



DETRAÇÃO DA PENA NO CASO DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

PENALTY PULL IN THE CASE OF DIVERSE APPLICATIONS OF CAUTION MEASURES IN PRISON

Bárbara Negrini¹

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo conduzir o leitor a uma reflexão acerca da possibilidade de aplicação do instituto da detração de pena nos casos em que houve no curso do processo a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Penal ao réu. Para tanto, foi realizada uma análise qualitativa de dados embasada no entendimento de alguns juristas contemporâneos acerca do assunto, bem como jurisprudências que abordam o tema. Tais análises permitem ao leitor a reflexão acerca do que preceitua o princípio do *ne bis in idem*, e a prática jurídica nos casos mencionados, de modo que ele percebam e ventilem a possibilidade da aplicação do instituto da detração nas hipóteses analisadas.

Palavras-chave: Detração; Pena; Medida; Cautelar; Princípio.

ABSTRACT: The current study aims to conduct the reader to a reflection over the possibility of the institute's application of the penalty pull on cases that happened on the course of the diverse caution measures application in the prison settled on the article 319 of the Penalty

¹ Graduada em Direito pela PUC/MG com especialização Lato Sensu em Direito Público pela mesma universidade. Especialista Lato Sensu em Gestão Pública e em Ensino de Sociologia no Ensino Médio pela UFSJ. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela rede LFG. Atualmente estagiária de pós-graduação do Ministério Público de Minas Gerais. E-mail: barbaranegrini.adv@gmail.com

Process Code for the defendant. In order to accomplish this reflection, a qualitative analysis of data was done, based on the comprehension of some contemporary jurists about this subject, such as the jurisprudence that approach the theme. The analysis allow the reader the reflection over what determines the principle of *ne bis in idem*, and the juridical practice on the mentioned cases, on way that it is realized and discussed the possibility of the institute's application on the analysed hypothesis.

Keywords: Pull; Penalty; Measure; Caution; Principle.

INTRODUÇÃO

Tratar da detração no Direito Penal quando ventilamos a hipótese de sua aplicação aos casos em que houve utilização de medidas cautelares diversas da prisão ao réu no curso do processo é um tanto quanto delicado, considerando a diversidade dos posicionamentos existentes a esse respeito.

No entanto, o estudo do tema se faz pertinente por haver entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de detração de pena quando da aplicação de prisão domiciliar prevista no art. 317 do Código de Processo Penal e por não haver o mesmo entendimento em caso de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do mesmo dispositivo.

De início, encontra-se esboçado o conceito básico do instituto da detração e em seguida, foi realizado um comparativo entre os aspectos da prisão domiciliar do art. 317 do CPP e do art. 118 da LEP, bem como das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art.319 do CPP.

O objetivo é analisar se há ou não a violação do princípio do *ne bis in idem*, diante da não aplicação da detração da pena nos casos em que foram utilizadas medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP).

Deste modo, a luz do princípio do *ne bis in idem*, trataremos do entendimento jurisprudencial brasileiro contemporâneo acerca do assunto, refletindo se é juridicamente possível pensar em detração da pena quando da decretação de medidas cautelares diversas da prisão no curso do processo.

1. DETRAÇÃO DE PENA NAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

O instituto da detração, previsto no art. 42 do Código Penal, traduz a ideia de que será 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 qualquer dos estabelecimentos penais pátrio ou em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado. (CURY, 2014).

Detração,

Trata-se de um incidente de execução, previsto no art. 66, III, c, da LEP. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, será expedida guia de recolhimento para dar início ao processo de execução. Em seguida, procede-se ao cálculo de liquidação das penas impostas em diferentes processos, somando-as (curso material) ou unificando-as (crime continuado ou curso formal, conforme o caso). Obtido o total a ser cumprido, desconta-se o tempo da prisão provisória. (...). A prisão provisória não é punição, mas instrumento auxiliar de tutela jurisdicional. (...). **É por essa razão que, nos casos em que for decretada a prisão preventiva, esse tempo será descontado da futura pena privativa de liberdade, evitando-se dupla apenação pelo mesmo crime.** (CAPEZ, 2012, p. 428). Grifo nosso.²

No mesmo sentido, Dotti (2002), aduz que:

A detração visa impedir que o Estado abuse de poder-dever de punir, sujeitando o responsável pelo fato punível a uma fração desnecessária da pena sempre que houver a perda da liberdade ou a internação em etapas anteriores à sentença condenatória. (DOTTI, 2002, p. 605).

