

# A compensação das medidas cautelares diversas da prisão por meio da detração penal

*Compensation for precautionary measures other than prison through criminal detraction*

**Diego Amaral de Oliveira\***

**Resumo:** O presente artigo tem como escopo pesquisar a viabilidade de aplicação do instituto da detração penal ao agente que, no curso processual, for submetido às medidas cautelares, previstas no artigo 319 e incisos, do Código de Processo Penal. O estudo iniciou-se a partir da fixação da medida cautelar imposta ao investigado, compreendida na fase pré-processual. A pesquisa buscará o apontamento da verossimilhança entre as previsões legais já amparadas pelo ordenamento jurídico, contidas no artigo 42 do Código Penal, que dispõe sobre a prisão preventiva e a medida de segurança, comparando analogicamente com as medidas cautelares diversas da prisão, expressas no artigo 319 do Código de Processo Penal. O instituto da detração penal tem por finalidade o abatimento na pena privativa de liberdade, a fim de se evitar o bis in idem na fase de execução de pena definitiva, que privará o condenado de sua liberdade. Este trabalho buscará apontar de forma objetiva a aplicação do instituto da detração penal nas medidas cautelares, previstas no CPP, buscando juridicamente uma solução coerente, para a compensação de pena nas medidas cautelares diversas da prisão.

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

**Abstract:** The scope of this article is to research the feasibility of applying the institute of criminal detention to the agent who, in the course of the procedure, is subjected to precautionary measures, provided for in article 319 and clauses, of the Code of Criminal Procedure. The study began with the establishment of the precautionary measure imposed on the person being investigated, included in the pre-procedural phase. The research will seek to indicate the verisimilitude between the legal provisions already supported by the legal system, contained in article 42 of the Penal Code, which provides for preventive detention and security measures, comparing analogically with the precautionary measures other than prison, expressed in article 319 of the Criminal Procedure Code. The purpose of the institute of criminal detention is to reduce the custodial sentence, in order to avoid bis in idem in the final sentence execution phase, which will deprive the convicted person of his freedom. This work will seek to objectively point out the application of the institute of criminal detention in precautionary measures, provided for in the CPP, legally seeking a coherent solution for the compensation of sentences in precautionary measures other than prison.

**Keywords:** Criminal Precautionary Measures. Criminal Detraction. Analogy.

Recebido em: 4/3/2024  
Aprovado em: 19/5/2024

---

\* Docente do Curso de Direito da Fadileste. Advogado. E-mail: diegodeoliveiraadvogado@hotmail.com.

## Introdução

A prisão é um instrumento utilizado como controle social, no qual o Estado aplica na modalidade de sanção ao agente transgressor de uma norma prevista em seu ordenamento jurídico. Contudo, ao passo da evolução e modernização, notadamente percebe-se um aumento expressivo na população carcerária em nosso país, levando o Estado a se estruturar e criar meios de execuções de penas mais dinâmicas e compatíveis com os direitos e garantias elencados em nossa Carta Magna. Nesse ínterim, na data de 4 de maio de 2011, a Lei nº 12.403 foi publicada com a finalidade de redefinir uma série de preceitos legais contidos em nosso ordenamento jurídico processual penal. A Lei em comento priorizou a interpretação constitucional concernente aos seus preceitos, reafirmando que a liberdade deve ser entendida como regra, colocando a prisão provisória como *ultima ratio*.

Um dos objetivos da mencionada Lei é o de reduzir a população carcerária em relação aos presos cautelares, através da efetivação de diversas medidas cautelares opostas à prisão, mas que de alguma forma, delimitem a liberdade do acusado, no período processual anterior à condenação. Um dos mecanismos utilizados para a composição de uma pena justa, de acordo com os preceitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, é a utilização do instituto da detração penal.

Conceitua-se detração penal, o cômputo do período cumprido em prisão provisória ou de internação cumprido pelo condenado, alcançando tal benefício na fixação de pena imposta pelo magistrado ao proferir a sentença condenatória ao final do processo. Na definição do jurista e professor Cleber Masson (2016, p. 705):

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 de pena privativa de liberdade.

