

# AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO PARÂMETRO PARA DETRAÇÃO

Jessica Cavalcante Rezino<sup>1</sup>

Orientador: Rodrigo Beloni<sup>2</sup>

## RESUMO

Com a adoção de medidas cautelares diversas da prisão na sistemática do Código de Processo Penal (CPP), através da Lei 12.403/2011, o artigo tem por objetivo analisar um aspecto decorrente da implantação dessas medidas restritivas: o possível cômputo do período cumprido de medidas cautelares diversas da prisão na pena imposta por sentença condenatória. A referida norma não disciplinou a possibilidade e como tem relevante importância para o Direito Processual Penal, por se tratar de tempo de pena a ser cumprido pelo condenado. Antes de avaliar a hipótese devem ser compreendidos os assuntos que compõem o problema, por isso estudaremos a detração penal, em seguida, as medidas cautelares em nosso ordenamento jurídico, para que possa ser discutido o tema e ao final serão colocados em discussão os entendimentos de doutrinadores.

**Palavras-chave:** Medidas Cautelares. Detração Penal. Analogia. Pena.

## ABSTRACT

With the adoption of several protective measures from imprisonment in the systematic of the Code of Criminal Procedure (CPP), by Law 12.403/2011, the article aims to analyze an aspect resulting from the implementation of those restrictive measures: the possible calculation of the completed period of several restrictive measures during the enforcement of sentence imposed by the sentencing authority. That rule did not discipline this possibility and how it is of great significance for the Law of Criminal Procedure, since it means time to be served by the offender. Before evaluating the hypothesis, the issues that make up the problem must be understood. Therefore, we will study the penal detraction and the precautionary measures in our legal system, so that the subject can be understood. In the end we will discuss the understandings of some renowned legal scholars concerning the subject.

**Key-words:** Precautionary Measures. Detraction Criminal. Analogy. Feather.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). Email: <Jessica\_rezino@hotmail.com>.

<sup>2</sup> Professor do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). Especialista em Processo. Advogado. Email: <rodrigbeloni.cba@gmail.com>.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 12.403/2011, que trouxe ao magistrado ferramentas diversificadas que permite a não restrição da liberdade, desde que presentes os requisitos legais. O que estaria por via reflexa concretizando o postulado constitucional da liberdade, sendo que a restrição a esse direito é medida de exceção.

No período anterior ao dispositivo em análise, havia um grande dilema a respeito da prisão processual, pois ao ser notificado de uma prisão em flagrante, o juiz deveria analisar o procedimento e optar por uma de duas decisões: a manutenção da prisão, convertendo-a em prisão preventiva ou colocá-lo em plena liberdade. (TÁVORA, 2015, p. 946)

A partir da referida lei fica evidente a preferência pela manutenção da liberdade do agente, quando possível. Pois a decretação de prisão provisória deve ser feita quando as medidas cautelares diversas da prisão não forem suficientes para os alcances pretendidos. Todavia, não houve disposição legal sobre a detração do período cumprido de medidas cautelares alternativas a prisão do tempo de condenação fixado em sentença.

## 2 CONCEITO DE DETRAÇÃO PENAL

Nos termos do artigo 42 do Código Penal (CP), detração compreende o cômputo na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do período de prisão ou internação cumprida pelo indivíduo, no Brasil ou no estrangeiro, em momento anterior a sentença condenatória.

A finalidade da detração é evitar a ocorrência do *bis in idem* na execução da pena privativa, garantindo que o agente cumpra apenas o que é devido. Como exemplo, o indivíduo que é preso em flagrante pela prática do crime de estupro e cumpriu prisão provisória durante dois anos até o trânsito em julgado da sentença condenatória que fixou a pena de oito anos, restarão quatro anos de cumprimento de pena privativa de liberdade, pois os dois anos serão aproveitados. (MASSON, 2014, P. 612)

Damásio de Jesus entende que o CP é omissivo a respeito da forma que se fará o desconto pretendido e afirma que é necessário que exista nexos de causalidade entre a medida

cautelar cumprida e a sentença penal a que se deseja ser utilizada para desconto. (JESUS, 2014, p. 571)

A Lei de Execução Penal dispõe em seu artigo 111, caput, parte final, que devem ser observadas as regras da detração quando houver conexão ou continência entre infrações penais, reunidas em um único processo ou em processos distintos. (JESUS, 2014, p. 572)

A Lei 12.736/2012 alterou o artigo 387 do CPP, que trata do momento oportuno para realização da detração, dispondo que deve ser detraída pelo juiz que proferir a sentença condenatória, que deverá levar em consideração o período cumprido para definição do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

### **3 MEDIDAS CAUTELARES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

A legislação processual, em seu artigo 282 e seguintes, elenca as medidas cautelares possíveis de serem aplicadas, impostas por determinação judicial e quando se faça necessária para que o Estado cumpra seu dever de aplicar o direito ao caso concreto.

