

As medidas cautelares diversas da prisão e a incidência da detração

São as medidas cautelares diversas da prisão, sendo que na sua aplicação pratica, não enxerga um tempo de duração con quanto o processo de formação de culpa e moroso, ficando o acusado submetido as tais medidas na prisão.

1. Das medidas cautelares

As medidas cautelares são institutos jurídicos de natureza assecuratória, que tem a finalidade de impor restrições a direitos pessoais e à liberdade de locomoção, daquele que responde ou responderá um processo penal, para garantir a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais

Todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção que estão previstas no Código de Processo Penal, antes do trânsito em julgado e a partir da lei 12.403/11, recebem a alcunha ou designação de medidas cautelares da prisão ou diversa desta. Não podem ser definitivas, mas sim vinculadas exclusivamente ao período e à necessidade de sua imposição, justamente para assegurar uma providência útil ao processo.

Estão previstas no Código de Processo Penal que, em verdade, foi regulamentado pela recente Lei nº 12.403/11 que entrou em vigor em 04 de julho de 2011 e organizou sistematicamente no bojo dos artigos 282 do Código de Processo Penal as medidas cautelares

A previsão legal do artigo 282 do Código de Processo Penal, que como dito em supra, fora alterada pela lei 12.403/11, trata-se das disposições gerais, das quais, servem de norte, conduzindo um modo operantes, em que estabelece critérios para aplicação das medidas cautelares.

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a

intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Pùblico, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar". (BRASIL, 2018)

Insta ressaltar que a previsão legal do artigo 282 do CPP, trata-se das medidas cautelares, incluindo as medidas de prisão, todavia, somente as medidas cautelares diversas da prisão será objeto deste estudo.

Tem-se como entendimento majoritário que as medidas cautelares, observando-se sua necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais¹. Ressalta-se que deve observar a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, para que aplique uma medida cautelar, conforme considerações estabelecidas pelo Código de Processo Penal em seu artigo 282.

2. Das medidas cautelares diversas da prisão

As medidas cautelares diversas da prisão objetivam atenuar os rigores da prisão em flagrante ou até mesmo substituir a prisão preventiva através das modalidades elencadas no art. 319 do código de processo penal. A maioria delas já estavam previstas em algumas das diversas normas do ordenamento jurídico. O aspecto inovador consiste em agrupá-las e utilizá-las como medidas cautelares processuais diversas da prisão.

O princípio constitucional da inocência, disposto no artigo 5º, LVII da Carta Magna, alicerça a aplicação das medidas cautelares que desviam a prisão, em respeito ao preceito fundamental que tal aplicação, quando em um Estado Democrático de Direito, ocorre em último caso.

O parágrafo 6º do art. 282 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de substituição de uma medida cautelar ensejadora de prisão preventiva, para uma medida cautelar diversa de prisão, eis que, como já mencionado, a prisão é entendida como última ratio, ou seja, que diante da solicitação de uma medida

¹ Não concordamos com tal posição, prevista no Código de Processo Penal, na dição legal do artigo 282, I, eis que trata-se de um serviço de futurologia, não podendo o magistrado, prever que o agente, poderá voltar a delinquir.

cautelar, o magistrado, em seu decreto, deve em tese, optar por uma medida cautelar diversa de prisão, diante da tamanha gravidade que é a medida cautelar. As medidas cautelares diversas de prisão tem a sua previsão legal no artigo 319 do mesmo código.

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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 inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - Fiança, nas infrações que admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - Monitoração eletrônica”. (BRASIL, 2018).

Insta pontuar que os mesmos critérios de verificação para aplicação de uma medida cautelar que se encontram positivados nos incisos I e II do art. 282 do código de processo penal, também deverão ser analisados quando da aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão, portanto, a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão do princípio da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação.

Nesse sentido Aury Lopes Junior², fundamenta que a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, é imprescindível para a aplicação das medidas cautelares, ainda que diversas da prisão.

2.1. Do dever de comparecimento periódico ao juízo

As medidas diversas da prisão do art. 319 do código de processo penal, inicia seus incisos com o dever de comparecimento periódico ao juízo.

