe a respeito, bem como se o Código Penal é silente. O trabalho traz a análise da detração penal, das medidas cautelares em espécie e tem por objetivo afirmar que há compatibilidade em aplicar a detração penal em algumas destas medidas, com fundamento em um processo penal constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Detração Penal. Medidas Cautelares Diversas da Prisão. Prisão.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da Detração Penal. 3 Espécies de Medidas Cautelares. 4 Lei nº 12.403/2011 e as Medidas Cautelares Diversas da Prisão; 4.1 Momento e Legitimidade; 4.2 Características; 4.3 Requisitos; 4.4 Cautelares em Espécie. 5 Princípios Aplicados. 6 Detração Penal e Aplicabilidade nas Medidas Cautelares Diversas da Prisão. 7 Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 Introdução

Com a modificação do Código de Processo Penal, em decorrência da Lei nº 12.403, de 2011, alterando os dispositivos relativos à prisão processual, à fiança, à liberdade provisória e às medidas cautelares, ocasionou-se uma

grande celeuma no meio acadêmico, se seria possível a aplicação do instituto da detração, computando-se na pena do condenado o tempo das medidas cautelares diversas da prisão, sendo que a lei alteradora do Código nada trouxe a respeito, bem como se o Código Penal é silente.

Em tese, a detração apenas pode ocorrer entre penas da mesma espécie e, desta forma, será analisado no presente trabalho a possibilidade de aplicação da detração em algumas medidas cautelares diversas da prisão, mas que impliquem em privação de liberdade, embora haja parte dos estudiosos defendendo a impossibilidade.

2 Da Detração Penal

O instituto da detração penal encontra-se inserido no Código Penal em seu 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.”

A Lei de Execução Penal em seu art. 66, III, c, diz que compete ao juiz da execução decidir sobre a detração.

Referida Lei também expressa em seu art. 111 que:

“Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.”

O art. 387 do Código de Processo Penal, da mesma maneira, faz referência à detração penal, em seu § 2º: “O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.

Quanto ao conceito dado pela doutrina e por dicionários jurídicos, não há divergência no conceito de detração penal, como transcrito abaixo:

“Detração no direito penal é o mandamento legal que determina seja computado, 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 hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado.” (GUIMARÃES, 1999, p. 260)

Para René Dotti, a detração consiste no abatimento na pena privativa de liberdade e na medida de segurança do tempo em que o indivíduo ficou preso provisoriamente (2002, p. 604).

Já o professor Bittencourt diz que a detração penal permite-se descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação (2003, p. 440).

Rogério Greco, em seu *Código Penal Comentado*, conceitua a detração como o instituto jurídico mediante o qual 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 art. 41 do Código Penal (2009, p. 108).

Celso Delmanto traz o conceito que a detração penal é o abatimento na pena ou medida de segurança a ser executada, do tempo de prisão provisória ou de internação já cumprido pelo condenado (2002, p. 83).

Guilherme de Souza Nucci arremata que é a contagem o tempo da pena privativa de liberdade e da medida de segurança do período em que ficou detido o condenado em prisão provisória, no Brasil ou no exterior, de prisão administrativa ou mesmo de internação em hospital de custódia e tratamento (2009, p. 359).

Para Fernando Capez, é o cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, de prisão administrativa e de internação em hospital de custódia e tratamento ou estabelecimento similar (2007, p. 268).

Segundo Rogério Sanches Cunha, a finalidade deste instituto é evitar o *bis in idem* no cumprimento da sanção penal (2015, p. 436).

Assim, pode-se verificar que o conceito do instituto da detração penal não gera controvérsias doutrinárias, pois está inserido no Código Penal, e as doutrinas praticamente possuem a mesma visão, apenas diferenciando-se quanto ao verbo nuclear que conceitua o instituto, conforme os grifos anteriores, mas que no fim são todas palavras sinônimas.

