

DETRAÇÃO PENAL E A SUA APLICABILIDADE NAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Rayssa Campos Tavares¹
Rodrigo Beloni²

RESUMO

Diante da inovação introduzida ao Código de Processo Penal, a qual dispõe de medidas cautelares diversas da prisão, introduzida no rol de medidas cautelares processuais, surgem questionamentos de como deverão proceder em nosso ordenamento jurídico. Sendo uma ferramenta intermediária entre a liberdade e decretação de prisão provisória, há a discussão acerca de como será tratada no momento da sentença, visto que as prisões cautelares acarretam em desconto de pena.

Palavras-chave: Medidas cautelares; detração penal; aplicação.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal está fundado na ideia de que o poder punitivo do Estado deve ser conduzido de forma legal e respeitando os direitos fundamentais do indivíduo, ou seja, buscar pela justiça como um dever necessário ao bem comum, uma vez que essa é a função do Direito.

Para o alcance do devido processo legal é necessário que o andamento processual seja conduzido de maneira legal, que não seja alvo de interferências entre os envolvidos, sejam eles, o juiz, as partes e os demais envolvidos.

Visando salvaguardar os direitos do cidadão contra o arbítrio do Estado, a Constituição Federal determina que a regra é a liberdade, sendo a prisão medida de exceção, tanto é que o Código de Processo Penal elevou uma série de medidas de natureza cautelar que ensejam o rótulo de alternativas à prisão.

E a demonstração da necessidade importa não só ao devido processo legal, mas também ao Estado Democrático de Direito, em que medidas que causem limitação a direitos, sem decisão judicial definitiva, devem ser justificadas, caso contrário, estarão eivadas de ilegalidade.

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 13/1 C. E-mail - rayssactavares@gmail.com.

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Especialista, Orientador. E-mail - rodrigobeloni.cba@gmail.com.

As medidas cautelares alternativas à prisão, trazidas pela Lei 12.403/2011, junto a novas regras de como deve se proceder as medidas cautelares, estão elencadas nos artigos 282 e seguintes, do Código de Processo Penal, e foram tratadas pela doutrina majoritária como um rol de medidas menos invasivas e que dão ao juiz a possibilidade de analisar ao caso concreto e aplicar uma medida justa e proporcional. Contudo, então, surge uma nova questão: é possível computar o período em que foi determinada a medida cautelar diversa da prisão na pena decorrente de sentença penal condenatória, como propõe o instituto da detração penal?

2. DETRAÇÃO PENAL

Nos termos do artigo 42, do Código Penal, está prevista a detração penal, que compreende a possibilidade de utilização do tempo de cumprimento de prisão provisória, para fins de desconto da pena-sanção definida em sentença penal condenatória, pois há situações em que o acusado é submetido a cerceamento de liberdade anteriormente a sua condenação, mantido preso a título de prisão cautelar.

De acordo com Masson (2017), detração penal é o desconto, na pena privativa de liberdade ou em medida de segurança, em relação ao tempo cumprido de prisão provisória ou de medida de segurança, exemplificando que situação em que determinada pessoa seja condenada a uma pena restritiva de liberdade de 8 (oito) anos, entretanto, já cumpria há 2 (dois) anos prisão cautelar, enquanto ainda transcorriam atos processuais, devendo, então, esse período ser analisado pelo juiz que produziu a sentença, determinando que o condenado cumpra o período restante, ou seja, de 6 (seis) anos.

Bitencourt (2016), por sua vez, defende que através da detração penal é possível descontar, em pena cerceadora de liberdade ou medida segurança, o tempo de prisão que o condenado cumpriu antes de ser condenado, além disso, o referido período de cumprimento antecedente à sanção penal deve se tratar de medida de segurança ou prisão cautelar efetivamente cumpridos.

Em relação à sua existência, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial de n. 1.557.408-DF, declarou:

A detração, por sua vez, é decorrência do princípio constitucional da não culpabilidade. A Constituição Federal estabelece que "ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Ocorre que, mesmo antes do trânsito em julgado, em algumas situações se faz necessária a constrição provisória do acusado. Essa, no entanto, é uma prisão cautelar. E, por vezes, ao final do julgamento, pode ocorrer a absolvição do agente, ou a prescrição da pretensão punitiva...

Portanto, este instituto visa a impedir que o Estado abuse do poder-dever que tem de punir, impondo ao agente uma fração desnecessária da pena quando houver a perda da liberdade ou a internação em momento anterior à sentença condenatória.