É bastante questionável a aplicação do instituto da detração³ nos casos de utilização de medidas cautelares diversas da prisão ou ainda de sua inaplicação a referidos casos, pois de acordo com Guéye (2016, p.45), embora a lei 11.403/2011 tenha trazido a existência as medidas cautelares diversas da prisão que trazem restrição e até mesmo privação do direito de

² Foram encontradas e analisadas duas decisões (HC 411.210/SC e HC 387.673/SC) que tiveram como relator o Ministro Ribeiro Dantas em que foi julgado improcedente o pleito pela detração de pena referente ao período em que vigoraram ao réu medidas cautelares diversas da prisão aplicadas de forma cumulativa, sendo dentre elas constava o recolhimento domiciliar noturno e aos finais de semana e feriados, os argumentos utilizados nas respectivas decisões, é o seguinte: “O pleito de detração relacionada com o recolhimento domiciliar não foi objeto da impetração de origem, o que impede a análise da matéria por este Superior Tribunal, sob pena de supressão de instância”, tendo em vista que tal pedido em princípio, deveria ter sido apresentado ao Juízo da execução penal.

³ “É um instituto necessário para que o apenado não permaneça preso por um tempo maior do que deveria, não incidindo, então, no *bis in idem* (duas sanções para o mesmo fato)”. (VIANA apud TENÓRIO, 2014, p.55).

liberdade ao réu, ela não faz “referência à possibilidade de ser realizada a detração penal das medidas cautelares pessoais diversas da prisão”.

Corroborando ainda com referida ponderação, de acordo com Magalhães (2011, p. 234-235), “Para os casos em que o réu for submetido, por exemplo, à prisão domiciliar ou monitoramento eletrônico durante a instrução, a lei não prevê desconto na pena final, o que parece injusto”.

No mesmo sentido, Bottini (2013), acrescenta que:

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. (BOTTINI, 2013).

Bottini (2013), ainda traz à baila a ideia de que ainda que a pena cominada ao final do processo tenha natureza distinta da medida cautelar diversa da prisão “o tempo descontado não poderá ser o mesmo, mas é possível construir pela jurisprudência uma fórmula que permita deduzir proporcionalmente – com base na razoabilidade”.

Diante disso, foram elencadas, na oportunidade duas correntes acerca do assunto.

A primeira corrente, sob a qual tem prevalecido o entendimento jurisprudencial⁴, consigna que não há possibilidade de detração quando da decretação de medidas cautelares diversas da prisão por ausência de previsão legal, exceto em caso de internação provisória, prevista no art. 319, VII do CPP⁵. (CAPEZ, 2012, p. 430).

Nesse sentido, o jurista Fernando Capez (2012), aduz que a própria nomenclatura “medidas cautelares diversas da prisão” não deixa margem para que se interprete cabível o instituto da detração em referidos casos.

⁴ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, caminha no entendimento de que “(...) A monitoração eletrônica, por expressa previsão do art. 319, IX, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, é definida como “medida cautelar diversa da prisão”, o que por óbvio não se adequa ao termo “prisão provisória” constante do art. 42, do Código Penal, sendo impossível, portanto, a detração. (...)”. Tendo se manifestado nesse sentido nas Apelações Criminais n. 1.0024.13.191797-3/001, n. 1.0024.13.268248-5/001.

⁵ “EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A legislação de regência não prevê a detração para as medidas cautelares diversas da prisão. 2. No caso, diante da ausência de previsão legal e por não consistir o recolhimento domiciliar noturno em efetivo comprometimento do direito de locomoção do acusado, como ocorre nas hipóteses legais, não é possível a detração do período em que o paciente esteve sujeito à medida cautelar em apreço. 3. Ordem denegada”. (BRASIL, Habeas Corpus 402.628/DF, 2017).

Capez (2012, p. 429), reforça que a redação é clara, indicando que medidas cautelares não são espécie de prisão provisória e sim restrições que acompanham a liberdade provisória.

No entanto, “em um caso, porém, pese embora a sofrível técnica legislativa empregada, não há como negar a detração. Estamos falando da internação provisória, prevista no art. 319 do CPP”. (CAPEZ, 2012, p. 430)⁶.