3 Espécies de Medidas Cautelares

No processo penal há, por óbvio, um lapso temporal, dentro do qual é possível que haja alterações que venham a comprometer o resultado final do processo. Assim, segundo o ensinamento do professor Andrey, consciente desse risco é que o legislador processual estabelece medidas que sejam aptas a evitar que o processo, quando chegar ao seu fim, seja inútil. Busca-se, por

meio das medidas e procedimentos cautelares, assegurar o resultado útil de um processo (2011, p. 23).

“São estabelecidas medidas cautelares, com o intuito de se proteger e acautelar, durante o processo, bens jurídicos contra os perigos do tempo e, especialmente, contra a ação do investigado e do réu. Quando o legislador estabeleceu as medidas cautelares no processo penal, o fez para proteção de bens jurídicos relevantes.

Essas medidas cautelares podem ser *reais*, que são *relativas às provas e pessoais*. As reais são aquelas que visam à reparação do dano, mas também assegurar o futuro perdimento do bem, recaindo sobre o patrimônio lícito do réu ou sobre o produto ou proveito do crime. No CPP se enquadram nessa categoria o sequestro, a hipoteca e o arresto. Por outro lado, as medidas cautelares relativas à prova são aquelas que visam acautelar e evitar a sua destruição ou perecimento ao longo do procedimento. Assim, a busca e apreensão de documentos, o sistema de proteção a testemunhas, etc. Por fim, as medidas cautelares pessoais, que são as medidas que dizem a respeito à restrição da liberdade ou conforme alteração recente, de outro direito do investigado.

De um lado, a busca por eficiência e a necessidade de aplicação do direito penal, que tutela os bens jurídicos mais relevantes da sociedade. Por outro, a proteção e a garantia aos direitos do acusado.

Realmente, as medidas cautelares privam o sujeito de bens jurídicos relevantes e fundamentais, as vezes, até a própria liberdade antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória enquanto ainda não se emitiu o juízo de cognição profundo sobre a sua culpabilidade. Justamente por isso há sempre um potencial risco de se privar direitos ou a liberdade de um inocente.

Assim, o grande problema das medidas cautelares e que não se adotam, corre-se o risco da impunidade, e se adotadas, criam o perigo da injustiça.

Haverá sempre a busca de compatibilização de dois interesses contraditórios: o da necessidade da prisão e o da liberdade.” (MENDONÇA, 2011, p. 23-25)

Portanto, pode-se verificar que há medidas cautelares específicas para cada caso concreto, visando proteger o bem jurídico tutelado, e, no caso específico deste trabalho, as medidas cautelares pessoais alternativas à prisão tutelam o bom andamento da investigação ou do processo, sem precisar recorrer a uma privação de liberdade, já que esta privação, segundo nossa Constituição Federal, trata-se de uma aplicação em último caso, após o trânsito em julgado de uma decisão judicial, com todas as garantias de defesa e contraditório do acusado.

4 Lei nº 12.403/2011 e as Medidas Cautelares Diversas da Prisão

A Lei nº 12.403, de 2011, alterou dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, à fiança, à liberdade provisória e às demais medidas cautelares e trouxe outras providências, visando dar maior coerência ao processo penal em relação à Constituição Federal.

Com tais modificações, o sistema binário desapareceu, sistema esse que o indivíduo ou ficava preso ou solto; hoje incide o sistema multicautelares, que o juiz poderá se utilizar de 11 possibilidades antes de decidir pela prisão cautelar do sujeito. Esta possibilidade trazida pela lei veio cumprir o que já estava previsto na Constituição Federal, que trata da prisão como *ultima ratio*.

O Título IX do Código de Processo Penal agora disciplina, além da prisão e da liberdade provisória, as medidas cautelares.

A possibilidade de conceder estas medidas evita os malefícios individuais, especialmente graves quando estamos tratando de alguém encarcerado inocente, conforme os dizeres de Andrey Borges de Mendonça.

Passam a existir várias medidas cautelares, não apenas privativas, mas também restritivas de direitos, deste modo, a prisão processual passa a ser medida subsidiária, a depender da inadequação ou ineficiência das demais medidas, para tutelar os bens jurídicos do processo.