Quanto à sua natureza, Mirabete e Fabrini (2011) são enfáticos ao declararem que a detração penal é um direito do preso, pois é matéria referente à execução de pena ou medida de segurança submetida ao condenado, a qual vincula o juízo a abater o período cumprido em sede de prisão processual a ser realizada no momento de sentenciar.

A partir disso, fica exposta a raiz constitucional da detração penal, pois sua fundamentação versa em relação ao cuidado do legislador em disponibilizar um mecanismo que materialize a ordem de que a inocência deve ser presumida, cabendo ao Estado o ônus da prova para que depois retire esse *status* do indivíduo, também possuindo a missão de impedir condutas abusivas e ilegais do Poder Estatal em incorrer mais de uma vez pelo cometimento de um mesmo crime.

Expressamente, assim está disposto o instituto da detração 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.

A justificativa para a existência e aplicação da detração está fundada na ideia de que, sendo aplicada uma medida restritiva de liberdade ao agente em fase de investigação ou no curso do processo e, ao ser condenado e submetido ao quantitativo de pena presente da sentença, sem considerar o tempo que já estava sendo submetido a restrição de liberdade, estaria claramente configurada a situação de *bis in idem*, o que não é admitido em nosso ordenamento jurídico.

Importante destacar os aspectos em sentido amplo da detração, pois é admitida em casos de pena privativa de liberdade e em medida de segurança, bem como a prisão provisória a ser considerada por ter sido cumprida em território nacional ou fora do país, ou ainda no âmbito administrativo, o que demonstra a intenção do legislador de coibir qualquer possibilidade de submeter um indivíduo a mais de uma pena, pelo mesmo ilícito.

No que se refere à autoridade competente para realizá-la, há novidade legislativa, como explica Bitencourt (2016), tendo em vista que antes do advento da Lei 12.736/2012 quem realizava o ato era o Juízo das Execuções Penais, previsto no art. 66, III, “c”, da Lei de Execução Penal, entretanto, pós entrada da referida norma, cabe ao juiz de primeiro grau que proferir a sentença condenatória, por força do artigo primeiro da lei.

Outra alteração relevante da Lei 12.736/2012 foi o acréscimo do § 2º, do artigo 387, do Código de Processo Penal, estabelecendo que o tempo de prisão provisória, internação ou administrativa, cumprida no Brasil ou em território estrangeiro, deve ser computado e produzir efeitos em relação à escolha do regime inicial de cumprimento de pena restritiva de liberdade.

A situação contemplada pelo dispositivo legal, obviamente, diz respeito a prisão cautelar inserida no contexto da sentença condenatória, sendo assim, ambos correspondem à mesma situação fática, contudo, há discussões acerca da possibilidade de utilizar, para fins de cômputo, o tempo de prisão provisória ou medida de segurança em processo diverso do que ensejou a determinação da medida cautelar, caso o agente venha a ser absolvido no processo que deu causa a sua restrição de liberdade.

Não há consenso na doutrina sobre a possibilidade ou não da medida, havendo argumentos que justificam ambas as correntes ou havendo maior aceitação na ideia de desnecessidade de elo entre a prisão provisória imposta e o crime cometido anteriormente, que justificou a imposição de medida cautela e a condenação. Contudo, um aspecto tem sido considerado imprescindível para os Tribunais Superiores: a necessidade de que a prática do ilícito que deu ensejo à condenação tenha sido anterior àquela em que foi o motivo da restrição de liberdade cautelar (MASSON, 2017).

A respeito da situação fática acima indicada, o Supremo Tribunal Federal, em Habeas Corpus n. 111.081, decidiu o seguinte:

1. A detração pressupõe a custódia penal pelo mesmo crime ou por delito posterior, por isso que inadmissível empreender a operação do desconto em relação a delitos anteriores, como se lícito fosse instaurar uma “contacorrente” delinquencial, viabilizando ao imputado a prática de ilícitos impuníveis amparáveis por créditos de não persecução. 2. O artigo 42 do Código Penal determinava, em seu parágrafo único, o desconto do tempo de prisão provisória indevidamente cumprido, relativo à condenação por crime posterior, invalidada em decisão judicial recorrível. 3. A detração, nesse caso, resultaria em uma espécie de bônus em favor do réu, ou seja,

em um crédito contra o Estado, e representaria a impunidade de posteriores infrações penais. 4. A supressão do parágrafo único do artigo 42, inaugurou exegese que admite a detração por prisão em outro processo (em que houve absolvição ou extinção da punibilidade), **desde que a prática do delito em virtude do qual o condenado cumprirá pena tenha sido anterior**. 5. O artigo 42 do Código Penal, no seu parágrafo único, veiculava norma condizente com a realidade da época, mas inimaginável nos dias atuais, porquanto é, *data vênia*, surrealista admitir a possibilidade de o réu creditar-se de tempo de prisão provisória para abater na pena relativa a crime que eventualmente venha a cometer (grifo nosso).

