

REDE DE ENSINO DOCTUM

ELOANE DUARTE ARAÚJO DE FARIA

**DA COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES  
DIVERSAS DA PRISÃO E O INSTITUTO DA DETRAÇÃO**

BACHARELADO  
EM  
DIREITO

CARATINGA - MG  
201

ELOANE DUARTE ARAÚJO DE FARIA

**DA COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES  
DIVERSAS DA PRISÃO E O INSTITUTO DA DETRAÇÃO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, da Rede de Ensino Doctum, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Luiz Eduardo Moura Gomes.


TERMO DE APROVAÇÃO


O Trabalho de Conclusão de Curso Intitulado:  
: Da compatibilidade das medidas cautelares diversas da prisão e o instituto da detração elaborado pelo aluno  
**Eloane Duarte Araujo de Faria** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita  
pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção  
do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Caratinga 07 de Setembro 2017

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Orientador

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Avaliador 1

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Avaliador 2

"Não houve um que se erguesse, senão fracamente, contra a barbárie das penas que estão em uso em nossos tribunais. Não houve quem se ocupassem em reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quão pouco cuidada em toda a Europa.

Pouquíssimas vezes se procurou desarraigar, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados há muitos séculos; e raras pessoas procuraram reprimir, pela força das verdades estáveis, os abusos de um poder ilimitado, e extirpar os exemplos bem comuns dessa fria atrocidade que os homens poderosos julgam um de seus direitos"

*Cesare Beccaria*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode ter.

A minha mãe Maria de Lourdes Araújo, heroína que me deu apoio, incentivo nas horas difíceis, sem ela esse sonho não se tornaria possível.

Ao meu orientador Luiz Eduardo Moura Gomes, pelo empenho dedicado à elaboração deste trabalho.

Aos amigos Carla Medeiros, Nilson Gonçalves e Davi Marques, companheiros de trabalhos e irmãos na amizade que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida.

## RESUMO

O presente projeto de pesquisa tem como ideia central propor a análise da possibilidade de se aplicar o instituto da detração às medidas cautelares diversas da prisão. Conforme veremos, o instituto da detração está previsto no artigo 42 do Código Penal e preceitua que haverá o cômputo nas penas do tempo de prisão provisória no Brasil e no estrangeiro. As medidas cautelares, a seu turno, estão previstas no artigo 319 do Diploma Processual Penal. No entanto, a lei não prevê a aplicação do instituto em estudo aos casos onde são fixadas medidas cautelares diversas da prisão, mesmo com a notória restrição da liberdade do indivíduo. Merece destaque as medidas de recolhimento domiciliar no período noturno, que também poderia ser aplicada no período do dia, importando na efetiva privação da liberdade do indivíduo, ainda que em caráter parcial. Também é de se destacar a medida de impossibilidade de se afastar da Comarca de residência, que gera privação na liberdade do indivíduo. Desse modo, havendo a efetiva intervenção do Estado e a privação da liberdade do indivíduo antes da prolação de sentença transitada em julgado, o instituto em estudo deve ser plenamente aplicado em respeito aos pilares principiológicos da Constituição. Vale lembrar que as medidas insertas no artigo 319 do Código de Processo Penal, corroboram com a diminuição da população carcerária, sendo certo que a superlotação dos estabelecimentos prisionais é um problema vivido atualmente. A par de tais considerações, propõe-se pesquisar se é possível a aplicação do instituto de detração aos casos em que impostas as medidas cautelares diversas da prisão.

**Palavras-chave:** detração; medidas cautelares; proporcionalidade; igualdade; razoabilidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	07
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS</b> .....	10
<b>1 - CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS</b> .....	15
IGUALDADE .....	15
RAZOABILIDADE .....	20
PROPORCIONALIDADE .....	22
<b>2 - CAPÍTULO II – DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO</b> .....	24
PREVISÃO LEGAL.....	24
PRISÃO PROVISÓRIA E MEDIDA DE SEGURANÇA .....	38
APLICABILIDADE .....	27
COMPETÊNCIA .....	29
<b>3 – CAPÍTULO III – AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E O INSTITUTO DA DETRAÇÃO</b> .....	36
MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: ANTECIPAÇÃO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO .....	36
ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS .....	39
DA COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E O INSTITUTO DA DETRAÇÃO .....	41
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	47

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por fundamento analisar a possibilidade de se aplicar o instituto da detração às medidas cautelares diversas da prisão. Nesse caso, quando houver a fixação de medida cautelar que obste a plena liberdade do acusado, há que se defender o deferimento da detração.

A confecção desta pesquisa traz vários ganhos de natureza jurídica, social e acadêmica.

O ganho jurídico que o tema trará é considerável, uma vez que como as medidas cautelares acarretam a privação da liberdade do indivíduo em vários níveis, a depender da medida imposta, o instituto previsto no artigo 42 do Código Penal deve ser aplicado em analogia benéfica ao réu.

A relevância social apresenta-se na medida em que a aplicação das medidas cautelares auxilia, ainda que em parte, na melhora da superlotação da população carcerária. Desse modo, diante desta contribuição, a imposição das medidas deve ser detraída da pena dos réus.

Quanto aos ganhos intelectuais, estes são apresentados com o aprofundamento desta pesquisadora nos estudos Direito Penal e Direito Processual Penal, bem como Direito Constitucional, com relevante importância para formação acadêmica e profissional.

A pesquisa delimita-se à explanação da necessidade de aplicação do instituto da detração aos casos em que aplicadas as medidas cautelares diversas da prisão.

Partindo dessa premissa, surge um problema jurídico.

O instituto da detração penal está previsto no artigo 42 do Código Penal, e reza que haverá o cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, bem como de prisão administrativa e de internação nos casos de doença mental superveniente. Contudo, considerando que as medidas cautelares também restringem a liberdade, haja vista a notória intervenção do Estado, e conforme uma interpretação favorável ao réu, não poderia o magistrado ampliar a abrangência de tal instituto?

Nesse diapasão tem-se o objetivo de investigar a possibilidade de se compatibilizar as medidas cautelares diversas da prisão e o instituto da detração, visto que referidas medidas também restringem a liberdade, haja vista a notória intervenção do Estado, analisando os ensinamentos doutrinários, bem como o



apontamento de correntes jurídicas distintas sobre o tema em epígrafe por meio de levantamento bibliográfico; colacionar as jurisprudências de nossos Tribunais Superiores acerca da interpretação do instituto; estudar os trabalhos acadêmicos existentes sobre o tema e reunir a legislação específica sobre o tema.

Desse modo, apesar de serem diversas da prisão, as medidas cautelares inseridas pela Lei n. 12.403/2011, quando aplicadas, trazem ao acusado ou investigado consequências que restringem ou até mesmo privam o seu direito de liberdade. Assim, a lógica é que seja aplicado o instituto da detração, também, em relação a essas medidas conforme o grau de restrição do direito de ir vir e permanecer.

Portanto, nos casos em que o condenado tenha cumprido medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, seria admissível a detração penal, uma vez que o legislador não proíbe e se mantém silente quanto ao tema, resultando uma lacuna no ordenamento jurídico. Por conseguinte, tal omissão poderá ser suprida com o emprego de analogia favor rei, ou seja, aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.

Essas ideias são sustentadas por Aury Lopes Júnior, marco teórico da presente pesquisa, que assim se manifesta:

Não 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.<sup>1</sup>

A metodologia do trabalho de conclusão de curso terá cunho teórico-dogmática, abordando a interdisciplinaridade entre os ramos do Direito Penal, Processual Penal e Direito Constitucional.

Os capítulos da monografia serão divididos em três e organizados da seguinte forma: O primeiro deles versará sobre os princípios constitucionais da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade. Já o capítulo II, irá encartar o instituto da detração, sua previsão legal, sua aplicabilidade e competência para apreciação. Por fim, o capítulo III tratará do tema central do presente trabalho de conclusão de curso,

---

<sup>1</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 365.

qual seja, a compatibilidade das Medidas Cautelares diversas da prisão e o instituto da detração. Neste derradeiro capítulo também será abordado o entendimento jurisprudencial acerca do tema.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Para melhor compreensão do tema em estudo, torna-se necessário explicitar alguns conceitos pertinentes ao tema.