Com o advento da referida Lei, a mesma foi omissa quanto à aplicação da detração penal, limitando-se o disposto no artigo 42 do Código Penal, não dispondo de uma possível aplicação por analogia nas hipóteses elencadas no artigo 319 e incisos do Código de Processo Penal, que dispõe sobre as medidas cautelares diversas da prisão, que se aplicadas cumulativamente, podem restringir por completo o exercício de liberdade do investigado em fase de persecução penal. Nesse contexto, surgiu como problema de pesquisa acerca da aplicação do instituto da detração penal, que com as diversas mudanças no campo processual penal, não abrangeram sua aplicação nas medidas cautelares diversas da prisão.

Ao que parece, o entendimento de Renato Brasileiro de Lima é o mais acertado, pois em sua obra *Manual de Processo Penal* (2017, p. 861), discorre: “Sendo a lei omissa quanto a possibilidade de aplicação da detração penal nas hipóteses elencadas no artigo 319 e incisos do Código de Processo Penal, na pena aplicada e executada, seria possível aplicar analogicamente o instituto da detração para essas medidas cautelares?” Por fim, este trabalho buscará propiciar uma solução na tentativa de suprir a omissão normativa questionada.

Assim, o artigo foi estruturado em três momentos. O primeiro abordará as medidas cautelares processuais, com ênfase naquelas previstas no artigo 319 do CPP, abordando a hipótese de sua incidência, os aspectos legais e requisitos para a sua aplicação. O segundo discorrerá acerca da influência do instituto da detração penal na aplicação e na execução da pena. Já o último abordará sobre a compensação das medidas cautelares diversas da prisão na pena. Será realizada uma abordagem dos princípios que correlacionam com a problemática.

### **As medidas cautelares processuais penais**

A promulgação da Constituição Federal da República, no ano de 1988, já havia em nosso ordenamento jurídico o Código de Processo Penal atualmente vigente, que por ser anterior à Carta Magna, necessitou de adequações em seu texto, para se adequar à realidade constitucional do país. Nesse passo, houve diversas inovações legislativas, para adequar o Código de Processo Penal à realidade social, como por exemplo a Lei n. 10.258/2001, que modificou dispositivos relativos à prisão especial; a Lei n. 10.792/2003, concernente ao interrogatório no processo penal; a Lei n. 11.689/2008, que alterou o rito do júri; a Lei n. 11.690/2008, que reformulou a disciplina das provas; e a Lei n. 11.719/2008 alterando o procedimento comum. Com as constantes alterações, algumas intimamente ligadas às medidas cautelares no âmbito do processo penal, no caso da Lei nº 11.340/2006, também conhecida como a Lei “Maria da Penha”.

Dada a relevância acerca da adaptação e adequação ao Código de Processo Penal, foi criada a Lei 12.403/2011, com mudanças na aplicação das medidas cautelares, mantendo a prisão temporária, alterando sua incidência. A finalidade das medidas cautelares pessoais é de aliviar excessos na decretação de prisão preventiva, sendo possível limitar a liberdade do acusado, sem lhe privar totalmente a liberdade, conforme explicitado por Maluly e Demercian (2011, p. 5):

A reforma legislativa teve como intuito a substituição de um sistema que privilegiava unicamente a prisão cautelar como resposta a uma

situação de risco à sociedade e à persecução penal por outro em que o rol de medidas que podem ser adotadas é maior.

Conforme estatuído no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o investigado ou acusado em uma ação de natureza penal é detentor do status de inocente, admitindo o cárcere em situações excepcionais, conforme preleciona Alexandre de Moraes (2007, p. 217):

O princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito. E como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal.

Conforme interpretação constitucional do referido princípio, não se pode relativizar sua aplicação no campo prático, uma vez que toda pessoa possui o status de inocente. As principais características contidas nas medidas cautelares, elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, segundo Bonfim (2012, p. 19) são: “a provisoriedade, a revogabilidade, a substitutividade e a excepcionalidade”.