Assim, pode-se entender que a aplicação da detração penal em processos diferentes, apenas é possível na situação em que o fato que culminou em condenação é anterior ao ilícito penal que decorreu em imposição de medida cautelar, de forma contrária, o instituto perderia completamente o seu sentido, que é de sujeitar o condenado ao cumprimento duplicado de penas, passando a se tornar um banco de horas, que autorizaria o sujeito a cometer novos crimes e utilizar o tempo em que esteja recluso.

É relevante, ainda, destacar que a detração penal é norma de caráter geral, visto que está prevista no Código Penal, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em julgamento de Recurso em Habeas Corpus, que as regras do artigo 42, do Código Penal, são aplicáveis ao Estatuto da Criança e do Adolescente, em que, em determinado caso concreto, foi reconhecida a necessidade de ser computado o período que o menor foi restringido de sua liberdade na sentença definindo a Medida Socioeducativa (GRECO, 2017).

3. MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS

O artigo 282 estabelece regras acerca das normas inerentes às 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 Público, 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 (art. 319).

Definidas pelos incisos I e II, as medidas cautelares devem ser fundamentadas por quesitos específicos, o que denota a sua especialidade e necessidade, visto que não podem ser banalizadas no âmbito jurídico, assim, todas as medidas cautelares são alvo de análise em dois sentidos, necessidade e adequação, sendo estes cumulativos, o fato objeto da ação ou investigação deve ser motivador da medida pleiteada e esta deve atender de forma proporcional.

Foram estabelecidos também critérios quanto à legitimidade para o pedido, sendo definido que o juiz pode decretar de ofício quando se tratar de processo judicial, ficando vedada a sua atuação em momento de investigação policial, em razão do nosso sistema processual, o acusatório, em defesa desse sistema, afetaria a imparcialidade do magistrado se esse pudesse determinar a aplicação de medidas cautelares enquanto o processo ainda está em momento de investigação criminal.

No tocante às partes e ao Ministério Público, estão autorizados a pleitearem a medida em ambas as fases, visto que a atuação destes não está limitada, no entanto, o Ministério Público realiza o ato por representação e as partes por requerimento e por fim, cabe ainda a autoridade policial representar pela fixação de medidas cautelares, contudo, fica restrita tal atuação até se findar a investigação policial, momento em que o Delegado de Polícia encerra sua participação.

Ao discorrer sobre o tema, Lima (2016) defende:

Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo, certo é que, no âmbito processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida através de uma série de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial, para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição. Afinal, em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornam imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.

Conforme exposto, para que o Processo Penal consiga alcançar seus objetivos, se faz necessária a inclusão de medidas que potencializam a atuação Estatal a fim de que o processo percorra seu curso necessário e seja entregue à sociedade a resposta devida ao ilícito cometido. Pois bem, as medidas cautelares em seu sentido amplo, são exemplos de poder estatal que podem ser utilizados quando se faça necessário. A premissa de que o interesse público prevalece diante dos interesses de particulares também se aplicam a esse ramo do direito, sendo necessária a mitigação de direitos individuais em busca do bem comum.

Em explicação a sua existência, Pacelli (2017), esclarece que na sistemática processual penal, todas restrições a direitos pessoais e à liberdade de locomoção abrangidos pelo Código de Processo Penal, que ocorrem em momento anterior ao trânsito em julgado, desde a introdução da Lei 12.403/2011, recebem a nomenclatura de medidas cautelares. Tais medidas surgem de maneira diversificada, atendendo a necessidade de cada caso e atingindo esferas diferentes, podendo ser de natureza patrimonial, pessoal, probatória, etc.

Evidente a necessidade de exigir que tais medidas sejam fundamentadas e resguardadas pelo texto legal, dada a sua ofensividade a direitos e garantias individuais protegidas pela Constituição Federal.