O ilustre doutrinador Aury Lopes Júnior que conceitua tal medida como:

O dever de comparecimento periódico em juízo é uma medida consagrada nos sistemas português (art. 198) e italiano (art. 282), com a diferença de que, em ambos, é possibilitada a apresentação na polícia judiciária e “il giudice fissa i giorni e le ore di presentazione tenendo conto dell’attività lavorativa e del luogo di abitazione dell’imputato”. (LOPES JR 2016).

A Lei não estabelece um parâmetro quanto à periodicidade do comparecimento do imputado, deixando em aberto para entendimento do magistrado a preponderância de sua aplicação.

O juiz irá estabelecer o comparecimento mensal, semanal ou até mesmo, em certos casos que a necessidade de controle seja maior, poderá o magistrado determinar o comparecimento diariamente ao juízo.

O comparecimento periódico deve atentar para o horário da jornada de trabalho do imputado, de modo a não o prejudicar, afinal a medida cautelar deve ser aplicada com cautela quanto aos danos que podem causar, até mesmo no que tange à estigmatização social do indivíduo.

A ida cotidianamente confere ao magistrado um certo tipo de controle sobre os atos do imputado, além de ser um instrumento da tutela de eficácia da lei penal, sendo que este irá comparecer no período que fora estabelecido, deixando saber seu real paradeiro.

2.2. Da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

A segunda medida cautelar diversa da prisão é a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações.

Novamente Aury Lopes Junior³ ressalta que a medida como “a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, também de uso recorrente no direito estrangeiro, deve ser usada com muita prudência, pois não pode constituir uma pena de banimento”.

Quanto a sua natureza da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, pode-se dizer que é preventiva, pois evita ou pelo menos, busca evitar

² LOPES JÚNIOR, Aury.2016.

³ LOPES JÚNIOR, Aury. 2016.

que o agente cometa novos delitos da mesma natureza por frequentar locais que criem condições favoráveis para isso.

Por mais que aplicada proporcionalmente, as medidas cautelares diversas da prisão restringem a liberdade do imputado. Esta, em especial, deve ser aplicada observando, com prudência, a relação da proibição em frequentar determinado local com as circunstâncias relacionadas ao fato que originou tal medida.

2.3. Da proibição de manter contato com pessoa determinada

A terceira medida imposta é a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

Neste caso, a tutela pode ser individualizada ao ponto que o objeto acautelado pode ser discriminado com clareza, uma pessoa determinada de forma em que, o imputado fica restrinido de manter contato com pessoa determinada, em regra a vítima, testemunha ou até mesmo o coautor de um crime.

Quanto à eficácia, torna-se mais simples o controle, já que a própria pessoa acautelada informará caso o imputado descumpra a medida.

2.4. Da proibição de ausentar-se da comarca ou país

A quarta medida elencada é a proibição de ausentar-se da comarca ou do país ou quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Mais uma vez, pode-se perceber com facilidade a tutela da prova e consequentemente a eficácia da aplicação da lei penal em uma possível fuga como natureza da medida mencionada.

A medida é com certeza utilizada para minimizar risco de fuga e para tutela da prova, porém podendo-se incluir uma discussão com base na legitimidade da imposição da medida quando colhida a prova. Neste caso, desaparecia a situação fática legitimadora. O correto seria a revogação da mesma quando colhidas às provas necessárias, restando apenas o caráter assecuratório do risco de fuga do agente.

Não obstante a quarta medida sempre vem decretada com outra imposta, em que frequentemente é a medida cautelar diversa da prisão, inserida no inciso I, impondo ao imputado o comparecimento periódico ao juízo.

2.5. Do recolhimento domiciliar noturno

A quinta medida elencada é o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o acusado tenha residência e trabalho fixos.

Tal medida restringe a liberdade de ir e vir do imputado, sendo o controle e fiscalização do Estado perante o cumprimento da mesma o maior problema encontrado.

O mais comum, assim como várias, é que tal medida venha acompanhada com o monitoramento eletrônico, para assim gerar mais eficácia. Certamente seu

caráter assecuratório da aplicação da lei penal não restringe a proteção a prova e o risco de fuga.