Quanto à ótica provisória das medidas cautelares presentes no artigo 319 do Código de Processo Penal, permite-se extrair de sua essência que são de caráter provisório, ou seja, têm o período de aplicação determinado para sua duração, conforme entendimento dos doutrinadores Theodoro Jr. e Bonfim (2011, p. 20):

[...] toda medida cautelar é caracterizada pela ‘provisoriidade’, a fim de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se revista de caráter definitivo, e, ao contrário, destine-se a durar por um espaço de tempo delimitado. De tal sorte, a medida cautelar já surge com a previsão de seu fim.

A partir dessa interpretação pode-se concluir que a aplicação da medida cautelar perdurará pelo período que se fizer necessário. Na constância da persecução penal há a possibilidade de revogação ou substituição de qualquer das medidas cautelares de natureza diversa, a depender das questões meramente processuais para a sua ocorrência, devendo haver sua adequação ao caso concreto. A substitutividade se dará quando não mais for útil ao caso concreto, ou não haja mais efetividade em sua existência, conforme previsto no parágrafo 5º do artigo 282 do CPP: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

Pode-se aferir que a medida cautelar será imposta somente nos casos em que sua aplicação seja necessária, havendo um prévio estudo ao caso concreto e averiguada a necessidade por parte do juiz. As medidas cautelares de natureza pessoal possuem a preferência diante das medidas cuja aplicação cerceiam a liberdade do investigado em maior expressão, tornando-se mais gravoso ao agente, como no caso de prisão provisória. O caráter excepcional também se verifica no preceito constitucional estatuído no artigo 5º, inciso LVII, cujo princípio da não culpabilidade não admite o adiantamento da pena: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Verifica-se que serão aplicadas primariamente, devido à interpretação do legislador de modo a beneficiar o investigado. As medidas cautelares possuem diferentes espécies, a depender de sua adequação ao caso concreto, define-se a aplicação que melhor se adequar e alcançar a finalidade pretendida, sendo: probatórias, para garantir a produção de provas no processo penal; as patrimoniais, com a finalidade de limitar a disponibilidade de bens; e as de caráter pessoal, que cerceiam parcial ou totalmente a liberdade do acusado para dirimir suas chances de influenciar a fase processual ou investigativa, mantendo a ordem processual. Frisa-se que o trabalho se aterá às medidas cautelares de natureza pessoal.

Com a introdução da Lei nº 12.403/2011, houve um acréscimo de novas medidas cautelares de natureza pessoal, para ampliar as possibilidades de aplicação diversas do cárcere, aplicadas em conformidade com critérios fixados pelo artigo 282 do Código de Processo Penal. Previstas no artigo 319 do referido diploma legal, há nove medidas cautelares pessoais. Dada a relevância dos critérios de fixação, cabe o posicionamento de Renato Brasileiro (2017, p. 830):

As medidas cautelares processuais penais estão elencadas de modo atécnico no Código de Processo Penal, podendo ser encontradas tanto no título que versa sobre provas, como também no título pertinente à prisão, às medidas cautelares e à liberdade provisória (nova denominação do Título IX do Livro I do CPP), ou, ainda, dentre os incidentes relativos às medidas assecuratórias.

Caso a medida cautelar de natureza pessoal for desnecessária para assegurar a investigação ou instrução, o juiz concederá a liberdade provisória com ou sem fiança ao acusado, sem prejuízo das demais sanções. O artigo 319 do Código de Processo Penal conta com um rol taxativo de medidas cautelares penais de diversas espécies e finalidades, cabendo ao magistrado sua aplicação ao caso concreto para a manutenção da ordem processual.

## **A detração penal na fase executória da pena**

Este tópico aborda a importância da aplicação do instituto da detração penal na fase de execução de pena. Conceitua-se detração penal o abatimento na pena imposta ao final do processo, o período em que o apenado cumpriu em prisão provisória ou em que permaneceu em tratamento psiquiátrico, onde tenha cumprido determinado período como forma de medida cautelar, conforme se extrai do artigo 42 do Código Penal:

Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A detração penal ocorre nas circunstâncias descritas no artigo 42 do Código Penal. Uma de suas principais incidências é para evitar que o condenado cumpra duas vezes sua pena, havendo cumprido o período determinado como forma de medida privativa de liberdade, tem-se computado em seu benefício o período cumprido anterior à pena. Conforme preleciona Dotti (2010, p. 605):

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.