No mesmo sentido, Masson (2012), Grecco (2011), Fabbrini e Mirabete (2012, p.253)⁷, aduzem que a prisão computada na detração é a prisão processual, oriunda de flagrante em delito, prisão temporária ou prisão preventiva, computando-se ainda em virtude de razões humanitárias o período em que o condenado esteve internado em virtude de medida de segurança.

A distinção é relevante porque no caso das medidas cautelares não cabe detração penal, ao passo que na prisão preventiva domiciliar ela é admissível, já que se trata de prisão provisória. Cumprida fora do estabelecimento carcerário, mas ainda prisão provisória, não se confundindo com as medidas cautelares, que são diversas da prisão (cf. redação do art. 319, caput, do CPP). (CAPEZ, 2012).

A segunda corrente, de outro modo, compreende haver possibilidade da aplicação do instituto da detração, nos casos em que as medidas cautelares diversas da prisão aplicadas tenham sido da mesma natureza que a pena imposta pela sentença penal condenatória.

A esse respeito, Cunha e Pinto (2017), preceituam que:

(...). Suponha-se, (...) que como medida diversa da prisão, tenha lhe sido imposta a proibição de frequentar determinados lugares (art. 319, inc. II). Condenado recebe uma pena restritiva de direitos⁸, consiste exatamente na ‘proibição de frequentar determinados lugares’, nos termos do art. 47, inc. IV do Código Penal. Aqui, então, merecerá o favor legal da detração. (CUNHA; PINTO, 2017, p. 871).

⁶ Desta forma, o prazo de internação provisória é descontado em sede de execução penal, uma vez que o próprio art. 42 do Código Penal admite referida possibilidade.

⁷ Embora referidos juristas não mencionem a possibilidade de aplicação da detração em outros casos de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão que não a medida de internação, eles fazem uma ponderação importante acerca da detração em caso de prisão processual no curso do processo e ao final do processo condenação em penas restritivas de direitos, aduzindo acerca da detração que “Inexplicavelmente, a lei não se refere expressamente à contagem nas penas de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana do tempo de prisão provisória. Entendemos, porém, que deve se reconhecer a detração penal nessa hipótese, por medida de equidade. Assim, se esteve o sentenciado preso preventivamente por três meses, tal prazo deverá ser descontado, por exemplo, dos quatro meses de limitação de fim de semana ou de prestação de serviços à comunidade que lhe forem aplicados em substituição à pena privativa de liberdade” (MIRABETE, FABBRINI, 2012, p. 254). (Grifo nosso).

⁸ “Diferença entre penas alternativas e medidas alternativas: medidas alternativas são soluções processuais ou penais para evitar o encarceramento cautelar provisório (...) Diferem das penas alternativas porque não constituem penas, mas opções para evitar a persecução penal e, por conseguinte, a imposição de pena privativa de liberdade, por sentença judicial”. (CAPEZ, 2012, p. 435).

Entendem, ainda, os mesmos juristas, não ser cabível a aplicação da detração, se a medida cautelar diversa da prisão tiver sido por exemplo a proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, IV do CPP), e ao fim do processo, se o réu vier a ser condenado a uma pena de detenção ou reclusão. (CUNHA; PINTO, 2017, p. 871).

Em suma: se ao final do processo for aplicada uma pena corporal, de natureza diversa a medida cautelar, o condenado não fará jus à detração. Já se a medida cautelar for da mesma natureza da pena imposta pela sentença penal, a detração se impõe⁹. (CUNHA; PINTO, 2017, p. 871).

Para Nucci (2014, p. 279), medidas cautelares diversas da prisão consistem na restrição antecipada à liberdade individual. “Algumas possuem maiores limitações que outras e, sob tal enfoque, entendemos deva ser apreciada a viabilidade de detração”.

Nucci (2014), prossegue:

Não se pode compensar com a pena privativa de liberdade, aplicada na sentença, toda e qualquer medida cautelar alternativa, pois seria despropositado. Imagine-se a imposição de não se ausentar da Comarca sem autorização judicial, perdurando por dois anos (durante o trâmite do processo), a ser descontada na pena de dois anos de reclusão: o acusado nada cumpriria e o objetivo punitivo perderia toda a essência. Note-se que a condenação a dois anos de privação de liberdade é totalmente diversa da restrição de ir e vir aplicada como cautelar. Por outro lado, se a medida consistir em não frequentar determinados lugares e, após, a condenação se baseie em idêntica penalidade (art. 47, IV, CP), parece-nos justo aplicar a detração, valendo-se de analogia in bonam partem. (NUCCI, 2014, p. 279).