A respeito do assunto Renato Brasileiro de Lima ensina:

Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo, certo é que, no âmbito processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida através de uma série de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial, para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição. Afinal, em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornam imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito. (LIMA, 2014, p. 773)

Para que seja decretada a tutela cautelar é necessária a demonstração do *periculum in mora* ou *periculum in libertatis* e o *fumus boni iuris*. O primeiro diz respeito do possível prejuízo que pode ser causado ao processo caso o agente seja mantido em sua plena liberdade. Já o *fumus boni iuris*, “fumaça do bom direito”, é a existência de indícios suficientes da autoria e a prova da existência do crime. Presentes os requisitos que autorizam a medida cautelar é possível instituí-la, com a finalidade de alcançar o resultado útil e prático.

O artigo 282 do CPP dispõe que as medidas cautelares devem observar a necessidade para a aplicação da norma penal, para a investigação ou instrução criminal, além dos casos expressamente previstos, para que seja evitada a prática de novas infrações penais, cumulada a adequação da medida à gravidade do delito, que serão definidas por circunstâncias do fato e pessoais do indivíduo.

A partir da vigência da Lei 12.403/2011 a proporcionalidade em sentido estrito passou a nortear também a imposição de medidas cautelares, fazendo juízo de ponderação entre as ações praticadas pelo agente e a medida cautelar que aufera resultados esperados. (AVENA, 2015, p. 973)

Quanto às modalidades de medidas cautelares, há três espécies: medidas cautelares de natureza patrimonial, que é a reparação do dano e ao perdimento de bens por sentença condenatória, medidas cautelares relativas à prova, que são direcionadas a assegurar a obtenção ou proteção de provas e as medidas cautelares de natureza pessoal, que são medidas restritivas que alcançam o indivíduo. (LIMA, 2014, p. 774)

Ao nosso estudo importa as medidas de natureza pessoal, que podem se subdivididas em prisões provisórias, liberdade provisória e as medidas cautelares diversas da prisão. Essas medidas alternativas estão elencadas desse modo:

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;

I - 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. (BRASIL, publicado em 03 de outubro de 1941)

Em relação às medidas cautelares diversas da prisão, não há uma privação total da liberdade, mas sim parcial. Tendo em vista que a imposição de qualquer uma das referidas medidas, acabam restringindo a liberdade do indivíduo. Lógico que trata-se de restrição diferente do encarceramento.

#### **4 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E DETRAÇÃO**

Devido a omissão da Lei 12.403/2011 em relação à possibilidade de ser detraído o período cumprido de medidas cautelares diversas da prisão, alguns dentre os doutrinadores que se manifestaram estão Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar, que de maneira ponderada afirmam que é preciso analisar o caso concreto para saber a possibilidade de detrair uma pena cautelar que não seja prisional. O entendimento é de que deva existir equivalência entre a medida cautelar cumprida e a pena cominada em sentença condenatória. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 946)

Em relação ao rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, Avena afirma que duas modalidades de medidas restritivas estão em paridade com a pena restritiva de liberdade, a internação provisória do acusado, artigo 319, VII, CPP e nos casos de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, artigo 319, V, CPP. (AVENA, 2014)

A respeito da internação provisória, o próprio artigo 42 do CP autoriza, pois dispõe que serão computados na pena da sentença condenatória, o período correspondente a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro que seja adequado. Em relação ao recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, haverá desconto desse período caso a pena já inicie em regime aberto, devendo haver contagem proporcional do período já cumprido. Inclusive essa hipótese é assunto do Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, artigo 607, que diz: “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”. (AVENA, 2014)

De semelhante posicionamento está Renato Brasileiro de Lima, que inicialmente afirma que as medidas cautelares diversas da prisão não afetam a livre locomoção do indivíduo e por isso não podem ser equiparadas a pena restritiva de liberdade, exceto o caso

da internação provisória do inimputável, artigo 319, VII, CPP, pois nessa medida é possível a igualdade entre os institutos. (LIMA, 2014, p. 802)

Em contrapartida, Lima afirma que não é plausível ignorar o cumprimento de medidas restritivas menos gravosas, como por exemplo, o monitoramento eletrônico, art. 319, IX, CPP, pois apesar de não retirarem completamente a liberdade, de certa forma limitam direitos do agente. Além de defender a consideração desse período, complementa ainda que desconsiderar o cumprimento de medidas diversas da prisão pode causar desestímulo àquele que deve cumpri-la, porque haveria igualdade de tratamento entre um indivíduo que acatou as restrições impostas daquele que também foi submetido a medidas cautelares, porém, não as obedeceu. (LIMA, 2014, p. 803)

Apontou que um cômputo justo seria a aplicação do instituto da remição da Lei de Execução Penal, artigo 126, ou seja, para cada três dias de cumprimento de medida cautelar diversa da prisão cumprida, desconto de um dia da pena do agente. Todavia, assevera que esse critério de remição deverá manter relação de gravidade com a medida cautelar. (LIMA, 2014, p. 803)

Alinhado ao entendimento de Renato Brasileiro de Lima está o julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ARTS. 33 e 35 DA LEI 11.343/06 (TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES). INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. OMISSÃO VERIFICADA. DETRAÇÃO PARA FINS DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DO TEMPO EM QUE O RÉU FICOU SUBMETIDO A MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. MESMO REALIZADA A DETRAÇÃO, A PENA AINDA PERMANECEU SUPERIOR AO PATAMAR MÍNIMO NECESSÁRIO PARA EVENTUAL FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL EM SEMIABERTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

(...) V - Questão diversa e mais controversa é saber se é possível utilizar o tempo em que o réu ficou submetido a medidas cautelares diversas da prisão - como o monitoramento eletrônico - para fins de detração da pena privativa de liberdade.