O artigo nuclear do Código de Processo Penal que trata do assunto é o art. 282, que disciplina quando e como será possível aplicar as medidas cautelares, mas que não trouxe expressamente o tempo que cada medida poderá ser aplicada, tendo uma sistemática que passa pelo princípio da proporcionalidade e, como decorrência, da necessidade e da adequação da medida.

Esta Lei tem como norte o princípio da presunção de inocência, princípio este previsto na Constituição Federal e em tratados e convenções internacionais, tendo como conceito o respeito ao estado de inocência de cada indivíduo até que sua sentença transite em julgado definitivamente, um direito humano e fundamental de liberdade e dignidade, que, apesar de insistentemente ameaçado por prisões arbitrárias, vem sendo reafirmado e protegido, como por exemplo a Lei nº 12.403, de 2011, que alterou o Código de Processo Penal, reafirmando o que já constava em nossa Constituição Federal, de aplicar uma medida de prisão cautelar apenas como último recurso.

4.1 Momento e Legitimidade

As medidas cautelares são passíveis de aplicação ao longo de toda persecução penal, e isso significa que durante toda a investigação criminal seja

ela conduzida pela polícia ou por outros órgãos de investigação, como as Comissões parlamentares de inquérito, bem como durante o processo. Impera a cláusula de reserva jurisdicional, necessitando ordem escrita da autoridade competente. Não há, na lei, prazo de durabilidade da medida. Portanto, a dilação no tempo depende do fator necessidade. A depender do estado das coisas e da adequação ao caso concreto, a cautelar pode ser substituída, cumulada com outra, ou mesmo revogada, caso não mais se faça necessária. Sobrevindo novas provas indicando a sua conveniência, nada impede que seja redetretada. Cabe ao Judiciário analisar e decretar qual a medida adequada.

4.2 Características

Segundo os dizeres do Mestre Andrey Borges de Mendonça, as medidas cautelares possuem caráter instrumental, pois são o meio de garantir efetividade de providências definitivas que constituem o objeto da demanda principal: acessoriedade – a medida cautelar depende de um processo principal, não possuindo vida autônoma em relação a esta. Se é instrumento a serviço de um processo de conhecimento ou execução, não pode ser vista como medida autônoma ou com existência abstraída desse outro processo; provisória – pois possuem vigência limitada no tempo, durando um período determinado. Com o final do processo ou serão convertidas em medidas definitivas, em caso de condenação, ou serão revogadas, em caso de absolvição; sumariedade – trata-se de cognição superficial sobre os elementos de prova; homogeneidade – a cautelar não pode ser mais gravosa que o provimento final a ser aplicado, é a aplicação do princípio da proporcionalidade entre medida cautelar e o provimento final; e variabilidade – a cautelar pode ser alterada e também levantada caso seja modificada a situação de fato que deu caso à sua adoção. Esta característica é verdadeira concretização do princípio da proporcionalidade, especialmente dos princípios da adequação e da necessidade.

A necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; a adequação da medida à gravidade do crime, determinado fato e condições pessoais do indiciado ou acusado; e aplicação isolada, cumulada ou alternada de pena privativa de liberdade.

4.3 Requisitos

Ainda nos dizeres de Andrey Borges de Mendonça, toda e qualquer medida cautelar deve ter presente concomitantemente os dois requisitos essenciais das cautelares, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que no processo penal passam a ser chamados de *fumus commissi delicti*, que é a comprovação da

existência de um crime e indícios suficientes de autoria. É a fumaça da prática de um fato punível. É um requisito cautelar próprio processual penal e não se confunde com o instituto do processo civil, *fumus boni iuris*, que indica a provável existência de um direito demandado. Ausente tal requisito, não é possível aplicar medidas cautelares alternativas nem a prisão preventiva (2011, p. 427).