Tal instituto é imprescindível para a ordem constitucional, que define que ninguém será condenado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme se apura no artigo 5º, inciso LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Há, contudo, requisitos para a aplicação da detração penal. É necessário que a medida de segurança imposta ao acautelado seja igual à pena definitiva imposta ao final do processo, conforme preceitua Damásio (2002, p. 526-527):

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 posteriores. Havendo, porém, conexão formal entre os delitos, admite-se o benefício.

No conceito de Nunes (2012, p. 202):

A detração, por conseguinte, é uma antecipação do tempo de cumprimento da pena, quando o réu, na fase de investigação criminal, ou na de conhecimento, esteve por algum momento detido por força de uma prisão cautelar.

Conforme se extrai do entendimento dos doutrinadores citados, conclui-se que a detração é um fenômeno que o poder judiciário utiliza como forma de não cometer excessos no momento de definição de uma pena, e qual regime será adotado para início de seu cumprimento. Conforme se afere da interpretação do instituto da detração penal, chega-se à conclusão de que o essencial é a aplicação justa da pena ao condenado, não recaindo sobre ele os excessos de sua condenação, e sim uma pena justa, que lhe dê condições de ressocialização e reinserção na sociedade. Nessa ótica, conclui Capez (2012, p. 428):

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 de tutela jurisdicional. É por essa razão que, nos casos em que for decretada a prisão preventiva, esse tempo será descontado da futura pena privativa de liberdade, evitando-se a dupla apenação pelo mesmo fato.

Na aplicação da sanção imposta pelo Estado, para determinado indivíduo que transgrediu uma norma jurídica, do qual será restringido seu direito à liberdade, a lei determina certos parâmetros para a aplicação e execução da pena, dentre eles, o regime de início de cumprimento, fator este que pode ser determinante para o apenado. Na definição de Greco (2005, p. 542), entende-se pena por:

A pena é consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico,

ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.

Na definição de Boschi (2013, p. 278), a pena de reclusão é executada nos regimes fechado, semiaberto e aberto, ao passo que a de detenção é executada só nos regimes semiaberto e aberto, salvo caso de regressão. Conforme a aplicação do Código Penal, em seu artigo 39, inciso I: “Considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.”

O inciso II do mesmo artigo:

As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Conforme dispõe o artigo 39 e incisos do Código Penal, a relevância de se definir o regime inicial de cumprimento de pena é crucial para que não recaiam sobre o apenado os excessos impostos pela lei, não recaindo ilegalidade no cumprimento de pena de nenhum condenado. Até a vigência do Código Penal de 1940, não havia regimes de cumprimento de pena, que só foram integrados ao diploma legal com a vigência da Lei nº 6.416 de 1977. Conforme o modelo adotado pela LEP, são os regimes: fechado, semiaberto e aberto, conforme entendimento de Gonçalves (2012, p. 124):

A pena é a imposição do Estado como consequência da prática de uma conduta definida como crime, que consiste na privação de bens jurídicos com a finalidade de reabilitar o criminoso ao convívio social, bem como trazer como resultado a prevenção de novas práticas ilícitas.

Após a conceituação dos diferentes regimes de cumprimento de pena, cumpre a realização e exposição de cada um deles, abordando as principais características e possibilidade de incidência de cada um deles. Gonçalves (2012, p. 126) explana que o regime fechado aplica-se ao apenado à reclusão ou prisão provisória. Frisa-se que

a reclusão é mais gravosa que a detenção, pois serve para punir com mais rigor o agente transgressor das normas previstas no Código Penal, sendo cumprida em estabelecimento prisional de segurança máxima, ou na falta desta, em estabelecimento prisional de segurança média. Serão submetidos a pena inicialmente em regime fechado o agente que tiver uma pena imposta contra si por tempo superior a oito anos, conforme previsto no artigo 34 do Código Penal, Masson (2017, p. 683) menciona que no início do cumprimento da pena o condenado será obrigatoriamente submetido a exame criminológico de classificação para individualização da execução. Conforme aponta Masson (2017, p. 690) a pena privativa de liberdade em regime prisional semiaberto deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (LEP, art. 91). Insta salientar que o cumprimento da pena em regime inicial no semiaberto ao condenado não reincidente, cuja pena superior a quatro anos e não superior a oito anos. O regime é mais flexível que o fechado, pois prevê que o apenado possa frequentar cursos de qualificação profissional, graduação acadêmica e congêneres, devendo ser recolhido em período noturno.