Nesse sentido, mesmo que de forma isolada, o julgamento do HC 380.369/DF em sede do Superior Tribunal de Justiça, abre precedente para nossa discussão tendo em vista o havido entendimento em primeira instância de que é cabível o instituto da detração quando da aplicação de medida cautelar diversa da prisão, decisão mantida pelo STJ.

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

⁹ Entre as penas alternativas, estão a limitação de fim de semana (Art.43, VI do CP) e proibição de frequentação a determinados lugares (Art.47, IV, do CP), ambas ora mencionadas possuem idênticas às medidas cautelares diversas da prisão que podem ser impostas o réu no curso do processo, previstas no art.319, II e V).

elencadas no artigo 42, do CP. Entretanto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem. 2. Habeas corpus não conhecido, mas concedido de ofício para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do DF, que deferiu o pedido apresentado pela defesa do paciente para que o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno fosse computado para fins de detração da pena. (BRASIL, 2017). Grifo nosso.

Desta feita, considerando que ainda não houve manifestação do STF a esse respeito, resta evidente a nebulosidade quanto aos casos em que se admite a aplicação do instituto da detração quando da aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, tendo em vista que a jurisprudência pátria não firmou entendimento sobre o assunto.

1.1 Da prisão domiciliar e das medidas cautelares diversas da prisão

Para aprofundar a análise proposta, ora se faz importante diferenciar a prisão domiciliar prevista no art. 318 do CPP e a prisão domiciliar prevista no art. 117 da LEP, tudo de modo a dirimir eventual confusão, tendo em vista se tratar de institutos diferentes, que, porém, possuem a mesma nomenclatura.

Nos dizeres de Pinto e Cunha (2017, p. 863), a prisão domiciliar prevista no Código de Processo Penal tem caráter eminentemente provisório, de cunho processual, e entre suas características, os juristas apontam que é “(...) precária, cautelar, capaz de substituir a prisão preventiva nas hipóteses em que é cabível”.

Doutro modo, a Lei de Execuções Penais, prevê uma modalidade de prisão penal que também é chamada de prisão domiciliar (art. 117), no entanto, esta se refere a prisão pena e pressupõe o trânsito em julgado da condenação, substituindo o famoso albergue, quando o regime de cumprimento de pena é aberto¹⁰.

Ainda acerca das distinções entre referidos institutos, a prisão domiciliar prevista no art. 318 do Código de Processo Penal, pode ser utilizada para que se substitua a prisão preventiva pela domiciliar, abrangendo de forma não cumulativa:

(...) I - maior de 80 (oitenta) anos¹¹; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave¹²; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6

¹⁰ “Regimes penitenciários: (...) c) Aberto: trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em Casa do Albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga”. (CAPEZ, 2012, p. 387).

¹¹ Tal possibilidade não constitui um direito subjetivo do réu ou investigado, sendo necessária apreciação do Juízo. A esse respeito, Pinto e Cunha (2017, p. 866) aduzem que: “O agente pode contar com mais de 80 anos de idade e, apesar disso, representar sério risco à paz social, em virtude de seus antecedentes, da espécie de crime que pratica etc.” Se considerarmos na hipótese o art. 117, I, da LEP que exige setenta anos para a benesse ao

(seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante¹³; V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos¹⁴; VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

O parágrafo único do mesmo artigo, estabelece que o juiz exigirá prova dos requisitos previstos nos incisos para que se concretize a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, impedido que tal instituto seja utilizado para que ocorra na realidade uma forma com que o réu se furte do cumprimento de suas responsabilidades criminais.

Diferenciados os institutos, retomemos, portanto, o objetivo chave do presente que é tratar das semelhanças entre as condições existentes quando da prisão domiciliar do art. 318 do CPP e das condições das medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do mesmo dispositivo.