De início, sabe-se que o conceito de detração e sua aplicabilidade é trazido pelo Código Penal, mais precisamente em seu artigo 42. *Verbis*: “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”.<sup>2</sup>

Ao comentar o artigo 42 do Código Penal, Nucci nos traz o conceito de detração:

a contagem no tempo da pena privativa de liberdade e da medida de segurança do período em que ficou detido o condenado em prisão provisória, no Brasil ou no exterior, de prisão administrativa ou mesmo de internação em hospital de custódia e tratamento. Ex.: se o sentenciado foi preso provisoriamente e ficou detido por um ano até a condenação transitar e julgado, sendo apenado a seis anos de reclusão, cumprirá somente mais cinco. A detração é matéria de competência do juízo da execução penal, como regra. Portanto, o desconto será efetivado após o trânsito em julgado e início do cumprimento da pena.<sup>3</sup>

Também conceituando o instituto da detração, Cleber Masson vai dizer que:

Detração penal é o desconto, na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo de prisão provisória ou de internação já cumprido pelo condenado. Evita-se o bis in idem na execução da pena privativa de liberdade. Na expressão “prisão provisória” compreende-se toda e qualquer prisão cautelar e processual (prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva), ou seja, não decorrente de pena, consistente na privação da liberdade antes do trânsito em julgado da condenação.<sup>4</sup>

A par de tais considerações, temos que o instituto da detração consiste em espécie de desconto em pena definitiva, de privação que o réu sofreu antes da prolação de sentença condenatória.

Em contrapartida, cumpre conceituar as medidas cautelares alternativas.

Nucci brilhantemente conceitua as medidas cautelares diversas da prisão da seguinte forma:

<sup>2</sup> BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 07 de maio de 2017.

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 331.

<sup>4</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 313.

trata-se do cerne da reforma processual introduzida pela Lei 12.403/2011, buscando evitar os males da segregação provisória, por meio do encarceramento de acusados, que, ao final da instrução, podem ser absolvidos ou condenados a penas ínfimas. Porém, como já mencionamos nas notas ao art. 282, não se cuida de medida automática, a ser padronizada e aplicada aos réus em geral. Elas dependem dos requisitos de necessidade e adequabilidade. Além disso, se não forem cumpridas, pode o magistrado decretar a prisão preventiva como ultima ratio. A mudança, em princípio, é bem-vinda, restando ao Estado implementá-la na prática.<sup>5</sup>

Ao compulsar o Código de Processo Penal, podemos inferir que a prisão preventiva é medida extrema, devendo ser decretada apenas nos casos em que constatada a existência de elementos concretos para tanto.

Partindo dessa premissa, caso o magistrado entenda que no caso concreto não se faz necessário a decretação da prisão preventiva, ou que não é possível a concessão de liberdade provisória pura e simples, pode ele optar pela fixação de medidas cautelares alternativas.

As referidas medidas cautelares estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, em capítulo dedicado a esta matéria. A saber:

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.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 599-600.

<sup>6</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 09 de maio de 2017.

Para a presente pesquisa, as medidas cautelares que mais nos interessam são aquelas previstas nos incisos IV e V do supracitado artigo.

A medida cautelar de recolhimento domiciliar incorre em manifesta privação da liberdade do indivíduo, devendo ser concedida nesses casos a detração.

O sábio jurista Guilherme de Souza Nucci, ao comentar a medida cautelar de recolhimento domiciliar, ressaltou que constitui constrangimento à liberdade individual do acusado:

tivemos a oportunidade de criticar o atual regime aberto, em vigor por diversas Comarcas brasileiras, onde, em lugar da Casa do Albergado, determina-se o recolhimento do sentenciado em seu próprio domicílio, criando-se a prisão albergue domiciliar. Como medida punitiva, sem a devida fiscalização, torna-se fator de descrédito para o Judiciário e para o sistema penal como um todo. Entretanto, como medida cautelar, soa-nos razoável. Não deixa de figurar como constrangimento à liberdade individual, em especial ao acusado, presumidamente inocente até o decisão condenatória definitiva. Cremos deva o réu ter maior cuidado em cumprir a medida imposta, justamente para evitar os males da prisão preventiva.<sup>7</sup>

A questão esbarra em premissas constitucionais, dentre elas os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, igualdade.

Sobre proporcionalidade, também entendida como razoabilidade, Cleber Masson preleciona que:

Modernamente, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado sobre uma dupla ótica. Inicialmente, constitui-se em proibição ao excesso, pois é vedada a cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. Se não bastasse, este princípio impede a proteção insuficiente de bens jurídicos, pois não tolera a punição abaixo da medida correta.<sup>8</sup>

Quanto ao princípio da igualdade ou isonomia, Masson vai dizer que:

Princípio da isonomia: Consagrou-se o princípio da isonomia, ou da igualdade, como a obrigação de tratar igualmente aos iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades. No Direito Penal, importa em dizer que as pessoas (nacionais ou estrangeiras) em igual situação devem receber idêntico tratamento jurídico, e aquelas que se encontram em posições diferentes merecem um enquadramento diverso, tanto por parte do legislador como também pelo juiz.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 601.

<sup>8</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 32.

<sup>9</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 33.

Nesse ínterim, sob a ótica dos princípios constitucionais, é possível iniciar-se a pesquisa sobre a possibilidade de nos casos em que fixada medida cautelar de recolhimento domiciliar, o agente ser beneficiado com a detração de pena.

É o que ensina Guilherme de Souza Nucci:

Detração e medidas cautelares alternativas à prisão: instituídas pela Lei 12.403/2011, as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP têm por fim evitar a decretação da prisão provisória. Porém, implicam restrição antecipada à liberdade individual. Algumas possuem maiores limitações que outras e, sob tal enfoque, entendemos deva ser apreciada a viabilidade de detração. 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.<sup>10</sup>

No entanto, há controvérsia sobre a aplicação do instituto nos casos em que fixada medida cautelar diversa da prisão, posto que a doutrina e os Tribunais não possuem uma posição majoritária acerca do tema.

Em um Estado democrático de Direito, é inadmissível que a detração nos casos em estudo não seja aplicada.

Por estado democrático de direito, segundo Fernando Capez, entende-se que:

A Constituição Federal brasileira, em seu art. 1º, *caput*, definiu o perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito. Trata-se do mais importante dispositivo da Carta de 1988, pois dele decorrem todos os princípios fundamentais de nosso Estado. Estado Democrático de Direito é muito mais do que simplesmente Estado de Direito. Este último assegura a igualdade meramente formal entre os homens, e tem como características: (a) a submissão de todos ao império da lei; (b) a divisão formal do exercício das funções derivadas do poder, entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários, como forma de evitar a concentração da força e combater o arbítrio; (c) o estabelecimento formal de garantias individuais; (d) o povo como origem formal de todo e qualquer poder; (e) a igualdade de todos perante a lei, na medida em que estão submetidos às mesmas regras gerais, abstratas e impessoais; (f) a igualdade meramente formal, sem atuação efetiva e interventiva do Poder Público, no sentido de impedir distorções sociais de ordem material. (capez, 2011, p. 22-23).<sup>11</sup>

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 334.

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 540.

Desse modo, um Estado democrático de Direito visa o bem comum e a igualdade entre todos.

Destarte, levanta-se o questionamento da presente monografia.

A partir do problema demonstrado, o presente trabalho objetiva tratar sobre cada conceito profundamente, investigando, por conseguinte a necessidade de ser aplicado o instituto da detração nos casos em fixada medida cautelar diversa da prisão, notadamente nos casos em que a medida cautelar priva a liberdade individual do indivíduo.

## 1. CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

No capítulo inaugural deste trabalho monográfico, iremos tratar sobre os princípios que orientam o tema que ora se discute. Notadamente no que toca ao direito penal e processual penal, o estudo dos princípios assume importante papel, quando o assunto fulcral é a busca de maior abrangência a institutos benéficos, tal como a detração.

### 1. 1 – IGUALDADE

O princípio da igualdade prevê isonomia de tratamento entre os destinatários da lei. A nenhuma pessoa deve ser garantido algo que para outra não será feito. São inadmitidas diferenciações, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular.

“A igualdade substancial postula o tratamento uniforme de todos os homens. Não se trata, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.”<sup>12</sup>

Sobre o princípio da isonomia/igualdade explica Gilmar Mendes:

Quanto ao princípio da isonomia, significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Como, por outro lado, no texto da nossa Constituição, esse princípio é enunciado com referência à lei — todos são iguais perante a lei —, alguns juristas construíram uma diferença, porque a consideram importante, entre a igualdade na lei e a igualdade diante da lei, a primeira tendo por destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente aos intérpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais.<sup>13</sup>

De relevo anotar o conceito do princípio em estudo extraído da obra de Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

<sup>12</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito Constitucional**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 151.

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 179.



Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.<sup>14</sup>

Trazendo a noção de princípio da igualdade, Ingo Sarlet expõe comparativo entre igualdade e justiça:

Igualdade e justiça são noções que guardam uma conexão íntima, que pode ser reconduzida, no plano filosófico, ao pensamento grego clássico, com destaque para o pensamento de Aristóteles, quando este associa justiça e igualdade e sugeriu que os iguais devem ser tratados de modo igual ao passo que os diferentes devem ser tratados de modo desigual, muito embora convém lembrar a justiça não se esgote na igualdade nem com ela se confunda. Desde então o princípio da igualdade (e a noção de isonomia) guarda relação íntima com a noção de Justiça e com as mais diversas teorizações sobre a Justiça, posto que, além de outras razões que podem ser invocadas para justificar tal conexão, a justiça é sempre algo que o indivíduo vivencia, em primeira linha, de forma intersubjetiva e relativa, ou seja, na sua relação com outros indivíduos e na forma como ele próprio e os demais são tratados.<sup>15</sup>

A par disso, a igualdade deverá ser observada pelo legislador no processo de criação de normas, bem como pelo intérprete dela, para que se precise sua real e melhor forma de aplicação aos casos concretos.