Na lição do jurista Cláudio do Prado Amaral, cabe destacar que o *fumus commissi delicti* deverá estar acompanhado do *periculum libertatis* para a aplicação das medidas cautelares e da prisão preventiva, que se refere ao risco que o agente em liberdade possa criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal (2012, p. 41).

Assim, trata-se de requisitos essenciais para a imposição da prisão preventiva e das medidas cautelares alternativas trazidas com a Lei nº 12.403, de 2011. Ausente tais requisitos, não é possível aplicar medidas cautelares alternativas nem a prisão preventiva.

4.4 Cautelares em Espécie

Embora haja divergência doutrinária, o rol de medidas cautelares contidas no art. 319 do Código de Processo Penal deve ser considerado taxativo, segundo o Mestre Luiz Flávio Gomes, pois o juiz da jurisdição penal não tem poderes para lançar mão de medidas atípicas ou não prevista sem lei. Não existem medidas cautelares inominadas no processo penal. Todas as vezes que o juiz lança mão desse famigerado poder geral de cautela, na verdade, ele está violando o princípio da legalidade (2011, p. 165-178).

E com a alteração do Código de Processo Penal, estas medidas alternativas à prisão ganharam força, como, por exemplo, a fiança que já existia, mas hoje possui novos contornos e facilidade em sua aplicação, assegurando o comparecimento do agente aos atos processuais, evitando-se que ocorra a obstrução da persecução, ou sendo imposta quando o sujeito resiste injustificadamente à ordem judicial, evitando-se, assim, o cárcere.

Dentre outras medidas, foram inseridas a monitoração eletrônica, afirmando que a tecnologia é utilizada em favor da persecução penal, e a internação provisória de pessoas que tenham incapacidade absoluta ou reduzida de entender o caráter ilícito do fato. Tais medidas constritivas, não tão extremas quanto à prisão nem tão brandas quanto à manutenção da liberdade, vieram para afirmar que a prisão deverá ser sempre a última medida.

O art. 319 do nosso Código de Processo Penal traz as seguintes medidas cautelares diversas da prisão, de forma expressa:

“I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica.”

Como veremos adiante, existem as medidas cautelares diversas da prisão que não restringem apenas algum direito do indivíduo, mas ocorre uma verdadeira restrição em sua liberdade, tais como o recolhimento domiciliar, a internação provisória e a monitoração eletrônica. Assim, há medidas cautelares restritivas de direitos, bem como restritivas da liberdade.

5 Princípios Aplicados

Deve-se analisar a aplicação ou não das medidas cautelares, conforme os princípios constitucionais expressos ou até mesmo implícitos, buscando-se compatibilizar sua aplicação a um processo penal constitucional.

Tratando-se de uma possível privação de liberdade ou restrição de direitos do indivíduo, deverá ocorrer uma análise de cada caso concreto, com-

patibilizando a decisão do magistrado com os princípios, como, por exemplo, alguns deles a seguir expostos.

O princípio basilar da dignidade da pessoa humana é considerado um super princípio, de onde todos os outros derivam, pois trata-se de um dos fundamentos da nossa Constituição Federal, norteia o nosso ordenamento jurídico, bem como a ordem internacional, principalmente relacionado aos direitos humanos. Para Gustavo Tepedino:

“Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” (1999, p. 48)

Já o princípio do contraditório trata-se de verdadeira garantia ao indivíduo que está sofrendo acusações; é garantido a ele o direito de poder se manifestar e defender-se das acusações a ele impostas. Cuida-se de princípio ligado, essencialmente, à relação processual, servindo tanto à acusação quanto à defesa.

O *non bis in idem* também é conhecido por princípio da vedação da dupla punição e do duplo processo pelo mesmo fato. Assim, podemos fundamentar a afirmação de que cabe aplicar a detração penal em algumas das medidas cautelares diversas da prisão, pois não há possibilidade de se aplicar nova sanção ao agente pela prática de um mesmo fato.