Não podemos olvidar, sendo de suma importância apontar que o recolhimento domiciliar, não deve ser confundido com a prisão domiciliar, já que esta é uma alternativa à prisão, porém possui características próprias além de ser utilizada como pena definitiva e não como medida cautelar.

Como dito no tipo penal, é requisito que o acusado tenha residência e trabalho fixo, certamente pelo fato do recolhimento noturno se dar na própria residência do agente, sendo que durante o dia, o mais favorável seria que este estivesse trabalhando.

2.6. Da suspensão do exercício de função pública

A sexta medida positivada é a 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.

Neste caso, tal medida será aplicada quando se tratar de crimes econômicos ou aqueles praticados por servidores públicos no exercício da função.

A medida tem por objetivo impedir que aqueles que praticaram delitos valendo-se de uma condição especial sejam afastados da atividade de forma a impedir a perpetuação criminosa, algo a garantir a ordem pública, nos moldes que a conhecemos. Assim, fraudes cometidas no sistema financeiro ou outros casos de repercussão econômica, como crimes contra o meio ambiente, sistema tributário etc., podem ser evitados simplesmente retirando-se do acusado o acesso as facilidades proporcionadas por sua atividade Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti, Marco Antônio Ferreira Lima (2016).

Em contraponto, ao analisar a legislação, esta emerge que não há óbice à imposição da medida também a quem não ostenta a condição de funcionário público. Afinal, o art. 319, VI, do código de processo penal, além de contemplar a suspensão do exercício de função pública, insere também a suspensão de atividade de natureza econômica. E nesse âmbito parece possível incluir também o particular no exercício de sua profissão.

Avena⁴ afirmar que a medida cautelar supracitada acima:

“É uma medida extremamente gravosa, devendo ser cabalmente analisada sua aplicação. Tem como pressuposto a existência da relação entre a prática criminosa e a função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira, não sendo admissível sua decretação quando a prática criminal não demonstrar tais vínculos”.(AVENA 2018).

2.7. Da Internação Provisória

⁴ Avena 2018

O inciso VII do código de processo penal traz a medida cautelar que impõe a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi -imputável e houver risco de reiteração.

Neste caso, o legislador estabeleceu três requisitos cumulativos para que a medida pudesse ser aplicada, quais sejam que; o crime fosse cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, que fosse demonstrada através de perícia a inimputabilidade ou a semi-inimputabilidade do agente e um possível risco de reiteração criminosa.

Não obstante, deve pautar-se que tal medida, não tem uma previsão temporal, ou seja, por qual período a medida será imposta, sendo uma problemática de extrema delicadeza, em que faltou-se um critério temporal, a fim de restringir a duração da medida.

Outra problematização relevante com relação a internação é a mensuração correta da insanidade do agente, já que a avaliação psíquica é posterior à época dos fatos. Sendo assim, a mesma não é objetiva como um laudo toxicológico por exemplo, mas completamente subjetiva gerando grande discussão na ceara jurídica com a psiquiatria.

2.8. Da fiança

A penúltima medida taxada no art. 319, VIII estabelece a fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

O instituto da fiança é tido como regra no ordenamento jurídico, isso porque a própria Constituição Federal ou a legislação processual penal trará as exceções dos casos afiançáveis.

Com relação às exceções da aplicabilidade da fiança como medida cautelar, o art. 323 do código de processo penal foi ao encontro ao exposto no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV da Constituição Federal, estabelecendo que não será concedida fiança nos crimes de racismo; nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; e nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”;

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - Nos crimes de racismo;

II - Nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - Nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (BRASIL, 2018).

A fiança, assim como as outras medidas cautelares diversas da prisão, pode ser aplicada cumulativamente com outra, desde que se trate de crime afiançável. Além disso, a mesma poderá ser aplicada a crimes que admitam ou não a decretação da prisão preventiva.

2.9.Do monitoramento eletrônico

Por sua vez, a última medida cautelar diversa da prisão elencada inciso IX do art. 319 do código de processo penal se trata do monitoramento eletrônico.