De acordo com Nucci (2014), a prisão domiciliar do art. 317 CPP:

(...) introduziu-se, pela Lei 12.403/2011, uma particular e excepcional situação para o cumprimento da prisão preventiva, recolhendo-se o indiciado ou acusado em seu próprio domicílio. A entrada e saída de casa deve dar-se mediante autorização judicial prévia. O novel instituto não causa surpresa, pois até mesmo a pena, em regime aberto, tem sido cumprida em domicílio, em face da prisão albergue domiciliar. Entretanto, não se deve vulgarizar a prisão cautelar, a ponto de estender a todos os acusados, mesmo fora das hipóteses deste artigo, a prisão em domicílio, sob pena de se desacreditar, por completo, o sistema penal repressivo. (NUCCI, 2014, p. 277).

No entanto, as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), aplicadas isolada ou cumulativamente, também possuem características que efetivamente cerceiam a liberdade do réu no curso do processo.

(...) é imperioso observar que diminuir o dano não significa extinguir o dano, mesmo que sejam mais brandas, essas medidas ainda restringem alguns direitos do acusado, causam constrangimentos e acarretam problemas. Ou seja, tem consequências

preso condenado caminharíamos sem dúvida a uma outra discussão que envolveria o princípio da isonomia, porém não é o tema ora proposto.

¹² “A substituição de prisão preventiva pela domiciliar exige comprovação de doença grave, que acarrete extrema debilidade, e a impossibilidade de se prestar a devida assistência médica no estabelecimento penal”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**, Brasília, n. 32, de 15 de abril de 2015).

¹³ Independente do lapso temporal da gravidez.

¹⁴ Essa possibilidade também não é compreendida como um direito subjetivo, sendo necessária a comprovação da alegação. Ademais, “Não podem receber o benefício as mulheres que cometeram crimes violentos ou mediante ameaça. E, ainda, mulheres que cometeram crimes contra algum filho ou aquelas que perderam a guarda da criança por algum outro motivo que não seja a prisão. A medida também não atinge, por exemplo, uma mulher que tem filho, mas nunca conviveu ou cuidou dele”. (BRÍGIDO, 2018).

semelhantes às apresentadas nas prisões cautelares, mas de uma maneira menos gravosa. (KARAM apud TENÓRIO, 2014, p.56).

Nesse aspecto, interessante ressaltar que o que afasta a aplicação do instituto da detração aos casos em que houve decretação de medidas cautelares diversas da prisão não é apenas a distinção topográfica no aspecto legal, mas também respectiva nomenclatura, considerando que na primeira, o legislador taxativamente esboça o termo “prisão domiciliar” e na segunda traz “medidas cautelares diversas da prisão”.

Ainda assim, não há que se pensar friamente em uma leitura conjectural da norma, restringindo a interpretação e esboçando níveis altíssimos de legalismo, quando o necessário e esperado é que os juristas realizem uma análise ponderada entre as condições fatidicamente impostas ao réu, compreendendo aquilo que lhe foi limitado mesmo que cautelarmente, para assim pensar em decisões ou posicionamentos que reflitam, de fato o princípio do *ne bis in idem* e o princípio da proporcionalidade em eventual apreciação de pedido de detração de pena na execução penal.

De acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho citado por Pinto e Cunha (2017):

(...) o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à ‘a legalidade da inteira repressão’, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta. (CUNHA; PINTO, 2017, p. 870).

Reconhece-se, portanto, que a liberdade da pessoa está “em jogo” desde que iniciado o processo, ainda mais quando são aplicadas medidas cautelares diversas da prisão.

Ocorre que entre as medidas cautelares diversas da prisão estão estabelecidas limitações ao direito de ir e vir do processado (vide art. 319, II, IV, V, VII, IX do CPP), restrições estas que visam limitar os locais frequentados, proíbem que o réu se ausente da comarca, preveem recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, internação provisória e monitoração eletrônica.

A esse respeito, Jesus (1983, p.604) aduz que “Condenação é o ato do juiz através do qual impõe uma sanção penal ao sujeito ativo de uma infração”.

Diante disso, não poderíamos considerar as medidas cautelares diversas da prisão um adiantamento da condenação?

Ora, pois qual a razão das medidas cautelares diversas da prisão não serem consideradas para aplicação do instituto da detração referente ao período em que vigoram? Elas não teriam, portanto, caráter limitador às faculdades de ir e vir do réu?

Nesse sentido, o jurista Moraes da Rosa (2016, p. 321), já tem se manifestado

reconhecendo a necessidade de criação de mecanismo de equivalência, fazendo com que se deva reconhecer, analogicamente, em favor do acusado, modalidade de redução da pena.