O princípio da proporcionalidade, que embora não esteja expresso na Constituição Federal, está implicitamente relacionado a diversos artigos e tem por conceito que a medida que deverá ser tomada deverá ser proporcional ao fato cometido, utilizando-se os subprincípios da necessidade, ou seja, a medida tem de ser necessária e a mais adequada ao caso concreto, incidindo o subprincípio da adequação.

Favor rei ou *in dubio pro reo* também é conhecido como princípio da prevalência do interesse do réu, podendo ser considerado como um dos mais importantes princípios do processo penal; pode-se dizer que decorre do princípio da presunção de inocência. O referido princípio baseia-se na predominância do direito de liberdade do acusado quando colocado em confronto com o direito de punir do Estado, ou seja, na dúvida, sempre prevalece o interesse do réu.

Por *ultima ratio* entende-se que a prisão sempre deverá ser a última medida, e agora, com essas novas medidas cautelares, foi afirmado tal princípio, pois, antes de ser decretada a prisão do indivíduo, será analisado o caso concreto pelo juiz para verificar se não é cabível alguma medida cautelar, ou seja, apenas se não puder aplicar alguma cautelar é que se deverá decretar a prisão preventiva. A prisão deve ser decretada somente como última opção. Deve-se lembrar que a *liberdade* é a regra, pois mesmo após a decretação da condenação transitada em julgado a prisão eventualmente aplicada *não será perpétua*, isto é, será sempre *provisória*.

6 Detração Penal e Aplicabilidade nas Medidas Cautelares Diversas da Prisão

A detração penal está disciplinada no art. 42 do CP, nos seguintes termos: “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, no de prisão administrativa e a internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior [internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico]”. Assim, podemos verificar que só há previsão legal para detração no caso de prisão provisória, de prisão administrativa e internação de hospital de custódia e tratamento.

Entretanto, embora não haja previsão legal para a detração no caso das demais medidas alternativas da prisão havendo lacuna sobre o tema, surge um questionamento sobre a possibilidade de aplicar a analogia para permitir a detração. A analogia tem como conceito situações similares que justificam a aplicação de uma lei que regula um caso semelhante. Em tese, somente seria possível a detração se houvesse similitude entre a gravidade da medida cautelar alternativa à prisão e a pena aplicada ao final do processo, devendo ser analisado se a pena aplicada ao final do processo for restritiva de direitos ou privativa de liberdade.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência são divergentes quanto à aplicação da detração nas medidas cautelares alternativas à prisão. Alguns afirmam ser possível em algumas medidas, para outros seria possível apenas verificando o caso concreto e para outros não tem cabimento a aplicação, pois não há previsão expressa, e os que afirmam pela possibilidade se baseiam principalmente na analogia e no princípio da razoabilidade, e abaixo podemos verificar algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Nos dizeres do ilustríssimo Andrey Borges de Mendonça, caso ao final do processo se aplique pena restritiva de direitos, poderá o juiz da execução

verificar a compatibilidade entre a gravidade da medida alternativa à prisão aplicada durante o processo e a pena restritiva de direito imposta. Se entender que há similitude, mesmo que aproximada, entre as medidas, deverá conceder a detração com base no princípio da razoabilidade. Caso o magistrado fixe na sentença pena restritiva de direitos consistente na limitação de final de semana (art. 43, inciso VI, do CP) e a medida de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, inciso V, do CPP), deverá haver compensação, pois as medidas são semelhantes em gravidade. Por outro lado, se houver completa disparidade entre a gravidade da medida alternativa à prisão e a pena restritiva aplicada, deve-se negar a detração, como, por exemplo, se o juiz aplicar a título cautelar o comparecimento mensal em juízo, tal medida não pode ser descontada da pena de prestação de serviços à comunidade, pois são medidas totalmente diversas em termo de gravidade (2011, p. 474).