O monitoramento é uma forma de controle empregada em vários países, tanto como instrumento de tutela cautelar, em qualquer fase da investigação criminal, como também na execução penal, auxiliando no controle do apenado nas diferentes fases do sistema progressivo de cumprimento da pena.

Aury Lopes Jr. geralmente monitoramento eletrônico complementa a eficácia das demais medidas cautelares diversas, tais como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de se ausentar da comarca ou país e o recolhimento domiciliar.

Paralelamente aos parâmetros da medida cautelar, o ordenamento jurídico trouxe o monitoramento eletrônico na execução da pena. A diferença é que a Lei 7.210/1984 destina o monitoramento aos réus já condenados por decisão transitada em julgado, nos casos de saída temporária no regime semiaberto e de prisão domiciliar.

Assim como as demais medidas, o monitoramento também não tem uma delimitação de tempo para cumprimento. Dessa forma, caberá ao juiz proporcionizar a aplicação da medida de acordo com a razoabilidade e a necessidade de sua aplicação.

Alexandre Moraes da Rosa⁵, traz em sua obra uma informação de suma importância sobre a medida do monitoramento eletrônico, “O conselho nacional de justiça resolveu determinar, através da resolução número 213 de 15/12/15 mais propriamente em seu art. 10, que a aplicação da medida de monitoramento deve ser excepcional, reforçando o entendimento da gravidade de sua aplicação”

Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa.

Parágrafo único. Por abranger dados que pressupõem sigilo, a utilização de informações coletadas durante a monitoração eletrônica de pessoas dependerá de autorização judicial, em atenção ao art. 5º, XII, da Constituição Federal”.(BRASIL, 2018).

Ao aplicar a medida baseada na resolução do CNJ, o magistrado deverá observar o parâmetro estabelecido, onde limita-se, para o deferimento, que o agente tenha cometido delito com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenados por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar, sempre quando não couber outra medida menos gravosa.

A relevância em se analisar o caso concreto para decretação da medida de monitoramento se baseia na preponderância do contexto processual para com o grau de necessidade da mesma.

A medida, apesar de seu alto grau de utilidade, deve ser imposta com cautela por este interferir enormemente na autonomia do agente, com toda certeza afetando vários direitos fundamentais.

De certa forma, é a intervenção do Estado em todos os atos do agente em contraponto com seus direitos à intimidade e privacidade, contudo, menos ofensiva que a reclusão total da liberdade do indivíduo.

⁵ Rosa, Alexandre Moraes da, Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos/ Alexandre moraes Rosa – 4ª ed. Ver. Atual. E ampl. Florianópolis.

O objeto de discussão sempre será a preponderância da limitação e interferência do Estado na vida social do agente e a retirada total de sua liberdade, apesar disso, não se macula a importância da atenção quanto a restrição e a intervenção do Estado nos direitos intrínsecos do indivíduo, qual não deixa de ser uma restrição a sua liberdade.

Além das medidas elencadas no art. 319 do código de processo penal, embora não se encontre arrolada pelo dispositivo legal, constata-se a existência de outra medida cautelar introduzida pela Lei nº 12.403/11 em seu art. 310, qual é a proibição de se ausentar do país.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Eugênio Pacelli⁶ afirma que:

Vê-se sua utilidade quando a risco de fuga e como medida alternativa da prisão preventiva. O ponto a ser observado pelo magistrado é a necessidade do deferimento do instituto e a sua frequência em sair do país, muitas vezes por atividades ligadas ao próprio desenvolvimento profissional. O método vem acompanhado do recolhimento do passaporte do agente no prazo de 24 horas (PACELLI, 2017).

Dessa forma, quando o magistrado na analise do caso concreto, verificando os requisitos da prisão preventiva, temporária e em flagrante, pode optar pela substituição as medidas privativas de liberdade pelas medidas elencadas no art. 319 do código de processo penal, eis que estar-se-á operando o princípio constitucional da inocência, disposto no artigo 5º, LVII da Carta Magna, onde todo indivíduo deve ser considerado inocente até que se tenha o transito em julgado, reforçando o pacto fundamental do Estado Democrático de Direito que prevê a prisão em última ratio.