O legislador não poderá editar normas que se afastem do princípio da igualdade, sob pena de inconstitucionalidade flagrancial. O intérprete e a autoridade política não podem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades. O particular não pode pautar suas condutas em atos discriminatórios, preconceituosos ou racistas.

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho preleciona que:

Na verdade, o princípio de igualdade é uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação. Como limitação ao legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios, especialmente em razão da classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo. Inserido o princípio na Constituição, a lei que o violar será inconstitucional. É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o

<sup>14</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 35.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 523.

entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei.<sup>16</sup>

Corroborando a ideias de Manoel Gonçalves, Alexandre de Moraes explana que:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.<sup>17</sup>

Novelino exemplifica ofensa ao princípio da igualdade, trazendo à lume suposta criação de lei que garante maior importância aos homens em detrimento das mulheres:

No campo da validade, ainda que raro, também pode haver um conflito entre princípios. É o que ocorreria, por exemplo, se uma lei ordinária consagrasse o princípio da desigualdade entre homens e mulheres. Nesta hipótese, tal princípio não poderia ser considerado válido, em face do princípio da igualdade insculpido no art. 5.º, I, da Constituição da República. Nesses casos, deve-se analisar a pertinência ou não dos princípios ao ordenamento jurídico, para saber qual deverá ser mantido e qual deverá ser excluído deste<sup>18</sup>

Alexandre de Moraes também ensina que há uma tríplice finalidade limitadora do princípio em liça, sendo limitação ao legislador, ao intérprete e ao particular:

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular. O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.<sup>19</sup>

Sobre a previsão do princípio em estudo, logo no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 há disposição do princípio da igualdade:

<sup>16</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1259.

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 35.

<sup>18</sup> NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. vol. único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 156/157.

<sup>19</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 36.

## PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.<sup>20</sup>

A Constituição prevê, especificamente, o princípio da igualdade em seu artigo 5º. *Verbis*:

Artigo 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.<sup>21</sup>

“O art. 5.º da Constituição Federal é destinado, como se vê, à proteção do indivíduo contra a ação do Estado, e não contra o indivíduo. Seus incisos servem como tábua de salvação para qualquer advogado na defesa de seu cliente.”<sup>22</sup>

O princípio da igualdade atua em duas vertentes: perante a lei e na lei. Por igualdade perante a lei compreende-se o dever de aplicar o direito no caso concreto; por sua vez, a igualdade na lei pressupõe que as normas jurídicas não devem conhecer distinções, exceto as constitucionalmente autorizadas.

Sobre o princípio da igualdade Celso Ribeiro Bastos ensina muito sabiamente:

## 2. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Desde priscas eras tem o homem se atormentado com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere. Daí ter surgido a noção de igualdade que os doutrinadores comumente denominam igualdade substancial. Entende-se por esta a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres.<sup>23</sup>

Os principais doutrinadores constitucionalistas vêm dizer que o princípio da igualdade é um dos mais abrangentes e de difícil aplicação. Celso Ribeiro

<sup>20</sup> BRASIL. **Constituição de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 02 de outubro de 2017.

<sup>21</sup> BRASIL. **Constituição de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 02 de outubro de 2017.

<sup>22</sup> JESUS. Andrei Ribas de. **Direito Constitucional em Síntese**, p. 49.

<sup>23</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo Saraiva, 1999, p. 151.

menciona, inclusive, que a igualdade pregada pela CF/88 nunca foi alcançada por nenhuma sociedade humana. Vejamos o que diz o autor:

É o princípio da igualdade um dos de mais difícil tratamento jurídico. Isto em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos. A igualdade substancial postula o tratamento uniforme de todos os homens. Não se trata, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida. Essa igualdade, contudo, a despeito da carga humanitária e idealista que traz consigo, até hoje nunca se realizou em qualquer sociedade humana. São muitos os fatores que obstaculizam a sua implementação: a natureza física do homem, ora débil, ora forte; a diversidade da estrutura psicológica humana, ora voltada para a dominação, ora para a submissão, sem falar nas próprias estruturas políticas e sociais, que na maior parte das vezes tendem a consolidar e até mesmo a exacerbar essas distinções, em vez de atenuá-las.<sup>24</sup>

O princípio da igualdade, em nossa Carta Magna de 1988, encontra-se representado, exemplificativamente, no artigo 4º, inciso VIII, que dispõe sobre a igualdade racial; do artigo 5º, I, que trata da igualdade entre os sexos; do artigo 5º, inciso VIII, que versa sobre a igualdade de credo religioso; do artigo 5º, inciso XXXVIII, que trata da igualdade jurisdicional; do artigo 7º, inciso XXXII, que versa sobre a igualdade trabalhista; do artigo 14, que dispõe sobre a igualdade política ou ainda do artigo 150, inciso III, que disciplina a igualdade tributária.

Sobre o princípio da igualdade, indispensável recordarmos a lição de San Tiago Dantas:

Quanto mais progredem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo Saraiva, 1999, p. 152.

<sup>25</sup> DANTAS, F. C. San Tiago. **Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo**. Revista Forense, v. 116, Rio de Janeiro, 1948, p. 357-367.

Conclui-se, destarte, que o princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 5º da Carta da República, traduz-se em norma de eficácia plena, cuja exigência de indefectível cumprimento independe de qualquer norma regulamentadora, assegurando a todos, indistintamente, independentemente de raça, cor, sexo, classe social, situação econômica, orientação sexual, convicções políticas e religiosas, igual tratamento perante a lei, mas, também e principalmente, igualdade material ou substancial.

## 1.2 – RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade apresenta importante critério de aplicação da norma jurídica e, também limitação à ação do aplicador da lei. As decisões devem se pautar em critério de razoabilidade. A razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual. A razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece e não algo extraordinário.

De acordo com Humberto Ávila:

a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa.<sup>26</sup>

Rodrigo Padilha sobre a razoabilidade ensina que:

Este se preocupa com os meios necessários para atingir os fins previstos pela norma Constitucional. Em razão da subjetividade deste princípio, faz-se necessário observar três subprincípios, que lhe conferem maior grau de objetividade:

- a) Necessidade (exigibilidade) – A conduta deve ser necessária e somente tomada se não houver outro meio menos gravoso ou oneroso para a sociedade;
- b) Adequação (pertinência ou idoneidade) – O meio adotado deve ser compatível com o fim; c) Proporcionalidade em sentido estrito – As vantagens conquistadas com a prática do ato devem superar as desvantagens.<sup>27</sup>

Em comentários à Constituição de 1988, Canotilho, Mendes, Sarlet e Streck ensinam:

<sup>26</sup> ÁVILA, Humberto . **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.138.

<sup>27</sup> PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014, p. 134.

O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, é de grande importância na dogmática jurídica contemporânea, tanto por sua dimensão instrumental, quanto material. O referido princípio não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.<sup>28</sup>

Para Daniel Sarmento, o princípio da proporcionalidade é referência na hermenêutica constitucional no Brasil:

O princípio da proporcionalidade é um dos mais importantes instrumentos da hermenêutica constitucional, sendo amplamente empregado pela jurisprudência, não só no Brasil, como também em inúmeros outros países, como Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, França, Canadá, África do Sul e Colômbia. A sua principal finalidade é a contenção do arbítrio estatal, provendo critérios para o controle de medidas restritivas de direitos fundamentais ou de outros interesses juridicamente protegidos. A proporcionalidade, além de princípio constitucional, é ainda verdadeiro cânone de interpretação da Constituição, sendo empregada no equacionamento de colisões entre normas constitucionais, no contexto da ponderação de interesses.<sup>29</sup>

Prosseguindo com seu estudo sobre o princípio da razoabilidade, Sarmento também fala de sua veia histórica, de onde surgiu a razoabilidade:

A proporcionalidade originou-se no Direito Administrativo alemão (prussiano) do século XIX, sendo empregada inicialmente para controle do exercício do poder de polícia. Após a II Guerra Mundial, no cenário de crise do legalismo jurídico que então se instaurou, o princípio foi transplantado, na Alemanha, do campo administrativo para o constitucional, onde passou a ser utilizado também para o controle da constitucionalidade dos atos legislativos, sobretudo dos que importam em restrições a direitos fundamentais. Com o passar do tempo, a jurisprudência constitucional germânica foi consolidando três parâmetros — ou subprincípios — que estruturam a aplicação do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que serão adiante examinados.<sup>6</sup> A experiência germânica no uso do princípio exerceu grande influência no mundo todo, e a proporcionalidade foi sendo paulatinamente incorporada à jurisprudência constitucional de inúmeros outros países, e até mesmo de órgãos jurisdicionais supranacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Organização Mundial do Comércio.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 191.