O regime aberto é o regime menos gravoso de todos, pois se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36 do CP). Conforme dispõe Bitencourt (2009, p. 483-484): "O maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil e prestante." Conforme dispõe a Lei 7.210/84, criaram-se exceções para o cumprimento de pena no regime aberto em residência particular para apenados que se enquadrem nas previsões contidas no mencionado artigo, sendo:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

Sendo fixado o regime aberto, o condenado aceitará as condições impostas pelo magistrado, respeitando às condições previstas para a fixação desse regime, como a realização de trabalhos, disciplina no período de cumprimento de pena e responsabilidade quanto ao regime. Cumpre discorrer que, caso haja ocorrido alguma falta grave por parte do acusado, o mesmo poderá sofrer punição de perda de um terço do tempo remido. Ao fixar o regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade, o magistrado essencialmente terá de observar vários critérios para não fixar uma pena mais gravosa ao apenado, devendo respeitar o caráter educativo da

pena, dentre eles estão elencados: a qualidade da pena privativa de liberdade (artigo 33, caput, CP); a quantidade de pena privativa de liberdade aplicada (artigo 33, §2.º, CP); a reincidência (artigo 33, §2.º, CP); e as circunstâncias judiciais (artigos 59, §3.º, CP, e Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça). Conforme dispõe o CP, em seu artigo 33, define a pena de reclusão adotada em nosso ordenamento jurídico. Determina que “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.”

No inciso II do mesmo artigo determina que as penas devem ser impostas de forma gradativa, a ponto do apenado se reestruturar socialmente, elucidando o caráter reeducador da pena, que diz: “§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso.” Conforme preceitua o art. 59, inciso III, do CP, Greco (2012, p. 482) que “deverá o juiz, ao aplicar a pena ao sentenciado, determinar o regime inicial de seu cumprimento, a saber, fechado, semiaberto ou aberto.” Para elucidação da temática, segue o disposto no mencionado artigo:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...] III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

A título de fixação do regime inicial, dispõe o art. 33, caput, parágrafo 2º e 3º, do Código Penal:

A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º - Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8

(oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Deve-se ilustrar que para uma definição de um regime inicial de cumprimento de pena, necessariamente, o julgador tem que levar em conta diversos fatores para a correta aplicação da pena a ser cumprida pelo condenado, dentre elas pode citar-se a quantidade de pena aplicada ao condenado, levando em consideração as circunstâncias do art. 59 do CP. Dada às considerações acerca da definição do regime inicial para cumprimento de pena, conclui-se que é de competência do Juízo de conhecimento, sendo necessário que a definição do regime inicial necessariamente obedeça aos pressupostos definidos nos artigos citados do Código Penal, sendo de suma importância que a interpretação e definição da pena atenda a finalidade de ressocialização e dignidade do condenado. Conforme se extrai da interpretação do instituto da detração penal, verifica-se que sua aplicação se dá para que o condenado seja beneficiado com o cômputo em sua pena final. Sua incidência pode definir o regime do qual o apenado cumprirá sua pena, não havendo excessos por parte do julgador ao fixá-la. Conceituando a temática, Rios Gonçalves (2002, p. 112) “Assim, se alguém foi condenado a 3 anos e 6 seis meses e havia ficado preso por 6 meses aguardando a sentença, terá de cumprir apenas o restante da pena, ou seja, 3 anos.”

Entendimento contrário prevalecia anteriormente à Lei 12.736/12, conforme Nucci (2009, p. 232) advertia:

A aplicação da detração não deve influenciar o juiz na fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, por exemplo, se o agente ficou preso 2 anos, preventivamente, para depois ser condenado a 9 anos de reclusão (que exige a fixação do regime fechado inicial), não há como o magistrado da condenação fazer o desconto referente à detração, a fim de considerar que tenha ele apenas mais 7 anos para cumprir, impondo-lhe o regime semiaberto.