3. Detração

O termo detração é originário do verbo detrair, que significa abater, descontar, diminuir. No âmbito penal, tem seu conceito estabelecido no art. 42 do Código Penal

“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”

⁶ (Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017).

Ademais a Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984, mais propriamente em seu artigo 66⁷, III, compete ao juiz da execução penal decidir sobre a aplicação da detração penal.

Ariel Dotti⁸ define a detração como:

“o abatimento na pena privativa de liberdade e na medida de segurança do tempo em que o sentenciado sofreu prisão provisória, prisão administrativa ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou mesmo em outro estabelecimento similar” (Dotti, 2006).

O art. 66, III da lei de execução penal conferiu ao juiz da execução da pena a competência para decidir sobre a detração penal, contudo, sobreveio a lei 12 736/12 em momento aditivo ao CPP, no seu art. 387⁹ § 2º dispondo que o juiz que proferiu a sentença deverá dirimir sobre 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.

Rogério Sanches Cunha¹⁰ entende que a detração, neste caso:

“só é capaz de permitir regime menos rigoroso se o tempo de prisão provisória, administrativa ou internação coincidir com o requisito temporal autorizador da progressão, sem desconsiderar os demais requisitos objetivos inerentes ao incidente como a reparação do dano nos crimes contra a administração pública, por exemplo”. (CUNHA, 2017)

Apesar disso, a decisão pela detração através do juiz da execução penal deve prevalecer no sentido que, o juiz da fase de conhecimento deve intervir somente quando a detração for fim para alteração do regime de cumprimento da pena.

Não obstante Noberto Avena¹¹, afirma que:

“Nas hipóteses em que a detração não é hábil a modificar o regime, não haverá cômputo inferior de pena a ser realizado, sob pena de o juízo de conhecimento invadir a competência do juízo da execução, pois o art. 66, III, ‘c’, da LEP, não restou alterado pela Lei 12.736/2012 nesse particular. A detração a ser realizada pelo juiz de conhecimento, conforme determinado pela nova lei, é apenas para fins de regime de pena, em

⁷ Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

III - decidir sobre:

c) detração e remição da pena;

⁸ (DOTTI, René Ariel. Ob. cit. p. 604).

⁹ “Art. 387 O juiz, ao proferir sentença condenatória:

§ 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.”

¹⁰ Cunha, Rogério Sanches Cunha. Legislação. Execução Penal. I. II. Título, 6ª edição, Editora Jus Podivm, 2017.

¹¹ . (P. 140 Avena, Norberto Execução penal / Norberto Avena. – 5. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018).

relação tão somente ao início de cumprimento da reprimenda. Se este não for alterado, não pode haver cálculos para diminuir a reprimenda. Nesse caso, o juiz disporá que deixa de aplicar a detração prevista no § 2º, do art. 387 do Código de Processo Penal, vez que o regime não será modificado, não obstante o período de prisão preventiva do sentenciado. Pensar de modo diverso significa invadir seara de competência do juízo da execução, incidindo à espécie nulidade indicada no art. 564, inciso I, do Código de Processo Penal. (AVENA, 2018)

Luiz Regis Prado¹², “entende ser plenamente possível o computo do tempo durante o qual o condenado encontrava-se internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em outro estabelecimento adequado”.

O instituto da detração penal é condizente com a melhor situação para o apenado, sendo desempenhado através de princípios como o flamejado *in dúvida pro reo* e do princípio do *non bis in idem*.

O princípio *non bis in idem* constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado de impedir uma dupla punição individual pelo mesmo fato. Assim como a ideia que se deve usar do ordenamento jurídico aquilo que for mais favorável ao apenado, *in dúvida pro reo*, devem estar sempre intrínsecos ao instituto da detração penal.