<sup>29</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 417.

<sup>30</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 417.

A razoabilidade exige, ainda, a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é desconsiderado pela generalização legal. Em alguns casos, em razão das especificidades, a norma geral não pode ser aplicável por se tratar de caso anormal.

Assim, analisando essas considerações, podemos concluir que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para que seja aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral.

A razoabilidade também exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Não pode haver desproporção entre o direito e o custo a ser pago pelo cidadão, um exemplo que pode ser considerado dentro desta acepção é de que a culpa serve de critério para a fixação da pena a ser cumprida, devendo esta pena ser equivalente à culpa. Um meio é adequando quando promove o fim a que se propõe.

### 1.3 – PROPORCIONALIDADE

Em sua maioria, a doutrina conceitua de forma mista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A proporcionalidade em sentido estrito tem importância fundamental na aplicação das sanções. Assim, a gravidade da sanção deve ser equivalente à gravidade da infração praticada. Por isso, determina-se que na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida.

O princípio da proporcionalidade tem por finalidade principal equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.

“Esse princípio, largamente adotado pela jurisprudência alemã do pós-guerra, preceitua que nenhuma garantia constitucional goza de valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente.”<sup>31</sup>

Este princípio é bem delineado no decorrer da obra *Dos Delitos e das Penas* de Cesare Beccaria.

---

<sup>31</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 322.

Evitando-se repetições desnecessárias, o princípio da proporcionalidade consiste perfunctoriamente na possibilidade de se punir crimes brandos com penas mais brandas e crimes graves com penas mais pesadas.



## 2. CAPÍTULO II – DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO

Neste segundo capítulo, iremos tratar sobre o instituto da detração, onde há a previsão legal, sua aplicabilidade e competência para seu reconhecimento prático. Iremos tratar, também, sobre o conceito de prisão provisória e medidas cautelares diversas da prisão, apontando a ingerência do Estado da aplicação e fiscalização destas medidas.

### 2.1- PREVISÃO LEGAL

O instituto da detração tem previsão na lei penal e prevê que o período em que o agente for mantido recluso deverá ser subtraído do somatório total da pena que lhe for cabível. Com isso, a pena será reduzida assim que o réu for condenado, o que poderá influenciar também na progressão de regime e alcance de demais benefícios afetos à execução penal.

A detração tem previsão legal no artigo 42 do Código Penal. *Verbis*: “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.”<sup>32</sup>

Consiste a detração na redução da pena privativa de liberdade ou de medida de segurança aplicada em sentença, do período de prisão provisória ou de internação psiquiátrica em que o réu tenha sido submetido antes de ser efetivamente julgado. No ensinamento de René Dotti:

Consiste a detração no 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.<sup>33</sup>

Cebe-nos trazer à lume as palavras de Greco acerca do instituto em estudo:

Detração é o instituto jurídico mediante o qual computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo 41, do CP. Em suma, o período preso

<sup>32</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 17/10/2017.

<sup>33</sup> DOTTI, René. A. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 604.

antes da sentença transitada em julgado deverá ser descontado do cumprimento da pena.<sup>34</sup>

Na mesma toada, Capez ensina, de forma detalhada, o conceito e aplicação da detração no cenário jurídico:

Conceito: é o cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento ou estabelecimento similar. Trata-se de 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 (concurso material) ou unificando-as (crime continuado ou concurso formal, conforme o caso). Obtido o total a ser cumprido, desconta-se o tempo de prisão provisória. Trata-se de uma simples operação aritmética de subtração: pena menos prisão provisória. Essa é a detração prevista no art. 42 do CP. Seu pressuposto é evitar que uma pessoa fique presa mais tempo do que a pena imposta na sentença condenatória. A prisão provisória não é punição, mas instrumento auxiliar da 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 fato.<sup>35</sup>

A detração visa garantir que o tempo de prisão suportada antes da imposição de sentença penal condenatória não seja perdido. É a garantia de que não haverá arbitrariedade do Estado.

No entanto, para se garantir a detração é preciso que a prisão ou medida de internação seja referente ao processo em que houver a condenação, ou seja, a prisão no processo X será detraída da condenação referente ao processo X, o que não poderá ser feito em relação a um processo Y, haja vista a inexistência de liame.

Sobre esta questão, encontra-se resposta na lição de Damásio de Jesus:

Para a aplicação do princípio da detração penal deve existir o nexo de causalidade entre a prisão provisória (...) e a pena privativa de liberdade. Suponha-se que o sujeito se encontre processado em duas comarcas, estando preso preventivamente na primeira. Nesta, após permanecer preso durante três meses, é absolvido, sendo condenado no outro processo a três meses de detenção. O tempo de cumprimento de prisão preventiva no processo A, em que foi absolvido, pode ser computado na pena privativa de liberdade imposta na ação penal de B? O CP vigente é omissivo. Entendemos que ao caso não pode ser aplicada a detração penal. Do contrário estaria estabelecido “conta corrente”, ficando o réu absolvido com um crédito contra o Estado, a tornar impuníveis possíveis infrações

<sup>34</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol I. Niterói: Impetus, 2012, p. 136.

<sup>35</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 418.

posteriores. Havendo, porém, conexão formal entre os delitos, admite-se o benefício.<sup>36</sup>

Greco coaduna com Damásio de Jesus:

Existe direito à detração da pena em processos em que haja condenação ainda que a prisão seja oriunda de processo no qual o agente fora absolvido. Deve-se ressaltar que, para que haja detração, os processos devem tramitar simultaneamente, caso contrário, o agente teria uma espécie de “carta de crédito” para infrações penais futuras”.<sup>37</sup>

Não obstante, há doutrinadores que entendem o contrário. É que caso o réu seja absolvido, o tempo que ficou preso será considerado erro do judiciário, passível inclusive de fundamentar pedido indenizatório. Com isso, para evitar-se maiores prejuízos, o período de prisão no processo X poderá ser subtraído do processo Y, anterior ao X.

Esta é a ideologia de Fernando Capez:

É possível a detração penal em processos distintos, ainda que os crimes não sejam conexos, de acordo com o que dispõe a LEP, art. 111. A Constituição da República, em razão da magnitude conferida ao status libertatis (CF, art. 5º, XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido a prisão processual e posteriormente absolvido. Em face desse preceito constitucional, o art. 42 do Código Penal e o art. 111 da Lei das Execuções Penais devem ser interpretados de modo a abrigar a tese de que o tempo de prisão provisória, imposta em processo no qual o réu foi absolvido, seja computado para a detração de pena imposta em processo relativo a crime anteriormente cometido.<sup>38</sup>

Também contrário ao ensinamento de Damásio, tem-se a ideologia de René Dotti:

Não colhe a objeção fundada no argumento de que em tal hipótese haveria um tipo de conta corrente pela qual o réu absolvido em um processo teria um crédito contra o Estado relativamente à prática de uma infração futura. Com efeito, se a imputação pelo fato anterior tenha sido julgada improcedente, por falta de justa causa ou por outro fundamento, ou se, antes mesmo da denúncia, o inquérito for arquivado pela demonstração da inocência ou causa diversa, a prisão cautelar caracterizou um erro judiciário que obriga o Estado a pagar uma indenização (CF, art. 5º, LXXV). Essa responsabilidade objetiva é fiadora da admissibilidade da detração, não houvesse outros argumentos a justificá-la, como o precedente do STF relatado pelo Min. Rodrigues de Alkmin e colecionado por Silva Franco

<sup>36</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 25. ed. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 526/527.

<sup>37</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol I. Niterói: Impetus, 2012, p. 136.

<sup>38</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 422.

(Código Penal, p. 787), Também o STJ, em decisão relatada pelo Min. Vicente Leal abriga o mesmo entendimento (RT 733/537)<sup>39</sup>.

Pelo que se viu o instituto de detração admite várias controvérsias em sua aplicação. É o que trataremos mais aprofundadamente nos próximos tópicos e no capítulo final deste trabalho de conclusão de curso.

## 2.2. PRISÃO PROVISÓRIA E MEDIDA DE SEGURANÇA

Via de regra, a lei traz a possibilidade de se detrair tão somente a prisão provisória e a internação em hospital de custódia.

Traremos neste tópico a conceituação de prisão provisória e abordaremos sobre os benefícios penais, tais como sursis e substituição de pena.

A prisão provisória, nada mais é que o tempo em que o acusado o investigado permanece preso, em caráter cautelar, até que o processo tenha seu deslinde natural. A depender da complexidade da causa, tais como número de crimes e de réus, essa prisão pode perdurar por tempo considerável. Esse período de reclusão, conforme visto, deve ser descontado do saldo final de pena aplicada ao réu.