Denota-se, a importância da oficialidade de atos reservados ao julgador da demanda, tendo em vista que o magistrado, no exercício de suas funções, possui o conhecimento técnico-jurídico para analisar o caso concreto e avaliar a incidência ou não de medidas cautelares, se antecedendo ao questionar se tais procedimentos acarretariam no resultado esperado, bem como servem também como um freio, uma limitação, para que essas medidas não sejam determinadas indiscriminadamente, sem haver a real necessidade.

No tocante às suas características, Lopes Junior (2016) ressalta a sua provisionalidade, ou seja, seu caráter temporário. Isto porque a medida aplicada não está fundada em seu sentido de sanção, pois ainda não há trânsito em julgado, sua justificativa está embasada em determinada circunstância particular do processo, que precisa ser repelida para que não comprometa a legalidade dos atos, como por exemplo, o réu que está ameaçando testemunhas a não depor em seu desfavor. Sendo assim, desaparecendo o motivo que deu causa à medida cautelar, deverá também ser revogada, sob pena de cometimento de excessos, em decorrência da

provisionalidade é a revogabilidade, sendo a possibilidade de extinguir a medida ao momento em que não seja mais necessária.

Devido ao texto constitucional, que frisa a ideia de que a liberdade e propriedade são direitos fundamentais individuais, fica claro o aspecto excepcional das medidas cautelares, servindo como última decisão a ser tomada constatando sua necessidade. Em razão da vasta proteção constitucional, os direitos e garantias do indivíduo podem ser atingidos, sob a condição de que não há outra ação eficaz a produzir os efeitos esperados.

No corpo do artigo 282, do Código de Processo Penal está expressa a necessidade para a aplicação da norma penal, para a investigação ou instrução criminal, além dos casos expressamente previstos, para que seja evitada a prática de novas infrações penais, cumulada a adequação da medida à gravidade do delito, que serão definidas por circunstâncias do fato e circunstâncias pessoais do indivíduo.

Conforme interessante observação de Avena (2017), o parágrafo primeiro, do artigo 282, nos remete a ideia de que as medidas cautelares podem ser submetidas de forma individual ou cumuladas, a depender da necessidade do caso, no sentido de que essa faculdade confere ao juiz a oportunidade de determinar quantas medidas bastem para alcançar o resultado pretendido, devendo, para tanto, utilizar parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade.

Podemos notar todas as precauções do legislador em tratar do tema, procurando coibir medidas desproporcionais e ilegais, fundadas em motivos alheios ao do determinado. Tais cuidados se encarregam de proporcionar segurança jurídica aos atos, pois pautados restritamente da lei, serão lícitos e necessários, justificando a mitigação de direitos fundamentais.

Em continuidade, observadas todas as ponderações realizadas acima, o operador de direito deve se atentar para dois requisitos básicos que são imprescindíveis para fundamentar a decretação de medidas cautelares, em sua forma geral, em que, havendo a ausência de um deles, a atuação será irregular e arbitrária, tornando ilícita a medida cautelar. Esses dois requisitos estão presentes em outros ramos do direito, sendo basilares em pedidos de antecipação de efeitos de uma decisão, os quais são: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Ocorre que, em matéria processual penal esses requisitos recebem nomes específicos, sendo chamados de *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*,

conferindo uma especialidade a terminologia empregada em razão de suas fundamentações.

As medidas cautelares pessoais previstas nos artigos 319 e 320, do Código de Processo Penal, carecem de apresentação dos dois requisitos. Especificamente, será preenchido o quesito de *periculum in libertatis* com a demonstração do risco decorrente da manutenção da liberdade do indivíduo, em que a continuidade de sua plena liberdade comprometa o resultado concreto do processo ou ainda, a segurança nacional. Enquanto o *fumus commissi delicti* traz a ideia de que, mesmo não havendo concreta certeza, há fortes indícios da autoria do crime em investigação, esse requisito não necessita de certeza absoluta, bastando que existam indícios suficientes para atribuir a autoria ao agente e prova de existência do crime (AVENA, 2017).

3.1 Aspectos da Lei 12.403/2011

A Lei 12.403/2011, publicada em 05 de maio de 2011, trouxe alterações relevantes ao Código de Processo Penal Brasileiro, especificamente nas medidas cautelares processuais, alterações em aspectos quanto à fiança, liberdade provisória e sem dúvidas a grande inovação foi a introdução de novas medidas cautelares, restritivas de direitos, servindo como medidas menos invasivas que as de natureza de prisão.