Ainda, segundo o pensamento do professor Andrey, que afirma ser possível a detração no caso da internação provisória do imputável (art. 319, inciso VII) e no caso da prisão domiciliar alternativa (arts. 317/318 c/c o art. 282, § 6º), nestas duas situações há total restrição da liberdade, que justificam a detração. Embora, em geral, nas medidas cautelares alternativas, como não há previsão legal e também por ausência de compatibilidade e semelhança entre a gravidade das medidas cautelares e a pena privativa de liberdade, inviável aplicar a detração (2011).

Conforme afirmou o STJ no RHC 17.501/SP, “as restrições inerentes à medida de liberdade provisória, além de não se enquadrarem na definição expressa do art. 42, não correspondem às hipóteses autorizadas da analogia” (STJ, RHC 17.501/SP, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, j. 23.08.05, DJ 06.03.06, p. 441).

Porém, a situação concreta poderá demonstrar a necessidade de aplicação da detração em algumas situações.

De outro lado, um precedente do próprio STJ, afirmando que se as restrições do direito à locomoção forem tamanhas, será possível a detração, “como forma razoável de compensação em face dos gravames consequentes do castigo antecipado”.

Assim como podemos verificar na decisão acima, se no caso concreto restar demonstrado que as medidas alternativas impostas no processo, de forma isolada ou cumulativa, forem tão graves que restringiram a liberdade do indivíduo, será possível e justo a detração na pena privativa de liberdade aplicada ao final do processo, cabendo ao magistrado, no caso concreto, analisar as semelhanças de gravidade entre a medida alternativa e a prisão para verificar

o cabimento ou não da detração. E, conforme a jurisprudência pacífica do STJ e do STF, o juiz competente para analisar a detração é o da execução penal.

Para Celso Delmanto, pela lei, o abatimento é feito na pena privativa de liberdade e na medida de segurança. Por necessária e permitida interpretação analógica, entendemos que o desconto também deve recair sobre três espécies de penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana). Com efeito, se na pena mais grave a ser cumprida (privativa de liberdade) incide a detração, não há razão para excluí-la das penas que a substituem (restritivas de direitos). Não haverá, contudo, detração sobre a pena de multa, já que a mesma passou a ser considerada dívida de valor, não podendo mais ser convertida em pena privativa de liberdade, conforme a nova redação conferida ao art. 51 do CP (2002, p. 84).

A jurisprudência tem admitido a detração em alguns casos, ainda que sem previsão legal, como na decisão abaixo.

O STJ no HC 3.109/RJ já admitiu hipótese não prevista no art. 42 quando resultar em severa restrição à liberdade. O Código Penal arrola de modo exaustivo as hipóteses de detração da pena condenatória – prisão provisória, prisão administrativa e internação em estabelecimento hospitalar ou equivalente. Sendo, todavia, imposto ao réu severas restrições ao direito de locomoção, antes de decretar-lhe o édito de condenação, há de se efetuar a detração desse lapso temporal dos gravames consequentes do castigo antecipado. *Habeas corpus* concedido (STJ, HC 3.109/RJ, Reg. 9439052-1, Rel. Min. Adhemar Maciel, 6ª Turma, DJ 24.06.95).

Para Júlio Fabbrini Mirabete, a orientação mais liberal é a mais aceitável, sendo de boa política criminal que seja computado em favor do condenado o tempo de prisão que, afinal, não deveria ter cumprido. Aliás, a Constituição Federal prevê que deve ser indenizado o condenado por erro judiciário, assim como aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença e não há indenização mais adequada para o tempo de prisão provisória que se julgou indevida pela absolvição do que ser ele computado no tempo da pena imposta por outro delito. São inúmeras as decisões, aliás, de que, se não houve solução de continuidade entre o cumprimento da pena que se pretende compensar e aquela que se pretende reduzir, é de se admitir a compensação do tempo em que o acusado esteve preso em virtude de processo do qual veio a ser ao final absolvido (2001, p. 786).