VI - A resposta é positiva, vez que algumas medidas cautelares a despeito de serem diversas da prisão trazem severas restrições à liberdade de locomoção do réu. Contudo, nesses casos, como a liberdade de locomoção do réu não foi completamente restringida, não é possível fazer a detração na mesma proporção utilizada, por exemplo, quando da consideração do tempo de prisão provisória.

VII - A solução que se mostra mais razoável é a utilização por analogia do disposto no art. 126, II, da LEP, que prevê a remição de 1 dia da pena por 3 dias de trabalho. Com esse critério, o instituto da detração não é banalizado, ao mesmo tempo em que o bis in idem é evitado, vez que o período em que o réu esteve sujeito a severas limitações não é descartado.

VIII - Não há modificação do regime inicial de cumprimento da pena. Mesmo realizada a detração, a pena ainda permaneceu superior ao patamar mínimo necessário para eventual fixação do regime inicial em semiaberto, conforme art.33, § 2º, do CP.

IX - Embargos de declaração conhecidos e parcialmente providos. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Julgamento em 15/09/2015, grifo nosso)

Podemos concluir que a detração de medidas cautelares diversas da prisão é um tema que está em construção e que pode ser matéria de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, para julgar a omissão da Lei 12.403/2011 e definir se esse silêncio é proposital, o que tornaria a detração de medidas cautelares diversas da prisão inconstitucional ou a permissão do cômputo e como deverá ser realizado.

## **5 CONCLUSÃO**

Então a detração pode ser definida como o dispositivo que permite o cômputo de medidas cautelares diversas da prisão, no Brasil ou no estrangeiro, podendo ser prisão provisória, prisão administrativa ou internação em estabelecimento hospitalar ou de tratamento, na pena privativa de liberdade fixada por sentença condenatória, com o intuito de evitar a aplicação repetida de pena por um mesmo delito.

As medidas cautelares são determinações que visam uma restrição a direito enquanto ainda não há o trânsito em julgado, divergem das penas porque não possuem objetivo de castigar o indivíduo que praticou uma infração penal, são utilizadas para a garantia do andamento investigativo ou processual, e para isso divide-se em três modalidades, sendo as de natureza patrimonial, pessoal e para a garantia de obtenção de provas.

Das espécies de medidas cautelares de natureza pessoal, não há previsão sobre a possibilidade de detrair o período cumprido de restrições diversas da prisão, o que despertou divergência em posicionamentos sobre a incidência ou não do instituto da detração no tocante as medidas cautelares alternativas ao cerceamento de liberdade.

Autores como Renato Brasileiro de Lima e Norberto Avena defendem que apenas a internação provisória tem semelhança com a pena privativa de liberdade, logo também pode ser considerada no cômputo da pena fixada por sentença condenatória. (LIMA, 2014, p. 802; AVENA, 2014)

Avena sustenta ainda a possibilidade da aplicação da detração quando estivermos diante da restrição domiciliar de recolhimento noturno e aos finais de semana, artigo 319, V, CPP, uma vez que as regras do regime aberto, especificando recolhimento noturno, em muito se assemelha com a medida cautelar. (AVENA, 2014)

Por fim, é possível que seja considerado o tempo de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão considerando que, ambas são medidas cautelares, autônomas, que acabam por comprometer a liberdade do indivíduo em níveis diferentes, mas são semelhantes porque comprometem um mesmo direito individual.

## 6 REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal: esquematizado**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

AVENA, Norberto. **Medidas Cautelares diversas da prisão e Detração Penal**. Disponível em: <<http://www.norbertoavena.com.br/detalhes-noticias-norberto-avena.php?menu=noticias&id=58>>. Acesso em: 06/06/2016.

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

BRASIL, **Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1941**. 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: 19/04/2016.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941**. 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: 03/06/2016.

BRASIL, **Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)>. Acesso em: 19/04/2016.

BRASIL. **Lei 12.736 de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112736.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112736.htm)>. Acesso em: 03/06/2016

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Acórdão do Embargos de Declaração em Apelação Criminal n. 0812714-09.2008.4.02.5101**. Relatora: SCHREIBER, Simone. Julgamento dia 15/09/2015. Acesso em: < <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/305623146/8127140920084025101-rj-0812714-0920084025101> >. Acesso em: 06/06/2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral Volume**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal Volume Único**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. Salvador: Judispodivm, 2015.