Sendo assim, não podemos ignorar, portanto, para a presente análise que já há entendimento firmado de que o período de medida cautelar de internação compulsória possibilita a detração no *quantum* fixado na medida de segurança ou pena aplicada ao final do processo (em conformidade com o art. 42 do Código Penal).

Pois então, o que diferenciaria a internação compulsória da limitação aos locais frequentados, de se ausentar da comarca, ou de recolhimento domiciliar noturno e em feriados?

O que impediria aos magistrados que ponderassem as limitações geradas ao réu no curso do processo para abater o período da vigência das medidas cautelares diversas da prisão em eventual incidente na execução penal?

Ora, pois, o condenado que se utilizou das medidas cautelares diversas da prisão são menos valorosos que aqueles que utilizaram-se da benesse legal de prisão domiciliar do art. 319 do CPP?

Não há que se justificar a aplicação da detração de pena nos casos de prisão domiciliar cautelar e internação provisória¹⁵ tendo em vista apenas as fragilidades dos réus nos casos em que a lei prevê essa aplicação, pois, não estariam os outros condenados que se submeteram às medidas cautelares diversas da prisão sofrendo limitação de liberdade deveras semelhante?

Pode até mesmo parecer forçosa a ideia aqui ventilada quando tratamos da aplicação isolada dos incisos II e IV do art. 319 do CPP que preveem restrição de que o réu frequente determinados locais e a proibição de ele se ausente da comarca, pois não há cerceamento total da liberdade do réu.

No entanto, haveria um argumento plausível para que não se aplicasse o instituto da detração ao menos nos casos de medida cautelar que prevê recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias e folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixo (aplicado de forma isolada ou cumulativa)?

¹⁵ “Aplicação provisória da medida de segurança: (...) o art. 319 do CPP, com a redação determinada pela Lei n. 12.403/11, trouxe um extenso rol de medidas alternativas à prisão, passando a prever a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (CP, art. 26) e houver risco de reiteração (inciso VII)”. (CAPEZ, 2012, p. 478).

Ora pois, não estaria aqui o réu tendo sua liberdade cerceada da mesma maneira que numa prisão domiciliar cautelar (art. 318 do CPP)?

1.2 Questões Princípiológicas

Diante do exposto, passemos, portanto, a refletir sobre o assunto considerando o princípio do *ne bis in idem*, na esfera penal¹⁶.

Dá-se que, diversamente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais, o brasileiro não prevê expressamente o princípio *ne bis in idem* em nenhum de seus dispositivos nacionais, sendo, neste sentido, uma construção de caráter doutrinário e jurisprudencial” (OLIVEIRA, 2012).

No entanto, a adoção desse princípio é pacificada pelos tribunais pátrios. Nas palavras de Maia (2005, p. 25), o princípio do *ne bis in idem* consiste na “(...) proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*) ”.

O próprio art.8º do Código Penal, *in verbis* traz que “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”, revelando em si o instituto da detração num caso específico.

Diante disso, haveria equidade, proporcionalidade e razoabilidade na decisão judicial que não admite a detração da pena nos casos em que houve aplicação das medidas cautelares diversas da prisão quando estas tinham as mesmas características da pena cominada ao final do processo?

Ou ainda, há proporcionalidade em não ser admitido o instituto da detração quando aplicadas medidas cautelares diversas da prisão que cerceiam a liberdade do réu independente da pena cominada ao final do processo?

Ora pois, nas palavras de Fabbrini e Mirabete (2012), o princípio da proporcionalidade, é exigida uma proporção entre o desvalor da ação, a conduta praticada e a sanção, de forma equilibrada.

No mesmo sentido, de acordo com Guedes citado por Astro (2006), para caracterizar o *ne bis in idem*, “há a necessidade de coexistirem dois elementos, a dizer: a mesma causa de pedir, e identidade de réu. E só! ”

16 “A ideia básica do *ne bis in idem* é que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato. Já foi definida essa norma como princípio geral de direito, que, com base nos princípios da proporcionalidade e coisa julgada, proíbe a aplicação de dois ou mais procedimentos, seja em uma ou mais ordens sancionadoras, nos quais se dê uma identidade de sujeitos, fatos e fundamentos [...]”. OSÓRIO *apud* ASTRO (2006).