Pierpaolo Cruz Bottini afirma que não há previsão legal da detração nos processos em que a cautelar aplicada é distinta da prisão. Para os casos em que o réu for submetido, por exemplo, à prisão domiciliar ou ao monitoramento

eletrônico durante a instrução, a lei não explicita desconto na pena final, o que parece inadequado. Se a detração da prisão tem por fundamento o princípio da equidade e a vedação ao *bis in idem*, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer. No entanto, a ausência de menção à detração para cautelares distintas da prisão no ordenamento não impede sua aplicação pelo juiz, que por analogia pode beneficiar o réu com uma interpretação que amplie a abrangência do instituto para além da prisão (artigo publicado no *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 223).

Fernando Capez, de seu lado, admite a detração em face das medidas cautelares alternativas à prisão, mas se limita a um único caso: a redação é clara ao indicar que as medidas cautelares alternativas não constituem espécie de prisão provisória, mas restrições que acompanham a liberdade provisória. Duas são as opções: prisão preventiva ou liberdade provisória (acompanhada ou não de medidas restritivas). Na primeira cabe detração, na segunda, não. Uma das medidas previstas, por exemplo, é a fiança. Não há como a liberdade provisória com fiança ser equiparada à prisão provisória. Da mesma forma, a prisão preventiva em nada se parece com a liberdade provisória monitorada eletronicamente, ou acompanhada de alguma proibição (de sair da comarca, manter contato com pessoas determinadas, frequentar lugares ou exercer função pública ou atividade financeira) ou obrigação (de recolhimento domiciliar noturno ou comparecer ao juízo periodicamente). Estar solto provisoriamente não é o mesmo que estar preso provisoriamente (2007, p. 268).

O Superior Tribunal de Justiça, bem antes da lei que criou as medidas cautelares alternativas à prisão, já reconhecia ser possível a detração em face de limitação da liberdade diversa da prisão sob o argumento do art. 42 do CP não ser *numerus clausus* e de ser razoável que se compense o condenado em razão do gravame e consequente castigo antecipado.

O mestre Rogério Greco aduz sobre o tema que deveria ser lógico e razoável que aquele que estava preso, aguardando julgamento, se ao final vier a ser condenado, esse período que foi privado de liberdade deva ser descontado quando do cumprimento de sua pena (2011, p. 507).

Já o ilustre Renato Brasileiro de Lima não admite detração nas medidas cautelares quando assevera que nada disse a Lei nº 12.403/2011 quanto à possibilidade de detração no caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, ou seja, se o tempo de cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão durante o curso da persecução penal deve (ou não) ser descontado do *quantum* de pena aplicado ao final do processo. Todavia, quanto às demais medidas cautelares, como não há restrição absoluta à liberdade de locomoção

e como elas não guardam homogeneidade com uma possível pena de prisão a ser aplicada ao final do processo, revela-se inviável a aplicação do art. 42 do Código Penal (2013, p. 800).

E, na lição do mestre Pacelli, explica que como se trata de medida de inegável gravidade, limitativa da liberdade de locomoção, ainda que somente em período noturno e nas folgas do trabalho, pensamos que o tempo de seu cumprimento deve ser levado à conta da detração da pena, como se tratasse de verdadeira prisão provisória, nos termos, portanto, do art. 42 do Código Penal. Assim, inclusive em prestígio do princípio basilar do *favor rei/libertatis*, preferimos nos filiar ao entendimento favorável à aplicação da detração nas medidas cautelares diversas da prisão, visto que “estar preso” não corresponde necessariamente a “estar sob custódia do Estado” (2013, p. 502-503).

Assim, verifica-se, conforme grande parte da doutrina, que é cabível a detração em algumas das medidas cautelares diversas da prisão, compatibilizando sua aplicação com os princípios já abordados no presente trabalho.