Como prisão provisória, no viés de Capez, entende-se que:

Prisão provisória: é o tempo em que o réu esteve preso por força de prisão preventiva ou de prisão temporária. Com o advento da Lei n. 12.403/2011, como já visto, a prisão em flagrante perdeu seu caráter de prisão provisória. Ninguém mais responde a um processo criminal por estar preso em flagrante.<sup>40</sup>

Capez ainda enfatiza a questão atinente à restrição do texto da lei, que por interpretação literal leva ao entendimento de que a sua aplicabilidade é bem restringida.

Pena privativa de liberdade: a interpretação literal do dispositivo que trata da detração nos leva à conclusão de que somente será possível a aplicação da detração nas penas privativas de liberdade, dado que a lei não menciona nem a pena de multa, nem as restritivas de direitos. No caso das restritivas, porém, o óbice não parece justificável, conforme veremos a seguir.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> DOTTI, René. A. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 605.

<sup>40</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 420.

<sup>41</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 419.

Pincela Mirabete sobre a prisão provisória:

A prisão provisória a que se refere a lei é a prisão processual, que pode ocorrer em virtude de atuação em flagrante delito, de prisão temporária, de prisão preventiva, de sentença de pronúncia e de decisão condenatória recorrível, ou seja, em todas as hipóteses em que o criminoso é recolhido à prisão antes da prolação da sentença condenatória definitiva que autoriza a execução da pena.<sup>42</sup>

Para Damásio, a prisão provisória: “Refere-se à prisão em flagrante (CPP, arts. 301 a 310), à preventiva (CPP, arts. 311 a 316), e à temporária Leis n. 7.960, de 21-12-1989, e 8.072, de 25-7-1990, art. 2º, § 3º).”

Conforme visto, a prisão provisória pode se dar em várias modalidades, seja prisão em flagrante, preventiva ou prisão temporária.

Sobre as modalidades de prisão provisória ensina Greco:

Existem as seguintes modalidades de prisão provisória ou cautelar:

- a) prisão em flagrante;
- b) prisão preventiva;
- c) prisão temporária;
- d) prisão em virtude de sentença de pronúncia;
- e) prisão em virtude de sentença penal condenatória recorrível.<sup>43</sup>

Quanto à prisão em flagrante, é necessário ressaltar que esta não perdurará por tempo considerável, tal como as demais modalidades. Isso porque, ao receber o auto de prisão em flagrante delito, o juiz deverá, fundamentadamente, decidir sobre a necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva. Nesse caso, a prisão será preventiva e não mais flagrancial.

Por outro lado, a lei também admite, explicitamente, a detração referente a cumprimento de medida de segurança.

As medidas de segurança têm previsão no Título VI do Código Penal.

Tais medidas tem aplicação nos casos de inimputabilidade ou semi-imputabilidade. Ocorre quando não ostenta a agente capacidade de se situar totalmente ou parcialmente sobre o caráter ilícito de ação considerada delituosa.

Bitencourt, sobre o tema, ensina que:

Atualmente, o imputável que praticar uma conduta punível sujeitar-se-á somente à pena correspondente; o inimputável, à medida de segurança, e o semiimputável, o chamado “fronteiroço”, sofrerá pena ou medida de

<sup>42</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 244.

<sup>43</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol I. Niterói: Impetus, 2012. p. 43, p. 136.

segurança, isto é, ou uma ou outra, nunca as duas, como ocorre no sistema duplo binário. As circunstâncias pessoais do infrator semi-imputável é que determinarão qual a resposta penal de que este necessita: se o seu estado pessoal demonstrar a necessidade maior de tratamento, cumprirá medida de segurança; porém, se, ao contrário, esse estado não se manifestar no caso concreto, cumprirá a pena correspondente ao delito praticado, com a redução prevista (art. 26, parágrafo único). Cumpre, porém, esclarecer que sempre será aplicada a pena correspondente à infração penal cometida e, somente se o infrator necessitar de “especial tratamento curativo”, como diz a lei, será aquela convertida em medida de segurança. Em outros termos, se o juiz constatar a presença de periculosidade (periculosidade real), submeterá o semi-imputável à medida de segurança.<sup>44</sup>

Sobre a possibilidade de se reconhecer a detração aos casos em que aplicada medida de segurança, Capez preleciona:

Medida de segurança: admite-se detração do tempo de prisão provisória em relação ao prazo mínimo de internação. O exame de cessação da periculosidade, portanto, será feito após o decurso do prazo mínimo fixado, menos o tempo de prisão provisória.<sup>45</sup>

Nesta senda enfatiza Mirabete:

Computa-se, também, por razões humanitárias, o tempo em que o condenado esteve internado em estabelecimento destinado ao desconto de medida de segurança, inclusive quando a transferência para este estabelecimento decorreu da superveniência de doença mental. Quando, todavia, a doença mental ou a perturbação da saúde mental eclodir durante e a execução da pena privativa de liberdade, o juiz poderá determinar a substituição dessa pena por medida de segurança (art. 183 da LEP). Nessa hipótese, o prazo do recolhimento do sentenciado passará a ser regulado de acordo com as normas que regem a medida de segurança e não mais de acordo com os dispositivos relativos à execução da pena.<sup>46</sup>

Destarte, conclui-se que os casos de prisão temporária e de medida de segurança são pacificamente abarcados pelo instituto da detração.

## 2.3- APLICABILIDADE

Do estudo do instituto detração, é possível aquilatar que tem aplicabilidade quando se trata de tempo cumprido em prisão provisória e internação por medida de segurança.

---

<sup>44</sup> BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1876.

<sup>45</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 422.

<sup>46</sup> MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. Vol. 1. p. 263.

Há discussão sobre a aplicabilidade aos casos em que houver suspensão condicional da pena, condenação em pena de multa, substituição da pena privativa em liberdade por restritiva de direitos e para cômputo de prescrição. É o que estudaremos à partir de agora.

O *sursis* conforme sabido, consiste em suspensão condicional de pena. Através deste instituto, o condenado deixa de cumprir pena corporal propriamente dita e passa a cumprir determinadas condições alternativas à pena inicial.

É previsto pelo artigo 77 do Código Penal. Vejamos:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. (...) <sup>47</sup>

Para a doutrina majoritária, não é possível admitir-se aplicação da detração aos casos em que reconhecido o *sursis*, consoante o ensinamento de Fernando Capez.

Detração e “*sursis*”: não é possível. O *sursis* é um instituto que tem por finalidade impedir o cumprimento da pena privativa de liberdade. Assim, impossível a diminuição de uma pena que nem sequer está sendo cumprida, por se encontrar suspensa. Observe-se, porém, que, se o *sursis* for revogado, a consequência imediata é que o sentenciado deve cumprir integralmente a pena aplicada na sentença, e nesse momento caberá a detração, pois o tempo de prisão provisória será retirado do tempo total da pena privativa de liberdade. <sup>48</sup>

Não é outro o raciocínio de Victor Gonçalves:

Em relação ao *sursis* também é incabível a detração porque se trata de pena substitutiva que não guarda proporção com a pena privativa de liberdade aplicada na sentença. Com efeito, o *sursis* é aplicado por um

<sup>47</sup> BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 18 de outubro 2017.

<sup>48</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 421.

período de 2 a 4 anos para substituir pena privativa de liberdade não superior a 2 anos. Assim, se alguém é condenado a 1 ano de reclusão e o juiz concede o sursis por 2 anos, não pode ser descontado o tempo de prisão provisória. Veja-se, entretanto, que se o sursis for revogado a consequência será o cumprimento da pena originariamente imposta na sentença (1 ano). Nesse caso poderá ser feita a detração.<sup>49</sup>

No que toca à pena de multa, há controvérsias. Há quem diga que pode haver detração e há quem diga que é impossível tal prática. Damásio de Jesus bem retrata este impasse jurídico:

Há divergência a respeito de a multa permitir ou não a detração penal, existindo várias orientações: 1ª posição: admite-se detração penal em relação à multa somente na hipótese de conversão (CP, art. 51): TACrimSP, AE 540.685, RT, 639:323; AE 552.033, RJDTACrimSP, 2:35 e 36; 2ª posição: não há restrição à detração penal em relação à multa: TACrimSP, AE 541.897, RJDTACrimSP, 2:36; AE 534.363, RJDTACrimSP, 2:21; AE 549.713, RJDTACrim SP, 2:21; e TACrimSP, AE 552.801, RJDTACrimSP, 5:27, na qual ficou consignado o critério a ser seguido: “se o número de dias a serem detraídos for igual ou inferior ao número de dias de prisão provisória do réu, a pena de multa é extinta. Se o número de dias a serem detraídos for superior ao período de prisão provisória, a pena de multa será parcialmente extinta, procedendo-se à conversão em multa do saldo da pena pecuniária”; RJDTACrimSP, 21:39; TACrimSP, ACrim 1.102.993, RT, 761:624; 3ª posição: a pena de multa não admite a detração penal: RTJE, 62:214; TJSP, AE 73.708, RJTJSP, 125:535; TACrimSP, AE 456.453, RT, 643:317; AE 548.769, RT, 644:293; AE 548.759, RJDTACrimSP, 3:42; TACrimSP, AE 539. 811, RJDTACrimSP, 3:42; TACrimSP, AE 557.699, RJDTACrimSP, 3:48; TACrimSP, AE 541.721, RJDTACrimSP, 4:33.<sup>50</sup>

Capez coaduna da corrente de que inviável a detração relativa a *sursis*.