O princípio do *ne bis in idem* não visa apenas trazer segurança jurídica para as decisões, mas também impedir a ocorrência de duplo “castigo” em razão de uma mesma causa.

Nas palavras de Sant’Ana (2016),

Sendo a Lei n. 12.403/2011 silente a respeito do referido desconto na pena final, há uma desconsideração ao princípio da proporcionalidade e da vedação do *bis in idem*, sob o ponto de vista de que a medida cautelar, mesmo que diversa da prisão, compromete o status libertatis do acusado antes do julgamento e trânsito em julgado da sentença. (SANT’ANA, 2016).

A autora prossegue:

(...) Para reafirmar a hipótese de atenuar a pena quando não couber a detração, o artigo 66 do Código Penal, traz a circunstância atenuante inominada, ao expor: ‘a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei’. Quis deixar claro, o legislador, o caráter facultativo dado ao magistrado no momento do julgamento, vez que poderá atenuar a pena por qualquer circunstância independente de sua previsão legal, vindo beneficiar o réu e garantir uma correta individualização da pena. (SANT’ANA, 2016). Grifo nosso.

Nos parece que a menção ao art. 66 do Código Penal a esta altura é um tanto quanto forçosa, tendo em vista que faz parte das circunstâncias atenuantes analisadas pelo juiz quando da fixação da pena e não quando da análise de pedidos no bojo da execução penal.

No entanto, difícil ignorar o entrave existente entre a aplicabilidade ou inaplicabilidade do instituto da detração quando aplicadas as medidas cautelares diversas da prisão no curso do processo, tendo em vista o princípio do *ne bis in idem*, a pluralidade de posicionamento dos juristas contemporâneos e também dos tribunais, vez que o STF ainda não se pronunciou acerca do tema em comento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No correr da presente análise, fica claro que o instituto da prisão domiciliar prevista nos art. 317 do Código de Processo Penal tem caráter de uma medida provisória, assim como as condições das medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas no art. 319 do CPP.

As análises aqui propostas, nos permitem claramente diferenciar a prisão domiciliar cautelar (CPP) da prisão domiciliar pena (LEP), permite ainda considerar a existência das

limitações de liberdade de ir e vir do réu existentes tanto na prisão domiciliar cautelar quanto nas medidas cautelares diversas da prisão e ainda na prisão domiciliar pena.

E ainda, não de ser consideradas as idênticas limitações existentes nas penas restritivas de direitos de limitação de fim de semana (Art.43, VI do CP) e proibição de frequência a determinados lugares (Art.47, IV, do CP), e as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art.319, II e V.

No entanto, nem ao menos quanto às condições idênticas retro mencionadas nas medidas cautelares e na pena definitiva, há entendimento unânime pelos juristas no que tange possibilidade de detração, como esboçado por Cunha e Pinto (2017), Guéye (2016), Bottini (2013), Magalhães (2011) e Nucci (2014).

Diante disso, e das decisões jurisprudenciais, não podemos nos desvincular totalmente dos posicionamentos de juristas como Capez (2012), Grecco (2011), Masson (2012) e Mirabete e Fabbrini (2012) que apenas aduzem a possibilidade de detração na medida cautelar de internação provisória.

Ainda é preciso considerar as decisões dos tribunais mineiros que caminham no sentido de não aplicação da detração nos casos de medidas cautelares diversas da prisão e também considerar que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre o assunto.

No entanto, a questão ainda precisa ser maturada pelos juristas tendo em vista os poucos pleitos judiciais pelo reconhecimento do instituto da detração quando da aplicação de medidas cautelares e também pela omissão legislativa, que poderia conduzir a uma analogia *in bonam partem*, como mencionado por Sant'Ana (2016).

A reflexão ora proposta, conduz a uma análise profunda quanto a uma possível violação dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, equidade e do *ne bis in idem* pela não utilização do instituto da detração quando da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, ou ao menos daquela em que fixa ao réu o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias e folga, independentemente do tipo de pena cominado ao final do processo quando da condenação.

Pois, é indistinto se o réu ao final do processo foi condenado à cumprimento de pena inicialmente em regime fechado, semi-aberto ou aberto, ou ainda a pena restritiva de direito com condição idêntica àquela cumprida em medida cautelar diversa da prisão.