Com o advento da Lei 12.736, de 30 de novembro de 2012, trouxe em seu bojo que a detração será considerada pelo juízo de conhecimento no ato de proferir a sentença. Anteriormente à promulgação da lei em comento, tal interpretação não era levada em consideração, pois não era realizado o abatimento na pena, para que ao final fosse aplicado um regime mais favorável ao condenado, conforme ensina Nucci (2009, p. 406). Acrescenta-se que o artigo 2º da referida lei integrou ao artigo 387 do CPP, que contém a seguinte redação: “O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou

de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.”

Infere-se da modificação legislativa da norma que a finalidade da mudança dá-se para que o regime seja definido ainda na fase de conhecimento, para que o regime inicial de cumprimento de pena seja definido ao final do processo de conhecimento. Correlacionando detração penal e a delimitação do regime inicial para o cumprimento de pena, Damásio (2012, p. 630) discorre: “[...] cumpre ao juiz determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 59, III), obedecido o princípio da detração penal (art. 42) [...]”. Após discorrer sobre os pontos mais relevantes acerca da detração penal e também de sua incidência e relevância para fixação do regime inicial, conclui-se que o parágrafo 2º introduzido pela Lei nº 12.736/12 ao artigo 387 do CPP, tem a finalidade de contribuir para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade na fase de conhecimento, quando de beneficiar o condenado com a detração em sua pena.

### **A (im)possibilidade de incidência da detração nas medidas cautelares diversas da prisão na pena: uma análise à luz dos critérios de privação ou restrição da liberdade e da analogia em favor do réu**

Incide a aplicação da analogia *in bonam partem* sempre que houver lacunas no ordenamento jurídico, acarretando assim benefício concreto ao réu na ausência de norma jurídica. Segundo Tourinho (2012, p. 201), entende-se analogia como:

Analogia é integração. Parte da doutrina entende que existe a plenitude do ordenamento jurídico e, por isso, não se pode cuidar de reintegrá-lo. A maioria (usual), entretanto, entende que o ordenamento jurídico apresenta lacunas, vazios. Tais vazios, tais meatos, devem ser preenchidos, e o processo usado para o preenchimento, para inteirar, para completar, para integrar o ordenamento jurídico, chama-se analogia. Analogia é um princípio jurídico segundo o qual a lei estabelecida para determinado fato a outro se aplica, embora por ela não regulado, dada a semelhança em relação ao primeiro.

A analogia será aplicada sempre em benefício do réu, conforme dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que diz: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Conforme se extrai a partir do tópico abordado, a lei processual penal permite, em sua interpretação, a aplicação da analogia *in bonam partem*. Conforme já mencionado na presente pesquisa, as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/11, que carrou as medidas

cautelares diversas da prisão, colacionadas no art. 319 do CPP. Com a integração da nova lei ao ordenamento jurídico, a mesma não discorreu acerca da aplicação da detração penal sobre os casos passíveis de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão. Ante a ausência normativa sobre tal previsão, surge a necessidade de reavaliação por parte dos legisladores, ao passo de haver sanado essa lacuna na lei, pois se há a possibilidade de aplicar cumulativamente as medidas cautelares diversas da prisão, havendo um cerceamento do direito de liberdade, que em regra é garantido constitucionalmente (desde que exercido para fins lícitos), há a necessidade de que o sujeito passivo da medida cautelar tenha em seu benefício o abatimento em sua pena final, evitando que a pena imposta, ultrapasse o período determinado, inobservando princípios atinentes à matéria. Para justificar esta lógica, cabe lembrar do posicionamento de Brasileiro de Lima (2013, p. 802):

Não obstante, nas hipóteses em que o acusado se sujeitar à imposição de medidas cautelares extremamente gravosas (v.g, monitoramento eletrônico, proibição de ausentar-se da comarca etc.), parece-nos extremamente desarrazoado não se conceder nenhum benefício àquele que cumpriu a medida cautelar por um longo período, até mesmo como forma de compensação decorrente dos gravames inerentes a esse castigo antecipado. A título de exemplo, possamos imaginar hipótese de acusado que cumpriu cumulativamente as medidas cautelares de proibição de se ausentar da comarca e monitoramento eletrônico durante 5 (cinco) anos. Seria possível simplesmente desconsiderar esse lapso temporal por ocasião do cumprimento do tempo de prisão penal? Será que, nesse caso, não seria justo descontar a menos uma parte do tempo de restrição parcial de sua liberdade de locomoção?