Vejamos:

Detração em pena de multa: não é admitida. Anteriormente à Lei n. 9.268/96, que proibiu a conversão da multa em detenção, havia entendimento no sentido da possibilidade, com fundamento na eventual conversão da pena pecuniária em detenção, no caso de não pagamento ou fraude à execução. Assim, se, por exemplo, 30 dias-multa equivaliam a 30 dias de detenção, na hipótese de conversão, nada obstaría se descontasse desses 30 dias-multa o tempo de prisão provisória, abatendo-se, desde logo, esse período dos 30 dias de detenção que seriam aplicados caso o condenado não pagasse a multa ou frustrasse a sua execução. Com a nova lei, a discussão perdeu interesse, pois desapareceu o argumento que justificava a detração.<sup>51</sup>

Consoante o entendimento de Celso Delmanto e Roberto Delmanto: "Pena pecuniária. Não pode ser alcançada pela detração, já que não mais existe a

<sup>49</sup> GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Coleção Sinopses Jurídicas. Vol. 7. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

<sup>50</sup> JESUS, Damásio de. **Código Penal Comentado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 199/200.

<sup>51</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 420/421.



conversão da pena de multa em privativa de liberdade (detenção) em face do atual art. 51 do Código Penal".<sup>52</sup>

Quanto às penas restritivas de direito, é pacífico a possibilidade de descontar-se ao cômputo da pena final o seu cumprimento.

As penas restritivas de direitos estão previstas pelo artigo 44 do Código Penal. Preenchidos os requisitos da lei, o magistrado poderá substituir a pena privativa de liberdade, por penas alternativas, tais como prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Do texto do artigo 44 do Código Penal é possível extrair os requisitos para que haja a aplicação das penas restritivas de direitos:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)  
 I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)  
 II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)  
 III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)<sup>53</sup>

Dando prosseguimento ao que preceitua o artigo 44 do Código Penal:

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998).

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de

<sup>52</sup> DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto. et al. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 83.

<sup>53</sup> BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 19 de outubro de 2017.

aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)<sup>54</sup>

Na lição de Capez é plenamente possível a ocorrência de detração quando se fala em pena restritiva de direito:

Detração em penas restritivas de direitos: como o CP somente fala em detração na hipótese de pena privativa de liberdade, a interpretação literal do texto poderia levar à conclusão de que o benefício não deveria ser estendido à pena restritiva de direitos. Deve-se considerar, no entanto, que, se a lei admite o desconto do tempo de prisão provisória para a pena privativa de liberdade, beneficiando quem não fez jus à substituição por penalidade mais branda, refugiria ao bom-senso impedi-lo nas hipóteses em que o condenado merece tratamento legal mais ténue, por ter satisfeito todas as exigências de ordem objetiva e subjetiva. Quando se mantém alguém preso durante o processo, para, ao final, aplicar-lhe pena não privativa de liberdade, com ainda maior razão não deve ser desprezado o tempo de encarceramento cautelar. Além disso, a pena restritiva de direitos substitui a privativa de liberdade pelo mesmo tempo de sua duração (CP, art. 55), tratando-se de simples forma alternativa de cumprimento da sanção penal, pelo mesmo período. Assim, deve ser admitida a detração. Exemplo: o agente é condenado a 8 meses de detenção, os quais vêm a ser substituídos pelo mesmo tempo de prestação de serviços à comunidade. Se o tempo de prisão provisória pode ser descontado dos 8 meses de detenção, não há razão lógica que impeça tal desconto nos 8 meses da pena restritiva aplicada em substituição.<sup>55</sup>

Ainda na toada de Capez, pode-se reconhecer a detração para fins de análise da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Segundo o autor, após a promoção da detração passa-se à análise dos marcos prescricionais, o que, obviamente gera benefícios ao sentenciado:

Detração para fins de prescrição: pode ser aplicada calculando-se a prescrição sobre o restante da pena. Exemplo: o sujeito ficou preso provisoriamente por 60 dias. Desconta-se esse período da pena aplicada e calcula-se a prescrição em função do que resta a ser cumprido. Em sentido contrário, entendendo que a norma inscrita no art. 113 do Código Penal não admite que se desconte da pena in concreto, para efeitos prescricionais, o tempo em que o réu esteve provisoriamente preso.<sup>56</sup>

Para Bitencourt, a detração deve se dar de forma mais restringida e só se aproveitará em dois casos:

Dever-se-á computar toda a pena aplicada, com exceção da majoração decorrente do concurso formal próprio e do crime continuado. A detração somente é aproveitada para a execução da pena, ou para a prescrição da

<sup>54</sup> BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 19 de outubro de 2017.

<sup>55</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 421.

<sup>56</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 422.

pretensão executória. b ) Verificar qual é o prazo prescricional correspondente (art. 109 do CP). c ) Analisar a existência de causa modificadora do lapso prescricional, cuja única possibilidade é a do art. 115.<sup>57</sup>

A par de tais considerações, é possível aquilatar que o instituto da detração admite várias discussões, sejam elas benéficas ou não ao sentenciado. A ausência de posicionamentos enraizados abre precedente para maiores discussões sobre o tema desta monografia.

## 2.4- COMPETÊNCIA

A competência, via de regra, para análise da detração é do Juízo da execução Penal.

Trata-se de incidente de execução, previsto no art. 66, III, c, da LEP.<sup>58</sup>

A doutrina de Mirabete ensina:

A detração é matéria referente à execução da pena ou medida de segurança aplicada ao condenado, da qual o juiz competente deverá abater o tempo de prisão provisória ou de internação, inclusive o referente a outra ação penal em que houve absolvição ou prescrição. Não cabe ao juiz do processo, pois, na sentença, decretá-la.<sup>59</sup>

Corroborando a idéia de Mirabete, Capez preleciona que:

Juízo da execução: a detração é matéria de competência exclusiva do juízo da execução, nos termos do art. 66, III, c, da LEP. Não cabe, portanto, ao juiz da condenação aplicá-la desde logo, para poder fixar um regime de pena mais favorável ao acusado, até porque estar-se-ia dando início ao cumprimento da pena em dado regime antes de se conhecer a pena definitiva.<sup>60</sup>

Apesar de a doutrina admitir que a competência para análise da detração é do Juízo das Varas de Execução Penal, ela pode ser aplicada de forma extensiva por magistrados com competência em processos de conhecimento.

De acordo ainda com a regra contida no artigo 111 da LEP, havendo condenação por mais de um crime (em um ou mais processos), a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma

<sup>57</sup> BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1983.

<sup>58</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 418.

<sup>59</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 247.

<sup>60</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 420.

ou unificação das penas, observada a detração ou remissão, se for o caso.<sup>61</sup>

Destarte, ao sentenciar um processo, o magistrado, quando da aplicação do regime deverá observar se o condenado permaneceu preso por período suficiente para que alcançasse a progressão de regime. Nesse caso, no processo de conhecimento, poderá haver essa modificação. No entanto, quanto à pena propriamente dita, ficará a cargo do Juízo da VEP promover as alterações pertinentes.

---

<sup>61</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol I. Niterói: Impetus, 2012, p. 131.

### 3. CAPÍTULO III – AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E O INSTITUTO DA DETRAÇÃO

Neste último capítulo será abordado de forma mais acurada as medidas cautelares diversas da prisão e o instituto da detração.

Será defendido que diante da manifesta restrição de liberdade promovida por determinadas medidas cautelares, há que ser descontado no computo final da pena, o período em que se encontrou submetido às mencionadas medidas.

#### 3.1 – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: ANTECIPAÇÃO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO.

O Título IX do Livro I do CPP, com as mudanças promovidas pela Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, contém um extenso leque de medidas cautelares pessoais ou subjetivas.

Sobre a atual redação de lei que prevê as medidas cautelares diversas da prisão, Nestor Távora ensina que:

Em sua atual redação, o dispositivo em comento contempla as hipóteses de medidas cautelares que podem ser utilizadas como alternativas às prisões cautelares. Antes da reforma legislativa de 2011, não havia outras medidas cautelares pessoais, que não a prisão ou a liberdade provisória mediante fiança. Agora, o CPP admite um rol considerável de medidas que podem ser utilizadas.<sup>62</sup>

As medidas cautelares foram criadas como forma de desafogar a população carcerária que pelo que sabemos é cada vez mais crescente. Tais medidas são tidas como menos gravosas em relação à medida cautelar de encarceramento provisório.