Importante também a observação acerca do tema por AVENA (2017, p. 597):

Na disciplina do Código de Processo Penal de 1941, duas eram as condições a que poderia estar submetido o agente no curso da investigação criminal e no decorrer do processo penal: sob prisão provisória ou em liberdade.

Com as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011, este sistema foi abandonado, dando lugar a outro, polimorfo, que se caracteriza pela multicautela, na medida em que submete o imputado a um terceiro status, que não implica prisão e, ao mesmo tempo, não importa em liberdade total: trata-se da sua sujeição às medidas cautelares diversas da prisão, que se encontram listadas nos arts. 319 e 320 do CPP.

Desta forma, os aspectos trazidos pela lei possuem a função de garantir a proteção a direitos constitucionais, realçando o preceito constitucional de que a liberdade deve ser considerada regra, enquanto o cerceamento de liberdade deve ser visto como medida de exceção, isto sem prejudicar o andamento processual, como sua essência é de medida cautelar, está fundada na ideia de que havendo

necessidade da garantia processual, poderão ser submetidas tais regras, porém, sem causar grandes prejuízos ao destinatário das medidas cautelares.

Sob o entendimento de Távora & Alencar (2017), a mudança estrutural realizada pela Lei, retornou a prestígio da fiança, tornando-a como regra, salvo em exceções em que são vedadas, bem como trouxe ao processo penal a existência de medidas cautelares diversas da prisão, que por sua natureza de menor ofensividade, devem prevalecer em relação à imposição de restrição de liberdade, quando possível.

Nesse entendimento, a inovação legislativa trouxe um rol, exemplificativo, de medidas restritivas, de direitos e liberdade, no entanto, tais restrições não são tão severas, como a prisão cautelar, cabendo ao aplicador do direito analisá-las e de acordo com a necessidade e gravidade de cada caso, submetê-las ao indivíduo.

Pela chegada dessas medidas alternativas à prisão, é reforçado o ideal constitucional de que a restrição de liberdade desse ser *última ratio*, utilizada quando não há outras ferramentas capazes de coibir a ação do sujeito, em prejuízo do devido processo penal.

3.2 Das Medidas Cautelares diversas da prisão

Em atenção ao que determina a Constituição Federal de 1988, ao tratar especificamente da liberdade do indivíduo, foram introduzidas ao Código de Processo Penal medidas cautelares que ocasionam em restrições não tão severas quanto à prisão, em respeito à premissa de que a liberdade deve ser entendida como regra. No Código de Processo Penal, assim estão previstas as medidas cautelares diversas da prisão:

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 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.

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

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.

Nota-se que as medidas cautelares alternativas à prisão possuem a missão de ser o ponto intermediário entre a prisão cautelar e a liberdade total do indivíduo, assim como as outras medidas cautelares, também devem preceder de requisitos autorizadores que justificam a sua imposição.

Deve ser mencionado, assim como dispõe Lopes Junior (2016), o seu caráter substitutivo, tratando-se de uma saída justa a evitar a decretação de prisão cautelar, materializando a ideia de prisão preventiva como última medida a ser tomada. Apesar da aplicação dessas medidas incidir em delitos cuja pena seja inferior a 4 (quatro) anos, a devida imposição destas ocasiona em imediata alteração no estado de liberdade do indivíduo, ainda de que de forma mais leve.

Um aspecto interessante das medidas cautelares diversas da prisão é a tentativa de sua aplicação como requisito necessário para se chegar a prisão preventiva, por força do artigo 282, § 6º, Código de Processo Penal, que esclarece a necessidade de que não exista outra medida capaz de produzir os efeitos necessários senão com a prisão preventiva.

No que diz respeito aos legitimados a requisitarem a decretação de medidas alternativas à prisão, se aplicam as mesmas disposições das cautelares em geral, que estão determinadas pelo artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal, sendo o juiz, em ato de ofício, apenas em fase judicial, por requerimento das partes, ou ainda, mediante representação da autoridade policial, quando se tratar de investigação criminal, e pelo Ministério Público em ambos os casos, conforme já mencionado.