A indagação apresentada neste trecho apresenta o entendimento de que o instituto da detração penal, previsto no artigo 42 do Código Penal, poderá ser aplicado analogicamente para equiponderar às medidas cautelares penais que se aproximarem à pena imposta ao final do curso processual. Realizadas as considerações acerca da possibilidade de incidir a detração penal sobre as medidas cautelares diversas da prisão, havendo a omissão da lei sobre o tema, há que se levar em conta a aplicação da lei *in bonam partem*, não causando prejuízos na fase de execução de pena pelo condenado. Sobre a omissão, discorre Brasileiro de Lima (2017, p. 860):

Nada disse a Lei nº 12.403/11 quanto a possibilidade de detração no caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, ou seja, se o tempo de cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão durante o curso da persecução penal deve (ou não) ser descontado do quantum de pena aplicado ao final do processo.

No entendimento do autor (2017, p. 860), havendo características entre a medida cautelar e a pena imposta ao final do processo, é possível a ocorrência da detração. Segundo o autor:

Inicialmente, parece-nos que, havendo semelhança e homogeneidade entre a medida cautelar aplicada no curso do processo e a pena imposta ao acusado na sentença condenatória irrecorrível, é plenamente possível a detração. A título de exemplo, supondo que tenha sido imposta ao acusado a medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno se acaso for condenado ao cumprimento da pena restritiva de direitos de limitação de final de semana, não temos dúvida quanto à possibilidade de detração, já que a cautelar guarda certa similitude com a pena definitiva. Problema maior diz respeito à possibilidade de detração da pena privativa de liberdade aplicada ao final do processo. Em se tratando de medidas cautelares diversas da prisão que acarretam a restrição completa à liberdade de locomoção, pensamos não haver qualquer óbice à detração. Logo, na hipótese de internação provisória do inimputável (CPP, art. 319, VII) e prisão domiciliar (CPP, arts. 317 e 318), o tempo referente ao cumprimento da cautelar deve ser descontado da pena definitiva aplicada ao agente.

Extrai-se do entendimento do autor que se haver certas particularidades entre a medida cautelar e a pena imposta ao final do processo, é perfeitamente aceitável a aplicação da detração penal, não acarretando nenhum prejuízo à ordem jurídica nacional. No caso de possibilidade de incidir a detração penal sobre as medidas cautelares diversas da prisão, há que se definir o modo de realização desse abatimento, observadas as diferenciações de cada medida cautelar, bem como a similaridade de cada uma delas com a pena final. Nesse sentido discorre Brasileiro de Lima (2017, p. 862):

Não obstante, nas hipóteses em que o acusado se sujeitar à imposição de medidas cautelares extremamente gravosas (v.g., monitoramento eletrônico, proibição de ausentar-se da comarca, etc.), parece-nos extremamente desarrazoado não se conceder nenhum benefício àquele que cumpriu a medida cautelar por um longo período, até mesmo como forma de compensação decorrente aos gravames inerentes a esse castigo antecipado. A título de exemplo, suponha-se que determinado acusado tenha cumprido cumulativamente as medidas cautelares de proibição de se ausentar da comarca e monitoramento eletrônico durante cinco anos. Seria possível simplesmente desconsiderar esse laço temporal por ocasião do cumprimento do tempo de prisão penal? Será que, nesse caso, não seria justo descontar apenas uma parte do tempo de restrição parcial de sua liberdade de locomoção?