Como bem diz o ilustre doutrinador Paulo Queiroz¹³:

Também em razão do princípio da proporcionalidade (bem como do princípio da legalidade), é vedado o bis in idem, isto é, dupla valoração do mesmo fato jurídico, de modo a agravar a pena. Semelhante princípio proíbe, portanto, a duplicidade de sanções para o mesmo sujeito, por um mesmo e por sanções que tenha o mesmo fundamento, isto é, que tutelem o mesmo bem jurídico. (QUEIROZ, 2006.)

A aplicação da detração, a qual tem direito um apenado, está-se evitando o cumprimento de parte da mesma pena por duas vezes, em aplicação ao princípio *non bis in idem*, ao tempo que se dá o devido cumprimento ao seu direito de uma situação mais auspíciosa, não se permitindo que aquele tempo a ser minorado na pena seja inviabilizado ao condenado.

Em resumo, a aplicação da detração penal viabiliza direitos basilares que não devem ser desviados, permitindo ao apenado o devido cumprimento legal alicerçado com o respeito aos princípios constitucionais próprios de um Estado que tem por regime a Democracia exercida através do Direito e suas normas legais.

¹² (PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 5. ed. São Paulo: RT. 2005. v. 1, p. 596).

¹³ Queiroz, Paulo Direito Penal: Parte Geral/ Paulo Queiroz. 3ª Ed. Ver. E aum. – São Paulo: Saraiva, 2006.)

4. Da incidência da detração nas medidas cautelares diversas da prisão

Consta em dizer que este estudo, não guarda vínculo de extrema profundidade, ou seja, se trata de uma pesquisa rasa, uma vez que não é a pretensão neste trabalho aprofundar sobre a natureza jurídica dos institutos das medidas cautelares diversa de prisão e da detração, mas sim elaborar de uma crítica com base na dogmática, a fim de estabelecer um questionamento sistemático sobre a possibilidade de ocorrer o instituto da detração nas medidas cautelares diversa de prisão.

Eis que como fora abordado noutros pontos, a detração é o instituto o qual, quando cumprida uma parcela da prisão em sede cautelar, nas prisões preventivas, temporárias ou em flagrante, o tempo cumprido em sede provisório é detraído (descontado) na sentença condenatória.

O questionamento que se pretende elaborar é, sobretudo na possibilidade de realizar a detração nas medidas cautelares diversas da prisão, eis que de algum modo, como fora visto acima, no estudo da natureza jurídica das medidas cautelares diversas da prisão, fora percebido que tais medidas são limitadoras de liberdade e restritivas de direito.

Todavia na realidade judiciária, ao lhe darmos com um caso concreto, a teoria distancia da realidade, mesmo considerando que as medidas cautelares diversas da prisão, tem caráter limitador de liberdade e de direitos, não vemos a aplicação do instituto da detração nas medidas cautelares diversas da prisão, lado outro, alguns magistrados, não aplicam de ofício, bem como talvez por uma falta de ser objeto do pedido da defesa. Mesmo considerando quando existe o pedido para a detração das medidas cautelares diversas da prisão, tem-se o argumento negatório no sentido em que, as medidas que foram impostas, não têm compatibilidade, ou seja, não pode detrair, eis que as naturezas jurídicas são diversas, no qual o instituto da detração, em sua aplicação desconta-se o tempo cumprido no cerceamento literal da liberdade, encarceramento em prisões preventivas, em flagrante, temporárias e domiciliares¹⁴.

De certa maneira, tais medidas podem ser entendidas como uma antecipação da pena, pelo seu viés limitador, porém não é deduzido da pena final. Pode inferir que na impossibilidade de ver-se na sentença penal condenatória a detração das medidas cautelares diversas da prisão, torna-se então uma dupla punição, ou seja, o acusado, após passar por toda a persecução penal, cumprindo as medidas cautelares diversas da prisão é submetido a uma sentença condenatória, tendo que cumprir também a pena que fora imposta.

¹⁴ Não podemos olvidar de constar que a prisão domiciliar, é entendida como uma espécie de prisão, sendo uma medida cautelar, por ser limitadora, no tocante ao espaço geométrico, sendo que seus limites ao direito de ir e vir, são os suficientes para garantir a possibilidade do fundamento de detração na imposição desta medida cautelar, não obstante, cabe salientar que a doutrina e a jurisprudência em sua maioria, é unânime ao considerar que a medida cautelar da prisão domiciliar é prisão, merecendo assim a aplicação do instituto da detração.