Com o advento da citada Lei, ao magistrado restou a tarefa de quando da análise do auto de prisão em flagrante, analisar a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão ao revés de se converter a prisão em flagrante em preventiva.

Fenando Capez ensina que:

Decretação das medidas cautelares: As medidas cautelares serão decretadas no curso da investigação criminal mediante: a) representação da

---

<sup>62</sup> TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal para Concursos**. 6.ed. São Paulo: Juspodivm, 2015, p. 434.

autoridade policial; b) requerimento do Ministério Público. Durante o processo: a) de ofício pelo juiz; b) a requerimento de qualquer das partes. Pela redação do art. 282, § 2º. do CPP, tem-se a impressão de que o juiz não pode decretar de ofício medidas cautelares durante a investigação criminal. No entanto, isso não corresponde a realidade, pois, ao receber os autos de prisão em flagrante, o juiz poderá conceder a liberdade provisória com ou sem fiança, ou mediante qualquer outra medida cautelar alternativa (CPP, art. 310, III). Obviamente, não depende de pedido específico para escolher a providência acautelatória que entender cabível.<sup>63</sup>

Importante anotar que toda a fixação de medida cautelar diversa da prisão deve ser devidamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de incorrer em ato manifestamente nulo.

Não é outro o magistério de Fernando Capez ao lecionar sobre a matéria de direito processual penal:

Caráter subsidiário da preventiva: preponderância das medidas cautelares alternativas: A Lei n. 12.403/2011 ofertou ao juiz um extenso rol de alternativas capazes de produzir o mesmo efeito garantidor, com a mesma eficácia. Conforme já salientado, se houver uma providência cautelar menos gravosa que seja suficiente para atingir os fins garantidores do processo, a prisão será considerada sem justa causa, caracterizando constrangimento ilegal. A prisão preventiva tornou-se, assim, medida de natureza subsidiária, a ser aplicada somente em último caso, quando não cabível sua substituição por outra medida prevista no art. 319 do CPP. A concessão de liberdade provisória, por sua vez, não é facultativa, mas obrigatória quando ausente o *periculum in mora* (CPP, art. 312). Se não for caso de prisão preventiva, o juiz deverá conceder a liberdade provisória (CPP, art. 321, primeira parte). A liberdade provisória pode vir ou não acompanhada da imposição de algum ônus. Neste ponto, há discricionariedade para a autoridade judiciária avaliar a sua necessidade. Por isso, a lei diz que o juiz imporá, se foro caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 (CPP, art. 321, segunda parte). Deste modo, a liberdade provisória será concedida obrigatoriamente, mas a fiança, assim como qualquer outra medida cautelar alternativa a prisão provisória, somente será imposta se necessária para garantir o processo. Pode haver casos em que a liberdade provisória seja concedida, sem nenhuma providência que a acompanhe, nem mesmo a fiança, porque não houve demonstração de sua necessidade. Toda medida restritiva precisa ser justificada fundamentadamente, sob pena de padecer de justa causa. <sup>64</sup>

Tais medidas estão previstas de forma mais concentrada nos artigos 319 e 320 do CPP.

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;

<sup>63</sup> CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 326.

<sup>64</sup> CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325.

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.<sup>65</sup>

Prevê o artigo 320 do Código de Processo Penal:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).<sup>66</sup>

Da redação dos artigos 319 e 320 do CPP, extrai-se que as medidas cautelares consistem em comparecimento periódico em juízo, proibição de frequência a determinados lugares, proibição de contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar, suspensão de atividade econômica, internação provisória, pagamento de fiança, e monitoração eletrônica.

Chama especial atenção as medidas inseridas pelos incisos IV, V, VII e IX do artigo 319. Certo é que estas medidas obstam de forma incisiva a liberdade do acusado, devendo, nestes casos, ser concedida a detração de pena.

Ressalte-se que conforme ensinamento de Nestor Távora, a fixação de medida cautelar diversa da prisão não fere o princípio da presunção de inocência:

Devemos salientar, ainda, que a adoção das cautelares não comprometem o princípio da (presunção de) inocência (art. 5º., LVII, CF). como consabido, referido princípio impõe que os investigados e acusados não sejam tratados

<sup>65</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>66</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 03 de novembro de 2017.

como culpados, senão após o trânsito em julgado da condenação. Isto, porém, não significa dizer que a adoção das cautelares se revista de inconstitucionalidade, na medida em que a imposição das cautelares não ensejam imputação de responsabilidade penal.<sup>67</sup>

Lembre-mos que a detração de pena consiste no desconto de pena final, do período em que o sentenciado permaneceu preso provisoriamente ou em internação em hospital de custódia.

Passaremos à análise do que vem decidindo os tribunais superiores sobre o tema em estudo.

### 3.2 - ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Os tribunais superiores em atual jurisprudência vêm negando a possibilidade de detração quando o assunto trata sobre as medidas cautelares alternativas à prisão.

O fundamento precípua é de que a ausência de previsão legal obsta a aplicação.

Vejamos o que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Em julgado de relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura houve expressa negativa de incidência da detração ao argumento de ausência de previsão legal. Vale citar:

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.

(HC 402.628/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 04/10/2017).<sup>68</sup>

<sup>67</sup> TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal para Concursos**. 6. ed. São Paulo: Juspodivm, 2015, p. 434.

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 402.628/DF**. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA. julgado em 21/09/2017. DJe 04/10/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=detracao+e+medida+cautelar+e+recolhimento+domiciliar&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>. Acesso em 02 de novembro de 2017.



Não é outro o entendimento do Ministro Ribeiro Dantas:

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 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. (HC 380.369/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017)<sup>69</sup>

Na toada de não concessão da detração aos casos de submissão a medidas cautelares diversa da prisão é também o entendimento do ministro Felix Fischer:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE. EQUIVALÊNCIA MATERIAL COM A PRISÃO DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício. II - Não cabe a detração do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares pessoais alternativas, no caso, ao recolhimento domiciliar noturno e à obrigação de comparecimento periódico em juízo, que, por expressa previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado. III - Havendo a instância a quo concluído que não haveria equivalência material, no caso, entre o instituto do recolhimento domiciliar noturno e a prisão domiciliar substitutiva da preventiva, não é possível a reforma desse juízo de fato, na via estreita, de cognição sumária, do writ. Habeas corpus não conhecido. (HC 380.370/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 21/03/2017)<sup>70</sup>

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 380.369/DF**. Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA. Julgado em 19/09/2017. DJe 27/09/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=detracao+e+medida+cautelar+e+recolhimento+domiciliar&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

Fernando Capez é adepto desta corrente. Para ele a detração deve ocorrer tão somente nos casos de internação provisória.

Daí por que, contornando essa falta de visão sistemática na elaboração do rol de medidas previstas no art. 319 do CPP, é forçoso reconhecer o direito à detração penal para o réu internado provisoriamente, uma vez que o art. 42 do CP é absolutamente claro ao admitir o benefício tanto para a prisão quanto para a internação provisória. Assim, para efeito de contagem do prazo mínimo da medida de segurança, após o qual se realiza o exame de cessação da periculosidade (LEP, art. 175 e incisos), desconta-se o tempo em que o sujeito esteve submetido à internação provisória. Nos demais casos, porém, não há falar em detração, pois está-se diante de hipótese diversa da prisão provisória, consistente na concessão de liberdade provisória com alguma restrição acautelatória.<sup>71</sup>

Através dos julgados citados, foi possível aquilatar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico no sentido de que não é possível a aplicação do instituto de detração aos sentenciados submetidos a cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

### 3.3 – DA COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E O INSTITUTO DA DETRAÇÃO

Por meio do instituto da detração, a prisão preventiva há de ser considerada no tempo de prisão definitiva. Constitui-se em um desconto da pena final.

Não obstante isso, vemos que pessoas em cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão não são agraciadas com este benefício. Tal raciocínio não merece prosperar no ordenamento jurídico brasileiro.

Havendo supressão do direito de locomoção deve ser compensada na pena final.

Citamos por oportuno as medidas diversas à prisão previstas pela Lei Processual Penal. São elas: comparecimento periódico em juízo, proibição de frequência a determinados lugares, proibição de contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar, suspensão de

<sup>70</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 380.370/DF**. Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA. Julgado em 07/03/2017. DJe 21/03/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=detracao+e+medida+cautelar+e+recolhimento+domiciliar&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>71</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 420.

atividade econômica, internação provisória, pagamento de fiança, e monitoração eletrônica.

Por consequência lógica, a internação provisória, deve ser computada no tempo de medida segurança em caso de prolação de sentença penal absolutória imprópria, não deixando dúvida sobre a incidência da detração penal em razão da redação do dispositivo de lei que prevê a detração.

O mesmo ocorre nos casos de monitoração eletrônica. A jurisprudência é pacífica nestes termos.