Quanto ao momento para a sua decretação, as medidas cautelares não prisionais se inserem na ideia das medidas cautelares de ordem geral, pois cabem tanto na fase das investigações policiais quanto no curso do processo judicial, tais constatações são feitas a partir das redações de artigos específicos, como o artigo 282, § 2º, que dispõe a respeito da decretação de medidas cautelares a partir de requerimento das partes, sendo terminologia empregada em fase judicial, ao tratar de medidas cautelares em momento anterior à judicial, o dispositivo utiliza o termo investigação criminal, que corresponde também a investigação policial (AVENA, 2017).

Logo, a instrução fornecida pelo legislador é pela amplitude de incidência das medidas alternativas, partindo da ideia de presunção de inocência do agente e de que cerceamento de liberdade deve decorrer de sentença transitada em julgado, salvo exceções, e o andamento processual deve buscar ao mesmo tempo a verdade real dos fatos junto ao respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Ademais, essa preferência pelas medidas cautelares que não retiram a liberdade não significa que deverão sempre prevalecer, tornando as prisões cautelares medidas quase inutilizáveis. Devemos nos ater ao equilíbrio que deve existir entre os direitos constitucionais, como o de liberdade, e a importância da prevalência do interesse público, o poder punitivo do Estado e a necessidade de apuração dos fatos, para que o Estado entregue resposta à sociedade, em nome do bem comum. Ou seja, a balança não deve pender para lado algum, deve haver o equilíbrio entre estes fundamentos constitucionais pois quando o agente, a quem está sendo imputada a autoria do crime, praticar atos que demonstrem seu desejo em obter resultado diverso ao ideal Estatal, seus direitos serão reduzidos.

4. DA POSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Após o esclarecimento dos institutos da detração penal e das medidas cautelares diversas da prisão, é possível debater a possibilidade do cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares diversas à prisão: se é possível alcançar os mesmos efeitos; e caso seja possível, em quais termos devem ser realizados, já que a Lei nada dispõe sobre essa possibilidade.

Ao discorrer sobre a problemática, Nucci (2016), destaca o silêncio da lei quanto à possibilidade, porém, defende a utilização da compensação de pena, por

força da analogia *in bonam partem*, plenamente admitida em Direito Penal. Entretanto, tal cômputo necessita de um fator, a compatibilidade entre a medida cautelar alternativa à prisão cumprida e a pena imposta mediante sentença condenatória. Assim, o indivíduo que cumpriu medida cautelar de frequentar determinados lugares e, posteriormente, sobreviesse condenação estipulando pena restritiva de direitos de frequentar alguns lugares, são de mesma natureza, logo, por analogia, podem ser determinados os efeitos da detração penal.

No mesmo entendimento, Avena (2017), sustenta que havendo ausência de norma regulamentadora expressa, não pode ser realizada uma interpretação de que medidas cautelares que não atinjam a liberdade do sujeito seja compensada em pena-sanção que estabeleça medida restrita de liberdade, por se tratarem de medidas de natureza diferente. Salienta, ainda, que o diploma inspira cuidados, sendo necessária uma análise ao caso concreto, para que seja definida a possibilidade ou não. No rol das medidas cautelares diversas da prisão está a internação provisória do acusado (artigo. 319, VII, do Código de Processo Penal), que por sua natureza restritiva, de submeter o réu a internação antecipada, é passível de detração futura, sobrevivendo condenação de medida de segurança. Já na situação do inciso V, do artigo 319, no recolhimento domiciliar em período noturno e nos dias folga, seria possível a utilização do tempo cumprido a título de medida cautelar, caso fosse estabelecida condenação a ser cumprida inicialmente em regime aberto.

A aplicação da detração penal, sob esse entendimento doutrinário, seria possível, ao cumprimento vinculado de dois fatores, os quais são: que a pena privativa de liberdade imposta ao condenado fosse substituída por pena restritiva de direitos e que a medida restritiva de direitos imposta tenha conexão lógica ou certa compatibilidade com a medida cautelar cumprida pelo beneficiário (AVENA, 2017).

Verificando a linha de raciocínio dos dois doutrinadores, percebe-se a construção de um entendimento realizado por critérios de proporcionalidade, procurando preencher a lacuna com a comparação de como é aplicada a detração penal mediante o cumprimento de medidas cautelares que retiram a liberdade do sujeito. Partindo disso, seria desproporcional utilizar para fins de cômputo o cumprimento de medidas cautelares de natureza leve, como por exemplo, a determinação de cumprimento da medida de comparecimento periódico em juízo

(artigo 319, I, Código de Processo Penal) e utilizar esta medida para descontar em uma pena restritiva de liberdade.