Sobre o tema, Pierpaolo Cruz Bottini¹⁵ “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”.

Não obstante, ao passo que não se aplica o instituto da Detração nas medidas cautelares diversas da prisão, se verifica uma violação ao tempo de cumprimento da pena, eis que aumenta a punição, conquanto somada a pena cautelar mais a pena final, teremos uma pena superior, aquela a qual o condenado deveria cumprir.

Sendo impostas ao acusado severas restrições ao direito de locomoção, antes da decisão condenatória, há de efetuar-se a detração desse lapso temporal, como forma razoável de compensação em face dos gravames consequentes do castigo antecipado. (DELMANTO 2012).

Ressalta que hodiernamente os procedimentos de formação de culpa vêm a cada dia mais colidindo de frente ao princípio da razoável duração do processo, tendo processos para a formação da culpa com duração intermináveis, sendo que o Acusado, imputado a cumprir medidas cautelares diversas da prisão fica a mercê, cumprindo sem uma previsão de término, tendo ali, alguns de seus direitos suprimidos.

Com efeito, verifica a necessidade de aplicação do instituto da detração nas medidas cautelares diversas da prisão, para que evite uma dupla aplicação da pena, nesse sentido temos as seguintes palavras de Machado Barros¹⁶:

“É cedido que um dos fundamentos da pena é a ressocialização do sentenciado, logo, se ele, ainda durante inquérito ou processo, se submeteu e cumpriu medidas cautelares [diversas da prisão] que lhe foram impostas, nítido está a sua mudança de comportamento no sentido de agora atuar conforme ao ordenamento jurídico, devendo tal ato ser computado na detração penal, eis que se filiam aos objetivos da pena. (BARROS; MACHADO apud LOPES JR., 2011).

Todavia, seria temerário e desproporcional aplicar a detração nas medidas cautelares diversas da prisão, no tocante a detração de 1 (hum) dia de detração para cada dia de imposição na limitação da medida cautelar diversa da prisão, tornaria sem eficiência a pena final para determinados casos.

Alguns autores como Guilherme Madeira Dezem¹⁷, propõe a aplicação do instituto da detração de forma similar a remissão, logo seria, para cada 3 (três)

¹⁵ BOTTINI, op. cit. p. 5.

¹⁶ BARROS, Machado, 2011 Apud Lopes Jr..

¹⁷ DEZEM, Guilherme Madeira, Medidas cautelares pessoais: Primeiras reflexões, In Boletim, IBCCRIM: São Paulo, 2011, pag. 15-16.

dias de condicionamento e aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, teria o desconto de 1 (um) dia de prisão.

“É importante lembrar que a medida cautelar distinta da prisão aplicada anteriormente afetou a liberdade do acusado, restringindo-a. Nesses casos, a detração se dará na proporção de 3 por 1, em analogia ao disposto no artigo 8º do CPB, cumulando com o artigo 126, § 1º da LEP, (remissão pelo trabalho e estudo). Desse modo, se condenado, o sujeito fará jus ao cômputo de um dia de pena privativa de liberdade para cada três dias de cumprimento da medida cautelar diversa da prisão”. (DEZEM, 2011).

Portanto verifica a preocupação com a forma em que os acusados são submetidos as medidas cautelares, até a formação de sua culpa em um procedimento penal, eis que não tem uma previsibilidade de término, na medida em que demora e não cessa os requisitos autorizadores da decretação das medidas cautelares, o acusado é submetido a tal cerceamento de seus direitos.

Independente do *quantum* a qual será descontado do tempo em que o acusado fora submetido nas medidas cautelares diversas da prisão, deve ter um desconto, para não ser uma dupla punição, muito menos o acusado, cumpra uma pena superior a qual será imposta em decisão final.

5. Conclusão

Na presente pesquisa fora trabalhado sob uma perspectiva teórica diante da vivência prática dos tribunais, os institutos das medidas cautelares diversas da prisão e da detração, verificando a suas naturezas jurídicas, bem como sua aplicabilidade.