No entanto, embora o recolhimento domiciliar no período noturno e a privação de se ausentar da Comarca constituam efetiva privação à liberdade do indivíduo, não se tem aceitado a aplicação de detração nestes casos.

Com efeito, vale ressaltar que a única diferença entre a medida de recolhimento domiciliar para com a prisão domiciliar, substitutiva da prisão preventiva (arts. 317 e 318 do CPP), se encontra no tempo de privação de liberdade imposto ao investigado ou acusado. Não há dúvidas de que quanto à prisão domiciliar, haverá a detração penal.

De se notar que no caso nos deparamos com uma lacuna no direito que deve ser preenchida com analogia *favor rei*.

Se a lei é omissa, deve-se dar a ela a melhor interpretação, a fim de beneficiar o indivíduo.

Interpretar a lei pela não aplicação da detração faz-se incorrer em *bis in idem*. Em outras palavras, o indivíduo não pode ter sua liberdade privada pelo mesmo fato mais de uma vez. Comprovado o cumprimento de medida diversa da prisão, deve o sentenciado ser agraciado com desconto de pena previsto em lei pelo artigo 42 do CP.

Este é o raciocínio defendido por doutrinadores renomados na seara do direito penal brasileiro.

Na abalizada doutrina de Bitencourt a lei deve ser interpretada de forma mais liberal:

Acreditamos que as interdições temporárias de direitos também devem ser contempladas com o mesmo tratamento que for dispensado às outras duas espécies de penas restritivas de direitos. A interpretação mais liberal, da doutrina e da jurisprudência, tem admitido a detração por prisão ocorrida em

outro processo, isto é, sem nexos processual, desde que por crime cometido anteriormente.<sup>72</sup>

Damásio de Jesus é enfático ao afirmar que em havendo similaridade entre a medida cautelar e a pena imposta, pode ser deferida a detração em favor do indivíduo:

A imposição de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, como regra, não enseja detração penal (art. 42 do CP), salvo quando existir entre a providência instrumental e a pena imposta absoluta identidade (por exemplo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, prevista no art. 319, II, do CPP e a pena de proibição de determinados lugares, estipulada no art. 47, IV, do CP). Pode-se figurar, ainda, outro exemplo, como a imposição de internação provisória do acusado (art. 319, VIII, do CPP) e a aplicação de medida de segurança detentiva em razão da inimputabilidade decorrente de doença mental (art. 26 do CP).<sup>73</sup>

Veja-se que entender pela não possibilidade de detração da medida cautelar diversa da prisão, seria o mesmo que interpretar a lei concluindo que a melhor saída seria o increpado responder a processo em liberdade. O status de ambos, diante deste posicionamento seria o mesmo. Estaríamos diante de uma discussão acerca da ineficácia das medidas de cautela diversas do encarceramento prisional.

Há evidente desigualdade na situação. Há um tratamento mais grave ao acusado cumprindo medida cautelar diversa da prisão em comparação àquele que responde em liberdade. Isso se não considerada a possibilidade de se detrair o somatório final de pena aplicada.

Ora, aquele que vê privado de sair de sua cidade está em uma prisão. Estará recolhido na localidade em que reside. Veja-se que o artigo 320 do Código de Processo Penal prevê, inclusive a possibilidade de recolhimento de passaporte como meio de impedir a saída de acusado inclusive do país onde reside.

Da mesma forma, tem a liberdade privada aquele que se submete a recolhimento domiciliar, seja ele noturno ou integral. É notória a privação de liberdade.

Nestes termos, cabe citar a lição de Aury Lopes Júnior, referencial teórico deste trabalho de conclusão de curso, que defende a possibilidade de deferimento

---

<sup>72</sup> BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1388.

<sup>73</sup> JESUS, Damásio de. **Código Penal Comentado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 200.

de detração para aqueles que cumpriram medida cautelar diversa da prisão antes de serem condenados:

Não 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.<sup>74</sup>

O Projeto de Lei do Senado nº 513, de 2013, aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 04/10/2017, visa alterar a legislação de execução penal e com isso modificar a questão atinente à detração de pena.

No seção IV do referido projeto, que recebeu o título “Da remissão e da detração”, há disposição expressa no sentido de que em um futuro próximo será viável a detração nos casos em que imposta quaisquer medidas cautelares diversas da prisão. Vejamos:

Art. 130-A (inclusão). Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de cumprimento de qualquer medida cautelar, prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa, o de internação em Hospital de Custódia ou estabelecimento similar.<sup>75</sup>

Noutro giro, tramita, também, o Projeto de Lei 8.045/2010 (proposta de novo Código de Processo Penal) em que um dos dispositivos define que o tempo de recolhimento domiciliar será computado no cumprimento da pena privativa de liberdade na hipótese de fixação inicial do regime aberto na sentença condenatória. Acrescenta, ainda, que caso o réu comece cumprindo a condenação em regime fechado, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, será computado o tempo de duração das medidas.

O projeto da Nova Lei Processual penal descreve detalhadamente cada medida cautelar pessoal, e prevê, conforme dito, a possibilidade de haver detração aos casos de cumprimento de recolhimento domiciliar. Vale citar:

---

<sup>74</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 365.

<sup>75</sup> SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 513, de 2013**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Execucao\\_criminal2/Projeto\\_LEP-PLS\\_513.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Execucao_criminal2/Projeto_LEP-PLS_513.pdf). Acesso em 21 de novembro de 2017.

Art. 594. O tempo de recolhimento domiciliar será computado no cumprimento da pena privativa de liberdade, na hipótese de fixação inicial do regime aberto na sentença condenatória.

Parágrafo único. Substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nesta será computado o tempo de duração das medidas cautelares previstas nos arts. 576, 579, 583, 585 e 586.

Art. 595. O Ministério Público poderá supervisionar o regular cumprimento de qualquer medida cautelar pessoal.<sup>76</sup>

Enquanto não houver a vigência destas normas, o ordenamento jurídico deve pautar pela analogia em favor do réu, aplicando-se, assim, a detração.

Desta feita, em razão do recolhimento domiciliar e proibição de ausentar-se da Comarca, espécie de medida cautelar diversa da prisão, importar em verdadeira privação da liberdade, entendemos que seu tempo de cumprimento deverá ser abatido na eventual pena privativa de liberdade imposta ao final do processo, em respeito aos princípios da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade.

---

<sup>76</sup> **Anteprojeto Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/upload/antrcpp.pdf>. Acesso em 21 de novembro de 2017.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a confecção do presente trabalho monográfico verifica-se que apesar da controvérsia acerca do tema, há a necessidade de se interpretar como possível a aplicação do instituto da detração aos casos em que o sentenciado se submete ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

O artigo 42 do Código Penal prevê expressamente a possibilidade de detração para os casos em que houver, antes de condenação, a submissão a prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, bem como de prisão administrativa e de internação nos casos de doença mental superveniente.

Vem-se indeferindo a aplicação da detração ao argumento de que a Lei não prevê essa possibilidade.

No entanto esta lacuna do direito deve ser preenchida com analogia a favor do réu. Não se pode interpretar a lei de forma a prejudicar o sentenciado.

Ademais, tal como a pena, as medidas cautelares têm caráter ressocializador. Esta identidade corrobora o raciocínio de que possível e se faz necessário a aplicação da detração nestes casos.

A lacuna sobre o tema tem perspectiva de ser sanada pelo projeto do novo Código de Processo Penal.

Enquanto isso não ocorre uso da analogia favor rei é a melhor solução ao caso.

## REFERÊNCIAS

**Anteprojeto Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/upload/antrcpp.pdf>. Acesso em 21 de novembro de 2017.

ÁVILA, Humberto . **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de direito Constitucional.** 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 02 de outubro de 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 03 de novembro de 2017.

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 07 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 402.628/DF.** Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA. julgado em 21/09/2017. DJe 04/10/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=detracao++medida+cautela+r++recolhimento+domiciliar&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 380.369/DF.** Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA. Julgado em 19/09/2017. DJe 27/09/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=detracao++medida+cautela+r++recolhimento+domiciliar&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 380.370/DF.** Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA. Julgado em 07/03/2017. DJe 21/03/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=detracao++medida+cautela>



r+e+recolhimento+domiciliar&b=ACOR&p=true&l=10&i=4. Acesso em 03 de novembro de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto. et al. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DANTAS, F. C. San Tiago. **Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo**. Revista Forense, v. 116, Rio de Janeiro, 1948.

DOTTI, René. A. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol I. Niterói: Impetus, 2012.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Coleção Sinopses Jurídicas. Vol. 7. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS. Andrei Ribas de. **Direito Constitucional em Síntese**.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Comentado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 25. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. vol. único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 513, de 2013**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Execucao\\_criminal2/Projeto\\_LEP-PLS\\_513.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Execucao_criminal2/Projeto_LEP-PLS_513.pdf). Acesso em 21 de novembro de 2017.

TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal para Concursos**. 6.ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.