Conforme o posicionamento do autor, nesses casos onde for possível o abatimento das medidas cautelares penais, ainda há de se definir o modo de incidência dessa modalidade de detração, ao que parece ser acertado o modelo de abatimento apresentado por Brasileiro de Lima, que prevê:

Nesse caso, admitida a possibilidade de detração, ainda que não haja semelhança entre a medida cautelar e a pena privativa aplicada ao final do processo, surge um outro problema: Qual critério a ser utilizado? Seria possível descontar um dia de pena de prisão para cada dia de monitoramento eletrônico? Seria possível descontarmos um dia de prisão para cada dia de proibição de ausentar-se da comarca? Certamente que não, já que o gravame de tais medidas não se equipara de um dia de prisão. Portanto, de lege ferenda, pensamos que deve ser trabalhado critério de detração semelhante ao da remição, constante do art. 126 da LEP. Ou seja, para cada três dias de cumprimento de medida cautelar diversa da prisão, deverá ser descontado um dia de pena do agente. Esse critério de remição, todavia, deve guardar relação com a gravidade da medida cautelar diversa da prisão. Assim, se a utilização do monitoramento eletrônico por três dias pode dar ensejo a um dia a menos de prisão, certamente há de ser pensado outro critério para medidas cautelares menos gravosas.

Por todo exposto, verifica-se que no caso em que o condenado tenha se submetido a qualquer das medidas cautelares contidas no artigo 319 do CPP, deveria incidir a detração penal, uma vez que a lei é omissa acerca dessa possibilidade, o que acarreta lacuna na lei, sendo possível a aplicação da detração penal se a lei for interpretada *in bonam partem*, alcançando assim, um resultado menos lesivo ao agente passivo da medida cautelar.

### **Considerações finais**

A presente pesquisa, através de vasta análise na interpretação dos autores, buscou demonstrar a possibilidade de incidir sobre as medidas cautelares diversas da prisão o instituto da detração penal. A principal ideia que motivou o estudo, não foi ensejar novas ideias para contribuir com um cumprimento de pena mais afrouxado e motivador de cometimento de novos crimes, ao contrário. Certo é que o cumprimento de pena no Brasil deve ser revisto, cabendo ao Estado à reforma e adaptação do cumprimento de pena à nossa realidade, sendo de suma importância mudança legislativa sobre a LEP, a tornando mais dinâmica e moldada à realidade nacional.

Contudo, há de se levar em consideração a dignidade da pessoa humana, até mesmo ao apenado, não retirando nenhum direito e garantias constitucionais, pois essa ausência de garantia por parte do Estado somente contribuiria para uma desigualdade e revolta por parte da população carcerária, que em tempos demonstra essa indignação de forma brutal e causa repercussão negativa do país em todo o mundo. Sabemos que há diversas normas que disciplinam o cumprimento de pena no Brasil, que essas normas visam um cumprimento de pena justo, de forma a não extrapolar o tempo de cumprimento de pena por parte do apenado, pois em tal ocorrência, o mesmo tem direito ao recebimento de indenização pelo período excessivo em sua pena.

Nesse ínterim, houve o questionamento acerca do possível excesso de pena, uma vez que uma medida cautelar que prive o exercício pleno da liberdade poderia ser de fato encarada como uma pena pré-processual, cabendo à devida contraprestação por parte do Estado, com o efetivo abatimento de pena pelo período efetivamente cumprido a título de medida cautelar imposta ao apenado.

## Referências

### Legislação

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *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: 16 maio 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *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: 16 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. *Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm). Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 80949/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Informativo nº 250, 12 a 16 de novembro de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 453.000/RS, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 04.04.2013, noticiado no informativo 700.

## **Bibliografia**

- BECCARIA, C. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BITENCOURT, C. R. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONFIM, E. M. *Reforma do código de processo penal: comentários à Lei N. 12.403, de 04 de Maio de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOSCHI, J. A. P. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 1988.
- CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
- CUNHA JÚNIOR, D. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Podium, 2009.
- DEMERICIAN, P. H.; MALULY, J. A. *As Medidas Cautelares na Reforma da Lei nº 12.403/11*. Associação Paulista do Ministério Público, 2011. Disponível em: [http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011\\_medidas\\_cautelares.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_medidas_cautelares.pdf). Acesso em: 20 maio 2024.
- DOTTI, R. A. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GONÇALVES, V. E. R. *Direito penal, parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECO, R. *Curso de Direito Penal, parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
- JESUS, D. E. de. *Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- LIMA, R. B. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodium, 2017. v. 1.
- MASSON, C. *Direito Penal Esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2016.
- MORAES, A. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUNES, A. *Da Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SILVA, D. P. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.