Bem como fora percebido, que as medidas cautelares diversas da prisão, mesmo sendo limitadoras de direitos e liberdades, quando aplicadas sobre o pretexto de garantir uma persecução penal com a presença do acusado, bem como no modo futurístico de prevenir que aquele que responde o processo penal, não venha a delinquir novamente, não tem ao final de sua pena, o desconto, ou seja, a detração daquele tempo em que cumpriu cautelarmente.

Visualizando assim uma grande ofensa aos princípios do direito penal e da Constituição da República, sobretudo o princípio da vedação da dupla punição, uma vez que aquele acusado estaria cumprido um tempo a mais, da reprimenda a qual seria condenado, ou seja, a pena definitiva, mais a pena das medidas cautelares diversas da prisão que cumpriu durante todo o processo penal.

Não obstante fora observada, a possibilidade de detração, criando-se possibilidades inúmeras de realizar a detração com base até no instituto da remissão, seguindo algumas de suas regras, diante da proporcionalidade das medidas cautelares diversas da prisão não serem tão ofensivas ou idênticas a prisão, não sendo justo e adequado, a proporção de um dia de detração para cada, dia cumprido na medida cautelar diversa da prisão.

Por fim, dentro de um Estado Democrático de Direito, que insiste no falido sistema prisional, sendo as medidas cautelares diversas da prisão, uma alternativa que merece maior atenção, de modo a ser pesquisado e colocado em prática formas de conduziram as medidas cautelares diversa da prisão com a fixação de um tempo limite, bem como garantir que o tempo cumprido durante o processo penal, seja detraído ao final daquele processo.

AVENA, Norberto Processo penal / Norberto Avena. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018).

BRASIL, Constituição Da Republica Federativa Do Brasil. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BRASIL, Decreto 678 – Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

BRASIL, Decreto 2.848/1940 – Código Penal.

COUTO DE BRITO, Alexis, 3a processo penal brasileiro Edição Revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis: 12.683/12 lavagem de dinheiro 12.694/12 julgamento colegiado 12.830/13 investigação policial 12.850/13 organização criminosa.

CUNHA, Rogério Sanches, Legislação. Execução Penal. I. Cunha,. II. Título, 6^a edição, Editora Jus Podivm, 2017.

DEZEM, Guilheme Madeira, Medidas cautelares pessoais: Primeiras reflexões, In Boletim, IBCCRIM: São Paulo, 2011, pag. 15-16.

DOTTI, René Ariel. Ob. cit. p. 604).

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 42º Edição, Reimpressão. Petropólis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 6^a Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.

ISHIDA, Valter. Ob. cit. p. 331.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LOPES JR., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016

MEDRADO, Wank Remy de Sena – A Detração Penal nas Medidas Cautelares Diversas da Prisão./ Wank Remy de Sena Medrado. – 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2016.

MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Adeildo, 1953-Da execução penal / Adeildo Nunes. 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUCCI, Guilherme. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4^a Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PACELLI, Eugênio. – Curso de processo penal 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 5. ed. São Paulo: RT. 2005. v. 1, p. 596.

QUEIROZ, Paulo Direito Penal: Parte Geral/ Paulo Queiroz. 3^a Ed. Ver. E aum. – São Paulo: Saraiva, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da, Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos/ Alexandre morais Rosa – 4^a ed. Ver. Atual. E ampl. Florianópolis.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do; Cultura da Punição, Empório do Direito, 3^a Edição 2017.

Maikon Vilaça Silva

Advogado Criminalista. Professor Universitário. Mestrando na área de Direito Público com ênfase em Direito Penal na PUC/MG. Pós-graduação em Direito Constitucional pelo Instituto para Desenvolvimento Democrático - IDDE. Cursou Direito Constitucional e Direitos Fundamentais no curso de verão na Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Direito Público.

Neliane Aparecida de Souza Rodrigues Oliveira

Graduanda no Curso de Direito pela Fdcon, Faculdade de Direito de Contagem.