7 Conclusão

Por todo o exposto, verificamos ser cabível a detração, pois, apoiado na proporcionalidade e na vedação do *bis in idem*, o indivíduo não pode ter privada a sua liberdade pelo Estado e não haver qualquer compensação em seu favor. A questão ganha relevo quando o réu for submetido às medidas alternativas de prisão domiciliar ou ao monitoramento eletrônico, porque essas se aproximam de medidas privativas de liberdade consideradas penas pela legislação. O tratamento dado pela doutrina e pela jurisprudência deve ser analisado com cautela, pois a detração penal dá efetividade a princípios constitucionais e no momento que sua aplicação não é considerada, todo o ordenamento jurídico estará sendo prejudicado.

Conforme o art. 42 do Código Penal, e o que pensa a doutrina e a jurisprudência, podemos afirmar que a detração penal incide quando decorre de prévia privação de liberdade, todavia, quando se trata compensação da imposição das medidas cautelares alternativas à prisão, a lei e a jurisprudência são omissas e, diante dessa omissão, é preciso socorrer-se a hermenêutica, a analogia, verificar os princípios do nosso ordenamento jurídico, e principalmente fazer uma interpretação conforme a Constituição Federal.

A Lei nº 12.403/2011, ao criar novas medidas cautelares, permitiu a possibilidade de se aplicar medidas menos gravosas que a prisão. No entanto, é inegável que as cautelares alternativas reduzem em algum grau a liberdade do indivíduo, até porque a medida cautelar penal tem o exato objetivo de diminuir

a liberdade do indivíduo para que ele não interfira na persecução penal, e a lei deve ser lida conforme princípios e valores constitucionais. Considerando todos os princípios expostos no presente trabalho, dentre vários outros descritos na Constituição Federal, enquanto não existir norma expressa tratando do tema, o juiz, ao deparar-se com uma pessoa que tenha tido sua liberdade restringida por uma cautelar, deve aplicar o instituto da detração penal, mas por óbvio analisando caso a caso, pois somente com o caso concreto poderá visualizar se a compensação de penas se mostra funcional. A detração é uma possibilidade de desconto da pena se a medida aplicada restringir a liberdade do indivíduo, ou se no caso a restrição for de direitos, deverá ser analisada com a pena que ao final será aplicada na sentença.

Portanto, é visível a possibilidade de aplicação da detração nas medidas cautelares diversas da prisão, mas não deve ser um cabimento cego, e sim uma análise que deverá ser feita pelo magistrado conforme o caso concreto, com base em tudo o que foi demonstrado, principalmente em uma hermenêutica voltada a dar primazia à Constituição Federal e com base na analogia, nos princípios constitucionais, penais e processuais penais, todos em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

TITLE: Jail credit and provisional remedies other than imprisonment – possibility of application.

ABSTRACT: This article deals with the various provisional remedies other than imprisonment brought by Law no. 12,403/2011, which amended the Code of Criminal Procedure and strengthened what was already inserted in our Federal Constitution – imprisonment should always be the last measure, for it is too extreme; therefore, judges will have to prioritize the application of one of the provisional remedies or, depending on the recorded case, more than one. Such measures, introduced in the Code of Criminal Procedure, have brought many inquiries in the legal environment, such as whether to use the institute of jail credit is admissible, computing in the sentence of the convict the time of the provisional remedies other than imprisonment, since the law amending the code brought nothing about the subject, and the Penal Code mentions nothing either. This text brings an analysis of jail credit and provisional remedies, and aims at affirming that there is compatibility in applying jail credit in some of these measures, based on constitutional criminal procedure.

KEYWORDS: Jail Credit. Provisional Remedies Other than Imprisonment. Imprisonment.

Referências Bibliográficas

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal*. São Paulo: JH Mizuno, 2012.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 3.109/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, Rel. p/o Acórdão Min. Vicente Leal, Sexta Turma, j. 28.03.95, DJ 24.06.96.
- _____. _____. RHC 17.501/SP, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, j. 23.8.2005, DJ 06.03.06.
- CAPEZ, Fernando. *Direito penal*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007.

- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DELMANTO, C.; DELMANTO, R. et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DOTTI, R. A. *Curso de direito penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Impetus.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1999.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Niterói: Impetus.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.
- MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: RT, 2009.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.