Importante consignar também o posicionamento de Pacelli (2017), que defende a utilização da medida de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, na compensação de pena restritiva de liberdade, visto que mesmo não havendo completa compatibilidade, a liberdade do indivíduo foi cerceada, o que pode ser refletido como uma verdadeira prisão provisória.

Entretanto, as demais medidas como o monitoramento eletrônico (artigo 319, IX, Código de Processo Penal) e proibição de manter contato com determinada pessoa (artigo 319, III, Código de Processo Penal), são desprezadas para a utilização de desconto de pena, dada a natureza que possuem como medidas cautelares restritivas de direitos e ainda mais, muito pouco afetam a liberdade do indivíduo, tratando-se de ferramentas para o controle de legalidade realizado pelo juiz, como se contrapõem a prisão, não recebem o mesmo tratamento ao momento de cômputo de pena.

Dados os entendimentos doutrinários que tratam da possibilidade de utilizar, para fins de cômputo de detração penal, o período de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, se encontra em discussão pelo Poder Legislativo a introdução de dispositivo no Código de Processo Penal que define o aproveitamento da medida cautelar de recolhimento domiciliar, caso haja compatibilidade com a pena imposta.

Quanto aos demais, a doutrina está se encarregando de determinar parâmetros para o estabelecimento da proposta, já que o entendimento de que a analogia *in bonam partem* justifica a utilização da detração em medidas cautelares diversas da prisão que contenham identidade de natureza com as posteriores penas. Com isso, o processo natural é que a doutrina passe a utilizar os conhecimentos criados pelos doutrinadores, a fim de que se solucionem possíveis controvérsias acerca do assunto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado possibilitou o conhecimento de conceitos importantes e principalmente como se dá a sua aplicação conjunta. Isto porque o conceito de detração penal pode ser compreendido como uma medida de caráter material penal, que determina o desconto, na pena determinada por sentença, do período em que o

indivíduo cumpriu medidas cautelares, sofrendo desde o andamento processual e restrições quanto à sua liberdade de locomoção. Além disso, foi exposto o sentido amplo dessa norma, abrangendo penas e medidas de segurança, medidas cautelares cumpridas em território nacional ou estrangeiro.

Posteriormente, foi exposto o entendimento das medidas cautelares, como sendo medidas assecuratórias, utilizadas durante o trâmite processual, em situações contempladas pelo artigo 282, Código de Processo Penal. Em seguida, foi trabalhada a ideia de medidas cautelares diversas da prisão, tratando-se de medidas de menor potencial restritivo, que podem ser aplicadas quando o caso concreto necessita de restrições ao réu, no entanto, o cerceamento de liberdade seria desproporcional e exagerado.

Feitas essas considerações, é possível concluir que o instituto da detração penal é aplicável para descontar o tempo de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão na pena imposta pela sentença, desde que estas tenham comprometido, de fato, a liberdade do sujeito, no sentido de que medidas que apenas impõem mera restrição não podem receber igual tratamento àquelas que segregam o indivíduo do convívio social. Utilizando grandes doutrinadores do Direito Processual Penal, foi possível compreender a complexidade e relevância do tema, havendo consenso de que, com fulcro na ideia de possibilidade de analogia *in bonam partem*, pode existir o desconto em medidas cautelares diversas da prisão que possuam idêntica natureza das penas restritivas, nos termos do artigo 42, do Código Penal.

Por fim, comungamos do entendimento já partilhado, em que a doutrina majoritária defende a utilização de medidas cautelares diversas da prisão que causem alguma restrição ao indivíduo e sejam compatíveis com a posteriormente fixada, sejam elas: o recolhimento domiciliar em período noturno e aos finais de semana, a internação provisória e proibição de frequentar determinados locais.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017;

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2017;

BRASIL. **Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 11 out. 2017;

BRASIL. **Lei 12.736, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12736.htm>. Acesso em: 12 out. 2017;

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas corpus 111.81 rio grande do sul**. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1846107>>. Acesso em: 12 out. 2017;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017;

JUSBASIL. **Superior tribunal de justiça stj – recurso especial: resp 1557408 df 2015/0227595-6 – inteiro teor**. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/329281308/recurso-especial-resp-1557408-df-2015-0227595-6/inteiro-teor-329281344>>. Acesso em: 12 out. 2017;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral – vol. 1**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017;

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP**. São Paulo: Atlas, 2011;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.