Fato é que ao menos no caso do art. 319, V do CPP aplicado isolada ou cumulativamente o réu estava na realidade cumprindo basicamente as mesmas condições de um réu que está em prisão cautelar domiciliar ou de um condenado que cumpre pena em regime domiciliar.

Portanto, é evidente que diante de um incidente na execução penal com pedido de reconhecimento de detração quando aplicadas medidas cautelares diversas da prisão no curso do processo, o juiz deve considerar o tempo de vigência da medida cautelar que impõe limitação à liberdade do condenado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a fim de observar os princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal em sua decisão.

REFERÊNCIAS

ASTRO, Júlio Cezar da Silva; SILVA, Luzia Gomes da. Proibição da múltipla persecução penal no sistema jurídico-constitucional brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10322&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BITENCOURT, C. R. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MEDIDAS CAUTELARES PENAS (LEI 12.403/11) Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**, [S.l], ano 1, v. 1, n. 1, Jun. 2013. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7152>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**, Brasília, n. 32, de 15 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2032%20-%20PRIS%C3%83O%20PREVENTIVA.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 380.369/DF. Relator: Ribeiro Dantas – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 387.673/SC, Rel. Relator: Ribeiro Dantas – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 mai. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465609566/habeas-corpus-hc-387673-sc-2017-0025738-4/inteiro-teor-465609578>> Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 402.628/DF. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 4 out. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514576973/habeas-corpus-hc-402628-df-2017-0134408-1/inteiro-teor-514576983>> Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 411.210/SC Relator: Ribeiro Dantas – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 fev. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/488759285/habeas-corpus-hc-411210-sc-2017-0195645-1?ref=topic_feed> Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. **Código De Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRÍGIDO, Carolina. **STF autoriza prisão domiciliar para grávidas e mães**. [S.l]: Globo, 2018. Disponível em:< <https://oglobo.globo.com/brasil/stf-autoriza-prisao-domiciliar-para-gravidas-maes-22416003> >. Acesso em: 1º de maio de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos**. Salvador: Juspodvim, 2017.

CURY, Rogério. **Detração penal e as medidas cautelares pessoais diversas da prisão - há compatibilidade?** [S.l]: Jusbrasil, 2014. Disponível em:< <https://rogeriocury.jusbrasil.com.br/artigos/112256228/detracao-penal-e-as-medidas-cautelares-pessoais-diversas-da-prisao-ha-compatibilidade?ref=serp>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Ímpetos, 2011.

GUÉYE, Maty Lice Brancher. **DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: comentários a respeito das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e seus fundamentos**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

JESUS, Damásio e. de. **Direito Penal**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1.

MAGALHÃES, Regina Esteves de. O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal. In: BALDEZ, Paulo de Oliveira Lancelotti (Coord). **O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. Disponível em:< http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_227.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2018.

MAIA, Rodolfo Tigre Maia. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Cient. ESMPU**, Brasília, a. 4 - n.16, p. 11-75 - jul./set. 2005. Disponível em:< <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/o-principio-do-ne-bis-in-idem-e-a-constituicao-brasileira-de-1988>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral – vol.1**. 6. Ed. Rev. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo – AC 1.0024.13.191797-3/001**. Relator: Kárin Emmerich, Diário de Justiça Eletrônico, Belo Horizonte, 13 nov.2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo – AC 1.0024.13.268248-5/001**. Relator: Corrêa Camargo. Diário de Justiça Eletrônico, Belo Horizonte, 13 mai. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral**, arts. 1º a 120 do CP. 28. Ed. Rev. E atual. Até 5 de janeiro de 2012. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 3. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. Da inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do código penal por violação ao princípio ne bis in idem. **Revista Quaestio Iuris**, [S.l],v. 5, n. 1, 2012. Disponível em:< <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9862> >. Acesso em: 10 mai. 2018.

SANT'ANA, Raquel Mazzuco. **Medidas cautelares diversas da prisão e a detração penal segundo a Lei 12.403/2011 e o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009**. [S.l]: 2016. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/tag/raquel-mazzuco-santana./>>. Acesso em:10 abr. 2018.

TENÓRIO, Olívia Coimbra Cerqueira. **Medidas alternativas à prisão cautelar**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília, 2014. Disponível em:< <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5567/1/20942140.pdf> >. Acesso em: 10 mai. 2018.